

3113.04  
A 683P  
1971  
F. G. y es.  
9.3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

# LA PRETERINTENCIONALIDAD

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

***ROBERTO EDGARD AREVALO***

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

*JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES*

ABRIL DE 1971

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR : DR. RAFAEL MENJIVAR

SECRETARIO GENERAL : DR. MIGUEL SAENZ VARELA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO : DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO : DR. MAURICIO ALFREDO CLARA

00077/16/8/00/0000/0

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION  
Y LEGISLACION LABORAL

Presidente : Dr. Guillermo Manuel Ungo  
Primer Vocal : Dr. Marcos Gabriel Villacorta  
Segundo Vocal : Dr. Carlos Rodríguez

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES  
Y MERCANTILES

Presidente : Dr. Enrique Borgo Bustamante  
Primer Vocal : Dr. Luis Salmán Cortez  
Segundo Vocal : Dr. José Napoleón Rodríguez Ruíz

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES  
ADMINISTRATIVAS

Presidente : Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz  
Primer Vocal : Dr. Rodolfo Antonio Gómez h.  
Segundo Vocal : Dr. Roberto Oliva

ASESOR DE TESIS

Dr. Joaquín Figueroa Villalta

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente : Dr. José Guillermo Orellana Osorio  
Primer Vocal : Dr. Roberto Oliva  
Segundo Vocal : Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras



## LA PRETERINTENCIONALIDAD

INDICE GENERALPág. No.

|  |    |
|--|----|
| INTRODUCCION   | I  |
| <u>Capítulo I</u>                                    | 1  |
| a) Consideraciones acerca de la culpabilidad         | 1  |
| b) Sus aspectos: Dolo, Culpa y Preterintencionalidad | 6  |
| <u>Capítulo II</u>                                   | 14 |
| a) Concepto de Preterintencionalidad                 | 14 |
| b) Requisitos  | 16 |
| <u>Capítulo III</u>                                  | 19 |
| Teorías que explican la Preterintencionalidad        | 19 |
| a) Es un delito doloso                               | 19 |
| b) Es una mezcla de dolo y culpa                     | 21 |
| c) Es un delito cualificado por el resultado         | 25 |
| <u>Capítulo IV</u>                                   | 28 |
| La Preterintencionalidad vista a través del error    | 28 |
| a) De Derecho  | 30 |
| b) De Hecho  | 37 |

|   | <u>Pág. No.</u> |
|---|-----------------|
| <u>Capítulo V</u>   | 47              |
| Delitos en que tiene cabida la Preterintencionalidad y aquellos en que es difícil o imposible su aplicación | 47              |
| <u>Capítulo VI</u>  | 53              |
| Su regulación en el Código Penal Salvadoreño  | 53              |
| a) Su inclusión en el Artículo Primero  | 53              |
| b) Atenuante de aplicación general: Artículo 9, numeral 2o.   | 57              |
| c) Su consideración en el homicidio:  |                 |
| 1) El cometido por medios idóneos, Artículo 44, numeral 1o. y Artículo 9, numeral 2o.                       | 60              |
| 2) El cometido por medios inidóneos, Artículo 362 Bis   | 64              |
| d) Diferencia entre el Artículo 9 numeral 2o. y el Artículo 44 numeral 1o.                                  | 66              |
| e) El aborto Preterintencional  | 69              |
| <u>Capítulo VII</u>   | 72              |
| Conclusión  | 72              |
| Bibliografía  | 80              |

## INTRODUCCION

Inicio mi trabajo de Tesis, sin pretensiones de ninguna naturaleza, ya que es bien sabido que el Derecho concebido es una manera general, abarca un inmenso campo de estudio que cada día avanza más, y en el cual hay que transitar con mucho cuidado para poder abordar los problemas atinentes al mismo, en la medida que está al alcance y posibilidades de quien escribe.

A dicho campo de estudio, los autores lo han dividido en dos categorías importantes, que reciben la siguiente denominación: el Derecho Privado y el Derecho Público, quedando incluidas - en el primero, las siguientes ramas: Derecho Civil y Derecho Mercantil; mientras que en el Derecho Público se insertan: el Derecho Penal, el Derecho Internacional, el Derecho Político, el Derecho Laboral o Social y el Derecho Económico.

De todos estos derechos, para el objeto de mi estudio me interesa el Derecho Penal, encontrándolo incluido en el Derecho - Público, y lo es, porque precisamente el Estado en uso de sus atribuciones de soberanía y de manera exclusiva, es quien crea normas que establecen los delitos y al mismo tiempo impone -- las sanciones correspondientes.

Repito que es el Derecho Penal el que me interesa, porque de las diversas partes que lo integran, es que he decidido desarrollar mi tema, no con la habilidad y grandeza que otros lo pueden hacer, pero sí guiado por una voluntad firme y decidida para investigar en un ámbito, donde ya muchos estudiosos -

lo han hecho, por lo que expondré no puede significar en ningún momento algo original, pues desde hace mucho tiempo, que personas con inteligencia extraordinaria lo han verificado, y vengo yo -un simple mortal carente de la experiencia suficiente- a recordar ciertos pasajes del Derecho Penal, y dentro de la misma red tejida en el mismo trataré de explicar la materia referente a "LA PRETERINTENCIONALIDAD", la cual ha sido - objeto de los mas serios problemas y posiciones contrapuestas. No pretendo, pues, dejar plasmadas teorías correctas, inamovibles e imperecederas, porque esto en todo Derecho no es sólo difícil, sino mas bien imposible, ya que los criterios son -- muy variados, pero sí, es mi intención que mi trabajo sea en lo posible, reflejo de mi entusiasmo y dedicación, dándole -- siempre aplicación a las palabras de Eduardo J. Couture, --- quien en el número primero de los Mandamientos del Abogado - expresa: "ESTUDIA . El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos Abogado".

CAPITULO I

a) Consideraciones acerca de la Culpabilidad

Para tener una idea de lo que la culpabilidad significa es -- preciso proceder a su ubicación dentro del Derecho Penal, --- siendo indispensable, establecer cuál es el significado del - delito, porque ello me dará la pauta para hacer el análisis - respectivo.

No obstante, que nadie está de acuerdo en las definiciones, - tengo que buscar un asidero sobre todo doctrinal, para la fi- nalidad que persigo. Con esta aclaración, me adhiero a la de- finición, que al respecto da don Luis Jiménez de Asúa, quien expresa: "El delito, es un acto típicamente antijurídico, cul- pable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (1).

De la anterior definición se descubren los siguientes elemen- tos:

- 1o) Acto
- 2o) Tipicidad
- 3o) Antijuricidad
- 4o) Imputabilidad
- 5o) Culpabilidad
- 6o) Condiciones objetivas de penalidad
- 7o) Punibilidad.

---

(1) Luis Jiménez de Asúa, "La ley y el Delito", pág. 207.

Valga la aclaración siguiente: es consensu general que el delito es un todo y que no se puede proceder a desintegrarlo, - pero el objetivo de tal diversificación es por cuestión metodológica, para conocerlo en su esencia.

Antes de llegar a la Culpabilidad, quiero dar una noción de cada uno de los elementos delictuales:

- 1o) Acto: es la manifestación de voluntad, generadora de una mutación en el mundo externo, o que lo deja inerte cuando su modificación se aguarda.
- 2o) La Tipicidad: significa que la conducta del agente se acomoda a los caracteres descritos en la correspondiente figura delictiva.
- 3o) La Antijuricidad: significa una conducta que se encuentra en contraposición con las normas jurídicas, o sea, que lesionada o pone en peligro un interés jurídicamente tutelado.
- 4o) Imputabilidad: es la capacidad del agente, proveniente de su salud mental y madurez fisiológica, que lo hace apto - para podersele atribuir un determinado hecho delictivo. - Es la capacidad previa del agente.
- 5o) Condiciones objetivas de Penalidad: "son los presupuestos procesales, a que a menudo se subordina la persecución de --- ciertas figuras del delito, como la calificación de la quie--

bra" (1). En la legislación salvadoreña, puedo señalar como - condiciones objetivas de penalidad, los casos siguientes: 1o) La necesidad de que ocurra la muerte para que la inducción al suicidio pueda ser castigada, ya que el Art. 362 Pn. expresa: "El que indujere a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte será castigado con la pena de tres años de presidio". 2o) En el Código de Instrucción Criminal - existen las condiciones objetivas de penalidad, referentes a la licencia previa del Juez o Tribunal respectivo en caso de acusación de calumnia o injuria inferida en juicio, lo mismo que la conciliación, en los casos de acusación de calumnia o injuria inferidas fuera de un juicio y en los delitos de adulterio y estupro, regulados en el Art. 3631 que dice en su -- inc. 1o. "Los Jueces de Paz o de Primera Instancia no admitirán la acusación de injuria o calumnia inferida en juicio sin la licencia previa que requiere el Artículo 421 del Código Penal. Tampoco la admitirán en los demás casos de injuria o calumnia y en los delitos de adulterio y estupro sin que preceda la conciliación."

6o) La Punibilidad: se establece en base al principio de que "no hay delito sin pena" o sea, que es un elemento resultante de un hecho punible y consistente en una sanción penal, bien sea ésta una pena o una medida de seguridad.

---

(1) Luis Jiménez de Asúa, obra citada, pág. 425.

7o) He dejado por último a la Culpabilidad, ya que ella, es el elemento del delito, en el cual queda situada la PRETERINTENCIONALIDAD. Para la explicación de la Culpabilidad, se han dado dos teorías fundamentales:

1a) La Teoría Psicológica: según la cual consiste en una relación psicológica que se da entre el agente y el resultado de su acto. Su contenido está representado por el dolo y la culpa. Según esta teoría la imputabilidad y la culpabilidad se relacionan en la forma siguiente: para dar por establecido que una persona obró con dolo o culpa, es requisito indispensable, determinar si el sujeto es o no psíquicamente responsable, o sea, saber si reunía las condiciones de salud mental y madurez fisiológica, que es lo que viene a integrar la imputabilidad, y que en pocas palabras se puede decir: capacidad previa del sujeto;

2a) Teoría Normativa: en ésta se razona de la siguiente manera: no es posible determinar culpabilidad alguna, por el solo hecho de existir una relación psicológica entre el agente y el resultado de su acto, sino que se hace necesario, establecer si dicha relación puede ser objeto o no de un juicio de reproche, lo que significa valoración de la conducta y de ahí, el nombre de Teoría Normativa.

La indagación de si una conducta antijurídica y típica es reprochable, supone inquirir sobre el contenido de tres situaciones:

- a) Determinar si el sujeto en el instante de su acto, reunía las condiciones necesarias para responder de su acto, originadas por su salud mental y madurez fisiológica, o lo que es lo mismo: decir si el sujeto es imputable. Por esta razón se dice que en la Teoría Normativa, la imputabilidad ya no es un presupuesto previo de la culpabilidad, sino que es un elemento que la integra:
- b) Una vez establecido que el agente es imputable, es preciso decidir si lo hizo con dolo o culpa, que son las dos formas en que la culpabilidad se bifurca, o sea, establecer la relación psicológica entre el agente y el resultado de su acto, o si por el contrario, fue el resultado de un caso fortuito;
- c) Por último viene el aspecto denominado normativo de la culpabilidad: el juicio de reproche de la conducta observada por el agente. Establecer si la conducta le era o no exigible, -- pues todo ser humano está en la estricta obligación de observar la conducta normal que la ley establece. Este juicio de reproche es de resorte del funcionario judicial, lo que no sucede en la Teoría Psicológica.

En el Art. 8 de la legislación Penal salvadoreña, se contemplan las siguientes circunstancias que excluyen la culpabili-

dad: a) El caso fortuito (# 8o), b) Miedo insuperable (# 10o), c) El que obra en virtud de obediencia debida (# 12o), y d) - La fuerza irresistible, que modernamente es ausencia de acto (# 9o).

b) Sus aspectos: dolo, culpa y preterintencionalidad.

Con respecto a este literal, quiero aclarar lo siguiente: en cuanto a que se consideren al dolo y a la culpa como aspectos de la culpabilidad no hay duda alguna, pero en cuanto a que - también lo sea la preterintencionalidad ya la situación cambia, y aunque en el proyecto del Código Penal (1), se habla - de esos tres aspectos, considero que la Preterintencionalidad en forma mediata, si forma parte de la culpabilidad, pero aquella primero tiene que pasar a través del dolo y la culpa, por lo que puedo decir, que la Preterintencionalidad en forma inmediata tiene que ser:

- a) Una consecuencia del dolo;
- b) Una consecuencia de la culpa;
- c) Consecuencia del dolo y de la culpa al mismo tiempo.

Por el momento no analizo este problema, porque en otro lugar haré un estudio especial y sólo lo traigo a colación, para -- explicar el por qué de la mencionada trilogía.

---

(1) Proyecto del Código Penal de la República de El Salvador, publicado en la Revista del Ministerio de Justicia, 1960.

