

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?

(Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1994. Ponente Sr. Carrero Ramos)

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Prof. Titular Interino E. U. de Derecho Penal.

Universidad de Barcelona.

1. INTRODUCCIÓN.

La realización dolosa de un delito contra la vida humana independiente que ha quedado en fase de imperfecta ejecución puede dar lugar, entre otras, a tres situaciones básicas: A) puede ser que la conducta homicida sólo produzca la puesta en peligro de la vida del sujeto contra el que aquélla se dirigía; B) también es posible que, además de dicha puesta en peligro de la vida, se produzca la puesta en peligro o la lesión de otros bienes jurídicos que pertenezcan al mismo sujeto pasivo; y C) finalmente, puede ser que la conducta homicida produzca la puesta en peligro o la lesión de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a

un sujeto distinto de aquél contra el que el autor dirigía su acción homicida.

Todos estos casos tienen en común una «desviación del riesgo»: no se ha realizado el riesgo principal que debía lesionar la vida, sino, en su caso, otros riesgos también creados por la conducta homicida del autor (1). Cuando alguno de estos riesgos se realiza en un resultado, desde una perspectiva estructural debe distinguirse entre los supuestos de desviación del curso causal y los de *aberratio ictus* (2). Desde una perspectiva subjetiva, cuando tales riesgos se realizan en resultados objetivamente imputables, pero no han sido abarcados por el dolo del sujeto, la doctrina estudia estas hipótesis entre los supuestos de error de tipo (existe un error en la ejecución), regulados con carácter general en el artículo 14 CP 1995; en cambio, cuando tales riesgos sí han sido abarcados por el dolo del sujeto, la doctrina distingue entre los supuestos de dolo alternativo y dolo cumulativo.

(1) En todos los supuestos de tentativa acabada se produce una «desviación del riesgo», en el sentido de que el riesgo principal creado dolosamente por el autor no se realiza finalmente en el resultado (o no se realiza de forma objetiva y/o subjetivamente imputable), sino que, en su caso, se realiza otro u otros riesgos también creados por el autor con su conducta. En un sentido similar, entre otras, la STS de 10 de oct. de 1994, citando las SSTS de 23 de jun. de 1986 y 2 de marzo de 1987, define como casos de «aberratio» las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido y, en concreto, los supuestos en los que existe dolo de matar, por un lado, y mera originación de unas lesiones, por otro. Casi en los mismos términos que las sentencias citadas se expresan RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 17.^a Ed., Madrid, 1994, p. 154. Sobre los diversos riesgos que una conducta puede contener, vid. SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus*» e *imputación objetiva*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1984, pp. 369 y ss., BALDÓ LAVILLA, *Sobre las desviaciones causales: «consumación anticipada» y «dolus generalis»*, *Comentario a la STS de 6 de junio de 1994*, en ADPCP 1995, pp. 345 y ss., también sobre la base del análisis de los riesgos típicos.

(2) En la *aberratio ictus* el objeto sobre el que se realiza uno de los riesgos (distinto del riesgo principal) es distinto del objeto amenazado por el riesgo principal, mientras que en los supuestos de desviación del curso causal, son idénticos el objeto amenazado por el riesgo principal y aquél sobre el que se realiza otro de los riesgos creado por la conducta del sujeto. Vid. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1984, pp. 347, 359 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a Ed., Barcelona, 1990, p. 276; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2.^a Ed., Madrid, 1986, p. 154; GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés-Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993, p. 50; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.^a Ed., Madrid, 1994, pp. 383-384 y 385, nota 95.

Es importante destacar también que un mismo objeto de la acción puede servir de base a bienes jurídicos distintos, por lo que, en los supuestos de desviación del curso causal, la identidad de objeto de la acción no supone necesariamente identidad entre el bien jurídico amenazado por el riesgo principal y el bien jurídico lesionado por el riesgo (distinto) que se ha realizado en un resultado. Sobre la distinción entre los conceptos objeto material de la acción y bien jurídico, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. p. 215; JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, ADPCP 1992, p. 620-621.

Aquí no estudiaremos las situaciones enumeradas en tercer lugar (C), sino la diferencia valorativa entre las situaciones enumeradas en primer y segundo lugar (A y B). Basándonos en los hechos y consideraciones jurídicas contenidas en la STS de 12 de noviembre de 1994, nos ocuparemos de los supuestos en los que el delito contra la vida ha quedado en grado de imperfecta ejecución, pero se han producido unas lesiones consumadas (3) (situaciones clasificadas en la letra B). A continuación analizaremos si existe una diferencia valorativa entre estos supuestos y aquéllos en los que el ataque doloso contra la vida que ha quedado en fase de imperfecta ejecución no ha dado lugar a lesión alguna (situaciones clasificadas en la letra A). Finalmente, caso de entenderse que existe una diferencia valorativa entre ambos grupos de casos, analizaremos sus consecuencias en la calificación jurídico-penal y/o en la determinación de la pena. Así, estudiaremos, por una parte, si en las situaciones clasificadas con la letra B concurre un único delito, un concurso de leyes o, incluso, un concurso de delitos y, por otra parte, si en el caso de entenderse que existe un único delito de homicidio intentado debe rebajarse la pena del mismo en uno o dos grados, si la aceptación de un concurso de leyes implica unos límites mínimos al marco penal del delito que resulta aplicable (principio de combinación), o si lo correcto es imponer la pena del delito más grave en su mitad superior, por existir un concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas.

