

La tentativa con dolo eventual

JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA

Profesor Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho de Lleida (*)

1. INTRODUCCION

El presente trabajo supone la profundización en una línea de investigación que de modo parcial esboqué con ocasión del estudio de los problemas concursales entre el delito de propagación maliciosa de enfermedades transmisibles a las personas (art. 348-bis C.P.) y los delitos de lesiones (1), y responde al deseo de abordar globalmente la cuestión relativa a la compatibilidad entre las formas imperfectas de ejecución y el dolo eventual. La escasa literatura producida acerca del tema, especialmente en el ámbito de la doctrina española, no es precisamente indicativa de su carácter poco problemático. Lejos de presentarse como una cuestión pacífica, la complejidad de la materia subyacente y la multiplicidad de dimensiones en las que se proyecta la hacen merecedora de un creciente interés.

2. POSTURAS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y COMPARADA

Por las razones antedichas, sorprende la parca atención que el tema ha despertado en el conjunto de la doctrina española, si se establece como parámetro comparativo los trabajos publicados en Alemania, Suiza, Italia y Portugal. El menor desarrollo de la dogmática jurídico-penal en

(*) La realización de este trabajo de investigación ha sido posible gracias a la subvención concedida por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio Español de Educación y Ciencia.

(1) Vid. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona 1990, pág. 62-68.

este punto se corresponde, lo que no es de extrañar, con un mayor molitismo teórico, pues es superior el grado de consenso en torno a la posición dominante que lo que puede reputarse habitual en la doctrina comparada, en cuyo seno se ha generado un debate que refleja mejor el carácter problemático de nuestro objeto de estudio. A esta situación de consenso doctrinal contribuye probablemente el concepto legal de tentativa presente en el artículo 3 del Código Penal español, de contenido preferentemente objetivo, que carece de referencias subjetivas explícitas que puedan favorecer las tentaciones especulativas del intérprete.

2.1. Tesis afirmativas

En el ámbito de la doctrina española, constituye una actitud bastante generalizada por parte de los autores que se han enfrentado a alguno de los aspectos relacionados con el tema, la asunción indiscutida de la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución con dolo eventual. En este sentido cabe destacar la postura tradicional patrocinada por Jiménez de Asua (2), Antón Oneca (3) y Rodríguez Mourullo (4). Esta tesis ha sido desarrollada entre nosotros por Farre Trepát, quien constata también «un clima de aceptación incuestionada sobre la punición de la tentativa con dolo eventual», conclusión que resulta de un razonamiento lógico-formal basado en dos premisas: la inserción del dolo eventual en los dominios del dolo junto al directo de primer y de segundo grado, y la coincidencia entre la parte subjetiva del tipo de la tentativa y la correspondiente al delito consumado (aunque la autora no comparte esta segunda premisa) (5). La citada autora, sobre la base de la concepción del injusto propiciada por Mir Puig (6), fundamenta el con-

(2) Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, pág. 899, quien fundamenta su posición afirmativa en el componente objetivo que considera predominante en la estructura de la tentativa con arreglo al Código Penal español, aunque asume las tesis negativas que en Alemania exigen la presencia del dolo directo en la tentativa con base en la referencia del anterior párrafo 43 del StGB al término «resolución». La negativa a la admisión de la tentativa con dolo eventual se hace por ello aún más patente en Argentina, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, cuyo Código Penal recurre en la definición de la tentativa punible a la expresión «el que con el fin de cometer un delito determinado...».

(3) Vid. ANTON ONECA, *Derecho Penal-parte general*, 1949, pág. 408.

(4) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, EN *COMENTARIOS AL CODIGO PENAL* (con otros autores), t. I, pág. 96, quien basa en la identidad entre el elemento subjetivo de la tentativa y el del delito consumado (Vid. *Infra* críticas a dicha tesis), la afirmación de que sirven para ambos supuestos las mismas categorías de dolo.

(5) Vid. FARRE TREPAT, Elena: *La tentativa de delito*, Barcelona 1986, pág. 93,

(6) Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal-parte general*, Barcelona 1990, pág. 151-153, y del mismo autor, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1988, III, pág. 661-662.

tenido material del tipo de injusto de la tentativa de modo unilateral en la peligrosidad objetiva para el bien jurídico determinada «ex ante». asumiendo además la teoría dominante en lo que respecta a la consideración del dolo eventual como una forma más de dolo en cuanto a su estructura, todo lo cual le lleva a concluir que «no corresponderá dar a la tentativa con dolo eventual un tratamiento distinto a aquélla en la que concurren otras formas de dolo». (7).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido en repetidas ocasiones una postura favorable a la tentativa con dolo eventual, aunque en ningún momento tal posición es objeto de motivación, sino que la misma se asume como algo ya dado, como hecho indiscutido. La mayoría de resoluciones en las que es posible comprobar un pronunciamiento sobre el particular conciernen a delitos de homicidio o asesinato, en los que el recurso a la afirmación de la presencia de un dolo cuanto menos eventual constituye un cómodo expediente argumental para dar una respuesta positiva al siempre azaroso problema de la determinación, a partir de datos objetivos, de la concurrencia del «animus necandi» necesario para calificar los hechos como homicidio frustrado o intentado en lugar de delito o falta de lesiones (8). No es de extrañar por consiguiente que puedan hallarse fisuras en dicha doctrina jurisprudencial, en el sentido de cuestionar que nos encontremos ante un criterio definitivo. Sirva como muestra de la fragilidad de tal línea jurisprudencial la sentencia de 20 de febrero de 1989 que se refiere a «ese dolo

(7) Vid. FARRE TREPAT, Elena: *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986-I, pág. 268-269. De ello infiere la autora que «deberá negarse la punición de aquellos hechos en los que un tal peligro de lesión concorra, y ello con independencia de que el autor se dirija a dicha lesión, se la represente como segura o simplemente como probable». En parecidos términos, Vid. «La tentativa de delito», cit., pág. 95: «En conclusión, la punición de la tentativa no dependerá, ni se verá condicionada en un principio, por el hecho de que la misma sea realizada con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual, sino de la peligrosidad ex ante que la misma crea para el bien jurídico». A partir de este razonamiento, apunta la posibilidad de prever una doble atenuación de los supuestos de tentativa con dolo eventual, dado que su contenido de injusto podría ser inferior, aunque para ello sería necesario demostrar «que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido».

(8) Vid. En este sentido, las ss TS de 7-3-1981 (R. Ar. 1228), en la que se declara que «la muerte fue aceptada voluntariamente como resultado posible o eventual», de 30-1-1982 (R. Ar. 187), con una referencia a un «dolo indeterminado de causar lesiones o muerte» en caso de «repartir golpes de cuchillo indiscriminadamente a diestro y siniestro». Vid. asimismo, STS de 14-11-1988 (LA LEY II, p. 85), STS de 2-7-1988 (LA LEY, IV, p. 160), y STS de 20-9-1989 (LA LEY, IV, p. 843, y R. Ar. 12345). En esta última resolución establece la Sala que «el ánimo homicida ha de deducirse de los signos exteriores reveladores del mismo, y en la medida en que los partícipes de los hechos han querido, por lo menos eventualmente, la muerte de otro, el dolo no es en sí mismo cuestionable».

directo imprescindible para apreciar las formas imperfectas de homicidio». (9)

En lo que respecta a la doctrina española, el mayor número de pronunciamientos se han producido recientemente a propósito de la problemática planteada por los denominados «conductores suicidas», ante la cual Silva Sánchez (10) y Luzón Peña (11), han sostenido la concurrencia de un delito de homicidio en grado de tentativa o frustración (según la apuesta determinante de la conducción en sentido contrario por la autopista o autovía consistiera, respectivamente, en esquivar o en mantener la dirección inmóvil en caso de avistar automóviles de frente) (12), por cada persona ocupante de los vehículos que han conseguido evitar la colisión. Coherentes con su posición favorable a la admisión en general de las formas imperfectas de ejecución con dolo eventual, los autores citados entienden que la inclusión de un tipo de delito de peligro que criminalice tal forma de conducción con peligro para la vida de los demás no obsta para que deba seguir prevaleciendo la calificación de los hechos como homicidio intentado o frustrado cuando proceda, relegando en consecuencia el nuevo artículo 340 bis-d) a una función secundaria. (13)

Tal criterio pugna con el planteamiento defendido por Vives Antón, al concebir el delito tipificado en el artículo 340 bis-d) C.P. como un supuesto típico de tentativa con dolo eventual, en el que la puesta en peligro de más de una persona no se traduce en la existencia de un concurso de delitos, sino que a lo sumo será un dato que deberá tomarse en consideración a los solos efectos de determinar la extensión de la pena (14). Como principal punto de apoyo de semejante configura-

(9) Vid. STS 20-2-1989 (ponente Manzanares Samaniego) en LA LEY II, p. 1060. Vid. también un indirecto pronunciamiento contrario a la tentativa con dolo eventual en STS de 24-10-1989 (R. Ar. 7744) (Vid. referencia *Infra* 3.4).

(10) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, en LA LEY, 1988, núm. 2068, pág. 3.

(11) Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Derecho Penal de la Circulación*, Barcelona 1990, pág. 239-240.

(12) Vid. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ (ob. loc. ult. cit.). LUZÓN PEÑA, sin embargo, se pronuncia en todo caso en favor de la concurrencia de un homicidio frustrado, añadiendo que si el peligro de colisión es inminente «es más fácil afirmar la existencia de dolo, probablemente directo de segundo grado, y claramente de delito frustrado de homicidio». A mi juicio, la inminencia o mayor probabilidad de lesión del bien jurídico no permite por sí sola afirmar la presencia de dolo directo de segundo grado, pues, por muy alta que sea dicha probabilidad, el eventual advenimiento del resultado se presenta en el pensamiento del autor como un acontecimiento incompatible con el abjetivo perseguido (ganar la apuesta sólo si no hay colisión) y no como un medio necesario para conseguir el fin apetecido (precisamente por la misma razón no resulta posible fundamentar la existencia de dolo eventual en la teoría del consentimiento).

(13) Vid. SILVA SÁNCHEZ, ob. loc. ult. cit.

(14) Vid. VIVES ANTÓN, Tomás (con otros autores): *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, pág. 63 ss.

ción del referido tipo delictivo se invoca la doctrina partidaria de admitir la tentativa con dolo eventual (15). Al reclamar la aludida opinión dominante como fundamento de tal criterio hermenéutico, el planteamiento de Vives suscita grandes interrogantes, de modo que, o bien cuando se muestra favorable con carácter general a la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual (16) omite precisar que ello solo será posible en caso de mediar una expresa habilitación legal (y en tal supuesto la introducción del artículo 340 bis-d) vendría a satisfacer tal exigencia), o en caso contrario no se explicarían las razones por las que precisamente dicho supuesto de tentativa de homicidio con dolo eventual resulta privilegiado frente al resto de casos imaginables, en los que la aplicación de las reglas del artículo 52 C.P. puede suponer la imposición de una pena mayor (17).

La doctrina alemana contemporánea se decanta también de modo predominante hacia una postura favorable a la admisión del dolo eventual como componente subjetivo de la tentativa, con independencia de la adscripción a una u otra concepción sistemática de la teoría jurídica del delito. Dicha posición se ha consolidado una vez han sido superadas de modo casi generalizado las reticencias que en la doctrina de finales del siglo anterior suscitaba la asimilación del dolo eventual al dolo, y especialmente tras la modificación del concepto legal de tentativa consagrado en el nuevo parágrafo 22 StGB, que permite superar los escrú-

(15) Vid. VIVES ANTÓN en *Derecho Penal-Parte Especial*, Valencia 1990, pág. 327) sostiene que dicha tesis afirmativa constituye «la posición de la doctrina española, alemana e italiana», así como de la jurisprudencia. En este capítulo dedicado al examen de la doctrina comparada tratamos de poner de manifiesto como tal afirmación debe ser el menos matizada.

(16) Vid. COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN: *Derecho Penal-Parte General*, Valencia, 1988, pág. 508: «A menudo se requiere que el querer se dirija a su objetivo en forma directa, para estimar cumplidos los requerimientos de la tentativa. No obstante, según el concepto, nada impide la admisión de un querer condicionado o eventual». La expresión puede dar a entender una asunción matizada de la tentativa con dolo eventual, aun cuando por lo manifestado en relación con el artículo 340 bis-d) (Vid. nota anterior) parece que no se opone reserva de clase alguna a esta combinación.

(17) El autor señala que «la razón de ese relativo privilegio deriva, de una parte, del carácter eventual del dolo que hace, por regla general, disminuir el peligro abstracto de la conducta (...) y, de otra, de la conveniencia de apartarse del régimen punitivo del artículo 52, que equipara, inadecuadamente, el castigo de la tentativa inidónea al de la idónea» (Cfr. VIVES ANTÓN, «La reforma...», cit., pág. 73). Al margen de lo atinente a la modalidad de tentativa inidónea referida a la figura subsidiaria atenuada prevista en el párrafo segundo del art. 340 bis-d), lo que queda sin explicación es por qué la tentativa de homicidio con dolo eventual merece en el caso de los conductores llamados suicidas una respuesta atenuada frente a otros supuestos en que se da tal modalidad de tentativa (si es que en los mismos hay que acudir a la regla genérica del artículo 52).

pulos que planteaba el término «resolución» («Entschluss») del párrafo 43 del antiguo Código (18).

Así, desde Mezger o Welzel cabe destacar un grupo extenso de penalistas que se alinean, normalmente sin detenerse en argumentaciones ni introducir matizaciones o reservas, tras la tesis dominante (19). Lejos de sustentar su posición en un análisis de la estructura de la tentativa o del dolo eventual o en la elaboración de conceptos dogmáticos, los autores tienden a limitarse al examen de casos. En este sentido constituye un recurso bastante generalizado especular en torno a hipótesis de dolo alternativo, esgrimidas también, como posteriormente se verá, en apoyo de las tesis contrarias, y que ofrecen escaso interés como piedra angular de cualquier teoría sobre la materia, dado el alto grado de desacuerdo reinante en la doctrina sobre la aplicación a tales supuestos de soluciones basadas en el concurso de delitos o de las reglas de resolución de los concursos aparentes de normas (20). Como ejemplo de tentativa punible con dolo eventual, se ha sugerido el de quien prende fuego en una casa contando con que el morador de la misma resulte muerto como consecuencia de incendio

(18) Algunos autores deducían del concepto legal «resolución» la exigencia de dolo directo para la tentativa de delito (ya vimos incluso en este sentido la opinión de JIMÉNEZ DE ASUA, Vid. Supra nota 2), aunque otros eran partidarios de interpretar dicho término legal como sinónimo de dolo: Vid. en esta dirección, PETERS PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch, Lehrkommentar*, 1971, pág. 155.

(19) Vid. MAURACH-ZIPF: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1971, pág. 501; ESER, en SCHÖNKE-SCHROEDER: *Strafgesetzbuchkommentar*, 1988, pág. 307; BAUMANN: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1975, pág. 488; STRATENWERTH: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, I, 1988, pág. 108; VOGLER, en *Leipziger Kommentar*, Berlín-N. York, 1985, I, pág. 9 sub. par. 22; WESSELS: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1990, VII, pág. 177; JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil*, Berlin 1978, pág. 417; DREHER-TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1991, pág. 151-152; PETERS-PREISENDANZ, ob. loc. ult. cit.

