

# PRETERINTENCIONALIDAD DE LA CONDUCTA PENAL. HOMOGÉNEA O HETEROGÉNEA

**JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO**  
*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

## **Extracto:**

A efectos de la relevancia de nuestra actuación en el ámbito penal, la intensidad final de la acción no siempre se corresponde con la voluntad inicial. Por ello, la jurisprudencia considera que, si el resultado final es distinto del inicialmente querido, pero previsible o eventual, hay una duplicidad delictiva. Un delito doloso coincidente con la voluntad inicial y otro imprudente previsible. Esto es, conforme con el principio de culpabilidad y con la preterintencionalidad heterogénea.

**Palabras clave:** preterintencionalidad, delitos heterogéneos y homogéneos, principio acusatorio, principio de culpabilidad, dolo, imprudencia, lesiones.

## **Abstract:**

To effects of the relevancy of our action in the penal area, the final intensity of the action not always corresponds with the initial will. For it, the jurisprudence considers that, if the final result is different from the initially dear one, but predictably or eventually, there is a criminal duplicity. A fraudulent coincidental crime with the initial will and imprudent predictable other one. This is consent to the beginning of guilt and to the disagreement, between the effect or result wanted by the agent and the really produced one or caused.

**Keywords:** heterogeneous and homogeneous crimes, accusatory beginning, beginning of guilt, deceit, recklessness, injuries.

## **ENUNCIADO**

Los hechos probados de la sentencia de instancia se sustituyen por los siguientes:

Una persona entra en un centro comercial. Intenta apoderarse de varios objetos. Al ser sorprendido por los vigilantes y en el momento de su detención, forcejeó con uno de ellos con violencia, por lo cual debió ser esposado.

En el transcurso del forcejeo, el vigilante sufrió lesiones consistentes en fractura de un dedo (espiroidea del tercio medio diáfisis del cuarto metacarpiano de la mano derecha).

El escrito de acusación del fiscal califica los hechos como constitutivos de una falta de maltrato de obra del artículo 617.2, pero no de lesiones. El juzgado, sin embargo, sentencia por la falta por la que acusaba el fiscal y por otra de lesiones por imprudencia.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿La conducta penal del autor es preterintencional?
2. Si es preterintencional, ¿es homogénea o heterogénea?
3. ¿Es correcto el fallo del juzgado, habida cuenta de la calificación jurídica del fiscal?

## **SOLUCIÓN**

1. Empezamos diciendo que la conducta del autor no es de acometimiento directo contra el vigilante, sino de forcejeo. Si lo vemos así, se puede cuestionar que sea autor de la lesión causada al vigilante porque no es su voluntad inicial causar daño. Pero su comportamiento violento y su actitud de forcejeo continuo con el vigilante es la causa, si no directa, sí indirecta de la lesión. Además, puede decirse que el autor ha maltratado de obra a otro (art. 617.2 del Código Penal).

Nos hallamos ante una conducta dolosa cuya culpabilidad se deduce del comportamiento agresivo del autor, el empujón y el tirón al ser esposado, y una imprudente, que procede de la posibilidad de la lesión como consecuencia de la acción desplegada, aun cuando el resultado vaya más allá de lo inicialmente querido o la acción no hubiera sido inicialmente deseada con ese resultado.

La conducta descrita en el apartado anterior supone una dualidad culpabilística: una por dolo, otra por imprudencia. La acción dolosa da lugar a la falta del artículo 617.2 del Código Penal; la culpable a la imprudencia con resultado de lesiones, lo cual conceptualmente se traduce en la denominada, por nuestra jurisprudencia, preterintencionalidad (que se produce cuando el resultado querido va más allá de lo deseado, dando lugar los resultados producidos a diferentes delitos o faltas), debiendo sancionarse ambas infracciones penales, al derivar de una misma acción, con arreglo a las normas previstas para el concurso ideal en el artículo 77 del Código Penal.

Estas son las conductas deducidas de la acción preterintencional generada. Distinto es, habida cuenta de la calificación jurídica del fiscal, cuál deba ser el fallo de la sentencia. Analizar si es correcta la doble sanción a que se refiere el caso es un asunto a tratar en el desarrollo de la tercera de las cuestiones.