"En términos generales se puede ser culpable: a) con voluntad, intención, dolo o malicia, que es lo que hace el delito, b) con culpa, imprudencia, negligencia, descuido o ignorancia, que es lo que hace el cuasidelito, y c) casualmente, que es lo que hace el caso". (1)

Los términos voluntad, intención, dolo o malicia se considerarán sinónimos, no obstante que hay divergencias en cuanto al significado de cada uno de ellos y sobre todo, en lo que se refiere a la equivalencia que se hace de la palabra voluntad con la intención o malicia, porque respecto a la interpretación de la palabra voluntaria empleada en el inc. lo. del Art. lo. del Código Penal, se ha dicho que ella equivale a libertad, inteligencia e intención, siendo ésta la posición que cuenta con mayor número de seguidores, sobre todo porque tiene como fundamento el aspecto histórico, ya que según Cuello Calón, refiriéndose al Código Penal Español de 1848, seguido por nuestros legisladores, dice que "Pacheco que intervino en la redacción de aquel cuerpo legal declara que no hay voluntad cuando falta la intención" (2), y por lo tanto la voluntad es una palabra que equivale a lo doloso; pero en contraposición se sostiene que lo voluntario no es sino lo antagónico

---

(1) J. Raimundo del Río, Elementos de Derecho Penal, 3a. Edición (Santiago de Chile), Editorial Jurídica de Chile, 1958, Tomo I, pág. 134.

(2) Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo I, Novena Edición, Editorial Nacional, Edinal, S.de R.L. MEXICO, D.F. 1961, pág. 378.

a lo fortuito, que comprende tanto las acciones dolosas como las culposas, que equivale a libertad e inteligencia, pero no necesariamente a intención, porque la simple voluntad se refiere a la acción, pero en ningún momento al resultado.

Con referencia al literal (b) toda la terminología se refiere al cuasidelito, pero mas bien, es lo que comprende el otro aspecto de la culpabilidad: La Culpa.

Aludiendo al caso fortuito (el límite de la culpabilidad) expresado en el literal (c), considero que la expresión de Raimundo del Río no es acertada, porque no se puede decir que una persona sea culpable por caso fortuito, ya que éste lo que hace es excluir la culpabilidad, y si la excluye, no se puede dar la relación psíquica entre una persona y su actividad, ni mucho menos la reprochabilidad como juicio valorativo.

Por cuestión de orden paso a analizar lo que es el dolo y sus diversas formas:

Gustavo Labatut Gléna dice: "el dolo es la voluntad de realizar una acción cuyo resultado ilícito, previsto como cierto o probable, es querido o al menos asentido por el agente".(1) Esta definición es una síntesis derivada de tres teorías que explican la noción del dolo. Ellas son:

---

(1) Gustavo Labatut Gléna, Derecho Penal, Tomo I, pág. 158.

- 1a) La de la Voluntad: o sea, el querer realizar un resultado dañoso. Es de origen clásico. En la expresión de Carrara "Intención mas o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley". (1)
- 2a) La de la Representación o Previsión del resultado: la voluntad va acompañada de una representación del evento dañoso, que debió ser previsto por el agente o que debió necesariamente preverlo;
- 3a) La teoría del Asentimiento: sostiene que el dolo se da cuando el causante de un resultado ilícito, se lo representa como cierto, probable o posible, no deteniéndose en su acción y aceptándolo en última instancia.

Entre las diversas clases de dolo, puedo mencionar las siguientes:

- a) Dolo genérico y específico: al primero le basta el resultado, pero sin que el agente se dirija a un fin especial, o sea, que sólo necesita de la voluntad de causar el resultado dañoso, como sucede en el homicidio; mientras que en el dolo específico, el agente se dirige a un fin determinado señalado por la ley como elemento de la figura delictiva, o sea, que en este caso además de la voluntad, -

---

(1) Citado por Eugenio Cuello Calón, Obra Citada, pág. 371.

precisa de la concurrencia de la representación o conocimiento ideal del resultado, por ejemplo en la mutilación causada de propósito (Art. 369 Pn. inc. lo.), las miras deshonestas en el rapto (Art. 398 Pn).

b) Dolo precedente y subsiguiente: el primero se manifiesta cuando la intención acompaña a todas las etapas del delito, y el subsiguiente, cuando el propósito criminal emerge después de una acción inicial lícita (apropiarse de una cosa -- mueble que se ha recibido en depósito, Art. 490 # 5o. Pn.) o después de una acción encaminada a un mal menor, (el que lesiona a una persona solamente con esa intención, pero después de verla indefensa le sobreviene la resolución de causarle la muerte).

c) Dolo Directo e Indirecto: el primero se da cuando existe correspondencia plena entre la intención y el resultado, y el segundo cuando el resultado excede a esa intención (se dice que es el caso de la Preterintencionalidad).

El dolo Directo a su vez, se subdivide en determinado e indeterminado. El directo se identifica con el determinado, y el indirecto se ve cuando la acción se dirige a diversos resultados, ejemplo: disparar a una multitud de personas.

El dolo Eventual: consiste en que el agente se representa -- como probable que suceda determinado resultado no querido directamente, pero ratificándolo en último lugar. Ejemplo: un

automovilista participa en una competencia de carreras, representándose la posibilidad de atropellar a alguien, y aunque él no desea matar al transeúnte, ratifica dicha muerte en su afán de salir airoso en la carrera.

Culpa: Don Luis Jiménez de Asúa expresa: "existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevendrá ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo" (1).

Para explicar la razón del castigo de la culpa se han formulado diversas teorías, entre las cuales están:

- a) La que se fundamenta en la previsibilidad del resultado, que es de origen clásico: el agente no prevé las consecuencias de un hecho delictivo debido a un error respecto al resultado de su acto, pero este error se origina en su voluntaria falta de diligencia, o lo que es lo mismo: es la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y que por falta de previsión en el agente se produce un efecto dañoso;
- b) La que considera que la culpa proviene de un defecto de la inteligencia, de una incapacidad o insuficiencia del poder de asociación de ideas, y por ende, el agente está privado --

---

(1) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, págs.371 y 372.

de su falta de conocer, por lo que se dice, que no debe ser objeto de sanción penal;

c) La que establece que la culpa es un defecto de la atención, porque el agente no quiso observar en lo que estaba haciendo, aquella atención a que se encontraba obligado;

d) La Teoría Positiva: la responsabilidad penal se basa en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente.

En lo referente a la división de la culpa, esta puede ser:

la) Consciente o inconsciente: en la primera el agente se representa como posible que con su acción se produzca un resultado dañoso, pero ello no le impide seguir obrando, confiado en que el hecho no sucederá, y de aquí se ve la diferencia con el dolo eventual, pues en éste se da la ratificación de ese posible resultado. En la culpa inconsciente no existe la representación de las posibles consecuencias que resultarán de su conducta.

También en cuanto a su intensidad, la culpa comprende tres clases: Lata, Leve y Levísima.

Culpa Lata: el resultado debía haberse previsto por todos los hombres;

Culpa Leve: su previsión sólo es posible en los hombres diligentes. En materia civil se dice que debe obrar como un buen padre de familia (Art. 42 C. inc. 3o);

Culpa Levísima: necesita de la concurrencia de una diligencia extraordinaria, para poder prever el resultado.

En nuestra legislación penal la culpa se encuentra regulada así:

a) En forma general: es la imprudencia y esta comprende a la imprudencia temeraria (Art. 527 inc. 1o. Pn) la simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos (Art. 527 Pn. inc. 2o.), simple imprudencia que constituye falta (Art. 539 Pn. # 11), la imprudencia en los accidentes de tránsito (527-A Pn. inc. 1o.) y la conducción de vehículos automotores en estado de ebriedad manifiesta (527-Pn.);

b) De manera específica: en los delitos relativos a los ferrocarriles, telégrafos y teléfonos (Arts. 190, 191, 194 y 197) Pn.; en los delitos contra la salud pública (Art. 272 Pn. # 5o); en el delito de prevaricación (Arts. 281 y 285 - Pn. # 2 y 3); en la infidelidad en la custodia de presos (Arts. 288 y 290) Pn. y en la malversación de caudales públicos (Art. 339 Pn.).

CAPITULO II

a) Concepto de Preterintencionalidad.

Resulta que no todas las veces, existe una acomodación plena y perfecta entre lo que se quiere y lo que se obtiene, entre lo querido y lo que resulta, entre la intención inicial y lo producido al final, ya que en ciertas ocasiones el resultado es menor que lo que el agente ha querido, y entonces, se dan las figuras jurídicas conocidas con los nombres de tentativa y delito frustrado; pero también puede suceder, que ese resultado final sobrepase los límites en que se mueve la intención, y es aquí donde se encuentra el aspecto esencial, de lo que se conoce como Preterintencionalidad.

Se ha dicho muchas veces, que los conceptos deben de ser rechazados porque no dan el aspecto global de lo que el objeto significa y además cada expositor de la materia correspondiente da el que le parece mas correcto, existiendo por lo tanto infinidad de definiciones, no obstante ello, he querido citar algunos que guarden en lo esencial la mayor similitud posible.

El Dr. Enrique Córdova expresa: "La doctrina, con toda propiedad, ha dado el nombre de delitos supraincendenciales, a aquellos que van mas allá de la intención, o sea que el hecho material dañoso que resulta es mayor o mas grave que el que el agente tuvo en mira cometer" (1)

---

(1) Dr. Enrique Córdova, Estudios Penales, Parte Primera, --  
pág. 462.

"La figura jurídica del delito Preterintencional surge cuando el agente, al ejecutar un acto encaminado a producir un determinado resultado dañoso, ocasiona un mal de mayor gravedad que el querido y previsto", expresa Labatut Glena (1).

J. Raimundo del Río, manifiesta: "En el delito Preterintencional el agente quiere producir tal resultado dañino mediante cual actuación, pero produce un resultado mas dañino que lo que tuvo intención de hacerlo". (2)

En el Art. 13 inc. 4o. del Proyecto de Código Penal, se expresa: "Existe Preterintencionalidad cuando de la acción u omisión del agente se deriva un resultado mas grave que el que quiso producir, siempre que tal resultado haya podido ser previsto". (3)

De los anteriores conceptos se observa, que en los delitos preterintencionales se da un resultado que supera en gravedad al objetivo propuesto por el agente y aunque expresamente no se manifiesta, también ha sido criterio general de -- que es necesario que el medio empleado no sea adecuado para producir el efecto dañoso, aunque en el terreno legislado -- como lo es en nuestro Código Penal, se den casos en que se toman en cuenta los medios idóneos, en cuyo caso se aplica la atenuante del numeral 2o. del Art. 9o. Pn.

---

(1) Gustavo Labatut Glena, Obra citada, Tomo I, pág. 169.

(2) J. Raimundo del Río, Obra citada, pág. 152.

(3) Publicado en la Revista del Ministerio de Justicia, 1960.

Tomando en cuenta las anteriores situaciones, considero que el delito preterintencional se da cuando de la intención -- del agente encaminada a la producción de un determinado resultado, sobreviene uno de mayor gravedad que el querido, -- cuando los medios empleados no debían razonablemente ocasionarlo, tal como lo expresa, para el caso del homicidio, el Art. 362-Bis Pn.

b) Requisitos.

Antes de abordar lo que propiamente es el contenido de este literal, quiero mencionar los supuestos sobre los cuales la preterintencionalidad puede funcionar. Ellos son:

1o) Bien puede suceder que exista la intención de ocasionar determinado daño, pero a consecuencia de la actividad del agente resulta uno de mayor gravedad, y si este último no -- fue previsto siendo previsible, devendrá el delito preterintencional objeto de este tema, como una mezcla de dolo (en cuanto a la intención inicial) y culpa (en lo que al resultado se refiere). Esta es una de las teorías que tratan de explicar la naturaleza de la preterintencionalidad y que ha tenido numerosos seguidores.

2o) Que el resultado mayor que el deseado por el agente, no sólo no fue previsto, sino que además era imprevisible. En este caso se cae dentro del delito doloso en cuanto a la intención originaria siendo el resultado mayor un auténtico -- caso fortuito.

Conforme al concepto que considero mas adecuado, que es el primero que he enunciado, los elementos del delito Preterintencional son: 1o) Querer interno del agente de ocasionar un daño; 2o) Desproporción entre el medio empleado y el resultado; 3o) Un resultado perjudicial de mayor gravedad que el querido por el agente.

Ese querer interno es lo mismo que la intención, o sea que equivale a la parte del delito Preterintencional que se carga a título de dolo, pero al mismo tiempo, el exceso de daño ocasionado no es permitido incluirlo en el aspecto doloso, sino que es lo que escapa al normal dominio de los hechos y de carácter previsible, lo cual viene a integrar la particularidad culposa de dicho delito.

Entre ambos (intención y resultado), existe ese elemento importante que es el medio empleado en la producción del resultado, y que a primera vista pareciera ser sencillo, no obstante, que puede dar origen a serios problemas, ya que como repito, es el que debe dar los elementos de juicio para poder establecer si hubo o no concordancia entre la intención y el resultado. Se puede creer, que todo el proceso se reduce a una simple adecuación de un medio inidóneo con un resultado determinado, pero cabe preguntarse: Cuándo es que un medio se considera inidóneo? Al respecto, es necesario expresar, que esa apreciación de la idoneidad o no, de determinado medio, es cuestión de examinar las diversas ---

circunstancias que se pueden presentar. Para ello expongo el siguiente ejemplo: Juan tiró una piedra a su enemigo Pedro, derribándolo del golpe, y en la caída, Pedro sufrió una contusión en el cráneo que le produjo la muerte. En este caso se deduce que la intención solamente era ocasionarle la pedrada, ya que ese medio normalmente no causa la muerte de una persona, sin embargo, el homicidio se produjo, dándose por consiguiente un resultado mayor que el deseado con un medio que no era el adecuado para producirlo. No obstante, cuando esos medios se dan en serie, la situación es distinta, porque si en lugar de lanzar una sola piedra, son varias las que hacen impacto en la cabeza de Pedro, no existe duda alguna, que en este caso, ya los medios resultan ser idóneos y el resultado refleja la intención de cometer el homicidio.