(20) Diversos autores se plantean qué solución debe darse al caso de quien arroja una piedra contra su perseguidor con el ánimo de causarle lesiones o la muerte. Un sector doctrinal es partidario de calificar los hechos con un concurso ideal de delitos, de modo que si tan solo llega a consumarse uno de ellos, concurrirá idealmente con la tentativa del delito que no se ha llegado a materializar (Vid. JESCHECK, ob. loc. ult. cit., y VOGLER, ob. cit., pág. 34 y 35, quien matiza que la solución concursal surgirá en los casos en que el delito intentado tenga un mayor peso en el contenido de lo injusto y de la culpabilidad, y que en los supuestos en que ninguno de ambos delitos alcanza la fase de consumación, habrá que considerar tan solo tentativa del delito más grave, puesto que el autor quería un solo resultado típico, con exclusión de los otros posibles). Otros autores se decantan por imponer la pena correspondiente a un único delito, rechazando así la función subsidiaria del tipo de tentativa, aunque ello se concreta de distintas maneras: SCHÖNKE-SCHROEDER, ob. loc. ult. cit., propugna la prevalencia del tipo que contenga la pena más grave, DREHER-TRÖNDLE (Vid. ob. loc. ult. cit.) del delito más leve, y MAURACH-ZIPF Vid. con mayor extensión sobre la problemática del dolo alternativo, FARRE TREPAT, «La tentativa...» cit., págs. 114 a 123.

aunque consiga salvarse (21), o cuando el ladrón penetra en una casa con el propósito indeterminado de apoderarse de cualquier cosa útil que hallare (22). Los autores que siguen el criterio dominante advierten la necesidad de distinguir la problemática de la tentativa con dolo eventual de la voluntad condicionada de actuar, referida a aquellos supuestos en los que el carácter eventual o condicionado de la voluntad recae sobre la acción y no meramente sobre el resultado, y que sí constituye un obstáculo insalvable para la realización de los tipos de imperfecta ejecución (23). La literatura germánica reseña a menudo la coincidencia de criterio entre doctrina y jurisprudencia, aunque al respecto conviene a mi juicio señalar que, si bien los pronunciamientos de los Tribunales recaídos sobre la cuestión se inscriben en la tesis afirmativa, igualmente significativo es el dato de la escasez de sentencias que aborden el tema (la mayor parte de ellas relativas al delito de homicidio), que contrasta con la frecuencia de los supuestos de tentativa con dolo eventual (24). Recientemente se han planteado como supuestos de tentativa de homicidio las conductas de los portadores o potenciales portadores del S.I.D.A. que, sin advertir a otras personas con quienes vayan a entrar en contacto de su infección, realicen prácticas que impliquen riesgo de transmisión de la enfermedad, con independencia de que con ello el autor se haya propuesto o no como fin dicha transmisión (25).

El panorama doctrinal en Italia viene caracterizado por un grado de disenso mucho mayor del que impera en la literatura española o alemana. El hecho que los partidarios de una y otra tesis reclamen en algunas ocasiones tener a su favor la posición mayoritaria, resulta

(21) Vid. BAUMANN, ob. loc. ult. cit.

(22) Vid. JESCHECK, ob. cit., pág. 417.

Ello nos podría conducir a plantear los supuestos que la doctrina había denominado como «dolo indeterminado», concepto abandonado por su carácter impreciso, y que había sido elaborado para supuestos en los que puede presentarse como especialmente conflictiva la configuración de la tentativa con dolo eventual, como el ejemplo de quien dispara indiscriminadamente con un arma de fuego contra una multitud de personas sin un propósito de matar a alguna de ellas en particular.

(23) Vid. En relación con la voluntad condicionada de realizar la acción el en delito intentado, FARRE TREPAT, «La tentativa...», cit., pág. 95 a 114.

(24) Vid. KOLZ-OTT: *Eventualvorsatz und Versuch*, Zurich 1974, pág. 49-51, quien recoge algún ejemplo en el que el recurso a la tentativa con dolo eventual parece motivado por razones «pragmáticas» (a las que ya antes hacíamos referencia en relación con la jurisprudencia española), como es una condena por tentativa de homicidio en un caso en que no se había podido determinar la relación de causalidad entre la muerte y la conducta doloso-eventual del autor.

(25) Vid. En este sentido BOTTKE, W.: *Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung*, in SCHÜNEMANN y otros: «Die Rechtsprobleme von AIDS», Baden-Baden, 1988, pág. 186 ss. y 201 y ss. Vid. asimismo, HERZBERG, R.D.: «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten», in *Juristische Schulung*, 1987, n.º 10, pág. 777, ss.

precisamente indicativo de la división de criterios existente, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia. Algunos autores establecen una relación de correspondencia entre el dolo de la tentativa y el dolo del delito consumado, lo que les lleva a deducir que la tentativa admite todas las formas de dolo que permita acoger el respectivo delito consumado (26). En favor de esta interpretación extensiva del tipo de la tentativa, Romano rechaza que la definición de la misma en el artículo 56 del Código Penal obligue a concluir que tan sólo el intento producido con dolo directo pueda ser calificado como «acto dirigido de modo no equívoco a cometer el delito», ya que tal expresión legal no establece sino un requisito objetivo de la conducta, cuya valoración habrá que hacer desde la perspectiva de un observador externo y no del propio agente (27).

Por otro lado, destaca Morselli como el sentir dominante en la doctrina acerca de la identificación del dolo de la tentativa con el dolo de la consumación no se traduce en la admisibilidad de la tentativa con dolo eventual, lo cual le lleva a reflexionar del siguiente modo a partir del ejemplo del terrorista que deja un artefacto en una plaza concurrida aceptando la idea de que alguien resulte muerto: la negativa a aceptar la hipótesis de la tentativa en caso de no producirse resultado alguno, conduciría «al absurdo de que aquello que efectivamente era dolo en el momento de la acción no debería ser ya considerado como tal *ex post*; esto por el simple hecho que el resultado no se ha verificado». Por ello concluye: «El que se verifique o no posteriormente el resultado no puede tener relevancia respecto a lo que se ha venido a configurar previamente en la *psique* del agente, para lo cual no tiene sentido lógico alguno hacer depender la subsistencia o no del dolo del tipo de resultado de la conducta» (28). Frente a este planteamiento, cabe formular dos consideraciones. La fun-

(26) Vid. En esta dirección, PETROCELLI, *Il delitto tentato-Studi*, Padova 1966, p. 36; VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1950, p. 51; y ROMANO, M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano 1987, pág. 506-507.

(27) Vid. ROMANO, ob. loc. ult. cit. El autor cita como ejemplos de tentativa punible con dolo eventual, el de quien incendia dolosamente un henil, representándose la concreta posibilidad y aceptando el riesgo de matar a un pastor que podría estar durmiendo en su interior, quien se salva de milagro (tentativa de homicidio); o el de quien coloca una bomba para cometer un acto terrorista representándose la concreta posibilidad de la muerte de un oficial de guardia que sin embargo sale ileso. Asimismo, se muestra partidario de castigar como tentativa los supuestos de dolo alternativo, y las hipótesis de «voluntad ya presente y actual sobre la base de una situación de hecho incierta», que han de ser diferenciadas de los casos de «voluntad condicionada» que, según ya vimos sostenía la práctica totalidad de la doctrina, deben permanecer impunes.

(28) Vid. MORSELLI, E.: *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, en *Indice Penale*, 1978, I, pág. 33. El autor sostiene la validez de la referida conclusión en las hipótesis de delito imposible por inidoneidad de la acción o inexistencia del objeto. La tesis central del tra-

damentación de una decisión favorable o contraria a la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual en una previa toma de posición sobre la dependencia o autonomía, respectivamente, del tipo de injusto de la tentativa en relación con el correspondiente al delito consumado, resulta cuanto menos problemática, y no puede ser por sí sola esgrimida como argumento sin ulteriores explicaciones, habida cuenta de la diversidad de criterios reinante en la doctrina de todos los países (29). Ello obliga a fundamentar separadamente la posición mantenida en relación con el contenido subjetivo de la tentativa respecto con el del delito consumado (que no puede ser asumido como axioma), y la conclusión relativa a si cabe la tentativa con dolo eventual, que no tiene porqué ser el resultado de una simple deducción lógico-formal, pues es propio del pensamiento jurídico prescindir de tal clase de razonamiento cuando la naturaleza propia de la materia o «el problema» a resolver así lo requiera (30). La opinión de Morselli puede ser combatida, por consiguiente, sosteniendo que el tipo de la tentativa no necesariamente debe incorporar los mismos elementos subjetivos que el tipo de la consumación, y por lo tanto no resulta decisivo el dato que en el supuesto planteado la conducta del sujeto sea dolosa tanto si hay resultado como si no lo hay, pues podemos decidir, por las razones que posteriormente se expondrán, que esa clase de conducta dolosa no la consideramos relevante para la punición de la tentativa.

La jurisprudencia de la Corte de Casación italiana ha seguido una tendencia vacilante en las múltiples resoluciones en las que se ha enfrentado con el tema que examinamos, lo cual impide que pueda hablarse de un criterio consolidado. La sensación de desorientación que genera el análisis de las diversas sentencias es notable, pues la misma no es el efecto de contradicciones anecdóticas, o de planteamientos que versen sobre aspectos distintos del problema, sino de sucesivas to-

bajo consiste en el rechazo de las interpretaciones subjetivistas del artículo 56 C.P., así como de aquellas opiniones que conciben el requisito legal del carácter unívoco de los actos como una mera regla probatoria relativa a la intención del agente, para sostener en definitiva una interpretación objetiva de dicho requisito como criterio de determinación de los actos objetivos. El autor se muestra partidario, ya en un planteamiento de «lege ferenda», de una reformulación del artículo 56 C.P. que supere el carácter equívoco de la fórmula vigente. Respecto al objeto de análisis concluye: «En este punto no será difícil comprender como una tal univocidad, objetivamente entendida, pueda ser encontrada también en los actos ejecutivos de un delito cometido por quien había actuado sólo con dolo eventual».

(29) Existen tanto autores que, no obstante afirmar que «el dolo de la tentativa es el dolo de la consumación» sostienen la incompatibilidad de la tentativa con el dolo eventual (así lo pone de relieve MORSELLI), como otros que establecen diferencias en el tipo subjetivo de la tentativa y del delito consumado y acogen favorablemente la tentativa con dolo eventual (Vid. por ejemplo, FARRE TREPAT, «La tentativa», loc. ult. cit.).

(30) *Infra* 3.3.

mas de posición y líneas argumentales sobre elementos esenciales del tema en sentidos absolutamente opuestos. Si señalamos como ejemplo la afirmación «El dolo eventual es compatible con el delito intentado: en efecto, el requisito del carácter no equívoco de los actos respecto al resultado de peligro se refiere a la estructura objetiva de la conducta, mientras bajo el perfil subjetivo del dolo el delito intentado no se diferencia del delito consumado» (31), a renglón seguido habrá que hacerse eco de otras resoluciones que fundan la tesis negativa precisamente en el requisito de los actos inequívocos establecido en el artículo 56 del Código Penal (32).

2.2. Tesis negativas

a) Las actitudes contrarias a la aceptación de la tentativa con dolo eventual tienen como antecedentes remotos planteamientos basados en la hostilidad que, a finales del siglo XIX y principios de nuestra centuria, ciertos sectores de la doctrina jurídico-penal, habían mostrado hacia el dolo eventual (33). La posición de Stooss es representativa de esta actitud, y, en un discurso orientado en sentido contrario al que ahora se efectúa, plantea la falta de racionalidad de la punición de la tentativa con dolo eventual como argumento contra la inclusión del dolo even-

(31) Cfr. sentencia de Casación I de 12 de junio de 1981. En el mismo sentido, Vid. sentencia de Casación I de 21-11-1977. Vid. abundantes referencias jurisprudenciales que inciden en argumentos análogos en ZANOTTI (en BRICOLA: *Commentario sistematico al Codice Penale*, Torino, 1984, pág. 539 ss.), quien destaca que «la jurisprudencia ha afrontado repetidamente el problema indicado, manifestando una orientación que, si bien no exento de significativas excepciones, puede en el estado actual considerarse consolidado». Al margen del hecho que otros autores han reflejado con mayor claridad las continuas oscilaciones de la jurisprudencia, cabe anotar la sucesión de pronunciamientos conformes a la tesis negativa que han aparecido en los últimos años, que no pueden ser ya valoradas como meras excepciones al criterio general, sino que parece ya más ajustado concluir que tal criterio general no existe.

En otras ocasiones, los Tribunales italianos acuden también a la afirmación de la tentativa de homicidio con dolo eventual para resolver problemas de dolo alternativo (Vid. referencias en ZANOTTI, ob. cit., pág. 540).

(32) Vid. En este sentido, entre otras, la sentencia de Casación I de 18 de mayo de 1977 (Vid. *Infra* nota 40).

(33) El concepto de dolo eventual fue denunciado como instrumento propio de un Derecho Penal autoritario por diversos autores. Vid. VON LISZT, Franz: *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*, en «Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Liszt», II, Berlin 1905, p. 281, quien calificó el dolo eventual como una «invención de juristas doctrinarios y reaccionarios». Vid. otras referencias en BUSTOS RAMIREZ, *Política Criminal y dolo eventual*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, II, págs. 309 ss.

tual en el concepto de dolo (34). Pretender fundamentar hoy por la misma vía una posición contraria a la tentativa con dolo eventual nos expone a hacernos acreedores de reproches relativos a la pérdida de contexto histórico, aunque no han faltado autores contemporáneos que han seguido en minoría esta senda, siendo de destacar Bustos Ramírez, quien considera la asimilación del dolo eventual al dolo como un salto en el vacío y concluye que la estructura de tal supuesta forma de dolo es la propia de la culpa con el añadido de «un elemento subjetivo agravatorio del injusto» (35).

b) En épocas más recientes, las posturas contrarias a la tentativa con dolo eventual han gozado de un especial seguimiento en Italia. Las mismas se hallan ya normalmente desvinculadas de la referida hostilidad ante el dolo eventual, aunque son difícilmente extrapolables en la medida en que por lo general se sustentan en una determinada interpretación de la definición legal de tentativa contenida en el artículo 56 del Código Penal. En esta dirección, algunos autores sostienen que cuando un sujeto se representa la posibilidad de que se verifique un resultado típico, asumiendo el correspondiente riesgo, no se representa los actos que ejecuta como dirigidos a cometer el delito, eso es, no los prevé como dirigidos «indudablemente» a la comisión del delito (36). Es por ello que Mantovani considera que la equiparación entre dolo directo y dolo eventual en la tentativa no puede hacerse sin violar el principio que prohíbe la analogía «in malam partem» (37). De modo más aislado, se constatan también argumentaciones menos apegadas a una exégesis legal, como la que recurre a las consecuencias jurídicas de la admisión de la tal forma de tentativa. Al respecto señala Siniscalco que «el ámbito de las incriminaciones sería demasiado extenso», sin que la necesaria correspondencia con los elementos objetivos del

(34) Vid. STOOSS, Carl: *Dolus eventualis und Gefährdung*, en ZGStW, n. 15, 1895, pág. 200.

(35) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 323-324.

(36) Vid. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano 1959, pág. 206-207; y GALLO, M., *Dolo (dir. pen.)* (voz), en «Enciclopedia del diritto», XIII, 1964, pág. 796. Este último asume el razonamiento del primero, lo que supone la admisión tan solo del dolo directo (SINISCALCO aclara que también es punible la tentativa con dolo directo de segundo grado, en cuyo caso el autor sí se representa los actos ejecutados como dirigidos indudablemente a la comisión del delito). En el mismo sentido, consideran FIANDACA-MUSCO (Vid. *Diritto Penale-parte generale*, Bologna 1985, pág. 237-238) que «no puede considerarse dirigida de modo inequívoco a la comisión del delito la voluntad de quien, persiguiendo intencionalmente un fin diverso, se representa tan solo como posible la verificación de una consecuencia accesoria constitutiva de delito».

(37) Vid. MANTOVANI, F.: *Diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1988, pág. 380.

Vid. asimismo ANTOLISEI (revisado por L. CONTI). *Manuale di diritto penale-parte generale*, Milano 1987, pág. 416: «La exigencia de un dolo intencional lleva a excluir la posibilidad de configurar la tentativa en los casos de dolo eventual».

tipo de tentativa represente un límite suficiente. El citado autor plantea «el caso muy frecuente de quien al disponerse a la realización de un delito se representa la posibilidad de que su conducta realice también otros hechos delictivos», de modo que tanto si consigue como si se frustra el resultado intencionalmente perseguido, serían imputables además del delito consumado o intentado, otras tentativas de delito que redundarían en una excesiva exasperación punitiva (38).