2. Hemos dicho en el apartado anterior que la conducta es preterintencional, ahora corresponde determinar de qué clase: homogénea o heterogénea.

Guiados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia y, en concreto, por lo indicado en la Sentencia de 1253/2005, de 26 de octubre:

«El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar en lo que se refiere a la preterintencionalidad que en el actual Código Penal no se recoge como tal, a diferencia del anterior en el que se regulaba en el artículo 9.º 4, la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

Pues bien, pese a la imprecisión que ha venido caracterizando, doctrinal y legalmente, el tema de la preterintencionalidad (STS de 25 de octubre de 1994), tanto en el orden estructural y ontológico como en el axiológico o valorativo, se coincide en caracterizar a la preterintencionalidad homogénea como hipótesis de superación de designio del autor por la realidad del resultado, pero siendo adscribibles uno y otro a un mismo género de delitos, mejor, a una misma figura delictiva.»

Cuando de la preterintencionalidad heterogénea se trata, la conducta dolosa se encamina al resultado lesivo menor, pero produciéndose uno mayor o más grave (*maius delictum*) no entrevisto, pero previsible.

Cuando el resultado va más allá de lo directamente querido hay una intensidad que quiebra la normal voluntad. En estos casos se produce una disociación entre lo querido y el resultado producido, más intenso. La jurisprudencia, al tratar la cuestión, dice que se desdoble la responsabilidad entre la voluntad real y el resultado no querido pero previsible dentro de la lógica racional (Sentencias de

21 de enero de 1985, 12 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1987, 19 de febrero de 1990, 10 de mayo y 15 de junio de 1992 y 22 de mayo de 1993).

Si con ocasión del forcejeo producido o del empujón se causan las lesiones descritas en los hechos, hay dolo directo en cuanto al tipo de la falta de maltrato de obra, porque este se produjo de modo intencionado, pero no respecto a las lesiones. Ha de estimarse que existió previsibilidad en cuanto a la fractura de un dedo. Estos resultados de lesiones no queridas con el maltrato de obra han de ser sancionados con preterintencionalidad heterogénea; «es decir, como una falta dolosa de malos tratos en concurso con la correspondiente infracción culposa». El sentir unánime en este tipo de casos es la responsabilidad por dolo del maltrato y a título de culpa por las lesiones. Se rompe el título de la imputación entre la primera acción violenta y el resultado producido, y no importa la ruptura del nexo causal, sino que es más bien una consecuencia del actuar imprudente consciente o no, con previsibilidad en todo caso. Así se respeta el principio de culpabilidad, no castigando lo fortuito, sí lo doloso o imprudente.

3. Si la calificación del fiscal solo contempla la falta de maltrato de obra pero no la de lesión, de existir prueba y ser figuras penales homogéneas (no hay que confundirlo con la preterintencionalidad homogénea o heterogénea tratada en el punto anterior, pues esa viene referida a la intención y esta a la naturaleza de la falta o faltas cometidas), el fallo de la sentencia podría ser admisible. En el caso se plantea la decisión del juez condenando por una falta de lesiones que no ha sido objeto de acusación por el fiscal. ¿Es admisible? ¿Se vulnera el principio acusatorio?

Dando por sentado que hay prueba para la condena, conviene recordar la jurisprudencia sobre estos particulares. Dice literalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997:

«Toda fijación de hechos en el proceso penal, sea en las calificaciones de las partes o en la sentencia, ha de atender, como reiteradísimamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, a un dato básico: que la narración histórica es una simple concreción neutra y no valorativa de un acaecer histórico que encierra dentro de sí las previsiones esenciales de una hipótesis normativa; abstractamente formadas. Dicho en otras palabras, se trata de una concreción o especificación de la descripción típica de la norma. Si esta concreción existe (en cuanto a la coincidencia sustancial o básica entre la acusación y lo que se estime acreditado por parte del tribunal sentenciador), no se produce desde tal punto de partida una vulneración del principio acusatorio ni se origina indefensión alguna, ya que esta, con arreglo a lo señalado por el Tribunal Constitucional de manera reiterada, solo consiste en la obturación o aminoración de las oportunidades procesales de alegar y probar, y no en la divergencia intrascendente, en la descripción fáctica sobre extremos no substanciales.»