También se puede dar el caso de que medios que son inidóneos contra ciertas personas, no lo sean con respecto a otras, por ejemplo, propinarle de puntapiés a una persona adulta no es un medio adecuado para darle muerte, pero si se le dan a un niño de un año de edad, es razonable suponer que la intención no es de maltratarlo simplemente, sino que de privarlo de su vida.

De todo lo relacionado se desprende, que hay que tener en cuenta las diversas circunstancias en que los medios son utilizados y considerar las personas contra las cuales se emplean, para deducir si se está en presencia de un medio idóneo o no, y de ello, establecer por consiguiente, la exis-

### CAPITULO III

#### Teorías que explican la Preterintencionalidad.

- A) Es un delito Doloso
- B) Es una mezcla de Dolo y Culpa
- C) Es un delito Cualificado por el resultado.

Para la ubicación de la Preterintencionalidad en el elemento subjetivo del delito, o sea, en la Culpabilidad, la doctrina ha elaborado tres teorías fundamentales:

- A) La que considera que la Preterintencionalidad es un delito doloso.

Esta, parte de la base de que en el delito Preterintencional concurre un dolo especial: el dolo Preterintencional, que a su vez, se equipara a lo que el dolo indirecto significa. En la expresión de Carrara, cuando se refiere al homicidio dice: "El homicidio Preterintencional, presupone por necesidad absoluta, el ánimo de dañar a la persona del que resultó muerto, y esto es lo que se destaca de la familia de los homicidios puramente culposos y los mantiene en la familia de los homicidios dolosos". (1)

Se manifiesta que el dolo existente es el indirecto, porque el resultado excede a la intención, pero faltó la previsión del resultado mayor que el propuesto, el que según el agente

---

(1) Citado por el Dr. José Enrique Silva. Revista de Derecho No. I, Enero-Junio, 1965, pág. 80.

no ocurrirá, aunque pudiera ocurrir. Se le da preferencia a la causalidad material, ya que el resultado se ve como efecto, no del querer del agente, sino que de su acción, y si él accionó, el resultado se le debe atribuir a título de dolo. En este caso el sujeto que actúa con intención directa de --vulnerar un bien jurídico, debe responder lisa y llanamente de los resultados dañosos de su conducta.

Esta teoría ha sufrido críticas por las razones siguientes:

- a) En primer lugar en cuanto a la denominación de dolo Preterintencional, porque si se acepta que el dolo significa intención, no es explicable como es que puede existir un dolo Preterintencional mas allá del mismo dolo (intención).
- b) También se dice, que a una persona se le hace responsable de algo que ella no ha querido y a veces ni siquiera previsto y por consiguiente tendría que aplicársele una pena correspondiente a un delito doloso, no teniendo cabida -- por lo tanto, ninguna pena atenuada, tal como lo hace --- nuestra legislación en el homicidio regulado en el Art. - 362 Bis Pn., el cual se refiere a la figura Preterinten-- cional.
- c) Quintano Ripollés ha criticado esta teoría debido a su na turaleza objetivista, ya que: "para nada se tiene en cuen ta consideraciones de culpabilidad, ni siquiera a título



de imprudencia, configurándose la Preterintencionalidad en virtud de un desencadenamiento de causalidad material estricto, a todas luces recusable". (1)

B) La Preterintencionalidad es una mezcla de dolo y culpa.

Para esta teoría, el delito Preterintencional se encuentra integrado por un propósito ilícito inicial (dolo) y la previsibilidad, pero no querencia del resultado (culpa).

Cuando José Irureta Goyena, citado por Jiménez de Asúa, habla del homicidio Preterintencional expresa: "Del punto de vista subjetivo, el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto a la lesión, culpa respecto a la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de la imprevisión. La culpa consiste en no prever todas las consecuencias conjeturables de un acto o de una omisión" (2).

Esta teoría trata de concederle contenido espiritual y culpabilista a la Preterintencionalidad y a la responsabilidad por el resultado, exigiendo además de una relación causal, la previsión a título de culpa, considerándola en ese sentido no como una forma de dolo y culpa, sino como una forma intermedia entre el dolo y la culpa, o mejor dicho: una mixtura de dolo y culpa.

---

(1) Antonio Quintano Ripollés, Compendio de Derecho Penal, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 222.

(2) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 383.

Aquí cabe hacer la siguiente diferencia con lo que se denomina dolo eventual (equiparado por algunos autores al dolo indirecto), y para ello me permito acudir al significado de la culpa, tanto la denominada consciente o con representación, como la inconsciente o sin representación. La culpa consciente se da cuando el agente se representa el resultado, pero espera que no se produzca, confiando en que podrá evitarlo; en tanto que en la culpa inconsciente por el contrario, no ha existido esa representación, por faltar en el autor la diligencia en el obrar, y por último, si el agente representándose el resultado, no se detiene en su acción, asintiendo en sus consecuencias, se estará en el campo del dolo eventual. Es por ello, que Jiménez de Asúa, refiriéndose a este aspecto dice: "veremos que este resultado producido, mayor que el que tuvo intención de causar, se imputa a título de culpa, abarcando en esta consagrada denominación, sus dos conocidas formas (inconsciente y consciente) y que su diferencia con el dolo eventual es paladina" (1).

Según manifiesta el Dr. José Enrique Silva, esta teoría ha sido incorporada al campo de la legislación penal, "pues el Código Penal del Estado de Veracruz, México, de reciente promulgación, incluye en su artículo 6 una definición así: "existe Preterintencionalidad cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto al daño querido y culpa con relación al daño causado" (2).

---

(1) Luis Jiménez de Asúa, Tratado Citado, Tomo VI, pág. 149.

(2) José Enrique Silva, Revista de Derecho citada, pág. 80.

Contra esta teoría se han esgrimido los siguientes argumentos:

1o) Que la culpa debe necesariamente tener un arranque lícito, o sea un acto sin malicia, porque si la acción inicial es ilícita se cometerá un delito intencional, sin tener cabida por consecuencia ninguna especie de culpa, y es así como se expresa Novoa Monreal en contra de este argumento, pues él manifiesta, al hablar de los argumentos que se dan en contra de esta teoría, lo siguiente: - "Uno, es el que niega la posibilidad de culpa si la actuación inicial del sujeto es ilícita. Esta objeción, -- formulada por algunos comentaristas españoles parte del supuesto falso que ya desvanecemos. El movimiento corporal primero no necesita ser lícito para que en él pueda injertarse una responsabilidad por culpa, basta en que -- él no haya sido voluntariamente encaminado a la producción del resultado ilícito previsible" (1). Del mismo -- criterio es Jiménez de Asúa, ya que si bien es cierto -- -dice- que la tradicional concepción de la culpa exige -- un arranque lícito, o al menos no antijurídico, de la -- conducta, "estamos de acuerdo con Vannini en que son muchos los homicidios culposos que se derivan de una conducta dolosa" (2).

---

(1) Eduardo Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno, - Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pág. 553.

(2) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito, pág. 383.

2o) El que emerge de la mente de Florián, seguido por Eugenio Cuello Calón, quien al respecto expresa: "Esta concepción no es justa, aquí existe un delito doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado delictivo, herir, maltratar, por otra parte no es posible atribuir un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa). (1).

Labatut Gléna también hace la siguiente observación: "A mi parecer, psicológicamente esta conclusión es inaceptable; no se concibe un desdoblamiento del proceso anímico, que en su origen fue doloso, en situaciones en que existe unidad de acción y unidad de evento, cosa diversa de la unidad de acción con multiplicidad de eventos, alguno de los cuales pueden deberse a dolo y otros a culpa" (2).  
Novoa Monreal, partidario de la teoría que conceptúa a la Preterintencionalidad como mezcla de dolo y culpa, --  
contraargumenta esta posición diciendo: "El argumento carece de fuerza; si partimos del supuesto de que en el hecho que sirve de sustento material al delito Preterintencional hay dos resultados, uno que fue el querido y el otro que no lo fue, aún cuando ambos fueren causados por el sujeto, no divisamos inconveniente alguno para que --  
puedan distinguirse disposiciones anímicas diversas, ---

---

(1) Eugenio Cuello Calón. Obra Citada, Tomo I, pág. 404.

(2) Gustavo Labatut Gléna, Obra Citada, pág. 170.

referidas a cada uno de ellos" (1). Lo que Novoa Monreal --- quiere dar a entender es que la conducta del agente se puede ver a través de dos puntos de vista:

- a) En consideración a lo que se ha querido y aquí la conducta es dolosa; y
- b) Lo que no se ha querido, dándose en este caso, el punto de vista culposo.

O sea, que la crítica que se efectúa, consiste en que son -- dos actitudes de la voluntad que no se pueden compaginar entre sí. Pero como contrapartida se expresa que ello es infundado, ya que no se da tal incompatibilidad, pues ésta se daría con respecto a un mismo resultado por ser claro que es -- imposible que el agente lo haya querido y no querido al mismo tiempo, pero lo que sucede en el delito Preterintencional es que se ocasionan dos resultados, uno de los cuales pudo -- haber sido querido y el otro no, y si el no querido devino -- de una conducta imprudente o negligente (formas de la culpa), la posibilidad de la presencia de las dos formas del elemento subjetivo del delito debe ser admitida.

B) Es un delito cualificado por el resultado.

Los delitos cualificados o agravados por el resultado, son -- aquellos que experimentan un aumento de pena cuando se verif-

---

(1) Eduardo Novoa Monreal, Obra citada, págs. 553 y 554.

fica un ulterior resultado dañoso o peligroso más allá del que se requiere para su existencia.

Cuando la Preterintencionalidad se ve como delito de esta naturaleza, lo que se debe tomar en cuenta es el resultado final, sin hacer referencia alguna a la culpabilidad (ni dolo ni culpa), que es el elemento subjetivo del delito, por lo que se considera como una responsabilidad objetiva. La ley hace responsable al autor por un resultado que no estuvo en su intención, pero que sin embargo se lo cargó a su cuenta. Es decir, que para esta teoría lo importante es el resultado, el cual se desliga del propósito inicial del autor; por ejemplo cuando se le atribuye la muerte de la mujer al causante del aborto, que quiso éste pero no aquélla. Es una sustitución de la culpabilidad por la simple relación de causalidad o sea, que se hace responsable al agente de todas las consecuencias derivadas de su accionar y aunque ellas no se encuentren vinculadas en forma alguna con su propósito. Se introduce una circunstancia objetiva (el resultado mayor) que no se encuentra comprendido en la culpabilidad y por la cual se sanciona al agente, no obstante que éste no la haya querido y ni tan siquiera previsto.

Fontán Balestra al respecto manifiesta: "se cargan a la cuenta del agente consecuencias puramente objetivas, que han estado fuera de su previsión, en virtud de la significación del resultado de su acto." (1).

---

(1) Carlos Fontán Balestra. El Elemento Subjetivo del Delito, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1957, pág. 384.

Se critica esta teoría, porque es un recuerdo de épocas preteritas imbuídas de la responsabilidad sin culpa, fundada en una culpabilidad objetiva, ya que el antiguo derecho no le dió importancia al elemento subjetivo, porque sólo tomaba como base el resultado dañoso, sin importarle en ningún momento la causalidad espiritual. Se penaba el hecho dañoso pero no la acción culpable, lo que va en contra del principio de "Que no puede existir pena sin culpabilidad".

Ya Franz von List, citado por Jiménez de Asúa, expresa: "No debería caber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado, no responde, ni a la conciencia jurídica actual, ni a los principios de una política criminal razonable" (1).

Antonio Quintano Ripollés, también manifiesta su contrariedad al hacer de la Preterintencionalidad un delito cualificado por el resultado, por eso es que él al criticar la responsabilidad objetiva manifiesta que se hace responsable al agente: "no sólo a título de culpa o imprudencia (lo que sería normal, pues como luego veremos la esencia de ésta es la no querencia del resultado), sino a título de dolo eventual y aún directo, lo que es técnica y hasta inhumanamente inaceptable" (2).

---

(1) Luis Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, pág. 384.

(2) Antonio Quintano Ripollés, Obra citada, pág. 191.

CAPITULO IV

La Preterintencionalidad vista a través del error:

- A) De Derecho
- B) De Hecho

A la par de la culpabilidad como elemento positivo del delito, es posible también ver la fase negativa correspondiente, o sea, lo que se conoce como causas excluyentes de la culpabilidad, las cuales conforme al criterio de don Luis Jiménez de Asúa, pueden ser: "a) Error, con sus especies y variedades:

- a') De Hecho y de Derecho
- b') Eximentes Putativas
- c') Obediencia Jerárquica

b) No exigibilidad de otra conducta". (1).