La posición contraria a la tentativa con dolo eventual ha encontrado un buen respaldo en la reciente jurisprudencia italiana. En diversas sentencias, la Corte de Casación ha establecido el criterio que «el tipo de tentativa debe considerarse jurídicamente compatible tan solo con la forma de dolo intencional, y no cabe por lo tanto configurar un dolo eventual de tentativa, porque el acto (idóneo) debe estar dirigido de modo unívoco a la realización del resultado típico que el agente ha perseguido» (39). En recientes resoluciones, reafirma el referido Tribunal que «el carácter unívoco es incompatible con el estado de duda que caracteriza esta figura de dolo» (40).

c) La postura minoritaria en Alemania es representada por Lampe (41). En gran medida su argumentación se halla también vinculada a una interpretación restrictiva del término «resolución», lo cual no impide que algunas de sus aportaciones trasciendan el estricto ámbito de la exégesis legal, y las haga merecedoras de atención respecto al debate concerniente al fondo de la cuestión. El citado autor pone de manifiesto la insuficiencia de la teoría tradicional dominante en la medida en que no ofrece fundamento alguno a la afirmación que las formas de dolo válidas para el delito consumado lo son también para la tentativa, y propugna la equiparación entre el dolo eventual y la imprudencia en lo referente a la relevancia determinante del resultado. Si lo propio de la conducta imprudente es la no aceptación del resultado, lo característico del dolo eventual estriba en que el mismo se

(38) Vid. SINISCALCO, ob. cit., pág. 208.

(39) Cfr. sentencia de Casación de 21-10-1970. En el mismo sentido, Vid. sentencia de Casación de 5-11-1971: «el dolo eventual no puede constituir la esencia psicológica de un homicidio intentando, a pesar que el acto ejecutado por el agente sea idóneo y dirigido en modo inequívoco a matar».

(40) Cfr. Sentencia de la Corte de Casación italiana I de 20 de octubre de 1986; y en el mismo sentido, Vid. sentencias de la Corte de Casación I de 3-3-1987 y 23-3-1987, que añade que «en el tema de la tentativa, dado que el carácter unívoco de los actos idóneos es contemplada como parámetro sintomático de una voluntad inmediata y directa, opresiva de los intereses tutelados y no solo como importancia y empeño del acto, no cabe configurar el dolo eventual». Vid. LO PIANO, Michelle: «Anuario sistematico della giurisprudenza della cassazione penale», Padova, 1988, pág. 148.»

(41) Vid. LAMPE, E. J.: *Genügt für den Entschluss des Täters in Par. 43 StGB sein bedingter Vorsatz?*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, pág. 332 ss.

acepta «para el caso en que se produzca» (42). Como ejemplo, el penalista alemán acude a supuestos de dolo alternativo, como el caso del fugitivo peregrino por el guardabosques y un perro, que efectúa un disparo planteándose por igual la eventualidad que muera el hombre o el animal que le acompaña. La solución correcta sería la imposición de la pena correspondiente al delito consumado, sin que sea aceptable la tesis de una tentativa de homicidio en caso que el disparo haya alcanzado al perro o resultare fallido.

d) En una reciente monografía dedicada al tema, De Faria Costa adpta una posición radicalmente contraria a la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual (43). La relevancia de la obra trasciende el estricto ámbito de la doctrina portuguesa, y viene a suponer una referencia imprescindible en el debate abierto sobre esta cuestión, que el autor aborda a partir del examen de la naturaleza material de la tentativa y del dolo eventual. No obstante acudir en algún momento al dato jurídico-positivo en apoyo de su tesis (44), De Faria Costa dirige la mayor parte de los argumentos a la demostración de la incongruencia sustancial entre tentativa y dolo eventual, basándose en las conclusiones obtenidas de un previo análisis del contenido de ambas categorías. La doctrina dominante resulta criticada porque pretende resolver el problema a través de un silogismo mal planteado, según el cual, si el dolo de la tentativa es el mismo del delito consumado y el delito consumado admite el dolo eventual, también la tentativa debe admitir tal clase de dolo. Esta conclusión, extraída de un intachable razonamiento lógico-formal, debe ser cuestionada en la medida en que la primera premisa del silogismo, proclamada con carácter axiomático, sea objeto de revisión. El autor establece precisamente el criterio contrario, que concede a la tentativa una autonomía como ilícito típico propio (45). La reseña exhaustiva de los múltiples argumentos que a partir de tal toma de postura inicial expone el autor, excedería ampliamente las dimensiones a las que debe

(42) Vid. LAMPE, ob. cit., pág. 333.

(43) Vid. DE FARIA COSTA: *Tentativa e dolo eventual*, Coimbra 1987, *passim*.

(44) La formulación legal de la tentativa en el artículo 23 del nuevo Código Penal portugués, fundada en el elemento que «el agente practica actos de ejecución de un crimen que decide cometer», obliga a exigir «una decisión irrecusable e inequívoca de querer practicar un crimen». Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 88-89. Conviene señalar el criterio incorporado al referido Código, según el cual la tentativa será punible tan sólo en los delitos que tengan prevista una pena superior a dos años, salvo expresa previsión legal.

(45) Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 74-86.

Sobre el particular debe recordarse (Vid. *Supra* nota 30) que no sería correcto establecer una relación necesaria entre la tesis contraria a la autonomía del tipo de tentativa y la posición favorable a la tentativa con dolo eventual, pues muchos autores participan de esta conclusión mayoritaria, no obstante afirmar la autonomía típica de la tentativa.

ceñirse este trabajo. Cabe destacar precisamente la dispersión de los mismos, que impide que puedan ser reconducidos a un hilo argumental lineal.

Una vez justificada la existencia de un ilícito típico de tentativa, De Faria Costa contempla la admisión del dolo eventual en los delitos intentados en idénticas condiciones que en los delitos consumados, como un factor de distorsión de la coherencia interna de la teoría jurídica del delito. Basándose en una concepción dualista del injusto, reclama como *garantía del necesario equilibrio normativo entre el desvalor de resultado y el desvalor de acción*, que la menor intensidad desvalorativa de la puesta en peligro del bien jurídico frente a la lesión del mismo, tenga como contrapeso «un grado más elevado de intencionalidad en el desvalor de acción» (46). Esta fundamentación no creo que deba ser descartada, aunque no puede considerarse todavía definitiva pues para ello faltaría explicar de dónde emana la necesidad de compensar la disminución del desvalor de resultado con un fortalecimiento del desvalor de acción, habida cuenta de la disminución global de injusto que el tipo de tentativa entraña respecto al del delito consumado y que se traduce en una atenuación de la pena.

En el plano subjetivo, señala que la voluntad de consumación propia de la tentativa no puede caracterizarse como dolo sino como un elemento subjetivo del tipo de injusto del delito intentado, lo cual permite aplicar a éste la regla que exige dolo directo en los «delitos de intención», siendo así que no cabe hablar de una «intención eventual» (47). Otros razonamientos abundan en la actitud contraria a la extensión de las formas de dolo en el ámbito de la tentativa. De Faria Costa estima que «el dolo eventual surge ineludiblemente conexionado con el desvalor de resultado», dado que «toda la problemática del dolo eventual aparece ligada a la necesidad de ofrecer un fundamento a la mayor punibilidad que ciertos comportamientos merecen no sólo por imperativos político-criminales, sino también por el sentido de justicia más elemental» (48). Este desvalor «para las acciones negligentes continúa siendo un punctum saliens de la discusión dogmática, pero en los dominios del dolo eventual, se va paulatinamente diluyendo por la imposición de una tendencia teórica derivada de un dogmatismo impotente sobre una dogmática operativa y abierta» (49). Ello lleva al autor a la convicción de la necesidad de una postura negativa frente al dolo eventual ante una figura jurídica caracterizada precisamente por la inexistencia de resulta-

(46) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit, pág. 85-86.

(47) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit, pág. 90-93, con referencias doctrinales que fundamentan su posición favorable a la incompatibilidad entre el dolo eventual y los delitos que denomina «de intención».

(48) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit, pág. 96.

(49) Vid. DE FARIA COSTA, ob, loc. ult. cit.

do. La solidez del discurso queda sin embargo, a mi juicio, comprometida por posteriores razonamientos. Con base en una de las fórmulas más al uso entre los partidarios de la teoría del consentimiento dominante en Portugal (la de «conformarse con» el resultado), el penalista luso afirma tajantemente que «es una extrapolación inadmisibles pensar que aquel que se conforma con el resultado está, de la misma forma, conformándose con su no-realización» (50). Ello le permite rechazar la aplicabilidad de la regla «a maiori ad minus» en el sentido de que aquello que vale para el delito consumado vale también para la tentativa, y concluir que la punibilidad de la tentativa con dolo eventual infringe la prohibición de la analogía contra reo. Al margen de la postura que se sostenga en relación con la teoría del consentimiento en el dolo eventual (51), la construcción de De Faria Costa resulta inadmisibles por cuanto la tentativa de delito supone precisamente que la voluntad se dirige a la consumación y que por consiguiente el sujeto no queda satisfecho con la «no realización» del resultado (siendo así que el desestimiento voluntario impide la existencia del tipo de la tentativa), de suerte que cuando se sostiene que cabe la tentativa con dolo eventual se está pensando en que sea la consumación, y no la no-consumación, lo abarcado por el dolo.

2.3. Tesis diferenciadoras

Por último debemos exponer las posiciones aisladas que han propuesto la impunidad de la tentativa con dolo eventual en algunos supuestos, como excepción a la regla general de su admisibilidad.

a) El precursor de esta tercera vía es Salm (52), a quien posteriormente se ha reconocido normalmente este mérito no obstante destacar la falta de repercusión doctrinal de su planteamiento y criticar la imprecisión de algunos de los conceptos clave por él utilizados (53). El citado autor hace depender la punibilidad de la tentativa con dolo eventual del hecho que la actuación del sujeto genere un «*rechtserschütternden Erfolg*» (resultado conmovedor del Derecho), efecto que generalmente no se produce en las situaciones de dolo eventual más que cuando aparece el resultado típico, pero que excepcionalmente podrá surgir si se ha manifestado una conducta conmovedora del derecho

(50) Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 100-101.

(51) Posteriormente rechazamos la teoría del consentimiento en el dolo eventual (Vid. *Infra* 3.2).

(52) Vid. SALM, K: *Das vollendete Verbrechen*, Berlin, 1963.

(53) Vid. En sentido crítico sobre la terminología de Salm, KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 43.

externamente perceptible (54). Aparte de los reproches referidos, la posición de Salm se hace, en mi opinión, merecedora de las objeciones que en general se han levantado ante la «teoría de la impresión», que es la vía de fundamentación de la tentativa que mayor acogida ha tenido en la doctrina alemana, pero resulta poco satisfactoria al introducir un insuficiente, arbitrario y peligroso límite al fundamento preponderantemente subjetivo de la tentativa (55).

b) Con base en su particular concepción bipolar del injusto, Schmidhäuser (56) mantiene una posición diferente a la dominante en Alemania respecto a los supuestos que pueden integrar el tipo de la tentativa. El referido autor sostiene que el injusto de la tentativa se funda alternativamente en el desvalor de finalidad («Zielunwert») o en el desvalor de pelibro («Gefährdungsunwert»), de modo que habrá que excluir la punibilidad de aquellas situaciones en las que no sea posible hallar uno de esos dos componentes de injusto en la acción intentada (57). Puestos en relación ambos polos, se plantean cuatro supuestos: tentativa peligrosa intencional, tentativa peligrosa no intencional, tentativa intencional no peligrosa y tentativa no intencional y no peligrosa, siendo esta última la única combinación que no revestiría carácter antijurídico. De esta manera se fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea con dolo directo y de la tentativa idónea con dolo eventual, y queda impune la tentativa ididónea con dolo eventual (58).

La aportación de Schmidhäuser resulta atractiva, en la medida en que busca en una combinación entre los factores subjetivo y objetivo la solución a la problemática relativa a la fundamentación de la tentativa. Ello se traduce en una restricción de su ámbito típico, que deja fuera los casos en que aparece debilitado tanto el momento objetivo como el subjetivo, para lo cual resulta de indudable importancia el recurso a la idea de «fin» como elemento de delimitación conceptual de la esfera del dolo directo respecto de la del dolo eventual. Sin embargo, la solución propuesta no puede satisfacernos completamente. Ni el desvalor de fin ni el desvalor de peligro pueden por sí solos proporcionar suficiente fundamento de injusto a las formas imperfectas de ejecución, pues ello implicaría la introducción de una indeseable fragmentación en el juicio

(54) Vid. SALM, ob. cit., pág. 51.

(55) Vid. En el sentido de la «teoría de la impresión», JESCHECK, H.H., «Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil», 3ª ed, 1978, pág. 416; WESELS, ob. cit., I, pág. 170; VOGLER, en «Leipziger Kommentar», cit., pág. 52 ss; MEYER, J., *Kritik an der Neuregelung der Versuchstrafbarkeit*, en ZStW, 1987, pág. 598. Vid. consideraciones críticas frente a la referida teoría, *Infra*, nota 71.

(56) Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1984, pág. 333 ss.

(57) Vid. SCHMIDHÄUSER, ob. cit., pág. 341 ss.

(58) Vid. SCHMIDHÄUSER, ob. cit., pág. 348.

de antijuricidad que pugnaría con las exigencias de proporcionalidad y equilibrio que precisamente una concepción dualista del injusto está llamada a colmar. La necesidad de asentar el carácter antijurídico de un comportamiento humano, también en la tentativa, tanto en el desvalor de acto como en el desvalor de resultado, nos llevará a un posterior desarrollo más restrictivo que el propugnado por Schmidhäuser, de cuya aportación son de interés los dos referidos polos por cuanto pudiera pensarse en la necesidad de acudir a ambos conjunta y no alternativamente.

c) Las tesis diferenciadoras han encontrado su mayor desarrollo en Kölz-Ott. Esta autora suiza considera que en la problemática de la tentativa con dolo eventual convergen dos momentos en los que el delito se muestra debilitado (59), circunstancia que le lleva a sostener, sobre la base del planteamiento de Schmidhäuser aunque con otras aportaciones que hacen su propuesta más compleja y casuística, la impunidad de aquellos casos que reflejen en mayor medida tal debilitamiento. Un aspecto crucial es la idea de peligrosidad, a la que se recurre como principal criterio de determinación del ámbito de lo injusto de la tentativa en los supuestos de dolo eventual, y también es utilizado en tales casos como parámetro delimitador entre actos preparatorios y actos ejecutivos (60). La originalidad del planteamiento de Kölz-Ott se manifiesta sobretodo en la introducción de una distinción, que la doctrina no había efectuado ni ha tenido repercusión posterior, entre dos situaciones: cuando el dolo eventual se basa en la incerteza del autor respecto de la aparición del resultado, o bien cuando el dolo eventual consiste en la duda sobre la concurrencia de una circunstancia del hecho fundamentadora de la penalidad. Este es el caso en que, por ejemplo, el sujeto duda sobre si el reloj que adquiere con mala conciencia es o no robado, o quien vende un coche sin saber con seguridad si le pertenece a él o a la empresa por la que trabaja. En es-

(59) Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 28-29. El referido debilitamiento de estas dos formas de aparición del delito respecto al denominado «delito normal» se manifiesta directamente en el derecho vigente con la atenuación prevista para la tentativa, pero no sucede así en el dolo eventual, y ello, según la autora. «a pesar que el dolus eventualis es concebido generalmente como la forma de dolo más leve». La afirmación del menor contenido de injusto del dolo eventual frente al dolo directo, en una medida parangonable a la disminución de injusto de la tentativa respecto del delito consumado, resulta cuanto menos problemática, a la vista de la posición de la doctrina al respecto, y en todo caso debe aclararse que no puede ser manejado como criterio enderezado a dar una respuesta al problema que tratamos de resolver dentro del sistema y válida de «lege lata».