Los hechos probados en la STS de 12 de noviembre de 1994 son los siguientes: El procesado, Evaristo E., venía explotando en la localidad de Tomelloso (Ciudad Real) una empresa de ambulancias conducidas por él y sus hijos. Cuando ocurrieron los hechos, a Evaristo le había sido retirado un concierto con el INSALUD, lo que implicaba que el procesado fuera avisado por los organismos públicos de salud para el traslado de enfermos sólo cuando el empresario titular del concierto no pudiera prestar el servicio. Al propio tiempo, en Tomelloso existía y existe una dotación de la Cruz Roja que se encargaba de trasladar a enfermos en sus ambulancias cuando ningún empresario privado podía realizar ese servicio, si bien tanto el procesado como sus hijos entendían que la Cruz Roja estaba quitándoles traslados, con la consiguiente pérdida económica.

El día 15 de julio de 1988 Evaristo E. acudió sobre las 8,00 horas al Ambulatorio de la Seguridad Social de Tomelloso, conduciendo la ambulancia de su propiedad, marca Simca 1200, que dejó aparcada en la calle Concordia, en el mismo lado en que se halla el Ambulatorio. El acusado esperó por las inmediaciones del Ambulatorio con intención que no consta acreditada, pasando al bar Mario, situado frente al Ambu-

(3) Naturalmente, estas lesiones consumadas pueden tener una gravedad muy diversa, con las consecuencias que más adelante se analizarán.

latorio, donde consumió un café y una copa, y sobre las 9,00 salió a la calle, en cuyo momento vio salir del Centro Sanitario a Víctor B. (Teniente de la Cruz Roja que prestaba servicios como A.T.S. en el Ambulatorio), mirándose ambos, ante lo cual, subió a la ambulancia, y viendo que aquél cogía su motocicleta marca Vespa y que encaraba la calle Concordia en dirección contraria a aquélla en que estaba la ambulancia, *arrancó el procesado su automóvil y con intención de causar al Sr. Bolós un daño físico, sin descartar que incluso fuera la muerte, imprimió un gran acelerón a la ambulancia dirigiéndose directamente hacia donde estaba Víctor Bolós, para lo cual cruzó en diagonal la calle, siguiendo una trayectoria de unos 15 metros impactando violentamente con la vespa, cuyo ocupante, habiendo observado la dirección del otro vehículo, se agarró fuertemente al manillar de la motocicleta y ladeó ésta hacia su derecha. A consecuencia de la colisión el Sr. Víctor B. salió lanzado por el aire, para caer al suelo, donde quedó tendido. En el pavimento quedaron reflejadas huellas de aceleración con una longitud de 9 metros y de frenada, con una longitud de 2,3 metros, correspondientes a la ambulancia. El procesado bajó de la ambulancia y se acercó al atropellado, y sin más volvió al automóvil y marcha atrás lo dejó en el mismo lugar en que estaba previamente aparcado. Enseguida auxiliaron al herido las personas que se hallaban en las inmediaciones.*

A consecuencia del atropello, Víctor B. sufrió, aparte de policontusión, fractura conminuta de platillo tibial externo de rodilla derecha y fractura de cabeza de peroné derecho, complicadas con flebitis y osteoporosis, quedándole diversas secuelas que evolucionarían hasta llegar a la invalidez total del miembro inferior derecho.

En lo que aquí interesa, la Audiencia Provincial absolvió a Evaristo E. del delito de asesinato frustrado y le condenó como autor de un delito de homicidio frustrado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor y las accesorias.

Notificada la sentencia a las partes, Evaristo E. presentó recurso de casación. En el primer motivo del recurso alegaba infracción de ley por aplicación indebida del artículo 407 en relación con el número 2 del artículo 3 CP, postulando la existencia de una mera falta del artículo 586 bis y pena de multa de 50.000 pesetas. En el segundo motivo del recurso también se alegaba infracción de ley, esta vez por aplicación indebida del párrafo 2.º del artículo 3 CP, postulando la apreciación del desistimiento voluntario de la tentativa y consiguiente absolución o, alternativamente, aplicación del artículo 52 número 1.º para la rebaja en dos grados de la pena.

En el recurso de casación interpuesto por Evaristo E. se plantean los problemas más comunes en el ámbito de las relaciones entre los delitos dolosos contra la vida humana independiente y los delitos de lesiones

que recaen sobre un mismo sujeto pasivo (4): por una parte, aunque de forma indirecta, la distinción ente el dolo de matar, *animus necandi* y el dolo de lesionar, *animus laedendi*; por otra parte, la distinción entre las fases de tentativa y frustración en los delitos contra la vida (5); finalmente, la concurrencia de una tentativa cualificada, esto es, la existencia de un desistimiento voluntario que provocaría la impunidad respecto del delito doloso intentando contra la vida y plantearía la posibilidad de aplicar el tipo de las lesiones dolosas consumadas efectivamente producidas.

El Tribunal Supremo desestimó los dos motivos del recurso y confirmó la condena por el *delito frustrado de homicidio* y la *pena de seis años y un día de prisión mayor*. De la calificación de los hechos y la determinación de la pena puede deducirse que el Tribunal Supremo no otorga ninguna relevancia penal al desvalor del delito de lesiones consumadas del artículo 421.2.º CP 1973 efectivamente producidas (pérdida de un miembro o haber quedado impedido de él) (6). Por lo tanto, según el Tribunal Supremo, la calificación jurídica y la pena impuestas deberían ser idénticas en el caso de que, por ejemplo, la víctima hubiera esquivado el golpe y el homicidio frustrado no hubiera provocado lesión alguna. De aquí podemos obtener una primera conclusión: *aparentemente, para la jurisprudencia española es penalmente irrelevante que el homicidio doloso que ha quedado en fase de imperfecta ejecución (punible, por no existir desistimiento voluntario) haya producido lesiones consumadas en el sujeto pasivo contra el que se dirige el ataque o no las haya producido y, naturalmente, también es indiferente la gravedad de las lesiones, en el caso de que éstas se hayan producido. Penalmente no existe ninguna diferencia valorativa entre ambos grupos de casos*. Estos son los resultados a los que llega la jurisprudencia, pero debemos analizar las razones que le conducen a tales resultados.