Interesa en cuanto al presente trabajo, lo referente al error, y a este respecto, cabe mencionar que se ha pretendido distinguirlo de la ignorancia, expresándose que ésta, presupone un desconocimiento absoluto, total, respecto a un objeto determinado, es un estado negativo el cual no se puede derivar de una acción; en tanto que el error da la idea de un conocimiento, pero no de carácter verdadero, sino que falso, inexacto de la materia en cuestión, resultando en último ---

---

(1) La Ley y el Delito, pág. 389 y 390.

término un estado positivo y si se quiere, activo. Pero en cuanto a sus consecuencias práctico-jurídicas no se puede decir lo mismo, ya que para nada tiene relevancia el determinar si una conducta delictiva ha sido el resultado de un error o de una ignorancia, porque al final de cuentas no se podrá excluir de pena o imponérsele una pena atenuada, por ser distinta la causa (error o ignorancia) que lleva al agente a realizar una determinada conducta delictiva, máxime cuando también el error viene a constituir una especie de ignorancia, porque si una persona tiene una idea falsa de algo verdadero, en resumen lo desconoce, siendo así como resulta razonable equiparar el error y la ignorancia, englobándolos en un solo concepto, ya sea este el error o la ignorancia. Lo cierto de todo esto es que, ya sea error o ignorancia, la función que se le atribuye es excluir en ciertos casos, tanto el dolo como la culpa; en otros, solamente el dolo dejando subsistente la culpa; y por último a veces no se le concede relevancia alguna.

El Error puede clasificarse en dos categorías: de Hecho y de Derecho.

El error de hecho, también denominado error sobre los caracteres del tipo, es el que se refiere a los hechos jurídicos integrantes del respectivo tipo y que al ser elementos de él lo destruyen totalmente, o como Eduardo Novoa Monreal dice: "cuando recae sobre una determinada situación de hecho que forma parte de la conducta incriminada". (1)

(1) Obra citada, págs. 572

A) El Error de Derecho: es aquél en que el desconocimiento o conocimiento equivocado se refiere al precepto legal que configura el hecho de carácter delictivo. Sabido es que desde --- tiempos antiguos, existe el principio de "que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento", y esto es así, para evitar incertidumbres en la aplicación de la ley, porque si se adentra en el campo penal, los delincuentes pretenderían burlarla ley, o mejor dicho, la burlarían, alegando que ellos desconocían que tal hecho, estaba en el catálogo de los delitos o que creían que la conducta observada ya no constituía delito, o sea que sobrevendría un caos enorme, derrumbándose el imperio que el mismo Derecho debe mantener. Es éste, pues, un criterio ordenador en las relaciones que en la sociedad debe de existir y es tal, que nuestra legislación civil de aplicación general al campo del Derecho acoge tal principio en el Artículo 8, que a la letra dice: "No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente grave hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del gobierno y el departamento en que debe regir.

En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo -- que durare la incomunicación".

El anterior precepto configura la ignorancia de la ley, estableciendo una excepción, que es difícil, por no decir imposible, que se de en la práctica, debido a los adelantos que la técnica moderna ofrece en cuanto a vías de comunicación.

Basado en lo expuesto, puede tener cabida la siguiente interrogante: ¿ Será posible que si no se puede alegar la ignorancia de la ley, se admita que pueda darse la Preterintencionalidad a través del error de derecho? Puede considerarse novedosa y temeraria tal pregunta, y no pretendo, máxime en este punto del error, en el cual la generalidad de los autores no hacen referencia a la Preterintencionalidad, venir a sentar principios inventados, sino que lo que me ha llamado poderosamente la atención, es un caso expuesto por Carrara, quien al hablar de la ignorancia como excusa manifiesta lo siguiente: "El número 209 del Código Austríaco distingue la calumnia (que castiga mas gravemente) de la injuria, según la naturaleza del hecho imputado por el agente a otro. Si el agente inculpa falsamente a otro de un hecho delictuoso que constituye crimen, su delito es calumnia y no ya simple contumelia o difamación como en otros casos.

En el caso que se examina, el justiciable había imputado a un gendarme el haberse embriagado durante el servicio. Y puesto que según los números 231 a 234 del Código Penal Militar y el número 10 de la ley de gendarmería, el gendarme que se embriaga en servicio es declarado culpable de crimen, se dedujo de ello que el acusado había imputado un crimen, y, de tal modo, que se había hecho pasible de las penas de la calumnia.

El acusado, para disminuir su responsabilidad, no alegaba otra excusa que la ignorancia de la ley militar. El no conocía

(decía la defensa) ni el reglamento de la gendarmería ni el Código Militar. Quiso imputar un vicio o, cuando más, una -- contravención, pero no un crimen. No tuvo la voluntad de cometer aquel delito mas grave y no podía aplicársele la pena de su delito más allá de la medida de lo que él conoció y -- quiso.

Pero la Corte Suprema se atuvo a la regla trillada de que la ignorancia de la ley no excusa y fue más allá. Y es aquí don de nacen mis dudas acerca de la justicia de aquella califica ción y de aquella condena.

El Reglamento de la gendarmería y el Código Militar no eran el objeto del juicio actual.

Las leyes militares no eran las leyes violadas por el acusa do y que debían gobernar la medida de su pena. Eran por lo - tanto, un quid facti en este asunto y no un quid juris.

Al ciudadano particular no se le podía reprochar seriamente que le competía la obligación de informarse de las leyes que regulan la conducta de los militares". (1)

Mas adelante y refiriéndose al mismo asunto expresa: "Hacia lo que se ignora no puede dirigirse la voluntad, y el dolo cuando concurre en el delito que se quiso cometer, no puede

---

(1) Francesco Carrara. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMI--  
NAL. Volumen X, Apéndice: seis opúsculos e índices. Edi-  
torial Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 68.

extenderse como dolo al delito que no se quiso cometer. Surgirá una mezcla de dolo y culpa. Habrá dolo en cuanto al delito previsto y querido, pero será siempre atribuible a mera culpa el delito no previsto ni querido". (1)

Como puede verse, Carrara presenta un caso resuelto en la -- Ley Penal Austríaca, que sigue los lineamientos de la clasificación tripartita de las infracciones penales en: crímenes, delitos y contravenciones, siendo el primero castigado con mayor severidad. Para él, tiene efectos importantes la ignorancia de la ley ya que dice: "cuando la invocación de la ignorancia recae sobre otras leyes diversas de aquellas que en la actualidad del juicio se quiere ejecutar, la alegación -- del justiciable en nada vulnera la majestad de la ley. La -- ley diversa conserva todo su vigor y no se hace cuestión de aplicarla o no aplicarla. Ella, por consiguiente, permanece extraña al juicio que se ventila en sede penal. Es un mero - quid facti. La ignorancia de esa ley (siempre que sea verosí mil y no afectada) debe admitirse como excusa. Debe considerarse una ignorancia de hecho y equiparada a ésta para todos los efectos del juicio penal, porque excluye o limita el dolo del justiciable". (2).

El caso planteado tiene como guía una de las causas que podrían considerarse como excepción al principio de que "la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento" y es cuando se

---

(1) Obra citada, pág. 72

(2) Obra citada, pág. 65

trata de leyes no penales que integran el delito, o sea, leyes no penales cuyo incumplimiento sea un elemento esencial del delito, caso en el que se dice que existe un verdadero error de hecho que excluye la criminalidad.

No hay duda de que en la exposición anterior existe un delito de mayores alcances que los que el agente tuvo en mira cometer, y lo es por la índole misma de la clase de delitos que regulan esa conducta en las condiciones particulares de una ley extrapenal, y se ve la figura preterintencional a través de las mismas palabras de Carrara: "habrá dolo en cuanto al delito previsto y querido, pero será siempre atribuible a mera culpa el delito no previsto ni querido", de lo cual emerge la intención inicial de un determinado resultado y una consecuencia mayor que la querida. Y la posición de dicho autor, considerado partidario del delito Preterintencional como delito doloso, aparece aquí, como una mezcla de dolo y culpa, y es por ello, que don Luis Jiménez de Asúa con toda propiedad, cuando habla del dolo Preterintencional manifiesta que Carrara clasifica el homicidio praeterintentionem en la familia de los homicidios dolosos "aunque su fórmula fue la culpa mezclada de dolo". (1)

En lo personal, no considero que en base al error de Derecho pueda tener solución la Preterintencionalidad, y si he --

---

(1) Obra citada, pág. 383.

expuesto el anterior ejemplo, es porque el caso me parece interésante, y digo también que no es posible que se pueda dar la figura Preterintencional, porque la majestad de la ley necesita conservar su fuerza imperativa, y desde el punto de vista legalista (por muy arcaico que se considere), convencido aún, de las injusticias que ello pueda llevar en su seno, soy de opinión (aunque irrespetando los grandes pensamientos doctrinales), que el pretendido error de Derecho cuando se refiere a leyes no penales y equiparado al error de hecho, no tiene razón de ser, porque la ley de cualquier clase que sea, (civil, penal, mercantil, militar, etc.) forma necesariamente un solo cuerpo, ya sea este armónico o no, pero un solo cuerpo al fin, y los conceptos y principios contenidos en ella se encuentran completamente relacionados entre sí, teniendo que ser respetados en todo momento por el conjunto de personas existentes en una sociedad, máxime como lo es el presente caso, regulado en nuestra legislación en el Artículo 8 del Código Civil, el cual es de aplicación general y por consiguiente, ese pretendido error de Derecho equiparado al error de Hecho no puede tener ningún asidero legal. Tan es así, que el error de Derecho actualmente en el Código Penal no se encuentra regulado y por consiguiente no tiene el valor de excusa a favor de los delincuentes, y si se le quiere dar algún efecto se tiene que legislar sobre él, siendo por ello que en el Proyecto del Código Penal se le da el valor de una atenuante, ya que en el Artículo 24 numeral 2o. no

expresa: "Haber cometido el delito por error esencial de Derecho, si el autor tuvo motivos fundados para creer en la licitud del acto", y cuando se relaciona el error de Derecho en la exposición de motivos se manifiesta: "La Comisión, al establecer en el proyecto que el error de derecho, en determinadas condiciones, atenúa la responsabilidad del delincuente, no ha vulnerado en lo fundamental el dogma jurídico de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, sino que se ha colocado en un terreno realista, pues hay casos en que se cometería marcada injusticia al aplicar rígidamente ese principio en materia penal. Tres condiciones muy precisas exige el proyecto para que el error de derecho pueda ser estimado como atenuante:

- a) Que sea un error esencial. Para disminuir la responsabilidad del reo no es suficiente el error sobre un aspecto accidental de la prohibición penal, sino que debe tratarse de un error sobre la esencia misma de esa prohibición.
- b) Los motivos que hayan inducido al error deben ser fundados. Esto es, deben existir causas objetivas suficientes que induzcan al error, como serían la procedencia extranjera del delincuente, su vida en extremo solitaria, su domicilio en lugar muy apartado, la ignorancia sumo o la falsa noticia, digna de crédito, de la derogación de la ley prohibitiva.

- c) Que el error de derecho, esencial y fundado, de lugar a creer en la licitud del acto. No basta, por ejemplo, que el delincuente crea que su acción ha dejado de ser delito y se haya convertido en simple falta, en infracción a los reglamentos de policía o un hecho antijurídico que sólo pueda dar lugar a una reclamación civil de parte del perjudicado, sino que es necesario, para que pueda ser estimada la atenuante, que el delincuente, al ejecutar el delito, está convencido de que obra lícitamente.

De la exigencia de que el error de derecho sea esencial, y no accidental, se deriva tácitamente una condición muy importante: el error debe recaer sobre la ley penal o sobre preceptos jurídicos íntimamente vinculados a ella, como sería, en algunos casos, los derechos de familia o las atribuciones legales de los funcionarios". (1)

B) Error de Hecho. Este puede ser:

- a) Esencial y racionalmente invencible, el cual, imposibilita al agente tener conciencia de la criminalidad del acto, no obstante existir en él la diligencia necesaria atendidas las circunstancias del caso. Este tiene el efecto de excluir tanto el dolo como la culpa. Es el caso de una persona que va de viaje, ordenando su equipaje con el mayor esmero posible y manifiesta en la aduana no llevar

---

(1) Revista del Ministerio de Justicia. 1960, págs. 238 y 239.

objetos de contrabando, no dándose cuenta que un amigo suyo colocó en él, un objeto de tal índole, para darle la sorpresa de un regalo.

b) Esencial, pero vencible o previsible: éste impide a la persona conocer la criminalidad del acto, pero sin embargo, el error pudo evitarse con un mayor cuidado, teniendo origen en la imprudencia o la negligencia. A este respecto el Doctor Manuel Arrieta Gallegos, expone el caso "del cazador que dispara sobre lo que racionalmente cree ser un animal, resultando ser un hombre intruso en el bosque cerrado y privado del cazador, quien momentos antes mandó recorrerlo para cerciorarse que ningún otro ser humano se encontraba, su error lo excluye del dolo. Pero el error era vencible, quedaría como homicidio culposo". (1)

En el Artículo 23 numeral lo. del Proyecto, al referirse al error de hecho se expresa: "Art. 23. No es responsable por inculpabilidad:

lo. (ERROR Y SUS VARIEDADES)

a) El que comete un acto punible por error de hecho que verse sobre los elementos constitutivos y esenciales del tipo, salvo que el error se deba a negligencia o que la ley castigue el hecho como delito culposo". (2)

---

(1) Comentarios al Código Penal Salvadoreño, 1958, pág. 24.