(60) La autora sigue en ello a SCHMIDHÄUSER, al afirmar que la punibilidad de la tentativa con dolo eventual no puede fundamentarse más que en el «desvalor de peligro», lo cual le lleva también a sostener la impunidad en los casos de tentativa inidónea, con los matices que inmediatamente se señalan. Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pág.

tos casos, si no hay consumación, la tentativa no debería ser punible pues el dolo eventual no sería más que un «fenómeno psíquico interno del autor» (61).

Para la solución de los diversos supuestos problemáticos, la citada autora los agrupa en tres categorías. En primer lugar, la «tentativa de delito inacabada idónea con dolo eventual en relación con la producción del resultado», que considera punible con base en la idea de peligrosidad inherente a la idoneidad de la acción, siendo éste el criterio clave para la delimitación de los actos ejecutivos respecto de los preparatorios impunes (62). El segundo supuesto es el de la «tentativa acabada con dolo eventual en relación con la producción del resultado», que sería punible solamente cuando haya peligro para el bien jurídico, lo que sucederá normalmente cuando se trate de tentativa idónea, siendo así que debe darse una correspondencia entre la peligrosidad real y el juicio sobre el peligro efectuado por el autor (63). En el tercer grupo deben integrarse los casos de «tentativa con dolo eventual en relación con una circunstancia del hecho», para los que la regla general es la impunidad, porque se da una correspondencia entre la parte interna y la parte externa del hecho, o sea, entre inidoneidad de la acción y dolo eventual (64). La penalidad de estos supuestos podría producirse cuando excepcionalmente faltase tal convergencia en la falta del elemento del tipo sobre la que se funda la inidoneidad y el dolo eventual (65).

La detallada construcción de Költ-Ott ha sido acusada de carecer de una fundamentación adecuada, y de ser inviables algunas de las soluciones propugnadas por falta de «una definición de lo que debe consi-

(61) Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. 54-55.

(62) Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. 100.

(63) Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. Este segundo supuesto es ilustrado con un clarificador ejemplo. Un estudiante de medicina pone en prueba por afán científico un medicamento sobre su madre cuando está dormida, consciente del riesgo que el mismo sea perjudicial. Si se determina que la peligrosidad del medicamento radica exclusivamente en el hecho de que un 3% de la población europea reacciona negativamente al mismo por alergia, y que la madre del joven científico no pertenece a ese grupo de riesgo, la acción deberá permanecer impune. De modo coherente con lo expuesto en otro momento (Vid. *ob. cit.*, pág. 86) la autora erige en criterio rector el peligro concreto para el bien jurídico.

(64) Como ejemplo, se propone el de un suizo que contrae matrimonio con una austríaca planteándose la posibilidad (fundada en razonables indicios) de que viva todavía el marido de su prometida, aunque en realidad había ya fallecido. Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. 104 y 107.

(65) Así, cuando el autor dude sobre la concurrencia de una circunstancia que verdaderamente exista, pero el delito no se consume por otras causas. KÖLZ-OTT expone el ejemplo de un cazador que dispara contra un ciervo asumiendo el riesgo de que se encuentre en una zona de veda, y falla en la tiro. Posteriormente se establece que en realidad el ciervo sí se encontraba en la referida zona de veda (Vid. *ob. cit.*, pág. 104).

derarse como acciones peligrosas» (66). La crítica debe ser a mi juicio matizada. Al margen de algunos puntos ciertamente oscuros y de más de un salto lógico en la argumentación, en la obra se explica que la punibilidad de los supuestos planteados dependerá de que el bien jurídico haya sido puesto en peligro concreto (67). La exigencia de un peligro concreto, y no meramente potencial, implica la adopción de un criterio restrictivo del que cabe extraer consecuencias, según posteriormente vamos a desarrollar. Contra la tesis de la autora suiza cabe, sin embargo, dirigir otro género de objeciones, que permiten cuestionar la viabilidad de una solución diferenciadora.

La restricción que efectúa Kölz-Ott en el ámbito de la tentativa con dolo eventual punible es a mi juicio insuficiente, pues se limita a excluir los supuestos más excepcionales, y no cuestiona la punibilidad de aquellos más frecuentes y a mi entender más problemáticos. El recurso al concepto de peligro, en la dimensión de peligro concreto, como criterio regulador básico de la punibilidad de estos casos de tentativa debería haberle llevado a una mayor limitación de las conductas prohibidas: si la puesta en peligro del bien jurídico constituye la naturaleza material propia de la tentativa con dolo eventual, ¿por qué no someter plenamente la resolución de tales supuestos al régimen de los delitos de peligro?. La autora apunta ya una sumisión parcial de la tentativa doloso-eventual a los delitos de peligro cuando en las hipótesis de concurso aboga con carácter general por la concurrencia de aquella en el correspondiente tipo de peligro, y utiliza curiosamente los tipos de imperfecta realización como modalidades típicas de peligro cualificado al afirmar que excepcionalmente habrá que calificar los hechos como tentativa del delito más grave cuando el peligro sea mayor (68). Lo más sorprendente de la construcción de

(66) Cfr. FARRE TREPAT, «La tentativa...», cit., pág. 93. Se critica también la solución aportada para los casos del tercer grupo, pues no tienen menos contenido de injusto que los restantes: «Cabe pensar, por ejemplo, en quien, más tarde se comprueba que el arma no estaba cargada».

(67) Vid. Una afirmación clara en este sentido, KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 86; y en relación con los supuestos del segundo grupo, pag. 102-103.

(68) Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pag. 134-135, quien propone esta solución para las hipótesis concursales entre tentativa con dolo eventual y delitos de peligro concreto y también abstracto. Asimismo, se pronuncia en favor de la calificación exclusiva por el delito más benigno en casos de dolo alternativo y de concurrencia entre un delito consumado más leve cometido con dolo directo (por ejemplo, lesiones) y un delito más grave en tentativa doloso-eventual (por ejemplo, homicidio), aunque en esta última situación considera que sería preferible la formulación de un tipo de peligro. Además, también en estos supuestos la autora plantea la posibilidad de adoptar la solución contraria y calificar los hechos como tentativa del delito más grave si cabe apreciar un peligro cualificado (Vid. ob. cit., pág. 116 a 122). Respecto a este último asunto, resulta más significativa aún la posición que mantiene en caso de concurrencia de tentativa doloso-eventual y un correspondiente delito de peligro: si concurre un delito de peligro para la vida y tentativa de homicidio en dolo eventual, la calificación correcta será

la autora suiza es que tal solución a la problemática concursal se justifica con una contundente declaración de principios en favor de una argumentación jurídica orientada al caso, al problema, y desvinculada de razonamientos lógico-formales e incluso sistemáticos (69). Por otra parte, no se aporta justificación alguna de cuales son las exigencias de justicia que hagan necesaria la represión con carácter general de la tentativa peligrosa con «dolo eventual en relación a la producción del resultado», y a las que se apelaría para resolver este grupo de supuestos, los de mayor trascendencia de cuantos se han planteado, del mismo modo que lo ha venido haciendo la doctrina dominante, a saber, aplicando automáticamente a la tentativa lo que era indisputado para el delito consumado (70).

3. TOMA DE POSICION

Las reflexiones expuestas hasta el momento permiten ya entrever un decantamiento hacia la tesis que niega la admisibilidad de la realización doloso-eventual en los tipos de imperfecta ejecución. Sin embargo, al no haber asumido acriticamente ni haber considerado suficientes los planteamientos defendidos por los partidarios de una solución negativa, nos vemos ahora en la necesidad de fundamentar nuestra opinión. Para ello resulta inevitable precisar, obviando todo desarrollo que exceda de lo imprescindible para los objetivos de esta disertación, la concepción de la tentativa y del dolo eventual de que partimos.

3.1. Fundamento y estructura de la tentativa

Es hoy «*communis opinio*» en la doctrina el reconocimiento de un fundamento mixto objetivo-subjetivo a la tentativa, lo cual no es óbi-

excepcionalmente tentativa de homicidio «cuando la víctima ha sido lesionada muy gravemente y sólo ha podido ser salvada de la muerte por un caso típico de suerte» (Vid. ob. cit., pág. 135).

(69) Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 135: «En la concurrencia entre un tal delito de lesión más grave y atenuado en doble sentido y un delito de peligro, debe primer el último, incluso si esta solución contradice fundamentalmente el sistema. La dogmática jurídico-penal es una mera herramienta que debe servir para la implantación de la justicia; por ello debe asumirse tal falta de belleza». En relación con los supuestos de concurrencia de un delito consumado más leve con tentativa doloso-eventual de un delito más grave, rechaza la tesis mayoritaria reprochándole su carácter excesivamente teórico y alejado de la práctica, y justifica lo que la autora califica como «capitulación de la Jurisprudencia como ciencia pura ante las exigencias de la práctica». (Vid. ob. cit., pág. 118-119).

ce para que los diversos sectores doctrinales acentúen más una de tales dimensiones. En España han tenido normalmente una acogoda proponderante las tesis objetivas (71), de modo contrario a lo que es habitual en Alemania, donde han gozado de mayor repercusión soluciones subjetivistas como la preconizada por la teoría de la impresión (72). La referida tendencia objetivista, favorecida por la definición legal de la tentativa contenida en el artículo 3 del Código Penal, reconoce la existencia de un contrapeso subjetivo radicado en la consideración de la voluntad del autor como criterio determinante, y en la necesidad de ofrecer alguna explicación y el correspondiente margen de operatividad (aunque sobre ello las cosas no están tan claras) a la tentativa inidónea, mientras subsista la (para muchos incómoda) cláusula incorporada en el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal de 1.944. La teoría objetiva dominante tiene un contenido de carácter material, una vez rechazadas mayoritariamente teorías objetivo-formales como la de la «falta de tipo» (73), y contempla el

(70) Vid. Tal ausencia de argumentación en ob. cit. pág. 101-102.

(71) Vid. ANTÓN ONECA, «Derecho Penal-parte general», cit., pág. 417. Vid. asimismo NUÑEZ BARBERO, R.: *El delito imposible*, 1963, pág. 55. Vid. también, a pesar de la concepción finalista del injusto, CEREZO MIR, J.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, en ADPCP, 1962, pág. 32. Vid. sobre la base de planteamientos preventivo-generales que no compartimos, FARRE TREPAT, «La tentativa...», cit., pág. 32-37. Ha sostenido una teoría proponderantemente objetiva en Alemania, frente a la tesis dominante, SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, en ZStW, 1965, pág. 519.

(72) Vid. Autores partidarios de la teoría de la impresión Supra nota 54. Dicha teoría es la dominante en el ámbito de la doctrina alemana. Sus defensores la consideran equidistante tanto del polo subjetivo como objetivo. El fundamento de la tentativa estaría en la «idoneidad de la misma para conmovir la confianza de la colectividad en el orden jurídico mediante la voluntad contraria al Derecho manifestada» (Vid. ESER, en SCHÖNKE-SCHROEDER, ob. cit., pág. 304). A mi parecer, debe significarse que tal planteamiento doctrinal se apoya principalmente en componentes subjetivos. La referida exigencia de que la tentativa ocasione una «impresión conmovedora del Derecho» («Rechtsschütternden Eindruck») constituye un débil contrapeso objetivo, pues en definitiva es el ánimo o actitud del autor frente al Derecho, la mera desobediencia a la norma, el factor determinante de tal conmoción. Nos encontramos pues ante un razonamiento circular, en el que la idea de «conmoción del Derecho» aparece como un referente vacío de contenido.

Vid. en contra de la doctrina dominante, MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, II, 6ª ed., 1984, pág. 17; y en sentido crítico frente al «desbordamiento de la teoría subjetiva de la tentativa» que se ha manifestado especialmente en la jurisprudencia, STREUENSEE, Eberhard: *Dolo de causar y casualidad putativa*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990-III, pág. 933-934.

Vid en contra de la teoría de la impresión en la doctrina española BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal-parte general*, 3ª ed., Barcelona 1989, pág. 270.

(73) Teoría formulada por DOHNA: *Der Mangel am Tatbestand*, Güterbock, 1910, pág. 35; seguida por SAUER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1955, pág. 98 ss.

peligro para el bien jurídico como elemento esencial integrante del tipo de injusto de la tentativa (74).

En mi opinión, la presencia de un desvalor de peligro en los tipos de imperfecta realización constituye una exigencia ineludible derivada del principio de proporcionalidad del sistema, el cual se materializa mediante una concepción dualista del injusto. Tal concepción impide que la punibilidad de un hecho pueda basarse exclusivamente en el desvalor de acción o en el desvalor de resultado (75), lo que no obsta para que uno de tales componentes pueda aparecer en algún caso debilitado (pero nunca eliminado), con la consiguiente disminución global del injusto que habrá de traducirse en una degradación de la penalidad. Por lo que respecta a la necesidad del desvalor de resultado, se ha destacado que la misma viene a satisfacer una función de garantía vinculada al principio de ofensividad y al concepto de bien jurídico como elemento nuclear de la antijuridicidad (76). Tal exigencia se espiga en una doble manifestación del desvalor de resultado, en función del grado de afección al bien jurídico, como desvalor de lesión o como desvalor de peligro. La presencia de un desvalor de peligro debe co-determinar el contenido de injusto de la tentativa, una vez eliminada por hipótesis la lesión del bien jurídico. La creación legislativa de los tipos de imperfecta realización obedece a una opción político-criminal consistente en un avance de la barrera de protección del bien jurídico, de modo análogo a lo que sucede en los delitos de peligro (77).

(74) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en «Comentarios al Código Penal», cit., pág. 124, quien después de establecer el doble fundamento objetivo-subjetivo de la tentativa, añade que «el elemento objetivo está representado por el peligro directo creado para el bien jurídico». Vid. asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal español-parte general*, Barcelona 1984, pág. 315. Vid. NUÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 31: «lo que se incrimina en la tentativa es el peligro real y efectivo, material y objetivo en que se ha colocado el bien jurídico protegido por la ley». Vid. FARRE TREPAT, ob. ult. cit., pág. 37: «si no se olvida que la función primaria del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, no será preciso prohibir más que aquellas acciones que pongan realmente en peligro dichos bienes.»

(75) Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Acto, resultado y proporcionalidad*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1982, pág. 383. Siguiendo el planteamiento de este autor cabe concebir que el principio de proporcionalidad no ha de limitarse a garantizar la correspondencia entre pena y delito, sino que debe inspirar la misma elaboración del concepto de delito, con el fin de asegurar una disposición equilibrada de los diversos elementos que lo integran, como garantía de una correcta política criminal.

(76) Vid. Sobre la función garantizadora del desvalor de resultado, BUSTOS RAMÍREZ, ob. ult. cit., pág. 182-183. Vid. referencia al «principio de ofensividad» para expresar la vigencia del dogma «nullum crimen sine iniuria», COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-parte general*, Valencia 1987, pág. 219-220. Vid. asimismo acerca del desvalor de resultado, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal-parte general*, Madrid, 1977, pág. 331.

(77) La necesaria presencia de una peligrosidad en la tentativa de delito cabe fundarla también en la moderna teoría de la imputación objetiva. Esta teoría ha sido entendida por TORIO LOPEZ como una manifestación del método teleológico-valorativo en el

La anterior afirmación nos obliga a interrogarnos acerca de la naturaleza del referido peligro. La tentación de requerir la presencia de un peligro concreto como garantía de una mayor seguridad jurídica, tropieza de «lege lata» con la punibilidad de la tentativa inidónea (78). Por este motivo algunos autores se han visto obligados a explicar la tentativa inidónea como «cuerpo extraño», como excepción que no excluye la regla general, o bien han relacionado el contenido de la tentativa con la idea de peligro abstracto (79). Sin embargo, la contemplación de la tentativa, al menos en el supuesto de la tentativa inidónea, como un tipo de delito de peligro abstracto sin ulteriores matices, no conseguiría satisfacer las exigencias de ofensividad antes aludidas, habida cuenta de las críticas que tal género de tipos delictivos ha merecido. Por ello convendría requerir una mínima posibilidad de peligro, lo cual supone asumir una idea paralela a la de peligro hipotético o posible (80) y rechazar

campo particular de los delitos de resultado, aunque desplegando efectos más allá de estos, caracterizada por erigir la acción peligrosa jurídicamente prohibida en momento fundamental del sistema. Así reformulada, esta teoría, sólo relativamente nueva, se convierte en «criterio para la reconstrucción en sentido objetivo de la teoría de la tentativa, frente a las orientaciones subjetivas» (Cfr. TORIO LOPEZ, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1985-1986, pág. 383). Vid además del autor, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en ADPCP, 1986, pág. 33 ss.