Como trataremos de demostrar a lo largo de este comentario, la correcta delimitación, planteamiento y solución de los tres problemas básicos antes mencionados que se presentan respecto de las relaciones entre los delitos contra la vida humana independiente y los delitos de lesiones, están íntimamente relacionadas con la cuestión de cuál es la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones dolosas consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de

(4) Ya hemos dicho que excluíamos de nuestro análisis los supuestos en los que las lesiones recaen sobre un sujeto pasivo distinto, antes clasificados con la letra C.

(5) El nuevo Código penal (en adelante, CP 1995) prescinde de la distinción entre tentativa y frustración, pero el grado de ejecución alcanzado sigue siendo uno de los criterios que el Juez debe tener en cuenta al determinar la pena del delito intentado de homicidio. También la forma del desistimiento voluntario dependerá de si ya se han realizado o no todos los actos ejecutivos. Cfr. artículos 15, 16 y 62 CP 1995.

(6) La aplicación del artículo 418 CP 1973 es más discutible, al exigir este precepto la concurrencia del elemento «de propósito». Con arreglo al CP 1995, las lesiones que se han producido en el supuesto de hecho de la STS de 12 de noviembre de 1994 serían subsumibles en el artículo 149.

imperfecta ejecución. Para abordar esta problemática debe tenerse presente algo que ya hemos apuntado: que no en todos los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución se producen también unas lesiones consumadas (7); además, en el caso de que éstas efectivamente se produzcan, su gravedad puede ser muy diversa. Pasemos ahora al estudio del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de los tres problemas antes enunciados. Analizaremos después la corrección de este tratamiento y su coherencia con respecto al tema de la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución.

2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DOLO DE MATAR (*ANIMUS NECANDI*) Y SU RELACIÓN CON EL DOLO DE LESIONAR (*ANIMUS LAEDENDI*) (8).

En el primer motivo del recurso de casación presentado por Evaristo y que dio lugar a la STS de 12 de noviembre de 1994 que comentamos, el recurrente negaba tanto la existencia de dolo de matar, como de dolo de lesionar. El Tribunal Supremo considera, sin embargo, que la sentencia recurrida «ha motivado razonadamente conforme a reglas de sana crítica y experiencia su inferencia de la intencionalidad homicida del acusado»; en este sentido, «aparece la idoneidad del medio empleado ... y la forma de usarlo ... El medio y el golpe eran idóneos». «En resumen, aparece el dolo específico del delito calificado, al menos como eventual». En definitiva, el Alto Tribunal acude a dos de los criterios que emplea normalmente para la identificación del dolo de matar y la distinción entre éste y el dolo de lesionar (9), (10).

(7) Piénsese en los supuestos en los que el ataque no da en el blanco porque no iba bien dirigido, porque la víctima lo esquivo, o porque terceros impiden que el autor cause lesión alguna: la presencia de terceros provoca la huida del autor, o lo agarran cuando sólo ha realizado un navajazo que causa daños.

(8) Ambas cuestiones: la identificación del dolo de matar y las relaciones entre éste y el dolo de lesionar, aunque pueden presentar conexiones, son distintas y deben separarse nítidamente. Aquí nos interesa fundamentalmente la segunda.

(9) Sobre los criterios que emplea la jurisprudencia (de modo reiterante y constante como afirma el propio Tribunal Supremo en algunas sentencias) para la identificación del dolo y para la distinción entre el dolo de matar y el de lesionar, vid., entre otras, las SSTs de 20 de sept. de 1993; 20 de sept. de 1994; 28 de sept. de 1994; 10 de oct. de 1994, 19 de enero de 1995; 17 de feb. de 1995; 5 de mayo de 1995 con referencias jurisprudenciales las tres últimas; 16 de mayo de 1995; 7 de jul. de 1995; 6 de oct. de 1995 (ponente: Conde-Pumpido Tourón); 6 de oct. de 1995 (ponente: De Vega Ruiz); 16 de oct. de 1995 y 24 de nov. de 1995.

(10) En la doctrina, sobre esta problemática, vid. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal español (Parte Especial)* «Delitos contra las personas»,

Aunque ahora el recurso de casación no se había planteado exactamente en estos términos (el recurrente negaba tanto el dolo de matar como el de lesionar), cuando el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la existencia de un delito doloso contra la vida en fase de imperfecta ejecución o de un delito doloso de lesiones consumadas contra el mismo sujeto pasivo (11), nuestro Alto Tribunal no niega la concurrencia objetiva de éstas, pero considera que lo decisivo para la calificación jurídico-penal es el elemento subjetivo: dolo de matar o dolo de lesionar, y plantea ambas calificaciones con carácter alternativo y excluyente: o concurre un homicidio doloso en fase de imperfecta ejecución, o concurren unas lesiones dolosas consumadas. En este sentido, pueden citarse a título de ejemplo, la STS de 20 de dic. de 1993 que afirma, con carácter general, que la distinción entre los atentados a la vida humana independiente y los que sólo agreden a la integridad corporal o la salud personal radica en la intención o «animus» del sujeto agente: «animus necandi», cuando de privar de la vida se trata; «animus laedendi» cuando lo que se pretende es sólo producir lesiones a la víctima; la STS de 20 de sept. de 1993, en la que se afirma expresamente que el «animus necandi» excluye el «animus laedendi»; o la STS de 10 de oct. de 1994, que afirma que el elemento subjetivo de la voluntad del agente ha de jugar papel decisivo; habrá que descubrir el auténtico «animus» del culpable,