(2) Revista citada, pág. 438.

c) Accidental: también recibe la denominación de no esencial y existe cuando versa sobre circunstancias que en nada hacen variar la culpabilidad del agente, son circunstancias accidentales del delito, y cuya representación no es decisiva para la configuración del delito. Por ejemplo, si -- queriendo matar a Juan se le ocasiona la muerte a José, -- aquí no podría decirse que el agente no debe ser castigado, ya que el hecho de que sea Juan o José el muerto, es de carácter accidental, pues lo esencial lo constituye la vida de una persona, bien sea ésta, Juan, Pedro o José. -- Este error no excluye el dolo y por consiguiente se tiene que castigar al autor.

Como se ha podido observar en lo expuesto anteriormente, el error de hecho, en algunos casos excluye toda especie de culpabilidad (cuando es racionalmente invencible y de carácter esencial), en otros sólo tiene el efecto de eximir al agente de una sanción por el dolo, dejando subsistente la culpa (cuando es esencial, pero previsible) y -- por último cuando es de índole accidental la situación en nada modifica la responsabilidad del agente.

Está claro, que el delito Preterintencional no se puede dar en el primer caso planteado, ya que aquí no existe -- ninguna pena para el autor; y tampoco podrá surgir en base a la segunda situación, pues la infracción quedará como un delito culposos.

En vista de lo que antecede, es preciso descender hasta el campo del error accidental y preguntarse lo siguiente: ¿ Se podrá extraer de él, una situación que indique la existencia de la Preterintencionalidad? Esta interrogante trae a mi memoria otra más, que se me formuló cuando me examinaba materia penal, y es la siguiente: ¿ Cuáles son las fuentes de las cuales puede provenir el delito Preterintencional? Soy sincero en manifestar que la respuesta que el examinador deseaba, me fue imposible proporcionársela, habiéndome expresado, que la Preterintencionalidad se originaba en base al error en la persona y al error en el golpe.

Ya en el estudio que estoy desarrollando será mi pretensión determinar si es posible o no, que se manifiesta tal figura delictiva a través del error de hecho, para ver si se disipan mis dudas acerca de la situación planteada.

Para enfocar la posible solución al problema, es preciso establecer la división que acerca del error de hecho se ha elaborado por la doctrina, y es así, como se ha clasificado en:

1o) Error en la persona o en el objeto (error in persona o error in objeto).

2o) Error en el golpe (aberratio ictus).

Error en la persona o en el objeto: existe éste, cuando en la mente del agente reina una confusión, ya sea respecto a

la persona o a la cosa sobre las que la acción recae. Voy a aclarar esta noción con los siguientes ejemplos:

1o) Cuando el agente hurta una cartera a una dama en la creencia de que en ella cargaba un anillo de brillantes y resulta que lo que hurta es la cartera conteniendo un reloj recién adquirido. Sería éste, un error en el objeto.

2o) El sujeto A, quiere matar a B, pero toma a C por B, por encontrarse en la obscuridad, ocasionándole la muerte (error en la persona).

Si se piensa un momento, que esta clase de error, tanto en la persona como en el objeto, no influye para nada en la responsabilidad del agente, no es posible determinar que en ellos existan elementos de juicio indicadores de la existencia de la Preterintencionalidad, porque para el caso del homicidio, ya sea B o C el muerto, la penalidad aplicable será siempre la misma.

La vía que yo encuentro para que la Preterintencionalidad surja en esta clase de error, es aplicando las reglas generales y nociones estudiadas acerca de lo que la misma significa, o sea, basarse en los elementos de ésta, para poder determinar su existencia. Siendo este mi pensamiento, daré un ejemplo tratando de demostrar lo que estoy exponiendo: se da una recepción en honor de Juan, quien acaba de llegar procedente del extranjero, a ella asiste Pedro quien es enemigo -

de Juan, con ánimo de causarle una ofensa a aquél para que se vea humillado ante sus amistades, y en la confusión existente en medio de la alegría, toma de perfil a José (quien es bastante parecido a Juan) creyendo que es su enemigo, y a quien le da un empujón derribándolo al suelo, y en la caída José sufre una lesión de carácter grave. La intención de Pedro simplemente era ocasionarle una ofensa a Juan, sin embargo lo confunde y le da el empujón a José, derivándose de dicha acción un resultado mas grave (la lesión) que el que se había propuesto y además en distinta persona de la que se quería ofender. Considero que es aquí donde se perfila la Preterintencionalidad, ya que se ha ocasionado una lesión, la cual no se encontraba en el propósito del agente, y que en resumidas cuentas se le viene a tener como responsable, no importando quien sea la persona ofendida, pues la confusión es un error (para el caso presente) de carácter accidental, concurriendo en este ejemplo medios inidóneos para ocasionar la lesión de índole grave.

El Error en el Golpe (Aberratio Ictus): se da cuando el proceso causal originado por la acción se ha desarrollado de manera distinta al que había sido previsto por el agente, cuando existe una divergencia entre el desarrollo del acontecimiento que se previó y el verificado en la realidad, o lo que significa lo mismo: que el resultado producido no es el mismo que el agente pretendía ocasionar, pero sí es idéntico en su significación jurídica. Esta clase de error presenta a su vez dos variedades:

a) La primera es cuando se ha realizado un resultado queri--do, pero recae sobre persona diversa de aquella a quien iba dirigida la acción. El ejemplo sería el caso de quien que--riéndole ocasionar la muerte a Juan le apunta con su revól--ver, pero el disparo va a caer en el cuerpo de Pedro, quien se encontraba cerca, ocasionándole la muerte a éste. El agente también responde de homicidio, porque su error (también -llamado error-inhabilidad) no le excusa y tiene que ser sancionado como cualquier otro homicidio que cometiera. En esta situación, algunos autores han pensado que existe un homicidio tentado y un homicidio culposo, mientras que otros creen que sólo debe ser castigado el efectivamente cometido como delito doloso.

Aquí la Preterintencionalidad puede aflorar en forma parecida a la solución dada en el caso anterior, y para demostrarlo invoco el siguiente ejemplo: en un autobús se conducen varias personas, entre las cuales Juan y José van discutiendo por cuestiones personales, y en el calor de la ira Juan lanza un puñetazo a José, el cual no le cae a éste, sino que hace impacto en Pedro, quien iba en la puerta del autobús y del cual es derribado, saliéndose del vehículo a consecuencia --del golpe sufrido, cayendo sobre el pavimento y sufriendo --contusiones en la cabeza que le producen la muerte. El puñetazo no iba dirigido contra Pedro, hay error en el golpe, resultando la muerte de Pedro a consecuencia de una acción no

dirigida a tal objetivo y con un medio que razonablemente no podía ocasionar la muerte y en este estado de cosas es que yo considero que es una figura Preterintencional, ocurrida en base a un error de hecho de índole accidental.

La anterior posición se encuentra reforzada por la siguiente sentencia de nuestra jurisprudencia, citada por el Doctor Manuel Arrieta Gallegos: "Por sentencia del Juzgado Cuarto de lo Penal (8 hs. 5 de julio de 1954) se apreció la atenuante de la Preterintencionalidad comprendida en el numeral 2o. del Art. 9 y no la regla primera del Art. 44 Pn. en el caso siguiente: el indiciado X lanzó una piedra a uno de los individuos con los cuales momentos antes peleaba, en momentos en que pasaba por el lugar del hecho la ahora occisa Y, causándole a ésta al caerle la piedra lesiones contundentes en las regiones frontal y temporal derecha, las que le produjeron fracturas por irradiación en la base del cráneo, consecuente hemorragia meníngea y la muerte. En algunos de los puntos se razona así: "... es indudable que en el homicidio resultante, con un arranque ilícito por parte del reo (arrojar una piedra a sus contendores) el resultado fue más allá de la intención (muerte de una persona distinta), en otras palabras, si bien es cierto que el reo X tuvo la intención de causar a -- unos de sus contendientes o a todos ellos, el mal que naturalmente hubiera podido ocasionarles si la piedra hubiera hecho blanco en alguno o algunos de ellos (lo cual excluye de antemano la figura de la Imprudencia, no es menos cierto que

esa intención no fue la de causar un homicidio y menos aún - en la persona de la infortunada mujer y con la consiguiente ofensa que por su sexo merecía (agravante 18a. del Art. 10 - Pn.); toda vez que, por regla general no es la piedra el medio adecuado para causar un homicidio, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia y la española; a menos existiera alguna otra evidencia de tan malsana como grave intención (animus necandi) que no existe en el proceso". (Sentencia confirmada por la Cámara de Segunda Instancia respectiva de las 9 hs. - 30 minutos del 11 de agosto de 1954). (1)

b) La segunda variedad del error accidental, se refiere a la intensidad en el golpe, como de quien queriendo solamente lesionar mata, y al respecto puedo poner como caso aplicable - el siguiente: "La muerte causada por una bocha arrojada por un muchacho de dieciocho años, "de lejos", contra un hombre de treinta y seis años, en quien supone un agresor, debe considerarse homicidio Preterintencional desde que tal resultado no puede considerarse el ordinario, sino el excepcional" (2).

Aquí se dan las situaciones del homicidio Preterintencional, un error en el golpe, no en cuanto a la persona, ya que el sujeto pasivo no es distinto del que inicialmente se pretendió ofender, sino que es el mismo, pero la variedad está en

---

(1) Obra citada, pág. 30 y 31.

(2) Ricardo Lavenc h. El Delito de Homicidio, pág. 254. Editorial PERROT. Buenos Aires, 1955.

cuanto a que el resultado producido es consecuencia de una -  
diversa intensidad en el golpe, distinta a la que estuvo en  
el propósito del agente, máxime cuando el medio empleado no  
es de los que ordinariamente causan la muerte de una perso--  
na.

CAPITULO V

Delitos en que tiene cabida la Preterintencionalidad, y aquellos en que es difícil o imposible su aplicación

Con relación a este Capítulo, no es posible seguir una --  
guía con fundamento en una legislación determinada, que --  
regule su aplicación en cada caso particular, ya que la --  
Preterintencionalidad considerada en una forma general, --  
en la mayoría de los casos no ha sido regulada en los Códigos Penales, y es a la doctrina juntamente con la jurispudencia, a quienes les ha correspondido establecer los elementos de la misma y determinar los casos concretos, --  
en los que ella puede ser objeto de aplicación.

Para que la Preterintencionalidad tenga cabida en las legislaciones, se ha pretendido establecer las fórmulas necesarias, existiendo al respecto, dos vertientes principales: la primera consiste en definir el delito Preterintencional, al mismo tiempo que se da la noción del delito doloso y el culposo, en la Parte General de los Códigos, dejando una amplitud al juzgador, para que éste en base a la definición dada, pueda proceder a aplicarla en cada caso particular que se le presente, o sea que el Juez con su criterio, será quien decida si X ó Y delito, presenta las características del delito Preterintencional, con base en la definición general dada, aplicando una pena de carácter elástico; la segunda fórmula es aquella en que --

se define la Preterintencionalidad en la Parte General -- del Código Penal, pero al mismo tiempo, se hace la regulación en la Parte Especial de cada una de las conductas delictivas en las cuales puede converger la figura Preterintencional.

Como puede verse, son variadas las posiciones en lo que se refiere a su incorporación a la legislación, pero mas diversas resultan las soluciones que se han dado para aplicarla, y remitiéndose a una de las fuentes donde la aplicación de la Preterintencionalidad ha sido bastante -- fructífera, como lo es la legislación española, habrá de concluirse que ella ha tenido su mayor campo de actividad con relación a la atenuante 4a. del Art. 9o. del Código -- Español, consistente en: "No haber tenido el delincuente intención de ocasionar un mal de tanta gravedad como el -- que produjo".

Según la opinión general, hay una clara diferencia para -- la aplicación de la Preterintencionalidad tomando en cuenta una de las clasificaciones que se hacen de los delitos en: formales y materiales. Los delitos formales, también conocidos con los nombres de pura conducta, de mera actividad o de simple comportamiento, son los que se perfeccionan con la realización de una determinada acción u omisión, o sea, que el daño que los mismos implican, se encuentra en el solo hecho de desarrollar determinada conducta, por ejemplo: el disparo de arma y amenazas; en ---

tanto que los delitos materiales o de resultado, son aquellos en que se exige para su consumación, la verificación de determinado efecto, distinto de la simple acción u omisión, o sea - que se da un comportamiento del ser humano, unido a un resultado del mismo, y este resultado externo constituye el daño con vistas al cual la conducta ha sido prohibida, como lo es el delito de lesiones corporales.

Establecido que en la Preterintencionalidad, debe existir un - daño material, es consecuencia necesaria deducir que sólo en - estos delitos encuentra aplicación, y si se ahonda más en esta situación, se ha expresado que donde campea con mayor amplitud es en los delitos contra la vida e integridad personal, sobre todo en el homicidio, en el cual los casos son abundantes en - la jurisprudencia, de tal manera que la legislación salvadoreña ha regulado el homicidio Preterintencional en el Art. 362 - Bis Pn.