(78) Las teorías que exigen en la tentativa un peligro concreto para el bien jurídico son asumibles tan sólo como criterio de «lege ferenda», pero no resisten una confrontación con el Derecho vigente (mientras subsista el artículo 52,2 C.P.), en la medida en que no pueden ofrecer un fundamento a la tentativa inidónea. Vid. en favor de la adopción de una idea de peligro concreto como contenido de la tentativa, NUÑEZ BARBERO, *bo. cit.* pág. 171: «El art. 3º del Código Penal exige para la incriminación de las conductas a título de tentativa, un «comienzo de ejecución», más la ejecución debe realizarse mediante un comportamiento, una conducta, que ponga causalmente en peligro un bien o interés, de modo que la probabilidad de realización de una lesión, de esa ofensa, que supone el comienzo de ejecución, haya realmente existido, por lo cual no se puede prescindir de la idoneidad de los actos». Consecuentemente, preconiza la exclusión del párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal, y la previsión alternativa de una medida de seguridad.

(79) Es ilustrativa en sí misma de esta actitud doctrinal vacilante la posición de CE-REZO MIR, quien había señalado (Cfr. «Lo objetivo...» cit., pág. 33) que por medio del artículo 52,2 el legislador «ha excluído únicamente la posibilidad de considerar que lo injusto de la tentativa radica en el peligro concreto del bien jurídico protegido. Lo injusto de esta figura delictiva en el Código Penal español tiene que estar representado por el peligro abstracto del bien jurídico». Mas recientemente, sin embargo (Vid. *Curso de Derecho penal español*, 3ª ed. Madrid 1978, pag. 334 ss.

(80) Vid. TORIO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, II-III, pág. 825 ss. Como categoría intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, un sector de la doctrina propone el concepto de «delitos de peligro abstracto-concreto». Vid. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, pág. 248: «Tales formas de peligro serían abstractas porque el juicio no debe tener en cuenta todos los elementos

consiguientemente una genérica presunción de peligro inherente a la voluntad de consumación, lo cual conducirá a excluir del concepto de tentativa los casos de inidoneidad absoluta, según viene preconizando un amplio sector de la doctrina (81).

Por caminos distintos, otras propuestas formulan un concepto extensivo de peligro que permite abarcar supuestos de tentativa inidónea dentro del concepto de tentativa peligrosa. En esta dirección, Farre Trepapat advierte la necesidad de efectuar el juicio de peligro desde una perspectiva «ex ante» en la que el espectador objetivo esté en posesión de los mismos conocimientos (incluso si son erróneos) que el autor del hecho (82). Tal posición, que restringe el ámbito de libertad frente al de la tentativa punible respecto al criterio defendido por los seguidores de la distinción entre inidoneidad relativa y absoluta, no puede compartirse sin asumir sus presupuestos, esto es, una vinculación de la elaboración dogmática del concepto de delito con una concepción preventiva de la pena, y una configuración monista del injusto derivada de una concepción imperativista de la norma. La significación que hemos atribuído al desvalor de resultado nos impone exigir a la conducta una lesividad efectiva o potencial, que tiene su mínimo contenido en la manifestación de un peligro posible con arreglo a las circunstancias objetivas y con independencia de la representación de las mismas por parte del autor. Para ello se hace necesario completar el juicio de peligrosidad «ex an-

disponibles; pero serían sin embargo al mismo tiempo concretas porque el juez debe proceder en cada caso particular a la comprobación de la existencia del peligro», definición contradictoria, pues lo que habría que exigir no es la existencia de dicho peligro sino la posibilidad de la misma.

En el sentido de revisar la categoría de los delitos de peligro abstracto autorizando al juez para desvincularse de una formalista presunción «iuris et de iure» de peligro, Vid. la idea de «peligro implícito» en ESCRIBA GREGORI, Josep M^a: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona 1981, pág. 72 ss.

(81) La distinción entre inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta, como solución restrictiva a la problemática de la inclusión de la tentativa inidónea en el Código Penal, goza de un amplio respaldo en la doctrina española. Vid. en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, «Derecho Penal-parte general», cit., pág. 502; QUINTERO OLIVARES, G, *Derecho Penal-parte general*, Madrid 1989, pág. 530, y «Acto, resultado y proporcionalidad», cit., pág. 405; HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid 1984, pág. 56-57, quien propone como ejemplo de absoluta idoneidad las prácticas abortivas sin haberse acreditado el embarazo, supuesto que la jurisprudencia ha calificado en más de una ocasión como tentativa punible de aborto. Idéntica solución ha sido defendida en Alemania para este supuesto (Vid. SPENDEL, ob. cit., pág. 89), aunque no ha tenido repercusión dada la adscripción de la mayor parte de autores a la teoría de la impresión.

(82) Vid. FARRE TREPAT, ob. ult. cit., pág. 389 ss. Ello le lleva a afirmar la punibilidad de algunos supuestos considerados como de tentativa absolutamente inidónea, como el caso de quien con ánimo de matar dispara con una pistola descargada creyendo erróneamente que se encontraba cargada.

te» con lo que se ha denominado «prognosis posterior» (83). El necesario «peligro potencial» constituirá el desvalor objetivo propio de las hipótesis de relativa inidoneidad (84).

En lo referente a la estructura propia de los tipos de imperfecta realización, cabe asumir la tesis dominante que los considera como figuras típicas (su tratamiento legal a través de la fórmula de una cláusula general obedece a razones de economía legislativa), que además están provistas de autonomía frente a los respectivos tipos de delito consumados. La segunda afirmación es sin duda más problemática, y en favor de la misma puede argüirse que en la tentativa (o frustración) no se realiza el tipo de delito consumado, sino otro distinto, que describe como parte integrante del supuesto de hecho típico la realización imperfecta o no consumación. Alegar contra tal posición que no existe una «tentativa en sí», sino tan sólo tentativas de los distintos delitos sería inane, por cuanto con análoga razón podemos aseverar que no existe una «consumación en sí», sino diversos tipos de delito consumados (85).

Si descendemos al análisis de su estructura, hay que precisar en primer lugar que el tipo del delito intentado constituye un supuesto de tipo incongruente por exceso subjetivo, caracterizado por la presencia de un elemento subjetivo del injusto de intención trascendente, que es la voluntad de consumación (86). La resolución de cometer el delito no puede integrar el dolo del delito intentado, dado que el contenido de tal voluntad trasciende la realización de la parte objetiva del tipo (87). Cabe por lo tanto establecer una correspondencia entre la autonomía del tipo de la tentativa, y la distinción dentro de su parte subjetiva entre el dolo de la tentativa y la voluntad de consumación como elemento subjetivo del injusto que en su caso se agregará a los elementos subjetivos que contiene el respectivo delito consumado. Por otra parte, tampoco el contenido del elemento subjetivo del tipo «voluntad de consumación» coincide siempre con el que es propio del dolo en el delito consumado, sino que ello sólo será así en la frustración (88). Con las anteriores con-

(83) Vid. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 109 ss.

(84) No obstante reconocer la difícil compatibilidad entre el concepto de relatividad y el de «imposibilidad» que emplea el artículo 52,2, cabe acoger la distinción entre idoneidad relativa y absoluta como el mejor recurso para no vaciar arbitrariamente de contenido dicha previsión legal político-criminalmente inoportuna.

(85) Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 81.

(86) Vid. En este sentido, MIR PUIG: *Derecho Penal-parte general*, Barcelona 1990, pág. 369-370. Sigue idéntico criterio FARRE TREPAT, ob. ul. cit., pág. 62 ss.

(87) Ello contradice el criterio según el cual «el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el de la consumación» (criterio que STREUENSEE, Vid. ob. cit., pág. 941, considera dominante)

(88) Vid. En este sentido, MIR PUIG, ob. loc. ult. cit.: «La voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del

sideraciones estamos en condiciones de refutar las tesis que pretenden sustentar la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en una (a mi juicio) incorrecta identificación entre el dolo de la tentativa y el dolo de la consumación. Ello no quiere decir que quede ya automáticamente demostrada la tesis contraria, si consideramos que un sector de la doctrina no cree precisamente que sea posible establecer una simetría entre elementos subjetivos del injusto y restricción de la parte subjetiva del tipo al dolo directo (89). El desarrollo de este aspecto vamos a acometerlo posteriormente.

3.2. El dolo eventual

La problemática relativa a la precisión del concepto y la delimitación del alcance del dolo eventual constituye en la actualidad una de las cuestiones más complejas que tiene planteadas la dogmática jurídico-penal, y en consecuencia no deben sorprender las alambicadas construcciones teóricas realizadas por diversos sectores doctrinales, a menudo acusadas de favorecer un drástico distanciamiento entre teoría y praxis. La asimilación del dolo eventual al dolo dista de ser una cuestión pacífica, y se realiza a partir de un concepto normativo de dolo capaz de al-

delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución». El autor utiliza el anterior razonamiento para fundamentar objetivo-subjetivamente una menor punición para la tentativa que para la frustración.

Un planteamiento similar efectúa STREUENSEE, E.: *Tentativa y dolo*, en C.P.C. 1989 n.º 38, pág. 405 ss, desarrollando la construcción de Armin Kaufmann, y sobre la base de una fundamentación subjetiva de la tentativa. Este autor alemán pone de manifiesto la contradicción en que incurre la doctrina dominante, al no reparar que la alusión a un «dolo de tentativa» o «incompleto» (por el hecho de no haberse alcanzado la consumación) pugna con el dogma de la identidad entre el referido dolo y el propio del delito consumado. La tentativa inacabada es en cuanto a su estructura, «un delito de dos actos atrofiado (que no ha podido desarrollarse)» (Cfr. ob. cit., pág. 412). Contrariamente a lo que se deduciría del dogma de la identidad, STREUENSEE concibe la voluntad como medida subjetiva variable, que exige la adopción de marcos penales graduales en el ámbito de la tentativa, como los diseñados respecto a las formas acabada e inacabada.

(89) Vid. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, en *Derecho Penal-parte especial*, Valencia 1989, pág. 532-533. Estos y otros autores van incluso más lejos y estiman que tampoco sería suficiente fundar la inadmisión de la imprudencia en la tentativa en la presencia de tal elemento subjetivo del injusto, pues cabe pensar en supuestos de error vencible sobre un elemento objetivo del tipo. Vid. CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español-Parte General*, I, Madrid 1985, pág. 375-376; y TORÍO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ADPCP 1972, pág. 54-55. Vid *Infra* mayor desarrollo.

bergar en su seno realidades ontológicamente diferentes (90). La referida asimilación se produce como consecuencia de una valoración según la cual la comunidad jurídica considera que determinados comportamientos no intencionales merecen la misma repulsa que el Ordenamiento Jurídico prevé para la afección dolosa al bien jurídico, y en ocasiones tal asimilación es percibida como una opción inevitable pero no plenamente satisfactoria, motivada por el hecho que el legislador no ha contemplado un tercer título de imputación intermedio entre el dolo y la culpa (91).

Cabe a continuación preguntarse cuáles son los rasgos propios de la comisión doloso-eventual de un delito que lo hacen merecedor de las consecuencias jurídicas previstas para los delitos dolosos y permiten trazar una delimitación normativa con la imprudencia. En la doctrina se ha impuesto un rechazo mayoritario a la búsqueda de elementos puramente subjetivos, asociados a la disposición del ánimo o una actitud interna del autor, y se considera que el delito doloso ha de caracterizarse por una mayor peligrosidad para el bien jurídico en relación con la del delito imprudente. En esta dirección, ha destacado recientemente Hassemer que «el peligro para los bienes jurídico-penales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente; se debe valorar la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho» (92). No compartimos por ello la opinión

(90) Vid. En favor de un concepto normativo de dolo, con críticas a la «ontologización» como planteamiento del dolo, HASSEMER, W.: *Los elementos característicos del dolo*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, III, pág. 913 ss y 917 ss.

(91) La STS de 24-10-1989 (Vid. R. Ar. 7744) afirma a este respecto: «sería conveniente que esta figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico, intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente». La sentencia reconoce los problemas que dicha propuesta podría acarrear, y justifica la misma por la existencia de un «escalón tan tenue de diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente que es muy difícil llegar a conclusiones generales y abstractas.

(92) Cfr. HASSEMER, ob. cit., pág. 917. El autor añade un segundo elemento de distinción entre delito doloso y delito culposo: «la reinserción del delincuente doloso supone un cambio normativo, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión del peligro». Este segundo criterio no resulta, sin embargo, a mi juicio, totalmente asumible para el dolo eventual, sin que con ello quiera incurrir en los excesos achacables a DE FARIA COSTA (Vid. ob. cit., pág. 99), quien plantea el caso del individuo que planifica dar muerte a otro y por un error de puntería la bala alcanza a un tercero que muere. Si el autor es un asesino profesional que actúa fríamente con plena confianza en su destreza, habrá que calificar los hechos como tentativa de asesinato en concurso con homicidio imprudente, mientras que si se trata de un anarquista romántico sin experiencia que asume el riesgo de dar muerte con su acción a un tercero, estaremos ante una tentativa de asesinato en concurso con un homicidio doloso (eventual). Frente a ello, afirma el autor: «El orden jurídico castiga más severamente a

de Bustos Ramírez, quien considera que el dolo eventual tiene la estructura de la imprudencia más un elemento subjetivo agravatorio del injusto (93), por lo que el castigo del dolo eventual conforme a las reglas del delito doloso constituiría un inadmisibles supuesto de aplicación analógica «in malam partem». Esta tesis, que cabría suscribir en tanto que objeción dirigida contra las denominadas «teorías del consentimiento», no se compeadece con una interpretación del concepto «dolo» en clave normativa, en la que la idea de incremento del peligro para el bien jurídico actúe como parámetro regulador del contenido del injusto. El plus de injusto inherente al dolo eventual frente a la culpa no puede ser pues de carácter meramente subjetivo, sino objetivo-subjetivo (94).

Las teorías del consentimiento han sido rechazadas porque introducen un «modus operandi» más propio de un autoritario Derecho penal de autor basado en la culpabilidad por el carácter que de un democrático Derecho penal del hecho. También se les ha reprochado la exclusión del ámbito del dolo de supuestos de confianza irracional en la no realización del riesgo, además de considerar, según la fórmula propia de la teoría hipotética del consentimiento, como meramente culposos aquellos comportamientos muy peligrosos y reprochables que resulten in-

quien no es peligroso, a quien puede ser más rápida y normalmente (re)socializado y, por encima de todo, conmina con una pena más grave precisamente a aquél que de un modo transparente permitió que su conciencia ético-jurídica se erigiese en parámetro de valoración jurídica, fuese centro de duda, luego, posible espacio de apertura a lo justo». No puede compartirse la anterior observación, ya que concede una prioridad absoluta a la peligrosidad del autor frente al peligro objetivo para el bien jurídico manifestado en su acción, lo que no es de recibo cuando se trata de decidir una penalidad proporcionada al injusto. Por otra parte, revela algo que posteriormente será objeto de crítica: las teorías del consentimiento pueden mostrarse como un indeseable instrumento de penetración de criterios de Derecho Penal de autor.

Vid. por otra parte un «concepto funcional» de dolo, que prescinde de un elemento voluntativo en el dolo y considera suficiente la conciencia por parte del autor de la peligrosidad del comportamiento, en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pág. 47.

(93) Vid. «Política criminal y dolo eventual», pág. 324-325.