Madrid, 1962, pp. 151, 152, 438 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, vol. I. Infracciones contra las personas en su realidad física*, 2.ª Ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, p. 110; GIMBERNAT ORDEIG, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en ADPCP 1990, pp. 426 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 2.ª Ed., Madrid, 1991, pp. 40-41, donde afirma que los criterios empleados de forma constante por nuestra jurisprudencia son utilizados de forma similar en la jurisprudencia francesa e italiana; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2.ª Ed., Barcelona, 1992, p. 81; CARBONELL-GONZÁLEZ CUSAC, en VIVES ANTÓN-BOIX REIG-ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, pp. 517 y 518; GRACIA MARTÍN, en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *Delitos cit.*, pp. 53 y ss., muy crítico con la praxis jurisprudencial; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en COBOS GÓMEZ DE LINARES-LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-RODRÍGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho Penal Parte Especial I*, 2.ª Ed., Madrid, 1994, pp. 40-41; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal cit.*, pp. 38-39, lamentando la tendencia jurisprudencial a objetivar un elemento tan eminentemente subjetivo como el dolo y afirmando, incluso, que por esta vía se llega en muchas ocasiones a resoluciones materialmente injustas; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 10.ª Ed., Valencia, 1995, pp. 37-38; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 113, notas 239 y 241.

(11) En los supuestos de homicidio preterintencional también suele discutirse la concurrencia o no de dolo de matar, pero la estructura de estos supuestos es muy distinta a la que aquí nos interesa: en los supuestos de homicidio preterintencional se niega el dolo de matar, se afirma el dolo de lesionar y se imputa el resultado de muerte, efectivamente producido, a título de imprudencia. vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, pp. 308 y ss.

y ello a pesar de su relatividad y de la advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones y en el homicidio que no trascendió en su ejecución de la forma imperfecta (12). Estos supuestos han de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo un ánimo de matar, o la intención del infractor no fue más lejos de un «animus laedendi o vulnerandi», sin representación de eventuales consecuencias legales (13).

En la doctrina española también se considera unánimemente que la distinción entre las formas de imperfecta ejecución de los delitos contra la vida y los delitos consumados de lesiones radica en la concurrencia de dolo de matar en los primeros y dolo de lesionar en los segundos (14). Sin embargo, al abordar la problemática de las relaciones entre el dolo de matar y el dolo de lesionar, a diferencia del proceder jurisprudencial, no siempre se afirma el carácter excluyente entre ambos. Algunos autores, fundamentalmente aquéllos cuyas obras se publicaron con anterioridad a la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal (15),

(12) Adviértase que esta sentencia no se refiere al bien jurídico *protegido* con carácter general, en los delitos contra la vida o en los de lesiones, sino al bien jurídico *vulnerado* en el caso concreto que se enjuicia. En los mismos términos que la sentencia transcrita se expresaba QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado, cit.*, p. 105). La afirmación es correcta, aunque parece ignorar que en los supuestos de homicidio que no trasciende en su ejecución de la forma imperfecta se produce también una puesta en peligro de la vida. Por otra parte, debe mencionarse el hecho de que otras sentencias que se ocupan de casos similares sí afirman la identidad del bien jurídico protegido en el homicidio frustrado y las lesiones consumadas; vid., en este sentido, la STS de 7 de abril de 1995. Esta afirmación sí es incorrecta, pues implica entender que el bien jurídico protegido en el homicidio consumado y en el frustrado son distintos.

(13) En términos similares, las SSTS de 20 de sept. de 1994; 28 de sept. de 1994; 19 de enero de 1995; 7 de abril de 1995; 5 de mayo de 1995; 27 de jun. de 1995; 7 de jul. de 1995 y 6 de oct. de 1995.

(14) Vid. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, cit.*, pp. 151 y 440; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado, cit.*, pp. 94, 95, 104 y ss., 112; señala este autor que la práctica jurisprudencial tiende a la casi constante elección del tipo de lesiones consumadas, unas veces por estímulos de piedad y otras quizás de comodidad. En el asesinato, según señala este autor (p. 105, nota 45), son algo más frecuentes las estimativas imperfectas, sobre todo en su forma de envenenamiento; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 63 y 64, con numerosas referencias jurisprudenciales; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual, cit.*, p. 40; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 81; CARBONELL-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, pp. 517, 518; GRACIA MARTÍN, *Delitos, cit.*, p. 97; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual, cit.*, pp. 39 y 40; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 154; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 37.

(15) Con la Reforma de 1989 desapareció el artículo 421 CP, cuyo tenor literal condicionó decisivamente la discusión. El texto del artículo 421 CP en su redacción anterior a dicha reforma era el siguiente: «Las penas del artículo anterior son aplicables, respectivamente, al que, *sin ánimo de matar*, causare a otro alguna de las lesiones graves administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu».

negaron que el dolo de matar comprendiera el de lesionar, entendiendo que ambos se excluían recíprocamente; en este sentido se pronunciaron JASO ROLDÁN (16) y DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (17). Esta postura coincide con la denominada en Alemania «Gegensatztheorie» (18). Otros autores han mantenido posturas más ambiguas, concretándolas en función de la problemática que debía resolverse, así ANTÓN ONECA (19), QUINTANO RIPOLLÉS (20) y

(16) JASO ROLDÁN (ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 1949, pp. 254-255), al estudiar la problemática de las conductas con dolo de muerte y resultado de lesiones, la relacionaba con la cuestión de si el dolo de muerte comprende o no el dolo de lesión, y concluía que esto no puede mantenerse ni desde el punto de vista natural (en algunos casos podrá afirmarse que el que quería matar no quería lesionar, e incluso no hubiera actuado caso de haberse representado la posibilidad de que el sujeto pasivo sólo sufriera un simple menoscabo en la salud), ni desde el punto de vista legal (debido al texto del art. 421 CP antes de la Reforma de 1989).