En lo que se refiere a los delitos contra la propiedad (robo, hurto, estafa, incendio), se cree que en ellos la Preterintencionalidad no puede tener cabida, aunque según expresa Quintana Ripollés, "en principio puede fácilmente concebirse una disparidad de voluntad y resultado; por ejemplo, el que queriendo sustraer una cartera en la que cree hay solamente mil pesetas, y siendo ésta su única intención, se encuentra en ella una suma muy superior y la devolviese a su dueño". (1)

---

(1) Compendio de Derecho Penal, Tomo I, págs. 308 y 309.

En esta situación expuesta, se ve que es bastante difícil aplicar la figura Preterintencional, y la razón que se argumenta es la dificultad que habría en la prueba de la intención, pero me parece que esto no es tan concluyente, porque entre los medios de prueba que existen, se encuentra la confesión del reo, la cual es indivisible, tomándose en consideración tanto lo que le favorece como lo que le perjudica y con mayor razón, como en el caso expuesto por Quintano, cuando el agente ha demostrado su intención con hechos concretos, tal es la devolución del dinero. Claro está, que es raro que se de este caso en la práctica constituyendo mas que todo un caso de los denominados de laboratorio, elaborado por la imaginación, ya que lo más probable es que esa persona se quede con todo el dinero hurtado, entrando en juego en este aspecto, el llamado dolo subsiguiente, sobrevenido a consecuencia de una acción inicial ilícita y limitada a cierta cantidad, extendiéndose el propósito delictivo a la mayor parte de lo que él quiso sustraer. El caso hay que analizarlo también, con referencia a la idoneidad o no, de los medios empleados y aquí la solución se torna dificultosa, porque si la inidoneidad se considera que es un requisito necesario para la existencia de la Preterintencionalidad, no se puede concluir que en el caso de los delitos contra la propiedad el medio sea inidóneo, ya que, por el contrario, se considera que el medio es adecuado desde el instante mismo del apoderamiento.

En cuanto a los delitos formales, es consensu general que la Preterintencionalidad no se puede dar, ya que no dejando un resultado material apreciable, falta el término de comparación "del mal de tanta gravedad" que se quiso ocasionar. Entre esta clase de hechos delictivos, puedo mencionar: el disparo de arma, injurias, calumnia, difamación, amenazas, falso testimonio, etc.

Tampoco se admite la Preterintencionalidad en el delito completo de homicidio resultante con motivo o con ocasión de robo (conocido con el nombre de latrocinio), en las falsedades, en los delitos contra la honestidad (adulterio, violación, abusos deshonestos, estupro, corrupción de menores y el rapto).

En lo que se refiere a los delitos culposos, por el hecho de que en ellos no existe intención de ocasionar un daño, sino que imprudencia o negligencia, no podrá operar la Preterintencionalidad, pues es sabido que en ésta es necesario un propósito inicial encaminado a un determinado resultado, lo cual no puede darse en los delitos culposos.

"Prácticamente pues -dice Quintano Ripollés- la atenuante 4a. refiriéndose al Código Penal Español, se reduce a operar sobre los delitos contra la vida e integridad de las personas, por lo que se explica que en la mayoría de las legislaciones se trate de la Preterintencionalidad en la Parte Especial y títulos dedicados a tales infracciones. Ahora bien, tratándose de lesiones cuyas tipicidades aparecen en nuestra legislación casuísti

camente predeterminadas por días de curación, el empleo de dicha atenuante ha de encontrar grandes dificultades respecto a las mismas, dado que nadie lesiona para que el herido tarde en curar, quince, treinta o noventa días. Mayores ocasiones tiene de aplicabilidad en los resultados mas concretos de pérdidas - de miembros o funciones y, sobre todo, en el de muerte, donde en doctrina suele estudiarse "el homicidio Preterintencional" entre el doloso y el culposo. La única dificultad, no leve por cierto, estriba en la prueba de la limitación del resultado letal, que ha de inferirse de los datos proporcionados por los hechos, lugar de la lesión, frases proferidas y, con mayor frecuencia de la no idoneidad o desproporción del medio". (1)

---

(1) Compendio de Derecho Penal, Tomo I, pág. 309.

CAPITULO VI

Su regulación en el Código Penal Salvadoreño

a) Su inclusión en el Art. 1o.

Considero que la Preterintencionalidad, precisa de ser analizada en base a los incs. 1o. y 3o. del Art. 1o. del Código Penal.

Con relación al inc. 1o. que dice: "Es delito o falta, toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley", el examen tiene que hacerse tomando en cuenta lo que la palabra "voluntaria" significa, pues, como ya expuse en la oportunidad debida, las teorías que tratan de explicar la Preterintencionalidad, consideran a ésta, bien como un delito doloso, como mezcla de dolo y culpa, o como un delito cualificado por el resultado, y según sea la interpretación que se le de a tal vocablo, así también, podrá o no, incluirse la Preterintencionalidad en él.

Hay que mencionar que con respecto a tal significación, las corrientes se encuentran divididas: por una parte se entiende que el término voluntaria equivale a dolo, porque al hacer el estudio histórico de la razón de su existencia, se ha manifestado que el inspirador y redactor del Código Penal español de 1848 -- (modelo del nuestro), Don Francisco Pacheco, afirma que la voluntariedad implica libertad, inteligencia e intención, asimilando la intención a la malicia, razón por la cual se suprimió este último vocablo del Art. 1o. del mencionado Código, ya que

el de 1822, decía: "Art. 1o. Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo pena". Este concepto sólo hacía alusión a las infracciones dolosas, el Art. 2o. se refería a los delitos culposos, al manifestar: "Comete culpa el que libremente, pero sin malicia infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar".

Al respecto, el Dr. Manuel Arrieta Gallegos expresa: "La reforma en lo sustancial obedeció pues, como dice Quintano, para evitar impertinentes redundancias (Obra "Comentarios al Código Penal", Tomo I, pág. 5), habiéndole impulsado a Pacheco, móviles mas gramaticales que jurídicos. Se definió la infracción penal redactando el Art. 1o. así: Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, y se trasladó la culpa a la Parte Especial, Libro II, bajo el epígrafe "Imprudencia - Temeraria".

Del Primer Código Penal Salvadoreño, siguiendo el criterio español, se suprimió también el vocablo "malicia" de la definición del delito, en donde, como en aquel aparecía" (1).

De todo lo anterior, resalta a la vista, que se hace una sinonimia de las palabras voluntariedad, malicia y dolo.

---

(1) Manuel Arrieta Gallegos. Apuntes citados, pág. 14.

La otra posición por el contrario, sostiene, que la palabra voluntaria hace alusión tanto a las acciones en que hubo intención dolosa dirigida a un resultado dañoso (que es lo que integra el delito doloso), o bien, existió la imprudencia, impericia o negligencia, que originó un resultado también dañoso --- (que es lo que constituye el delito culposo). En esta corriente, la similitud de los vocablos malicia y dolo ya no existe, pues la palabra voluntaria, abarca tanto al dolo como a la culpa.

Si se considera la Preterintencionalidad como un delito doloso, no hay duda alguna que el inc. lo. la comprende con cualquiera de las interpretaciones que se hagan del término voluntaria; pero, si se aferra en la teoría que sostiene que es una mezcla de dolo y culpa, necesariamente hay que concluir que sólo en el caso de la segunda interpretación quedaría incluida, mas no resultaría lo mismo considerando lo voluntario equivalente a lo doloso, porque entonces sólo tendería sus brazos sobre la parte imputada a dolo, mas nunca, sobre la culposa; y por último, llegando a la tesis de que el delito Preterintencional es un hecho delictivo cualificado por el resultado, con mucha mayor razón se puede expresar que no queda incluida, porque hay en él, un aspecto doloso solamente al inicio, desencadenándose la secuencia en una parte que puede llegar inclusive hasta el caso fortuito.

Yendo a la posibilidad de considerar la inclusión de la Preterintencionalidad en el inc. 3o. del Art. 1o. de nuestro Código Penal, que dice: "El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender, o aunque fuere distinto del que se proponía causar", las posiciones también son divergentes:

a) La que niega que dicho inciso se refiere a la Preterintencionalidad, pese a que se de un resultado mas grave que aquel que se proponía causar el agente, pero que resulta de un error in persona o del aberratio ictus, dejando subsistente la responsabilidad penal del agente sin dar lugar a que se pueda disminuir la sanción penal aplicable. Fuera del caso del error, comprendido en tal disposición, no se puede incluir ninguna otra figura delictiva, ni tan siquiera aún a la Preterintencionalidad;

b) Como contrapartida y por consiguiente, contrargumentación a la posición anterior, se dice que el precepto del inc. 3o. es amplio, en el cual queda comprendida la Preterintencionalidad, porque, si existe un mal distinto del propuesto, aquél, puede ser mayor o menor que el que inicialmente tuvo en miras de cometer el agente, y si se concreta al estudio de la situación en que el delito distinto que ocasionó, es de mayor gravedad que el que se tuvo intención de causar, es posible ver en este caso, que se ha ido mas allá de la intención original y --

por lo tanto, la figura resultante encuadra en lo que se conoce como Preterintencionalidad, ya que existe una incongruencia entre la voluntad del acto y el resultado. Dicho inciso, pues, no sólo abarca al error, como se dice en la anterior posición, y suponiendo que así fuera, no hay que olvidar lo que ya expuse cuando traté el error de hecho referente al aberratio iactus, - en que aludí a la forma especial del error en cuanto a la intensidad en el golpe, como el de aquél que queriendo solamente ocasionar una lesión leve mata, situación en que prácticamente se tendría que aplicar la atenuante de Preterintencionalidad. Esta tesis, que considera que la Preterintencionalidad queda incluida en el inc. 3o. es defendida por Eugenio Cuello Calón, Francisco Puig Peña, el comentarista salvadoreño Manuel Arrieta Gallegos y la que en mi modesto criterio, es la mas adecuada en la legislación salvadoreña.

b) Atenuante de aplicación general: Art. 9 No. 2

En nuestro Código Penal, la Preterintencionalidad como atenuante, se encuentra concebida en los siguientes términos: Art. 9. Son circunstancias atenuantes: 2a) La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo".

Esta atenuante viene a desarrollar en parte, la situación contemplada en el inc. 3o. del Art. 1o., y es que si se toma en cuenta la estructura del Código Penal Salvadoreño, que es seguidor del español, y en el cual se ha considerado que el inc.

3o. contempla un caso de responsabilidad objetiva, imputándose al agente tanto el resultado querido como el no querido, hay que concluir también, que nuestro Código lleva en sí el mismo criterio y que se castiga el delito en el inciso mencionado a título de dolo, cuando la verdadera estructura sería, exigir - al menos, que ese resultado no querido se debiera a un comportamiento culposo por falta de previsión, con lo que se tendría la Preterintencionalidad como una forma de culpabilidad intermedia. Esta atenuante viene a constituir una especie de moderación al rigor que significaría aplicar una teoría de responsabilidad objetiva, ya que al no cambiar la naturaleza del delito y tomando en cuenta el punto de vista clásico de nuestro Código, se inserta en el dolo y por lo tanto el delito es doloso aplicando la atenuante expresada.

Cabe hacerse la siguiente interrogación: Cómo se puede apreciar esa falta de intención de no causar un mal de tanta gravedad como el que produjo? Cómo se deduce?

La Jurisprudencia se ha encargado de establecer que la intención se debe de apreciar fundamentándolo en los medios empleados, y si éstos no son adecuados (razonablemente) para producir el resultado, entonces tendrá su campo de acción la atenuante. Así se puede ver en la siguiente sentencia de la Cámara de 3a. Instancia de lo Criminal, del 22 de febrero de 1940, Revista Judicial, Tomo XLV, pág. 488, la cual, en lo que considero importante dice así: "La persona que siendo perseguida

por otra en estado de ebriedad le da un empujón a ésta, botándola al suelo, quien al caer sobre una cuneta se fractura el cráneo muriendo a consecuencia directa de la lesión sufrida, es responsable aquella persona del delito de homicidio voluntario; pero concurre a favor del reo la atenuante de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". Como se puede apreciar, en la anterior sentencia se toma en cuenta el hecho de que el empujón no es el medio adecuado para ocasionar la muerte y no obstante, la ocasionó.

Puig Peña, cita un caso en que además del medio empleado, también pueden tomarse en consideración, otros elementos de juicio, que den la pauta para la apreciación de la mencionada atenuante, manifestando dicho autor, lo siguiente: "finalmente, la interesante sentencia de 2 de marzo de 1934 determinó que esta circunstancia sólo puede apreciarse cuando aparece claramente de los hechos que existe una notoria desproporción entre la actuación criminal 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 hallarían una mejor adecuación a los propósitos revelados por el infractor." (1)

---

(1) Federico Puig Peña, Derecho Penal, Tomo II, Parte General. Editorial, Revista de Derecho Privado, MADRID, pág. 75.