(94) Cabe advertir, que el planteamiento de BUSTOS RAMÍREZ resulta parcialmente coherente con arreglo a las formulaciones habituales de la teoría de la probabilidad, que con cierto fundamento critica. Tras descartar la validez de las teorías del consentimiento, señala que «sólo es posible recurrir y con razón a las posiciones que buscan criterios en el injusto. Ahora bien, todas ellas sin excepción destacan o ponen de relieve que la estructura básica del llamado dolo eventual es el de una actividad que aumenta excesivamente los riesgos. El riesgo más allá de la que no hay diferencia cualitativa con la culpa y sí con el dolo» (Cfr. ob. ult. cit., pág. 43). La anterior reflexión resulta positiva en la medida en que pone de relieve la necesidad de establecer la peligrosidad propia del delito doloso en un dato cualitativo y no meramente cuantitativo (Vid. mayor desarrollo en páginas siguientes). Sin embargo, ello resulta contradictorio con la alusión a un «elemento subjetivo agravatorio del injusto» como «elemento de actitud o posición psicológica» característico del dolo eventual.

compatibles con el propósito del autor (95). Ante tales inconvenientes, se imponen planteamientos que adoptan como criterio rector el grado de peligrosidad de la conducta y la conciencia del mismo por parte del autor. Se impone, en definitiva, una visión del problema que deje de buscar similitudes ontológicas entre el dolo eventual y el dolo directo y opere con criterios normativos. En consecuencia, considero que Gimbernat emprende la senda correcta cuando se pregunta cuál es la finalidad de la ley al dividir los hechos punibles en dolosos e imprudentes: «La ley, al distinguir entre hechos dolosos y culposos, perseguía distinguir entre delitos más graves y menos graves, pues el delito intencional tiene una pena superior a la del delito imprudente» (96). El referido autor, siguiendo las teorías de la probabilidad, estima que, así como sucede en las situaciones de dolo directo de segundo grado, en las que —no obstante la ausencia de voluntad referida al resultado «necesariamente» unido al objetivo perseguido por el autor— la doctrina dominante no duda en imponer la pena correspondiente al delito entencional, «también, por la grave reprochabilidad del comportamiento, deben imputarse como dolosas aquellas consecuencias cuya producción es sujeto estimó que con suma probabilidad irían vinculadas al resultado que directamente perseguía» (97).

(95) Vid. GIMBERNAT ORGEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. 1990, pág. 252 ss. En cuanto al último aspecto, propone el ejemplo de los mendigos rusos que mutilaban a niños para utilizarlos como instrumento para implorar la caridad ajena, en cuyo caso la muerte de los niños aparecía como una eventualidad incompatible con los fines perseguidos por sus autores. En la misma dirección, se refiere posteriormente el autor a los casos «Bultó» e «Hipercor» (Vid. Infra. nota 95). Otros autores han hecho suya la crítica formulada por Gimbernat a la teoría del consentimiento. Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, «Derecho Penal—parte general», cit 420.

(96) Ctr. GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit., pág. 258-259.

(97) Ctr. GIMBERNAT ORDEIG, ob. loc. ult. cit. «Esta conducta es tan grave que su calificación de dolosa no puede desaparecer porque el sujeto se diga: Si en vez de haber noventa probabilidades entre cien hubiese un ciento por ciento, no actuaría».

Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, ob. loc. ult. cit., quienes, sin mostrarse favorables totalmente a la admisión de la teoría de la probabilidad, argumentan en un sentido cercano a un concepto normativo cuando señalan que el dolo eventual es dolo «no solamente porque, con mayor o menor artificiosidad, podamos decir que el resultado antijurídico ha sido querido por el autor, sino también porque concurre en él la reprochabilidad propia de la forma más grave de la imputación subjetiva».

Recientemente ha abundado GIMBERNAT ORDEIG en favor de la teoría de la probabilidad, en *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990-II, pág. 422 ss. El autor analiza las sentencias del caso Bultó (segunda sentencia del TS de 28 de noviembre de 1986 (R. Ar. 7.841) que condena a Carles Sastre, y del caso Hipercor (sentencia 49/89 de la Audiencia Nacional 1ª de 14-10-1989), y considera incorrecta la aplicación de la teoría del consentimiento, pues tan solo la teoría de la probabilidad consigue fundamentar la necesidad de calificar los hechos como delitos dolosos. GIMBERNAT insiste en la necesidad de evitar una identificación entre dolo e intención: «Si existen tipos dolosos que, como el del artículo 348 bis, restringen su cam-

Aunque las teorías de la probabilidad, centradas en la conciencia de un peligro relevante, son preferibles a las del consentimiento, han recibido críticas, no sólo por la desmedida ampliación del ámbito del dolo en detrimento del de la culpa, sino, desde sectores proclives a mantener la mayor peligrosidad como fundamento normativo (98), por la indeterminación y falta de realismo del criterio cuantitativo de peligro que adoptan como parámetro. En esta dirección, resultan particularmente interesantes las recientes aportaciones de Puppe. La autora insiste en la necesidad de adoptar un concepto normativo de dolo, en el que tengan cabida sus diversas formas. Sobre esta base señala que si lo propio de la intención y el dolo directo es la contradicción por parte del autor del valor ínsito en la norma según el cual «el resultado no debe producirse», en el dolo eventual la conducta del autor debe ser interpretada «como expresión de sus máximas de comportamiento contradictorias inmediatamente con la norma jurídica» (99). A la pregunta de cuál es el contenido de peligro que caracteriza el delito doloso frente al delito imprudente, Puppe considera que tan sólo la teoría de la probabilidad ha ofrecido una respuesta, aunque la misma es insuficiente (100), en la

po de aplicación a hechos exclusivamente intencionales, ello quiere decir que los restantes tipos dolosos están acogiendo, además y también otras modalidades de dolo distintas de las intencionales, y que, por consiguiente, no es posible identificar dolo con intención» (Cfr. ob. ult. cit., pág. 429). «La finalidad del Derecho Penal no es la de retribuir una supesta e indemostrable culpabilidad, sino la de proteger bienes jurídicos. De ahí que cuanto mayor sea el riesgo de lesión, mayor habrá de ser también la pena a imponer para tratar de evitar, en lo posible, tales conductas» (Cfr. p. 430). Cabe advertir que el planteamiento de Gimbernat no se corresponde con la tesis que posteriormente defiende, en la medida en que, al comentar los criterios de distinción entre animus necandi y animus laedendi, asume implícitamente la posición mayoritaria en lo referente a la tentativa con dolo eventual.

(98) La STS de 24-10-1989 (R. Ar. 7744) alude a la existencia de una «teoría intermedia» entre la del consentimiento y la de la probabilidad, que denomina de la «peligrosidad», basada en la distinción «entre peligro representado en abstracto y peligro representado en concreto, pudiéndose hablar en el primero de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo eventual» (Vid. mayor desarrollo Infra, 3.4). Este planteamiento se corresponde con la tesis de SCHMIDHÄUSER, a la que GIMBERNAT alude (Vid. «Acerca del dolo eventual», cit., pág. 250), aunque situándola entre las teorías de la probabilidad (o «representación», pues el citado autor equipara ambos términos). Vid. otras formulaciones de teorías calificadas como eclécticas o intrmedias en MIR PUIG, ob. cit., pág. 264-265. Alguna de las mismas ha sido recogida por la jurisprudencia junto a la imperante doctrina del consentimiento: Vid STS de 14-5-1991 (R. Ar. 3644), que destaca en la actitud del autor «su absoluta indiferencia ante lo que pueda producirse».

(99) Vid. PUPPE, I.: *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, en *Zeitschrift für die Gesamtraferechtswissenschaft*, 1991, I, pág. 15.

(100) Las teorías psicológicas, del consentimiento o de la representación, son rechazadas por PUPPE porque hacen depender la diferenciación entre dolo y culpa de «un mero fenómeno psíquico que acompaña al hecho», siendo tal fenómeno un mero elemento de la actitud, «porque no requiere tener ninguna influencia observable sobre la decisión del au-

medida en que «ha intentado solucionar el problema con un instrumental conceptual demasiado simple, abstracto y alejado de la praxis: con un concepto de probabilidad entendido cuantitativamente»(101). A partir de tales planteamientos, la autora trata de establecer la línea divisoria entre el injusto doloso y el injusto imprudente con arreglo al contenido de la decisión del autor, valorando el peligro que el mismo ha creado consciente y voluntariamente según criterios no solamente cuantitativos, sino también cualitativos. Para la determinación del contenido de peligro que debe caracterizar el delito doloso frente al imprudente, Puppe recurre a la referencia del autor considerado «como parte idónea de la comunidad jurídica y, por consiguiente, como ser racional que actúa según preceptos» (102). Por esta vía se formula la siguiente conclusión: «El comportamiento del autor es entonces expresión de su decisión en favor del resultado, cuando el peligro que el ocasiona (consciente o hipotéticamente) para el bien jurídico, es de tal cualidad y cantidad que un ser razonable sólo lo consentiría según la máxima que el resultado lesivo sea impuesto o al menos permitido» (103). La fijación del peligro propio del delito doloso es pues una cuestión jurídica, en la que aparece como criterio principal la magnitud del peligro, y que debe dar lugar a la creación de un concepto típico, el concepto de «peligro doloso». La referida fijación no puede basarse en la determinación de grados de probabilidad por tratarse de una categoría no contabilizable en el caso concreto, sino que debe exigirse «que el peligro sea de tal magnitud que la confianza en un resultado exitoso sea irrealista e irracional» (104).

3.3. Bases metodológicas para una respuesta global a la problemática de la tentativa con dolo eventual

Según habíamos ya puesto de relieve anteriormente, constituye un defecto bastante generalizado por parte de la postura mayoritaria la falta de argumentos que trasciendan el mero razonamiento lógico-formal consistente en aplicar automáticamente aquello que es válido para

tor para la peligrosidad del bien jurídico», y porque «el elemento de la actitud opera de modo independiente teórica y prácticamente del contenido de la decisión de peligrosidad, eso es, de la medida y la calidad del peligro». (Vid. ob. cit., pág. 40).

(101) Cfr. PUPPE, ob. cit., pág. 18.

(102) Cfr. PUPPE, ob. cit., pág. 41.

(103) Cfr. PUPPE, ob. loc. ult. cit.

(104) Cfr. PUPPE, ob. cit., pág. 42. Vid. en sentido distinto MIR PUIG (ob. cit., pág. 265-266), quien considera que debe excluirse el dolo eventual si el autor, no obstante haber advertido el peligro, estaba convencido de que no habría de dar lugar al delito, aunque se tratase de una confianza irracional (por ejemplo, una persona supersticiosa).

el delito consumado al delito intentado. Por otra parte, quienes combaten tal posición, se ven a menudo atraídos hacia declaraciones de principios anti-dogmáticas (105) que no favorecen precisamente la solución del problema dentro del sistema, sino la reapertura de una escisión entre dogmática jurídico-penal y política criminal que ya ha sido cerrada por la doctrina moderna. Ambas actitudes deben ser superadas. Respecto a la últimamente expuesta, porque no puede considerarse un avence al abandono de la sistemática, que da origen a un decisionismo arbitrario que pugna con las más elementales exigencias de seguridad jurídica y abre un abismo metodológico contradictorio con la integración de la política criminal en la dogmática jurídico-penal auspiciada por Roxin (106). Pero precisamente esta actitud metodológica integradora obliga a configurar el sistema del Derecho Penal de un modo particular, no como sistema axiomático, sino como un «sistema abierto» en el que la resolución de cada nuevo problema exige un replanteamiento de los conceptos y «dogmas» hasta el momento formulados. Tal como indica Schünemann, «la opción por un sistema abierto del Derecho Penal implica, por un lado, que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento; y, por el otro, que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos por el mismo rasero, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado» (107). Por ello, el empleo de la lógica formal, caracterizada por la regla según la cual la verdad de las premisas se traslada directamente a la conclusión, no puede tener un carácter prevalente, sino que habrá de someterse al imperio de razonamientos axiológicos y teleológicos (108).

El enfoque metodológico que acabo de propugnar, obliga a diseccionar el análisis de la cuestión planteada en dos dimensiones. Por una parte, con arreglo a las reglas inherentes a la lógica formal, cabe impugnar el razonamiento efectuado generalmente para fundamentar la posición dominante, dado que adolece de un defecto de premisa, una vez rechazada previamente la caracterización de la tentativa como for-

(105) Vid. Supra los argumentos de KÖLZ-OTT reproducidos en nota 66.

(106) Vid. ROXIN, K.: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona 1972, pág. 33 ss.

(107) Cfr. SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducción Silva Sánchez), Madrid 1991, pág. 37.

(108) Vid. PERELMAN: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (traducción de Díez Picazo), Madrid, 1979, pág. 9-11. DE FARIA COSTA (Vid. ob. cit. pág. 75) hace suyas las palabras de ZIPPELIUS (Cfr. *Das Wesen des Rechts*, München, 1969, pág. 135): «La recusación de todo dogmatismo sistemático es también un rechazo de toda tentativa de reducir la complejidad de lo concreto a un principio anticipado o a un simple fundamento material, también anticipado».

Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid 1988, pág. 23 ss.

ma típica dependiente del correspondiente delito consumado. La afirmación «lo que vale para el delito consumado vale para la tentativa» no se compadece con la tesis de la autonomía típica de la tentativa. Ello no quiere decir que quede ya automáticamente demostrado lo contrario, sino precisamente que la solución no puede provenir del mecánico recurso a un silogismo. La concepción de los tipos de imperfecta ejecución como tipos de delito dotados de autonomía y sustantividad propia, obliga a fundamentar la decisión a partir de una profundización en la naturaleza y estructura típica de la tentativa, y, previa consideración de grupos de casos, valorar si la punibilidad de la tentativa con dolo eventual puede ser mantenida en todos ellos sin llegar a soluciones sistemáticamente incongruentes o político-criminalmente inconvenientes.

Por las anteriores razones, no resulta satisfactoria la actitud consistente en apelar a una regla formulada con pretensiones de validez general y absoluta cuando se trata de justificar la punición de la tentativa con dolo eventual, y olvidar dicha regla cuando no gustan las consecuencias de la misma. Con ello queremos denunciar un preocupante pragmatismo escondido tras la jurisprudencia y doctrina dominante. El recurso a la tentativa con dolo eventual se plantea en los diversos casos analizados con el objeto de colmar determinados espacios de impunidad, pero no cuando la conducta del autor ha recibido ya otra clase de respuesta punitiva. Así ocurre en aquellos supuestos de homicidio o asesinato doloso-eventual consumado, en los que no se produce la muerte de todo el grupo de personas abarcadas igualmente por el dolo eventual del autor (casos de colocación de explosivos, o incendio de una casa o edificio, por ejemplo) ante los que cabe preguntarse por que no se establece el correspondiente concurso de delitos con tentativas de homicidio respecto de las personas ilesas o heridas. Posteriormente nos ocuparemos con mayor detalle del examen de estos y otros casos (109).