Por consiguiente, si los hechos objeto de acusación del fiscal hacen referencia neutra a todas las hipótesis normativas y hay homogeneidad delictiva, no se habrá vulnerado el principio acusatorio. Como dice el Tribunal Constitucional, no se vulnera el principio acusatorio ni el derecho a estar debidamente informado de la acusación, si se cumplen las dos siguientes condiciones:

«Homogeneidad fáctica y no punición por delito más grave que el objeto de acusación.»

Si todos los elementos de la acusación contienen los criterios jurídicos de la norma y la identidad fáctica es más débil en la exigencia argumentativa que estamos exponiendo, parece que cabe la sentencia tal y como condena el juez. No se debilita la defensa ni el derecho a estar informada de la acusación, porque todo lo que ha sido objeto de dicha acusación consta de los elementos fácticos de que dispone la defensa. Es decir, la acusación fiscal tanto por maltrato como por lesión es deducible de la prueba y de los elementos fácticos. La condena del juez no puede sorprender a la defensa ni vulnera el principio acusatorio, porque se basa en la narración neutra total y en la contratación jurídica implícita.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que ver si existe homogeneidad, pues esta se predica del delito objeto de acusación y del que es objeto de sanción. Estamos hablando de la homogeneidad delictiva, pero no, como ocurre en este caso, de la homogeneidad entre una falta dolosa (la que pide el fiscal) y otra imprudente (la de lesiones) por la que condena el juez. Puede que en este caso haya una descripción fáctica completa de ambas faltas en el escrito de acusación del fiscal y puede que, desde una perspectiva normativa, la narración le haya dado al juez el contenido normativo de dos faltas. Pero, sin el planteamiento de la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el juez parece haber ido más allá de la ley, vulnerando el principio acusatorio.

Por otro lado, la jurisprudencia ha dicho que no existe homogeneidad entre tipos dolosos y culposos (y también ha dicho lo contrario, atendiendo a un enfoque distinto para resolver la cuestión: las características dogmáticas de los delitos, comparando exclusivamente la estructura de los tipos objetivos. Ello es lo que permitió decir que entre homicidio doloso y culposo no solo existe homogeneidad, sino también identidad fáctica, pues, desde el punto de vista objetivo, se desea, en ambos casos, la muerte).

Sin embargo, la cuestión se decide mayoritariamente desde la perspectiva del derecho de defensa. Es decir, como una cuestión procesal constitucional. «El acusado y la defensa deben conocer todos los elementos del delito en los que se apoya la pretensión de la acusación con suficiente base como para poder preparar la prueba y la defensa jurídica contra la pretensión ejercida por la acusación.» La defensa no puede adivinar todas las alternativas de la acusación. La alternativa impide a la defensa prepararse adecuadamente. Por consiguiente, la condena del juez por una falta que no ha sido objeto de acusación no puede prosperar, aun cuando sea posible la alternativa acusatoria, si esta no ha permitido a la defensa articular sus medios defensivos.

Si no hubo acusación no cabe condena porque no hay homogeneidad entre una falta y dos faltas. No hubo planteamiento de la tesis procesal del artículo 733 y no pudo la defensa prepararse por falta de información sobre los elementos no utilizados por el fiscal en su definitiva calificación, que parece haber aplicado de oficio el juez.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 733.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 77 y 617.2.

- SSTS de 9 de febrero, 28 de marzo y 12 de julio de 1984, 21 de enero y 23 de abril de 1985, 12 de marzo y 25 de octubre de 1986, 24 de julio y 27 de noviembre de 1987, 19 de febrero de 1990, 28 de enero, 14 de febrero, 22 de marzo y 20 de septiembre de 1991, 10 y 11 de mayo, 15 de junio, 9 de octubre y 24 de noviembre de 1992, 8 de febrero, 22 de mayo y 1 y 14 de julio de 1993, 16 de febrero, 30 de mayo, 20 de septiembre, 3 de noviembre y 22 de diciembre de 1994, 5 y 8 de febrero, 2 de julio y 23 de octubre de 1995, 9 de febrero de 1996, 21 de enero y 15 de marzo de 1997 y 11 de mayo de 2005.