(17) DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, (*Derecho Penal, cit.*, pp. 440 y ss.), después de hacer constar la génesis del problema, su alcance dogmático y de realizar una incursión en la doctrina penal de otros países, afirmaban que, desde un punto de vista naturalístico, tanto puede decirse que el dolo de muerte presupone el de lesiones, como lo contrario: planteada en estos términos la cuestión sería insoluble. Por esta razón, los citados autores acudieron a un argumento interpretativo sobre la base del texto del artículo 421, para concluir afirmando que «el dolo de muerte en nuestro código no comprende el dolo de lesión».

(18) Vid. ARZT/WEBER, *Strafrecht Besondere Teil. Delikte gegen die Person*, 2.^a Ed., Bielefeld, 1981, p. 227; según estos autores, es dudoso que la «Einheitstheorie» capte correctamente la realidad. El homicidio sólo puede concebirse como un «aliud» frente a las lesiones; WELZEL, *Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten*, en *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, pp. 242 y ss; Cfr. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a Ed., München, 1991, núm. marg. 17 § 212; HIRSCH, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10.^a Ed., Berlin-New York, 1981 (en adelante, LK), núms. margs. 14-16 antes del § 223; estos autores señalan que en ocasiones la «Gegensatztheorie» se interpreta de modo que permita la presencia conjunta del dolo directo de lesionar y el dolo eventual de matar; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, 1995, p. 1062, nota 62; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21.^a Ed., München, 1995, núm. marg. 7 § 212.

(19) En el primer tomo de su tratado (ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.^a Ed., anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO y BENEYTES MERINO, Madrid, 1986, p. 445, nota 24), remite este autor, en cuanto a la cuestión de si el dolo de homicidio comprende el de lesiones, a la opinión de JASO ROLDÁN, pero recuerda que, como la acción de matar implica un ataque a la integridad corporal, es bastante general la solución afirmativa, si bien la redacción del artículo 421 CP permite sostener la opinión contraria, al menos en las lesiones causadas por los medios a que dicho artículo se refiere.

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, (*Tratado, cit.*, pp. 694, 695, 742) afirma en diversas ocasiones que la voluntad es diversa en el homicidio y las lesiones, considerando que a ambos delitos les diferencia una consideración finalista referida a los respectivos propósitos, de *animus laedendi* y *necandi*. Sin embargo, entiende este autor que sólo en parte es lícito reconocer esta duplicidad de dolo, que podría llegarse a admitir. En cualquier caso, debe apuntarse que QUINTANO RIPOLLÉS otorga, al menos en principio, una función negativa al *animus necandi* que destipifica *ipso facto* el delito de lesiones.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (21). Finalmente, la doctrina más moderna entiende que el dolo de matar comprende el de lesionar, con lo que las relaciones entre ambos no serían ya de exclusión sino de inclusión. Se han pronunciado en esta línea BAJO FERNÁNDEZ (22), DEL ROSAL BLASCO (23), GUALLART DE VIALA (24), GRACIA MARTÍN (25), MUÑOZ

(21) RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (*Derecho Penal, cit.*, p. 44) consideran que la intención de matar constituye, respecto de la intención de lesionar, no un *plus* sino un *aliud*. Sin embargo, hasta la décima (o undécima) edición de su Manual (10.^a Ed. Madrid, 1987, pp. 139-140) se ocupaban más concretamente de esta cuestión al abordar la culpabilidad en las lesiones, afirmando, aquí, que no puede decirse con la rotundidad con la que lo hizo JASO ROLDÁN que, desde un punto de vista «natural», la voluntad de matar sea completamente «distinta» de la de lesionar, porque, por de pronto, en la aplicación de los medios hay una identidad absoluta entre ambas; la diferencia estriba en que el sujeto no quiere en las lesiones causar la muerte y en el homicidio sí, pero es claro que la muerte se ha de producir (si se ocasiona) a través del camino de unas lesiones en la mayoría de los casos, exceptuando los raros supuestos de muerte instantánea. Desde el punto de vista «natural», la intención de causar la muerte por medio de unas «lesiones» no es ajena al que tiene intención de matar. Por otra parte, la fórmula del art. 421 no prejuzga la solución del problema si se la interpretaba como una exigencia del dolo de lesionar.

(22) BAJO FERNÁNDEZ (*Manual, cit.*, pp. 163-164) se suma a lo que califica de doctrina dominante y afirma que el dolo de matar abarca sin duda el dolo de lesionar en cuanto que, a fin de cuentas, la muerte no es más que la expresión más grave del menoscabo físico y psíquico de una persona. En la primera edición de su Manual (Madrid, 1986, p. 184), cuando todavía regía el art. 421 en su redacción anterior a la Reforma de 1989, BAJO calificaba de torpe la descripción de este precepto y se sumaba a la interpretación que de él hicieron DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, en el sentido de que si se producen lesiones con ánimo de matar no cabe aplicar los artículos que regulan los delitos de lesiones, sino los que regulan las formas imperfectas del homicidio, parricidio o asesinato, constituyendo una simple remisión, que no impide que cuando no sea aplicable la tentativa o la frustración de homicidio, el comportamiento pueda ser castigado por lesiones.

(23) DEL ROSAL BLASCO (*Comentarios a la legislación penal, Tomo XIV, vol. 1.º, La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal*, Madrid, 1992, p. 268) afirma que el problema tiene una trascendencia práctica muy limitada, reducida básicamente a los supuestos de tentativa cualificada, y que ha perdido gran parte de su vigencia con la desaparición de la antigua redacción del art. 421, pues ahora ya no existe impedimento legal alguno para entender que el dolo sea el mismo en los delitos de lesiones y homicidio.