3.4. Impunidad de la tentativa con dolo eventual

Me dispongo ya a exponer los motivos por los que considero razonable la adopción de una actitud globalmente contraria a la tentativa con dolo eventual. Quisiera precisar en este momento que tal conclusión no se apoya en una incompatibilidad absoluta entre ambos conceptos. La reflexión sobre la tentativa y el dolo eventual por separado no sugiere que nos encontremos ante naturalizas ontológicamente antitéti-

(109) Vid. como ejemplo de tal clase de pronunciamientos jurisprudenciales en los que no dejan impunes supuestos de tentativa con dolo eventual, la STS de 8-7-1985 y otras, comentadas *Infra*. en nota 127.

cas entre sí, de la misma forma que tampoco cabría estimar demostrado lo contrario. Se trata de categorías dogmáticas cuyo contenido se halla normativizado en función de la necesidad de resolver sistemáticamente ciertos «problemas jurídicos». Los siguientes argumentos van dirigidos a sostener que la punición de la tentativa con dolo eventual no parece un mecanismo adecuado para resolver tales problemas, dados sus efectos político-criminalmente perniciosos y la existencia de otros instrumentos técnico-jurídicos más idóneos. Esta actitud negativa debe ser mantenida además con carácter global, ya que las soluciones diferenciadoras resultan excesivamente artificiosas y difíciles de encajar sistemáticamente.

a) En primer lugar, la punición de la tentativa con dolo eventual es en ciertos casos materialmente indeseable, siendo en el resto de ocasiones, como después se verá, innecesaria. Resulta indeseable en la medida en que supone una preocupante elevación del nivel de inseguridad jurídica, puesto que no se determinan con certidumbre «a priori» cuáles son los riesgos relevantes. Ello implica confiar (en el mejor de los casos) a los en ocasiones elásticos criterios dogmáticos de imputación objetiva, la selección de tales riesgos típicos. Por otra parte, la ampliación legal del ámbito típico de la tentativa en los supuestos de inidoneidad y delito imposible puede conducir a una hipertrofia punitiva en casos en los que el debilitamiento del contenido objetivo de peligro de la tentativa coincide con una devaluación de la dimensión subjetiva del injusto. De un modo u otro, la admisión de la tentativa con dolo eventual constituye una amenaza para las libertades individuales, habida cuenta del riesgo de que redunde en una utilización desmedida del Derecho Penal, como reflejan las posiciones mantenidas por algunos autores respecto a la incriminación de las conductas de riesgo en la transmisión del SIDA. Y no deja de resultar significativo que tales posiciones proclives al empleo del Derecho penal como brazo armado de la sociedad en la lucha contra dicha enfermedad, vengán a solicitar en último término la tipificación expresa de tales riesgos. Valga el ejemplo como muestra indicativa de cómo una admisión generalizada e incuestionada de la tentativa con dolo eventual puede convertirse en un peligroso instrumento de un Derecho Penal autoritario.

b) La extensión de los dominios del dolo eventual resulta con carácter general una decisión problemática. Las reticencias que esta clase de dolo suscita en ciertos sectores doctrinales se ven aumentadas en relación con los delitos que no admiten la comisión culposa (110). El

(110) Vid. en el curso de una reflexión crítica en torno a la figura del dolo eventual, QUINTERO OLIVARES, «Derecho Penal-parte general». cit., pág. 344: «Si únicamente se castiga la comisión dolosa, el recurso al dolo eventual puede esconder el propósito de pu-

recurso al dolo eventual se ha planteado normalmente en delitos que sí admiten la realización imprudente, para evitar una insólita calificación de determinados comportamientos muy peligrosos como meramente «descuidados». Pero en los casos en que el legislador ha decidido prescindir de la tipificación de un injusto imprudente (y así ocurre en los tipos de imperfecta ejecución según la práctica totalidad de la doctrina) el dolo eventual surge como un peligroso expediente capaz de convertir en típicas conductas que podrían estar desprovistas de relevancia penal.

c) La incompatibilidad entre tentativa e imprudencia deriva, a mi juicio, de la particular estructura de los tipos de imperfecta ejecución. Concretamente, la caracterización del ánimo de consumir el delito como elemento subjetivo de lo injusto, según se ha expuesto anteriormente, impide la realización culposa de dichos tipos. La tesis que niega la posibilidad de la comisión imprudente de los delitos que contienen tales específicos elementos subjetivos, absolutamente dominante en la doctrina, ha recibido objeciones, generalmente en relación con supuestos de error de tipo vencible (111). Por ejemplo, se ha planteado la concurrencia de violación culposa en casos de error sobre la edad de la víctima, o hurto culposo si el autor yerra sobre la ajenidad de la cosa mueble sustraída. De todos modos, no parece posible extender la punibilidad de tales delitos imprudentes allende los supuestos excepcionales de la «culpa iuris». Y aun en estos supuestos la solución punitiva suscita inconvenientes, como significativamente advierte Mir Puig: «sería injusto que el delito doloso en el que faltan elementos subjetivos requeridos por el tipo diera lugar a la impunidad —salvo que constituya otro delito— y, en cambio, fuese punible como imprudente la misma conducta realizada sin dolo» (112). Debe hacerse notar que esta última objeción será válida cuando la imprudencia referida al resultado típico vaya acompañada de la ausencia del elemento subjetivo del injusto (caso de quien a la salida de un restaurante se lleva por error un abrigo que no es suyo, o de la madre que da muerte a su hijo por imprudencia y sin ánimo de ocultar la deshonra), no cuando haya culpa, por error vencible, respecto al resultado típico, pero concurra el elemento subjetivo del injusto (caso de quien mantiene relación carnal con ánimo lúbrico con una persona menor de doce años creyéndola mayor). Esta distinción resulta imprescindible para el desarrollo de nuestra argumentación, dado que todavía quedan adpectos pendientes de una mayor precisión, antes

nir un hecho imprudente no previsto legalmente, y, en todo caso, es cierto que el riesgo mencionado aumenta notoriamente».

(111) Vid. Tales críticas a la tesis dominante, CEREZO MIR, ob. loc. ult. cit. y TORIO LOPEZ, ob. loc. ult. cit. (Vid. Supra pág. 87).

(112) Cfr. MIR PUIG, «Derecho Penal-parte general», cit., pág. 281-282.

de poder efectuar el decisivo paso de la inviabilidad de la realización imprudente de los tipos que incorporan elementos subjetivos del injusto, a la exclusión del dolo eventual.

Según se había ya apuntado con anterioridad, hay quien sostiene la posibilidad de la comisión doloso-eventual de delitos como el infanticidio (113). Debe advertirse, no obstante, que en estos casos se plantea la presencia de dolo eventual en relación con el resultado típico (en el caso del infanticidio, la muerte del niño recién nacido), no de un «elemento subjetivo del injusto eventual» (en el mismo ejemplo, un «ánimo eventual de ocultar la deshonra»), que daría lugar a una situación realmente anómala. De ahí que sea preciso establecer que el componente intencional trascendente que contienen los elementos subjetivos del injusto los hace incompatibles con una forma de relación entre el hecho y el autor en la que ni siquiera existe momento volitivo. Si trasladamos este modelo al ámbito de la tentativa, cabe advertir una falta de congruencia por parte de quienes entienden la voluntad de consumación como elemento subjetivo del injusto, y admiten la mutación de la misma en una suerte de «voluntad eventual», expresión que entraña una contradicción en sus propios términos una vez se ha rechazado la teoría del consentimiento.

Pero cabe todavía aportar más argumentos. El desencadenamiento del resultado típico contribuye a orientar con mayor seguridad y precisión la siempre ardua tarea de establecer los componentes subjetivos de la conducta. La dificultad de determinar el ánimo del autor aumenta ya necesariamente cuando éste no ha alcanzado el resultado apetecido; pero el grado de incertidumbre se hace todavía mayor cuando ni tan siquiera existe tal voluntad. A diferencia de lo que sucede en el dolo directo de primer y segundo grado, el dolo eventual puede abarcar diversos resultados incompatibles entre sí. ¿A cuál de ellos habrá que conceder relevancia? La dispersión de la doctrina ante las hipótesis de dolo alternativo evidencia las referidas dificultades. Por otra parte, ¿cómo se delimita la extensión de la pluralidad de tentativas concurrentes? ¿habrá tantos delitos en grado de tentativa o frustración como personas pasaban a menos de cierta distancia, o las que debían haber pasado pero no pasaron? (114). No parece que los criterios con que opera la doctrina en materia de tentativa permitan resolver tales interrogantes, al menos

(113) Vid. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, ob. cit., pág. 532-533 (Vid. Supra pág. 87).

(114) Imaginemos que un grupo terrorista coloca un artefacto explosivo en un lugar por el que según todos los indicios habrá de pasar una autoridad, con la intención de darle muerte y asumiendo el riesgo de que, dada la carga utilizada, probablemente mueran otras personas. Al producirse la explosión, no resulta afectado el automóvil en que viajaba la autoridad, sino un vehículo de escolta, en el que muere uno de sus ocupantes,

mientras se acuda a elementos de carácter subjetivo, como la referencia al plan del autor con objeto de delimitar la esfera de los actos ejecutivos típicos (115). Después de todas estas consideraciones, cabe concluir que la concepción normativa del dolo eventual explicaría que, si hay razones para equiparar el tratamiento del dolo eventual al dolo directo en ciertas ocasiones, también puede haberlas para asimilarlo en otros casos a la culpa consciente, y eso es lo que debiera suceder en los tipos de imperfecta realización.

d) La disfuncionalidad político-criminal de la fórmula «tentativa con dolo eventual» resulta confirmada por la existencia de los delitos de peligro. Esta clase de delitos es un sector en expansión en los Códigos penales contemporáneos, que viene a satisfacer las necesidades de criminalización de nuevos riesgos que para los bienes jurídicos surgen en las sociedades modernas, mediante un adelantamiento en la línea de defensa, que debe efectuarse con arreglo a una técnica jurídica que asegure el respeto al principio de legalidad, en lo referente a la debida precisión de los riesgos punibles, y al principio de ofensividad, en cuanto a la evitación de una presunción «iuris et de iure» del peligro. El reconocimiento de un desvalor de peligro en la tentativa y la constucción del dolo eventual en torno a la idea de la conciencia de un peligro cualificado, acercan el contenido de la tentativa con dolo eventual a la estructura interna de los delitos de peligro, de modo tal que cabría pensar en una identidad estructural (116).

quedando heridos el resto de ellos. ¿Cuántas tentativas de homicidio o asesinato en dolo eventual habría que imputar a los terroristas, además de la no discutida relativa al personaje a quien querían dar muerte? ¿las relativas a los otros ocupantes del mismo vehículo que sufrieron lesiones, la del conductor ileso (aunque respecto a éste podría haber dolo directo de segundo grado) o también las del otro vehículo de escolta que no resultó afectado? En mi opinión, solamente habría un asesinato consumado en concurso con la tentativa de asesinato de la autoridad (y, en su caso, un delito de estragos, aunque ahí cabría examinar si la circunstancia del artículo 406-3 agota el contenido de peligro para terceros inherente al uso de explosivos). La intención del autor desempeña un papel determinante en aras a la restricción de los supuestos punibles de tentativa, como elemento añadido al desvalor de peligro.

(115) Vid. acerca de la concepción mixta objetivo-subjetiva dominante respecto a la fijación del inicio de la fase ejecutiva, que se basa en «representación de su plan por parte del autor», ESER, en ob. cit., pág. 308; STRATENWERTH, ob. cit., pág. 194; MIR PUIG, ob. cit., pág. 367.

(116) La STS de 24-10-1989 (R. Ar. 7744) insinúa esta conclusión cuando afirma, en relación con la denominada teoría de la peligrosidad (ya anteriormente citada, Vid. Supra nota 93), que esta teoría «distingue entre peligro representado en abstracto y peligro representado en concreto, pudiéndose hablar en el primero de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo indirecto, todo ello, como es lógico, dependiente del final resultado de la acción, lo que impide (esto último) poder achacar a esta idea la creación, a través del dolo eventual, de un delito de peligro «per se».

Tal conclusión sería precipitada, dada la complejidad de los delitos de riesgo, no reconducibles a un modelo único. A este respecto, Noll ha advertido la incorrección de identificar el dolo de los delitos de peligro con el dolo eventual de lesión (117). El elemento que permite establecer la delimitación entre éste y la culpa consciente es la exigencia de algo más que la mera conciencia del peligro inherente a la acción, y esta representación de un peligro cualificado no es necesaria en la mayoría de figuras típicas de peligro dolosas. Pero con ello no queda automáticamente establecida la conclusión contraria, consistente en que el peligro para el bien jurídico deba ser no cualificado, de modo que cabe entender que el «dolo de peligro» acoge tanto los supuestos de culpa consciente como los de dolo eventual en relación con la lesión del bien jurídico (118). En el contexto típico de los delitos de peligro, las situaciones de culpa consciente y dolo eventual presentan una afinidad mayor que en los delitos de lesión consumados.

Los supuestos problemáticos en los que la jurisprudencia o la doctrina acuden a la fórmula de la tentativa con dolo eventual han sido en la mayor parte de ocasiones previstos por el legislador como riesgos necesitados de un tratamiento específico. Y de hecho resulta sintomática la tendencia de algunos seguidores de tal doctrina dominante a propugnar la tipificación de tales riesgos como delitos de peligro (119). La introducción de un tipo agravado de lesiones cualificadas por el empleo de medios peligrosos (artículo 421-1 C.P.) y de otro que criminaliza la participación en la riña con medios peligrosos para la vida y la integridad de las personas, constituye la vía político-criminalmente más operativa y respetuosa con la seguridad jurídica para ofrecer un apropiado tratamiento a aquellas situaciones en las que los tribunales a menudo han tenido que recurrir a la hipótesis del dolo eventual para justificar la calificación como homicidio frustrado o intentado de hechos que habrían merecido penas irrisorias o la impunidad con arreglo a la regulación de las lesiones anteriormente vigente. No puede pasar

(117) Vid. NOLL, Peter: *Der subjektive Tatbestand der Gefährdung des Lebens*, ZStR 1954, pág. 19 ss.

(118) Vid. PARODI GIUSINO, M.: *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, pág. 360, quien considera que «para evidenciar ulteriormente la diferencia de los delitos de peligro con la estructura del delito intentado (...) se debe también considerar que, mientras que en la tentativa se requiere que el agente obre con dolo directo de lesión, viceversa en los delitos dolosos de peligro es suficiente la conciencia de que una lesión pueda verificarse como consecuencia del comportamiento prohibido». El autor no hace referencia al espacio intermedio existente entre el dolo directo de lesión y la conciencia de la posibilidad del peligro, representado por la conciencia de la mayor intensidad del peligro.

(119) Vid. En este sentido las demandas de criminalización relacionadas con los conductores suicidas (Vid. Supra nota 120) o las recientes propuestas de un grupo de penalistas españoles y alemanes para crear un tipo de riesgo en relación con la transmisión del SIDA.

inadvertido, en este sentido, el nuevo delito de riesgo tipificado en el artículo 348 bis b) como una nueva y significativa pieza en la batería de respuestas legales ante los más temibles peligros colectivos de las sociedades desarrolladas. En todos estos casos, cabe señalar la necesidad de una mejora técnica de los delitos de riesgo, siendo de lamentar las deficiencias detectadas en algunas de las figuras introducidas recientemente (120). Desde una perspectiva de «lege ferenda», y dado el impulso expansivo de los delitos de peligro, convendría pensar otros riesgos que precisen la atención del legislador, como es el caso de las conductas consistentes en la colocación de bombas o explosivos en lugares públicos y concurridos o el envío de paquetes explosivos, supuestos que podrían obtener un adecuado tratamiento como figuras típicas agravadas de otros delitos de riesgo, o conforme al tipo delictivo de estragos (art. 554 C.P.), con los matices que seguidamente se expondrán.

La actitud que se postula obliga a realizar un esfuerzo de imaginación en el diseño de una política legislativa, que evite inconvenientes lagunas, y que permita superar las anomalías detectadas en el Código vigente. Resulta inexplicable racionalmente que sea atípico el manejo y colocación de explosivos con riesgo para la vida de las personas, mientras se considera punible la mera tenencia ilícita de armas y otras hipótesis de peligro abstracto, o se extiende hasta cotas disparatadas la criminalización de genéricas e imprecisas conductas de colaboración con bandas armadas (121).

La tendencia legislativa a contemplar expresamente las hipótesis susceptibles de ser calificadas como tentativa con dolo eventual se pone de manifiesto particularmente en algunas figuras que incorporan como elemento del tipo, que en consecuencia debe ser abarcado por el dolo, un peligro cualificado. De todos modos, dicha previsión legal no siempre se produce de una manera satisfactoria, porque se trata de tipos agravados susceptibles de ser interpretados como delitos cualificados por el resultado en los que el peligro cualificado no estaría abarcado

(120) Así, en el citado artículo 421-1, en el que debería preverse una situación de peligro para la vida y no para la integridad física, amén de espejar la confusión existente sobre la naturaleza del peligro. Vid. TAMARIT SUMALLA, «La reforma de los delitos de lesiones», cit., pág. 110.