La circunstancia atenuante de Preterintencionalidad está situada en la Parte General del Código Penal, por lo que debe considerarse que ella es de aplicación general, extendiéndose su actividad a aquellos delitos en especie que aceptan tal forma de culpabilidad, o sea, que habrá ocasiones en que pueda aplicarse sin que existan dudas al respecto, en tanto que en otros casos será imposible su consideración; y aquí hay que recordar - lo expuesto en el CAPITULO V, que sería ocioso repetirlo, ya - que las mismas situaciones pueden presentarse, con el aditamento de que esta atenuante no debe tomarse en consideración, cuando ella ya constituye elemento integrante del delito regulado, como es el caso del homicidio a que alude el Art. 362--- Bis Pn. y en el aborto del Art. 365 Pn., además hay que tener en cuenta que en los llamados delitos cualificados por el resultado, no podría ser decisiva para la aplicación de la pena, ya que ese mayor resultado no propuesto ha sido tomado en consideración al imponer la sanción respectiva, como lo son: el caso de la muerte sobrevinida a consecuencia del abandono de un niño menor de siete años, regulado en el Art. 422 inc. 2o. Pn., y en el caso de muerte en los delitos contra la salud pública, a que se refiere el Art. 268 Pn.

c) Su consideración en el Homicidio.

lo) El cometido por medios idóneos: 44 No. 1o. y 9 No. 2o. Pn.

La regla general ha sido reconocer, que la Preterintencionalidad debe manifestarse en consideración a una desproporción entre el medio empleado por el agente y el resultado de su acto, lo que viene a reflejar, la no intención de ocasionar un mal de tanta gravedad como el que se produjo. Pero la realidad de todo esto, es que la atenuante No. 2 del Art. 9 tal como se encuentra redactada, es de base amplia, y podría dar fundamento para que pueda apreciarse aún cometiendo el delito con un medio adecuado, porque si bien es cierto que la Jurisprudencia se ha encargado de establecer que para encontrar la falta de intención deben examinarse los medios empleados, no menos cierto resulta, que últimamente, no sólo ese es el elemento que debe dirigirse a considerar su aplicación, sino que también hay que coordinarlo con otros de diversa índole, como por ejemplo las palabras que acompañan al aconetimiento que hace un individuo a otro. Trataré de explicarme: Juan es una persona a quien le amputaron una pierna a consecuencia de un balazo que le ocasionó José, aquél, siempre guardó rencor y esperaba el momento oportuno para la venganza, hasta que llega un día en que encuentra a José e inmediatamente saca su revólver diciéndole: "aquí vienes hijo de p... te dejaré así como estoy yo", disparándole a las piernas, pero José pretende esquivar la agresión y en ese instante va a dar contra un muro de cemento, en el cual se golpea gravemente la cabeza, sobreviniéndole la muerte. En este caso, considero que se da un homicidio con aplicación de la atenuante de Preterintencionalidad, ya que, repito,

el Art. 9 No. 2 Pn. es amplio y puede tenerse en cuenta en el homicidio, para calificarlo como Preterintencional con medios idóneos.

La anterior opinión, ya ha sido tomada en consideración por -- la Jurisprudencia Nacional, ya que en la Sentencia de la Cámara de Tercera Instancia, del 21 de julio de 1932, que aparece en la Revista Judicial de 1932, Tomo XXXVII, pág. 532, se expresa en el párrafo II lo siguiente: "La confesión del reo, en el caso contemplado, es indivisible y si en ella consta que dicho reo declaró haber disparado su revólver contra el ofendido por que se hallaba comiendo naranjas subido en un árbol de su propiedad, pero que lo hizo no con el ánimo de matarlo sino "para asustarlo, nada más", procede apreciar en su favor la atenuante de no haber tenido intención de causar todo el mal que produjo, circunstancia que da lugar a disminuir la pena en una -- cuarta parte. No existe en tal caso la atenuante de haber obrado el reo por arrebató y obcecación".

También en España, el Tribunal Supremo, ha aplicado la atenuante de Preterintencionalidad en el homicidio, aún cuando se empleen medios idóneos, con tal que se establezca la no intención de ocasionar la muerte, y al respecto, se encuentra la siguiente sentencia: "Cuando el reo sacó una navaja con el exclusivo fin de defenderse y guiado mas bien por el deseo de intimidar, produciendo con ella una lesión que ocasionó la muerte, pues -- todo ello revela que no tuvo propósito de verdadera perversidad

moral (Sentencia de 7 de julio de 1933). Aquí se aplicó la atenuante" (1).

Pero es el caso, que la Preterintencionalidad por medios idóneos no sólo se puede concretar en la atenuante relacionada, sino que es posible establecerla con fundamento en el Art. 44 Pn. No. lo., que expresa: "Cuando el delito ejecutado sea distinto del que se había propuesto el culpable, se observarán -- las reglas siguientes:

la) Si el delito que se ejecutó tiene señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el delincuente, se le impondrá la pena señalada al segundo, aumentada hasta en una tercera parte". En esta situación surge la duda acerca de la función que la Preterintencionalidad desempeña, o sea: se considerará que es una atenuante del delito mayor, o por el contrario, será una agravante del delito menor. El ejemplo clásico que se expone es el de aquel que queriendo matar a un extraño, ocasiona la muerte de su padre; en este caso, la pena que se aplicará será la correspondiente al homicidio simple, aumentada hasta en una tercera parte, o lo que es lo mismo: se ha consumado un delito mas grave que el querido por el agente y se le impone la pena con que se castiga el delito que se quería consumir, pero se le aumenta hasta en una tercera parte por la mayor gravedad del hecho, de lo cual resulta lógica la conclusión de sostener que la Preterintencionalidad, en este caso, no funciona como una atenuante, sino que existiría

---

(1) Sentencia citada por Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. pág. 92.

como agravante del homicidio. Distinto sería el caso si la legislación penal hubiera empleado otra redacción, manifestando que se impondrá la pena correspondiente al delito resultante -- cuando fuere mayor que el que se propuso el agente, disminuída hasta en una tercera parte, pues entonces, ya se estaría en -- presencia de una atenuante. Conforme a la disposición comentada, la solución dada es castigar lo querido en su totalidad -- mas lo no querido con una pena que se refiere no al delito cometido, sino al que se pretendía consumir, más un aumento que funciona como agravación.

2o) Homicidio por medios inidóneos.

Este delito encuentra regulación especial en la ley penal salvadoreña, ya que el Art. 362-Bis del Código Penal dice: "El que con el propósito de ocasionar un daño en el cuerpo, causare la muerte, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla, sufrirá la pena de seis años de presidio".

De la anterior definición, se desprenden los elementos que integran esta figura delictiva: a) El elemento subjetivo, que se da a través del propósito que existe en el agente de ocasionar un daño en el cuerpo; b) El elemento Objetivo, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarlo.

Teniendo ya la noción de lo que la Preterintencionalidad significa, se encuentran en este delito del Art. 362-Bis Pn., las situaciones que la Jurisprudencia venía resolviendo (antes de

dicha regulación) con base en la atenuante 2a. del Art. 9 Pn., que por lo general regía en el homicidio, que es el delito en el cual encontraba mayor acomodo. En este delito que ya tiene su regulación especial, se notan las exigencias que caracterizan a la Preterintencionalidad, siendo ellas: la existencia de una intención inicial (propósito) de ocasionar un daño, y un resultado (homicidio) que ha ido más allá de esa intención; pero, a diferencia de lo expresado en la atenuante, en este homicidio ya se hace referencia a los medios empleados, estableciendo que no deben ser idóneos para causar la muerte, pero esta idoneidad del medio para determinar el elemento subjetivo, tiene necesariamente que estar entrelazado con otros elementos, para poder determinar la existencia del homicidio Preterintencional, porque a nadie escapa que una bofetada o un puntapié son medios inapropiados para causar la muerte, pero, si estos golpes se proporcionan en forma repetida, o si el sujeto activo, para el caso, es un campeón de boxeo y el pasivo es una persona acostumbrada a pelear, o si es un niño de escasos meses, o se trata de un anciano de ochenta años, entonces, ese medio ya no ofrece las características de inidóneo, sino que resulta tan adecuado como un revólver en manos de una persona dispuesta a matar a alguien; por lo tanto, también deben considerarse la forma en que esos medios se utilizan, así como las condiciones personales del ofendido, en relación con los medios empleados.

Para confirmar lo anteriormente manifestado, a continuación expongo parte de una Sentencia, pronunciada por la Sala de lo ---

Penal de la Corte Suprema de Justicia el 12 de diciembre de ---  
1959, Revista Judicial de 1959, Tomo LXIV, pág. 798, la que en  
su párrafo II dice: "El homicidio Preterintencional se caracte-  
riza, porque el delincuente no ha tenido intención de causar un  
mal de tanta gravedad como el que se produjo y se exterioriza --  
por lo inadecuado del medio que emplea para cometerlo. Si de --  
los hechos probados aparece que el reo propinó una serie ininte-  
rrumpida de golpes en el cuerpo de un niño de dos años --más o --  
menos-- de edad, con una paleta de madera como de cincuenta cen-  
tímetros de largo, hasta completar diecinueve contusiones de ---  
las cuales cuatro de ellas fueron causadas en la región parie--  
tal y otra en la región puviana, produciéndole inflamación de --  
los testículos y en otras distintas partes del cuerpo, y ocasig-  
nándole por si solas y directamente la muerte, el homicidio no  
debe tomarse como Preterintencional, pues por la cantidad de --  
los golpes, la fuerza que el actor imprimió al objeto que le --  
sirvió de instrumento para cometer el hecho y la débil contextu-  
ra de un niño, el medio empleado debió razonablemente ser el a-  
decuado para causar la muerte".

d) Diferencias entre el Art. 9 # 2 y el 44 # 1o. Pn.

La situación convergente de los dos numerales mencionados, en --  
los cuales existe un resultado mayor que el inicialmente pro---  
puesto, presenta serios problemas para determinar el campo de -  
aplicación de cada uno de ellos. En términos generales se ha --

manifestado que la atenuante se limita al caso en que no se puede apreciar que ha habido propósito de cometer un delito diferente, sino que el mismo pero de consecuencias menos --- trascendentales, en tanto que el Art. 44 No. 1o. Pn. alude - al caso de que los delitos sean distintos: uno intentado o - frustrado y el otro cometido o consumado.

Quintano, al hablar del Art. 50 español (equivalente al Art. 44 del Código Penal nuestro) manifiesta que éste presenta otra hipótesis de Preterintencionalidad, y al establecer su - diferencia con la atenuante dice: "No es ya la gravedad del mal lo que se toma en cuenta para esta regla de aplicación - de pena, como en la atenuante de Preterintencionalidad pro-- piamente dicha, sino la diversidad de los delitos querido y ejecutado; criterio cualitativo, en lugar de cuantitativo, - en suma. Silvela que fue el primero que razonó la aparente - concurrencia de ambos preceptos, la resolvió del único modo dogmáticamente posible: el de reservar la Preterintencionali- dad atenuante para supuestos de delito igual con resultado - mas lesivo, y la regla del Art. 50 para los de delitos cuali- tativamente diversos" (1).

Con esa interpretación se llega al extremo de considerar que los delitos son diversos, aún tomando en cuenta el nombre --

---

(1) Antonio Quintano Ripollés, Compendio de Derecho Penal, - Tomo I, pág. 311.

que tienen en el Código, como lo serían las lesiones con relación al homicidio, ya que en este caso existirían dos delitos completamente distintos, y en tal situación debería de aplicarse la disposición del Art. 44 No. lo. Pn., y no la atenuante del Art. 9 # 2o. Pn. y en tal forma de ver las cosas, eso de delito igual con resultado mas lesivo, significa que en la misma clase de delitos debe existir la mayor gravedad, como decir el caso de aquella persona que queriendo lesionar levemente lo hace en forma grave.

La posición que considero mas razonable, debe ser aquella que, tomando en cuenta, que en ambas disposiciones se da una situación común, cual es la de tratarse de un mal resultante de la acción, mayor que el propuesto por el agente, las diferencias resulten de las siguientes conclusiones:

a) De que en la atenuante, el mal inferior que el agente se proponía ocasionar, no es preciso que constituya un delito distinto; pues la ley expresa que debe existir "intención de causar un mal", como cuando se le da un empujón a una persona, o se le propina una bofetada; en tanto, que en la disposición del Art. 44 No. lo. Pn., el mal propuesto debe necesariamente ser constitutivo de un delito distinto aunque con pena inferior al delito resultante;

b) Cuando ese mal inferior que el agente se proponía ocasionar, fuere constitutivo de un delito, este debe ser de la --

misma naturaleza del delito que en definitiva resulta, para que tenga aplicación la atenuante, como sería el caso de las lesiones en relación con el homicidio; en cambio, en el Art. 44 No. 1o. Pn. el delito que se proponía el agente y el que resultó de su acto, deben ser de distinta naturaleza, como en el caso típico del homicidio con relación al parricidio.

e) El Aborto Preterintencional.

En términos generales, el aborto Preterintencional significa el aniquilamiento del fruto de la concepción como resultado de las violencias en la mujer embarazada, cuando de parte -- del agente no haya habido intención de ocasionarlo y le constare además, el estado de gravidez, o éste fuere notorio.