(24) GUALLART DE VIALA (*La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid, 1992, pp. 54 y ss.), después de exponer la opinión de diversos autores, señala que la Reforma de 1989 ha hecho desaparecer los escollos legales derivados del texto del artículo 421 y de la limitación en los medios comisivos de las lesiones que presentaba el artículo 420. Por lo tanto, según este autor, parece absurdo suponer que el que quiere matar no quiere a su vez lesionar, pues al menos tendrá que producir una lesión funcional para que sobrevenga la muerte. En conclusión, el dolo de matar incluye el de lesionar.

(25) GRACIA MARTÍN (*Delitos, cit.*, pp. 97-98) recuerda que con anterioridad a la Reforma de 1989 la doctrina estaba dividida, pero que tras la reforma del delito de lesiones, la doctrina actual no discute sobre el mencionado problema y se inclina unánimemente por la interpretación de que el dolo de matar comprende al de lesiones, pronunciándose también él en este sentido.

CONDE (26) y GARCÍA ALBERO (27). Esta corriente doctrinal coincide con la denominada en Alemania «Einheitstheorie», actualmente dominante en este país (28). Como desarrollaremos posteriormente, la afirmación del dolo de lesionar junto al dolo de matar es un presupuesto necesario para fundamentar la relevancia penal de las lesiones consumadas en los supuestos de homicidio intentado.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS FASES DE TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN.

En su segundo motivo, el recurrente pretende la aplicación del artículo 52 número 1.º CP de 1973 para obtener la rebaja en dos grados de la pena. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no cabe apreciar la tentativa porque «el sujeto agente realizó todos los actos conducentes al resultado y no sólo algunos como exigiría el tercer párrafo del artículo 3.º». «Sólo cabía por la frustración rebajar un grado la pena del artículo 407».

Con arreglo a la anterior regulación, que diferenciaba, como es sabido, los supuestos de tentativa y de frustración, tanto conceptualmente (29),

(26) MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal, cit.*, p. 123), al ocuparse del elemento subjetivo en los delitos de lesiones, después de exponer las que denomina «teoría de la voluntad» y «teoría de la unidad» (que considera mayoritaria en la doctrina) estima que la voluntad de matar y la de lesionar, aunque no coincidan en el fin, sí pueden coincidir en los medios elegidos que pueden ser idóneos para uno u otro resultado. Por otra parte, la realidad demuestra que cuando se tiene intención de matar se debe aceptar como posible un resultado de lesiones, con respecto al cual existirá por lo menos dolo eventual, e incluso esas lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte.

(27) «*Non Bis in Idem*» *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, pp. 366-369, donde estudia las diversas consecuencias de la consideración alternativa del dolo de matar y el dolo de lesionar por parte de la jurisprudencia española.

(28) Vid. ESER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núm. marg. 17 § 212; JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, p. 1062, nota 62; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.ª Ed., Berlín, 1991 (en adelante SK), núm. marg. 30 § 212; HIRSCH, en *LK*, núms. margs. 14-16 antes del § 223; LACKNER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núm. marg. 7 § 212; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 14.ª Ed., Berlin, 1969, pp. 281-282; GÖSSEL, *Strafrecht, Besonderer Teil; Band 1. Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums*, Heidelberg, 1987, pp. 173-174; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 8.ª Ed., Heidelberg, 1995, p. 109; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 4.ª Ed., Berlin-New York, 1995, pp. 83-84.

(29) El artículo 3 párrafo segundo CP 1973 definía al delito frustrado en los siguientes términos: «Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos ejecutivos que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad de agente».

como en cuanto al respectivo marco penal (30), esta distinción tenía una trascendencia muy superior a la que, al menos aparentemente, pueda tener en la actualidad. El artículo 15 CP 1995 establece que «sólo son punibles el delito consumado y la tentativa de delito», definiéndose el delito intentado de forma unitaria en el artículo 16 (31). No obstante, el art. 62 CP 1995 establece que para determinar la pena del delito intentado se atenderá «al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», por lo que el hecho de que el autor haya realizado o no todos los actos ejecutivos sigue manteniendo, al menos en parte, su relevancia, igual que la mantiene, por idéntica razón, la problemática relativa a la determinación del criterio con arreglo al cual debe entenderse que el autor ha realizado ya todos los actos ejecutivos.

Como hemos apuntado más arriba, la correcta delimitación, planteamiento y solución de la problemática relativa a la distinción entre las fases de tentativa y frustración en los delitos contra la vida está íntimamente relacionada con la cuestión central que queremos abordar en este comentario: la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución. En efecto, las críticas vertidas por algunos autores a la práctica jurisprudencial (32) y la

El artículo 3 párrafo tercero CP 1973 afirmaba: «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento».

(30) Artículo 51 CP 1973: «A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado».

El artículo 52 CP 1973 establecía el marco penal de la tentativa en los siguientes términos: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado».

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito».

(31) El contenido del artículo 16 CP 1995 es el siguiente: «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya consitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, sería, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

(32) Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, *Delitos*, cit., pp. 96 y 97; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, cit., p. 39; y RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., pp. 42 y 43.

propia revisión de ésta (33), hacen sospechar una tendencia por parte de nuestros Tribunales a reflejar, en la distinción entre tentativa y frustración de un delito contra la vida, la diferencia valorativa que puede existir entre un ataque doloso contra la vida que no consigue acabar con ésta pero produce lesiones, y un ataque doloso contra la vida que ni consigue acabar con ésta ni produce un menoscabo importante de la integridad corporal o la salud física del sujeto pasivo (34). Pese a que en el plano fáctico ambos aspectos puedan estar relacionados, tal relación no debe necesariamente condicionar la decisión sobre la calificación de tentativa o frustración: es posible que una tentativa de homicidio ocasione lesiones gravísimas (35), y es también perfectamente posible que un homicidio frustrado no lesione