También el artículo 348 bis-b) introducido «ex novo» en la última reforma parcial de 1989 plantea problemas de delimitación con otras figuras típicas, como las relativas a la legislación penal en materia de energía nuclear.

(121) No es éste el momento apropiado para insistir en las críticas que la mayoría de la doctrina ha efectuado a la política legislativa dominante en materia anti-terrorista, que se mantiene después de la incorporación al Código Penal de algunos de los tipos delictivos integrantes de la Ley orgánica de 26 de diciembre de 1984. Vid. comentarios a los artículos 174 bis-a) y 174 bis-) del Código Penal, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988, pág. 84-92.

más que por culpa (según prevé el artículo 1 C.P.) (122). Sobre este particular, resulta de sumo interés el delito de estragos tipificado en el artículo 554 del Código Penal, dada la circunstancia agravante (123) que permite ofrecer una respuesta a alguno de los problemas que plantea el empleo de explosivos y otros medios de destrucción. Se hace necesario, sin embargo, que el nuevo Código Penal haga recaer en tal peligro cualificado el resultado típico (respecto al que será exigible la concurrencia de dolo), lo cual hará innecesaria la formulación de hipótesis de tentativa doloso-eventual, amén de replantear la exigencia de la producción de daños (124).

Por otro lado, no pueden ser favorablemente acogidos los tipos basados en referencias subjetivas que remiten a teorías del dolo eventual que en su momento hemos rechazado. Esto es lo que sucede en el delito de conducción temeraria «con consciente desprecio para la vida de los demás» del artículo 340 bis-d), en el que se caracteriza al dolo eventual como una especial actitud interna o disposición moral del autor ante el bien jurídico o valor, fórmula que descansa sobre una fundamentación ético-jurídica del concepto de bien jurídico que no compartimos.

En esta línea, merecen también nuestra atención los delitos de incendio tipificados en los artículos 547, 548 y 549 del Código Penal. La descripción de las conductas típicas contenida en tales preceptos, junto con la elevada penalidad con que se conminan, sugieren que nos encontramos, según coinciden en señalar la doctrina y la jurisprudencia, ante delitos pluriofensivos en los que ocupa un carácter preeminente el desvalor de peligro para la vida e integridad física, con una estructura típica propia de los delitos de peligro hipotético (125). De acuerdo con tal premisa, no se discute la concurrencia de un delito de asesinato (o bien homicidio para quienes no aceptan el dolo eventual en el asesinato) si el incendio provocado con arreglo a lo previsto en los referidos preceptos produce un resultado de muerte (126), aunque no hay un criterio

(122) Vid. como ejemplos de tipos que contienen un supuesto cualificado por la producción de un peligro «grave» para la vida o la integridad física, los artículos 348-bis y 344-ter último párrafo C.P.

(123) El art. 554 C.P. prevé una agravación «si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de la persona.»

(124) No se nos escapa la imperiosa necesidad de someter a una revisión más profunda la citada figura típica de estragos, tanto en lo que atañe a su mejora técnica, como a la reducción del marco penal con su consiguiente excesivo margen de discrecionalidad judicial en orden a la individualización de la pena.

(125) Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: *Delitos de incendio en el Ordenamiento Penal español*, Barcelona 1982, pág. 27 y ss. Vid. asimismo la jurisprudencia dominante, que contempla tales figuras típicas desde la perspectiva de un peligro posible o hipotético, In-fra nota 121.

(126) En este aspecto conviene advertir la diferencia existente entre la regulación positiva española y la del Código Penal alemán, que prevé una agravación de la pena si se

uniforme respecto a como debe resolverse la problemática concursal. Si el incendio ha sido escogido como medio para matar (dolo directo), la jurisprudencia y algunos autores estiman que tan solo se dará un delito de asesinato (127), solución que podría justificarse porque la circunstancia tercera del art. 406, de carácter objetivo, recogería el desvalor de peligro referente a los no fallecidos. Tal solución habría de mantenerla, consecuentemente, si no se produce resultado de muerte, en cuyo caso el asesinato aparecería en grado de tentativa o frustración. Sin embargo, si la muerte acaecida con ocasión de incendio es doloso-eventual, es dominante en la jurisprudencia una posición diferenciadora respecto al dolo directo, que afirma la existencia de homicidio e incendio, aunque cabe apreciar un criterio vacilante en torno a si se trataría de un concurso ideal de delitos (sentencia de 1-2-1986) o de un concurso aparente de normas a resolver conforme a la regla prevista en el artículo 68 C.P. (sentencia de 25-1-1990). Siguiendo con el anterior razonamiento, podría parecer sorprendente que en este caso no se haya planteado semejante hipótesis concursal en el supuesto que el homicidio no llegare a consumarse, si no fuera porque ello evidencia un sentimiento generalizado de que la tipificación específica de estos graves riesgos impide la toma en consideración de una tentativa (doloso-eventual) de homicidio. Las situaciones descritas en los artículos 547 y 548 C.P. vienen presididas por un peligro (hipotético) cualificado, integrante del tipo objetivo, al que habrá que referir el dolo. En el artículo 548, se exige explícitamente que el conocimiento del autor abarque la circunstancia objetiva que funda el peligro, pero en los supuestos del artículo 547, la descripción de los hechos lo hace innecesario. El tipo subjetivo de estos delitos está formado básicamente por el conocimiento de las circunstancias determinantes de un grave peligro, o lo que es lo mismo, por la conciencia de tal grave peligro, todo lo cual obliga a concluir que un aumento de la pena basado en la existencia de una tentativa de homicidio implicaría una violación del principio «non bis in idem», salvo que la identidad fáctica quedase truncada por la presencia de un plus subjetivo, que no

ha producido resultado de muerte, y es menos casuística. Cabe también tener presente la desaparición del asesinato mediante inundación, incendio o explosivo prevista en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 elaborado por el Ministerio de Justicia, que obligaría a acudir en tales supuestos al concurso de delitos de homicidio y estragos o incendio (con lo que se daría a tales delitos de peligro el protagonismo que merecen).

(127) Vid en este sentido STS 1-2-1986 (R. Ar. 554): Si el agente se propone matar y escoge el fuego como medio comisivo, y se produce la muerte, hay un único delito de asesinato del artículo 406-3 C.P. Vid, asimismo, STS de 25-2-1990 (R. Ar. 1010) y STS de 15-6-1981 (R. Ar. 2660), que considera el desvalor de peligro como de “peligro posible”. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. parte especial*, Valencia 1988, pág. 354-355: “cuando el fin del sujeto activo sea el de cometer un delito contra la vida de las personas, se aplicarán estos delitos y el incendio y los estragos pasan a ser circunstancias agravantes (art. 10-11 y 406-3).

puede residir más que en una intención (en el sentido de dolo directo de primer o segundo grado) de dar muerte. Por lo demás, la figura típica del párrafo segundo del art. 548 revela una voluntad legal de ofrecer un tratamiento proporcional a la gravedad del peligro y la conciencia de la misma por el autor, todo lo cual pone de manifiesto una dirección político-criminal de signo bien distinto a la que subyace en las tesis partidarias de la tentativa con dolo eventual.

e) Por último, una breve referencia a los supuestos de dolo alternativo. Ya se indicó anteriormente que la dispersión de criterios doctrinales era al respecto muy grande. Sin embargo la cuestión resulta menos controvertida para quienes nos mostramos contrarios a la punición de la tentativa con dolo eventual (128). El delito que no ha alcanzado la consumación se halla desprovisto de toda relevancia. No obstante, cabe matizar esta conclusión si los resultados representados alternativamente por el autor implican la realización del mismo tipo legal. Por ejemplo, quien dispone de un revolver con una única bala y dispara contra sus dos perseguidores con el ánimo de matar a cualquiera de ellos, responde a título de homicidio frustrado si yerra el tiro, puesto que había dolo directo de matar en todo caso, alcanzando lo eventual tan sólo a la identidad del sujeto pasivo. Por las mismas razones, también constituirá un supuesto de tentativa acabada (siendo discutible si se trata de tentativa o frustración con arreglo al Código Penal español vigente) el envío de un «paquete bomba» o la colocación de un explosivo en un automóvil con ánimo directo de matar a una persona (aunque su identidad esté indeterminada) si no alcanza su objetivo. Será sin embargo irrelevante la representación del eventual fallecimiento de otras personas acompañantes si éste no llega a producirse. La punición de la tentativa con dolo eventual conduciría en este caso a plantear situaciones absurdas: ¿cuántas tentativas de asesinato concurrirían, tantas como ocupantes pudiese acoger el vehículo? Si el dolo directo (de primer o segundo grado) no se manifiesta con claridad, la solución más satisfactoria sería el concurso con un delito de estragos, si ha habido daños. Esta es la posición que, a mi juicio correctamente, ha mantenido el Tribunal Supremo (129). Por otra parte, el dolo alternativo entre delitos de distinta gravedad (en el ejemplo del disparo con una única bala, si una de las potenciales víctimas forma parte del círculo de parientes descrito en el artícu-

(128) V id. LAMPE, ob. cit., pág. 333.

(129) Vid. STS de 8-7-1985 (R. Ar. 3993), que califica como un concurso ideal de delitos de asesinato, lesiones y estragos, la colocación de un ingenio explosivo integrado de varios kilos de goma-dos, un cebo, reloj y pila cerca de la puerta de un local, para que estallara a media noche, conscientes los autores de que eran numerosas las personas que acudían al bar en aquellas horas, siendo el resultado una persona muerta y varias lesionadas además de daños materiales. El Tribunal afirma, con una redacción un tanto confusa,

lo 405 C.P. o la alternativa es entre una persona y un animal, o hay ánimo de matar o lesionar) habrá que mantener el criterio general de calificar los hechos conforme al delito efectivamente producido, si ha habido consumación, y conforme al menos grave en grado de frustración o tentativa si no ha habido resultado alguno.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

I. La tesis mayoritaria, que sostiene la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, se fundamenta normalmente en una deducción lógico-formal, basada en las premisas «lo que vale para el delito consumado vale para la tentativa» y «el dolo eventual basta para la plena realización del tipo de un delito doloso». Tal razonamiento puede ser impugnado, en primer lugar, por un error en sus premisas. En cuanto a la primera de ellas, la equiparación entre el delito consumado y el delito intentado no se compeadece con la autonomía típica de la tentativa, y sus consiguientes particularidades estructurales, entre las que destaca que la

que el dolo (que incorrectamente califica como directo de segundo grado, cuando se trata de un dolo alternativo o indeterminado como hipótesis de dolo eventual) “suponía la representación tanto de resultados de muerte como de lesiones, queriendo, a la postre, unos y otros, no constituyendo un dolo uniforme de matar, máxime cuando la onda expansiva de la explosión, al no producirse ésta en un espacio delimitado, había de ser menos incisiva cuanto mayor fuese la distancia de los afectados”. Al margen de cual sea su fundamentación, lo que cabe subrayar es la tendencia a resolver los supuestos de colocación de bombas susceptibles de afectar a la vida y salud de un número indeterminado de personas con arreglo al delito efectivamente producido, acudiendo a un delito de peligro en lo que atañe al riesgo creado para las personas no afectadas por la explosión. La sentencia obliga a plantear, sin embargo, desde la perspectiva del principio “non bis in idem”, la compatibilidad de la calificación de asesinato conforme al artículo 406-3 y el delito de estragos del artículo 554, puesto que en ambos casos el fundamento de la agravación radica en el peligro.

Véase otro caso paradigmático de la referida actitud jurisprudencial, en la STS de 17-6-1983, en los que los autores habían efectuado varios disparos dirigidos contra las personas presentes en el lugar del robo, uno de los cuales resultó muerto y otro herido, y se consideró que se trataba de un delito de robo con homicidio en concurso con un delito de lesiones. En este caso, el Tribunal Supremo se deja llevar demasiado lejos por el antes aludido pragmatismo, pues al haberse realizado diversos disparos, no parece que pueda negarse la presencia de dolo directo, y, por consiguiente, de homicidio frustrado. El dolo eventual se daría (como dolo alternativo) si hubiese habido un único disparo dirigido de modo indeterminado a una multitud o grupo de personas. Por otra parte, la sentencia resulta excesivamente dura en cuanto a los partícipes que no se hallaban presentes en el momento de producirse los disparos, y responden igualmente en concepto de autores de los mencionados delitos, lo cual se justificaría por la existencia de los mismos de dolo eventual porque aceptaban el riesgo inherente a la utilización de armas. Ello resulta revelador de los excesos a que conduce la perniciosa combinación de la teoría del “acuerdo previo” con las dificultades técnicas propias de los delitos complejos.

voluntad de consumación desempeña la función de un elemento subjetivo del injusto de intención trascendente. La segunda premisa no puede ser invocada a modo de axioma, pues es propio de algunos tipos de delito la exclusión de la realización doloso-eventual. Ello es posible porque la asimilación del dolo eventual al dolo directo no deriva de una identidad ontológica, sino del manejo de un criterio normativo de dolo. La primera conclusión es, pues, que nada obliga a asumir como inevitable la relevancia típica de la tentativa con dolo eventual.

II. Por otra parte, la actitud que subyace a la posición dominante, debe ser superada mediante un planteamiento metodológico que conciba el sistema jurídico-penal como un instrumento enderezado a la resolución ordenada de problemas, sometido a una constante revisión de sus postulados al ser los mismos confrontados con la policromía de las situaciones concretas, y no como un conjunto de conclusiones acabadas, obtenidas tras una cadena de deducciones derivadas de un «*primum verum*» inamovible. Eso quiere decir que procede el examen de las razones que permitan decidir si la tentativa con dolo eventual debe ser punible.

III. La respuesta sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual no puede adoptarse sin integrar la solución dogmática con la decisión político-criminal. El Derecho positivo vigente no aporta al respecto elementos determinantes, sino meramente indicativos. La admisión de la tentativa con dolo eventual pugna con la tendencia político-criminal a acudir de modo progresivo a la fórmula de los delitos de peligro para criminalizar la consciente creación de riesgos más o menos graves contra los bienes jurídicos más importantes. Esta tendencia viene acompañada de un esfuerzo creciente por establecer legalmente «a priori» los riesgos típicamente relevantes y la naturaleza del peligro exigido. Frente a este sector en expansión en nuestro Código Penal, la tentativa con dolo eventual surge como un recurso rodeado de mayores imprecisiones e inseguridades, y capaz de favorecer una incontrolable hipertrofia punitiva.

IV. La tentativa debe mantener como principal rasgo distintivo respecto de los delitos de peligro, la dirección de la voluntad del autor hacia la lesión del bien jurídico, y ello sólo resulta conciliable con la intención de causar el resultado. La admisión en sede de tentativa de una «voluntad eventual» de consumación, no permitiría fijar unas fronteras suficientemente definidas y seguras con la generalidad de los delitos de riesgo, y generaría una confusión o asimilación con los tipos de peligro cualificado.

V. En definitiva, considero necesario modificar el criterio hoy dominante en la doctrina, y patrocinar con carácter general la irrelevancia típica de la denominada «tentativa con dolo eventual», no sin antes advertir la necesidad de reformular algunos de los delitos de riesgo para la vida y la salud de las personas, como es el caso de los tipificados en los artículos 340 bis-d), 348 bis-b), 421-1, 554, y trasladar al Código Penal los relativos a la energía nuclear. Tales delitos han de ser completados con la creación de un nuevo tipo de colocación o envío de explosivos, subsidiario del de estragos (pues éste sería aplicable en caso de haberse producido explosión que causare daños materiales), y con la consiguiente derogación del actual artículo 174 bis-b).

Art. 348 bis-c): «El que colocare o enviare bombas o explosivos poniendo en peligro la vida o la salud de las personas, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que los hechos no sean constitutivos de un delito de estragos. El Tribunal podrá imponer la pena superior en grado si el peligro hubiere sido grave o la conducta fuere realizada ante una concurrencia numerosa.»