Con base en tal concepto se pueden establecer los elementos del mismo:

1o) Que se produzca la muerte del producto de la concepción, ya que si esto no llega a ocurrir y ese fruto sobrevive, no puede hablarse de aborto;

2o) Que se ejerza violencia en la mujer que se encuentra embarazada: la interpretación que se ha dado a este término es contradictoria, ya que por una parte se considera que comprende tanto a la violencia física como a las amenazas e intimidaciones, pero también se ha expresado que esa posición no es correcta, pues lo que se debe entender es que se incluyen solamente los actos de violencia física (golpes, puntapiés, etc.).

3o) Que en el agente falte esa intención de producir ese resultado, porque él pretendía ocasionar un daño de menor gravedad, pero su acción lo ha llevado a un efecto más allá de su propósito inicial, produciéndose un aborto no querido;

4o) Que conozca el estado de embarazo: esto indica la existencia de la posibilidad de prever el resultado dañoso.

Se ve en este delito, que existe el acto doloso inicial, como lo son las violencias en la mujer embarazada, pero al mismo tiempo se da la presencia del resultado culposo (el aborto).

La ley salvadoreña sin embargo, no habla de ese conocimiento que debe tenerse del estado de gravidez de la mujer, ya que el Art. 365 Pn. expresa: "Será castigado con dos años de prisión mayor el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo", por lo que, el rigor que existe al aplicar en esa forma el Artículo resulta excesivo, ya que comprende tanto al caso en que el agente conocía el embarazo como cuando lo ignoraba, catalogando las dos situaciones como aborto Preterintencional, ya que la ley manifiesta que es necesario "que no haya habido propósito de causarlo" lo que está indicando la falta de esa intención desde el inicio, produciéndose luego, el resultado que ha excedido a esa intención.

El ejemplo de un aborto ocasionado en estas circunstancias, es el siguiente: el agente ocasiona un puntapié en los órganos genitales de una mujer embarazada, el cual le produjo una fuerte hemorragia, lo que trajo como consecuencia el aborto, resultado que no era querido por el actor y sin embargo se produjo.

CAPITULO VII -- CONCLUSION

Cumplida la obra encomendada, necesario se hace dar los retoques finales, no para dejarla perfecta, sino para exponer ciertos puntos que considero importantes en mi estudio. No obstante, que en mi exposición ya he adelantado opiniones -- que no tienen nada de virginales, sino que por el contrario, son adherencia a las posiciones que mejor he creído tomar en cuenta, paso a continuación a concretizar:

I) En lo referente a la teoría explicativa de la culpabilidad, me parece mas razonable la que la fundamenta en la teoría normativa, ya que no basta el mero nexo psicológico (Teoría Psicológica) entre el actor y su hecho, sino que es preciso además que la conducta observada por él, le pueda ser reprochada, tomando en cuenta los motivos que tuvo para delinquir, la total personalidad del autor (carácter) y la exigibilidad de dicha conducta. De esta suerte, resulta que es el Juez, quien tomando en consideración dichas directrices de terminará si tal conducta le es reprochable. A pesar de manifestar que esta teoría es normativa, considero que tiene algo de mixtura, porque se entrelaza lo psicológico con lo propiamente normativo, por lo que mas bien, habría de considerársele de índole ecléctica.

II) Cuando determiné los aspectos o formas de la culpabilidad, manifesté que la Preterintencionalidad no es una tercera

especie de aquélla, a la par del dolo y la culpa, porque además de lo ya expresado, no se puede decir que internamente forme una unidad constituida por el dolo y la culpa, ya que no se refiere a un mismo momento psicológico, que tendría -- que integrarse matemáticamente por mitad de delito doloso y la otra por un hecho delictivo de naturaleza culposa, sino -- que hay dos instantes de carácter psicológico, distanciados por pequeñas partículas de tiempo, pero al fin y al cabo separados en su acontecer: por una parte lo atribuible al querer del autor (intención o propósito inicial), y por otra, -- la consecuencia de ese querer a título de culpa (que excede a la intención inicial). Y si como se ve, son dos momentos psicológicos no se podría razonar que en su carácter externo se presenten como una tercera especie de culpabilidad.

III) A pesar de que anteriormente expuse un concepto de Delito Preterintencional, tomando en cuenta el reflejo de la intención en base a los medios empleados, los cuales no deben ser adecuados para producir el resultado último, soy de opinión que dicho concepto debe tomarse como de sentido restringido, porque en mi criterio, no sólo es delito Preterintencional el ejecutado con medios inadecuados, sino que inclusive puede darse con medios idóneos, siempre y cuando reflejen la no intención de producir un resultado mayor que el propuesto, lo cual tiene que determinarse con fundamento en las diversas circunstancias que han rodeado al caso. Por lo anterior, es que puedo expresar que el delito Preterinten--

cional existe "cuando de la acción u omisión del agente encaminada a la producción de un determinado resultado, sobreviene uno de mayor gravedad que el querido, siempre que de los medios empleados o de otras circunstancias, se deduzca la falta de intención de ocasionar ese mayor resultado".

De este concepto, que se notará es de sentido amplio, se desprenden dos elementos esenciales del delito Preterintencional:

1o) Intención de ocasionar determinado daño;

2o) Producción de un resultado de mayor gravedad que el que se tuvo intención de producir.

IV) Me parece necesario hacer referencia a cuál de las teorías que explican el instituto preterintencional debe dársele mayor acogida. Tomando en cuenta los fundamentos de cada una de ellas, y las críticas que han tratado de destrozar sus principios, considero que la que más se ajusta a la verdad de las cosas y cumple un papel fundamental de Justicia (valor fundamental en el Derecho) es la que sostiene que la Preterintencionalidad es una mezcla de dolo y culpa. El aspecto doloso es el referente a la parte inicial del accionar del agente, una acción que conlleva la intención de producir un daño determinado, descubriéndose la fase culposa, cuando se produce un resultado de mayor gravedad que el que se tuvo en mente producir, por lo que se debe considerar que existe el

dolo en cuanto a lo querido y la culpa en lo que no se quiso y que sin embargo se produjo. Manifiesto que esta teoría cumple con los principios elementales de la Justicia, porque no se debe castigar mas de lo que constituye la culpabilidad, - como sería el caso de imponer la sanción por considerar que es un delito doloso, cuando como se sabe el dolo sólo se da parcialmente, y si se ve la teoría que la considera un delito cualificado por el resultado, la situación a todas luces es más injusta, porque basta un simple accionar para imputársele al agente todas las consecuencias sobrevenidas, en base - al principio de que "el que es causa de la causa lo es del - mal causado".

V) En lo relativo al error, ya expresé que hay que hacer la distinción entre el error de Derecho y de Hecho. En cuanto - al error de Derecho, a lo más que se puede llegar es a conce-  
derle el papel de atenuador de la pena, siempre que concu-  
rran las circunstancias siguientes:

- 1a) Que sea un error esencial;
- 2a. Que los motivos que hayan inducido al error sean funda-  
dos; y
- 3a) Que de lugar a creer en la licitud del acto.

Mayores posibilidades de aplicación de la Preterintencionali-  
dad se encuentran en el error de hecho referente a las cir-  
cunstancias accidentales, pero la posición no es tan simple,

sino que se hace aplicando las reglas generales en materia de Preterintención, como ya lo expliqué, y tan es así, que modernamente se puede considerar a la Preterintencionalidad como especie de error y es que en el fondo, dada la forma en que la Preterintencionalidad se presenta, hay que reconocer que ella conlleva un error, porque el agente al ocasionar un daño de mayor gravedad, se equivocó en cuanto a la intensidad del mal que quería causar.

Quintano hace referencia, aunque no ampliamente, a esta situación en la forma siguiente: "La tendencia general de los Códigos modernos es la de consignar la Preterintencionalidad como una variante del error, y aún como un verdadero error de hecho; así lo hace el Suizo, que lo regula en su Artículo 19 y no entre la atenuante del 4" (1).

v) A la última situación que quiero hacer alusión es la referente al campo legislado en que la Preterintencionalidad funciona.

Al hacer la explicación de las teorías acerca de la Preterintencionalidad, manifesté que bien podía considerarse como delito doloso, como una mezcla de dolo y culpa y también como un delito cualificado por el resultado. Tomando como base el término "voluntaria" empleado en el Art. 10. inc. 10. Pn. y

---

(1) Antonio Quintano Ripollés. Comentarios al Código Penal, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, --- 1946, pág. 176.

la índole clásica del Código Penal, hay que concluir que a -- las alturas en que dicho cuerpo de leyes se promulgó, la Preterintencionalidad queda incluida en el término "voluntaria" equivalente a lo doloso, según la interpretación histórica, y por lo tanto, resulta que como atenuante establecida en el -- Art. 9o. # 2o. Pn. viene a constituir un expediente que trata de disminuir el rigor del Art. 1o. ya que si no se aplicara -- dicha atenuante se llegaría al extremo de aplicar una sanción penal en base a una responsabilidad objetiva.

Pero la atenuante considerada en el Art. 9o. # 2o. Pn. ha cedido terreno en lo que a su campo de aplicación se refiere, -- pues es sabido, que en los casos que ella surgía con bastante frecuencia eran los alusivos al homicidio, por ejemplo cuando alguien ocasionaba una simple lesión o aplicaba un bofetón, -- causando la muerte, cuando no era ésta su intención, pero resulta que con la regulación especial que se hace del homicidio Preterintencional en el Art. 362-Bis Pn., ya en este delito no puede tener cabida y sólo quedaría para aquellas figuras delictivas en que pueda concurrir, tomando en cuenta su -- posibilidad de aplicación con base en lo expuesto en el CAPITULO V.

Lo más conveniente que yo encuentro para que la Preterintencionalidad tenga una función mas adecuada a su propia naturaleza, es hacer de ella una regulación de carácter especial. -- Me explicaré: bien puede ser que se le de un tratamiento en --

el cual se defina el delito Preterintencional a la par del doloso y culposo, estableciendo una pena de carácter elástico; y también puede ocurrir que se defina en la parte general y - al mismo tiempo se haga su regulación en cada delito en especie. En mi opinión, la posición mas adecuada, debe ser aquella en que en la Parte General del Código Penal se de la noción - de delito Preterintencional, imponiendo una sanción penal que sea elástica, para que quede al buen juicio del juzgador, la facultad de examinar las diversas circunstancias en que se ha cometido el hecho delictivo para poder extraer el elemento -- subjetivo que integra la no intención de causar un mal de tan ta gravedad como el que produjo, y en base a todos los elemen tos de juicio reunidos, concluir si existe o no, la figura -- Preterintencional, y aplicar por consiguiente la pena que él crea mas justa atendidas las circunstancias del caso. Débese en esta situación concedérsele mayor ingerencia a la sana crí tica por parte de quien tenga la responsabilidad de poder dar le aplicación o no, a la noción del delito Preterintencional, evitándose en esa forma un semillero de dificultades que sobre vendrían al tener que regular la Preterintencionalidad en cada delito en particular. Pero al mismo tiempo que se legisle en esa forma, deben conservarse el homicidio Preterintencio-- nal y el aborto Preterintencional (siempre que le conste al - agente el estado de embarazo, para poder determinar la posibi lidad de prever ese resultado), nada más, que en cuanto a la aplicación de la pena debe establecerse una de índole elástica;

y digo que estos delitos deben quedar regulados en forma especial, porque tratándose de ellos y sobre todo en el homicidio, la aplicación de la Preterintencionalidad es donde ha tenido su mayor grado de aplicación.

BIBLIOGRAFIA

- 1- J. Raimundo del Río C. "Elementos de Derecho Penal" Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1939.
- 2- Manuel Arrieta Gallegos. "Comentarios al Código Penal Salvadoreño", 1958.
- 3- Luis Jiménez de Asúa. "La Ley y el Delito". Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959.
- 4- Proyecto de el Código Penal de la República de El Salvador, elaborado por los Doctores: Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez h. y Julio Fausto Fernández, publicado en la Revista del Ministerio de Justicia, 1960.
- 5- José Enrique Silva. "Introducción al Estudio del Derecho - Penal Salvadoreño", Revista de Derecho número Primero, --- Enero-Junio, 1965.
- 6- Sebastián Soler. "Derecho Penal Argentino", TEA, Buenos -- Aires, 1951, Tomos I y II.
- 7- Eugenio Cuello Calón. "Derecho Penal". Tomo I, Novena Edi-- ción, Editorial Nacional, Edinal, S. de R.L. México, D.F. 1961 y Tomo II, Undécima Edición, Edición Bosch, Casa Edi-- torial, Barcelona, 1961.
- 8- Enrique Córdova. "Estudios Penales". Parte Primera, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador, C. A.
- 9- Francesco Antoliseis. "Derecho Penal", Traducción de Juan del Rosal y Angel Torio, UTEHA, Parte General, 1960.
- 10- Francisco Carrara. "Programa del Curso de Derecho Criminal", apéndice, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

- 11- Gustavo Labatut Glana. "Derecho Penal". Tercera Edición, (Santiago de Chile), Editorial Jurídica de Chile, 1958 - Vol. I y II.
- 12- Antonio Quintano Ripollés, "Comentarios al Código Penal", Vol. I y II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (1946).
- 13- Antonio Quintano Ripollés, "Comentario de Derecho Penal". Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, (Vol. I y - II, 1958).
- 14- Antonio Quintano Ripollés, "Derecho Penal de la Culpa (Imprudencia)". Barcelona, Bosch, 1958.
- 15- Código Penal Salvadoreño.