(33) A continuación exponemos una pequeña muestra de la práctica jurisprudencial: en la STS de 20 de sept. de 1993 fueron seis las descargas en total efectuadas, éstas causaron un muerto y tres heridos y se castigó por un homicidio consumado y tres en grado de frustración. La STS de 24 de nov. de 1995 condena por asesinato frustrado al procesado que clavó una navaja de once centímetros de hoja en el pecho de la víctima. En la STS de 17 de feb. de 1995 también se admitió la calificación de homicidio frustrado en un caso en el que el condenado aceleró el motor de su vehículo, subió sobre la acera arrollando a cuatro peatones y después se dio a la fuga. La STS de 6 de oct. de 1995 condena por parricidio frustrado a un padre que golpeó repetidamente y en diversas partes del cuerpo a su hija de unos nueve meses de edad, lo que llegó a originar un estado de coma por infarto cerebral, y después la lleva a un centro médico. La STS de 11 de oct. de 1995 considera que deben de calificarse de homicidio frustrado tanto la conducta del primer procesado que se abalanzó sobre la víctima y con ánimo de acabar con su vida le asestó un navajazo en el abdomen, no pudiendo asestarle más, pese a intentarlo, por la defensa de aquélla con una barra antirrobo, como la del segundo procesado, que se abalanzó contra su propia víctima y le clavó un machete en varias ocasiones también en la zona abdominal. En la STS de 16 de oct. de 1995 se mantiene, por falta de recurso sobre este extremo, la calificación de tentativa de homicidio en un supuesto en el que el procesado produjo al agredido una herida punzante y penetrante en la región infraauricular del lado izquierdo de su cuello con un pincho metálico. La STS de 23 de oct. de 1995 condena por homicidio frustrado al acusado que disparó un tiro al cuello de la víctima con la que estaba hablando, produciéndole lesiones de extrema gravedad que no le ocasionaron la muerte por la eficaz intervención quirúrgica a que fue sometido. Sobre delitos contra la vida calificados en grado de frustración pueden verse también las SSTS de 5 de mayo de 1995; 16 de mayo de 1995; 5 de julio de 1995 y 12 de julio de 1995.

(34) La verificación de esta hipótesis requeriría un estudio detallado de la jurisprudencia que no nos es posible realizar en este momento. Por esta razón, queremos destacar el carácter hipotético y provisional con el que formulamos nuestras sospechas. Por otra parte, debe destacarse el hecho de que, normalmente, en los supuestos de ataques contra la vida no se cuestiona en casación el grado de imperfecta ejecución por el que se ha condenado en la instancia. Vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 369.

(35) Así, por ejemplo, en el caso del marido que ha decidido envenenar a su cónyuge distribuyendo la dosis letal de veneno en cinco dosis parciales que colocará en el café que aquélla se bebe cada mañana; sin embargo, el tercer día la mujer parte sola de viaje, por lo que no llega a tomarse las dos tazas que faltaban para completar la dosis mortal, pero el veneno ya ingerido provoca lesiones gravísimas. O en el caso del sádico que quiere matar a su enemigo inmediatamente después de producirle diversas lesiones y no puede culminar su plan porque es sorprendido por la policía.

bien jurídico alguno (36). La distinción entre tentativa y frustración se basa en la práctica de todos o parte de los actos ejecutivos, debiendo entenderse por «actos de ejecución» los que, según su plan, corresponde realizar al autor, y debiendo estimarse realizados todos los actos de ejecución cuando así lo admitiera el espectador imparcial, situado *ex ante*, a la vista del plan del autor (37), (38). No pretendemos ignorar que los

(36) Así, por ejemplo, el supuesto de la STS de 14 de feb. de 1995 que califica de homicidio frustrado el intento de disparar contra un agente municipal, accionando repetidas veces el gatillo del revólver que instantes antes se le había sustraído, sin que llegara a producirse disparo alguno porque lo impidió otro agente que pudo asir con fuerza el tambor evitando así que éste pudiera girar y, por tanto, que el percutor accionara contra alguna de las balas que tenía el cargador. O los hechos de los que se ocupa la STS de 17 de oct. de 1995: los procesados verificaron, antes de marcharse, varios disparos sobre Eduardo y Sergio, que recibió dos impactos, al estar más adelantado, por lo que cayó al suelo muerto arrastrando con él a Eduardo, quien se fingió muerto; el Tribunal Supremo no se cuestionó, por falta de recurso sobre este extremo, la calificación de asesinato en tentativa realizada por la Audiencia Provincial.

(37) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 370 y ss. En el mismo sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pp. 269 y 273. También se ha pronunciado a favor de un criterio objetivo-subjetivo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1984, reimpresión de 1992, pp. 260 y ss.

Es cierto que el texto del art. 16 CP 1995 acentúa la perspectiva objetiva. No obstante, la necesidad de acudir al plan del autor para determinar el grado de ejecución alcanzado es innegable, al menos en casos dudosos como el de la STS de 7 de abril de 1995: el procesado, chófer y cuidador de un tetrapléjico, al que por tal condición tenía que prestar toda clase de atenciones, lo trasladó en coche fuera de Barcelona, se desvió a un camino secundario, lo sacó en brazos del vehículo, lo llevó hasta un bosque frondoso, le quitó dos millones de pesetas y amordazado lo dejó oculto en la maleza. Posteriormente regresó a Barcelona y, sin decir nada a nadie, marchó a Madrid desde donde tenía pensado viajar a Perú; sin embargo, fue detenido y el tetrapléjico encontrado. El Tribunal Supremo afirma que la sentencia de la Audiencia Provincial condenando al procesado como autor de un homicidio frustrado sería correcta si no fuera porque debe entenderse que no existió ánimo de matar, sino de lesionar. Entre la jurisprudencia más reciente, la STS de 29 de nov. de 1995, después de reconocer que las líneas de separación entre la tentativa y la frustración no son siempre tajantes y que su diferenciación es, en algunos supuestos, ténue o difusa y propicia a sembrar confusión, rechaza expresamente la tesis puramente objetiva con arreglo a la cual la Audiencia Provincial había optado por la calificación de tentativa: el procesado colocó la pistola en la cara de la víctima, que inmediatamente reaccionó protegiendo su faz con la mano derecha, de suerte que uno de los dos disparos efectuados impactó en su mano y posteriormente rebotó en la mandíbula de su cara. La Audiencia Provincial entendió que procedía la calificación de tentativa porque las lesiones realmente causadas en ningún caso hubieran producido la muerte de la víctima.

(38) Por otra parte, creemos que es importante advertir que también en el tipo subjetivo existen diferencias entre la tentativa, por un lado, y la frustración y la consumación, por otro. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 370 y 374. Esta diferencia entre el tipo subjetivo de la tentativa y el de la frustración se refleja claramente en el tratamiento de los supuestos de desistimiento malogrado, en los que el autor desiste una vez ha llevado a cabo todos los actos ejecutivos, pero antes de realizar todos los que él creía necesarios para la lesión del bien jurídico. Estos supuestos se distinguen de los de desistimiento activo ineficaz: aquí no se aprecia ninguna discordancia esencial entre el suceso tal y como tuvo lugar y la representación del autor, mientras que en los primeros existe un error, una falta de coincidencia entre la realidad y la representación del sujeto.

criterios aquí defendidos no son los únicos propuestos por la doctrina (39), ni las dificultades prácticas que presenta la determinación del momento en que se han de entender realizados todos los actos ejecutivos, pero, en cualquier caso, creemos que en buena dogmática (y entendiéndose que ésta no debe ignorar nunca las consecuencias prácticas de su aplicación), puede convenirse en que la cuestión de la determinación del momento en el que se han realizado todos los actos ejecutivos no está necesariamente condicionada por el hecho de que se hayan producido o no lesiones en el sujeto pasivo, ni por la gravedad de tales lesiones (40). La relevancia penal que pueda tener el desvalor del delito de lesiones dolosas consumadas en los supuestos de delitos intentados contra la vida encontrará su reflejo en otro lugar de la calificación jurídica de los hechos.

4. LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DE TENTATIVA CUALIFICADA.

En la sentencia que comentamos Evaristo postulaba, en el segundo motivo de su recurso, la apreciación del desistimiento voluntario de la tentativa y la consiguiente absolución. No obstante, el Tribunal Supremo recuerda que el desistimiento tiene que ser oportuno y eficaz, y entiendo que en el caso de autos el desistimiento ha de descartarse porque la frenada realizada por el recurrente era insuficiente no ya para detener el vehículo, sino incluso para minorar sensiblemente la colisión, más bien se trató de obtener un impacto seco, no arrastrando la moto con pérdida de control del coche propio e invasión del carril opuesto con riesgo de otros choques no queridos. La desestimación del motivo comporta que en la sentencia que comentamos el Tribunal Supremo no se ocupe de la solución que debería recibir la tentativa cualificada, esto es, la responsabilidad por las lesiones consumadas en el caso de afirmarse la impunidad de la tentativa en base al desistimiento voluntario.

Este error es el que provoca que, pese a que se han realizado todos los actos ejecutivos, concurriendo con ello la parte objetiva de la frustración, debe calificarse como tentativa, dado que el sujeto desconocía este extremo. Sobre el tratamiento de los supuestos de desistimiento malogrado, distinguiendo ambas hipótesis, Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid, 1994, pp. 73 y ss. Defiende un tratamiento unitario MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, pp. 144 y ss.; Vid. también BALDÓ LAVILLA, ADPCP 1995, pp. 349 y ss.

(39) Sobre las diversas posturas en la doctrina y jurisprudencia española y alemana, vid., por todos, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pp. 253 y ss.

(40) Vid. la excelente STS de 20 de octubre de 1993 (Ponente: Bacigalupo Zapater), que afirma que «en tanto la Audiencia entiende que la frustración de la acción de homicidio cometido con armas, en este caso de fuego, requiere que el autor haya alcanzado con sus disparos el cuerpo de la víctima o víctimas, su criterio es claramente erróneo. En efecto, la frustración no consiste en una cuestión del resultado, sino de la acción, es decir, la frustración no se debe caracterizar como un resultado típico incompleto, sino como una acción que no alcanzó la consumación».

Son escasísimas las ocasiones en las que frente a una condena por delito intentado o frustrado contra la vida se formula en el recurso de casación un motivo alegando desistimiento voluntario y, cuando esto sucede, el Tribunal Supremo suele desestimarlos. Por esta razón, la problemática de la tentativa cualificada carece de tratamiento jurisprudencial. La doctrina española sí ha estudiado estos supuestos y propone diversas soluciones (41), condicionadas por la opinión que se haya mantenido respecto de las relaciones entre los delitos contra la vida y los delitos de lesiones y, concretamente, respecto de las relaciones entre el dolo de matar y el de lesionar (42). En favor de la impunidad de las lesiones se han pronunciado JASO ROLDÁN (43) y CÓRDOBA RODA (44), mientras que DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (45), ANTÓN ONECA (46), QUINTANO RIPOLLÉS (47), BAJO FERNÁNDEZ (48),

(41) Desde la perspectiva del concurso de leyes, vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 196-200.

(42) Vid., GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 197, nota 44.

(43) Vid. ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho Penal. Tomo II*, *cit.*, pp. 254-255.

(44) CÓRDOBA RODA, en una de sus notas a la traducción del Tratado de Maurach (MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, p. 211, nota 12), negaba que en estos supuestos se deba responder por las lesiones consumadas, argumentando que en la legislación anterior a 1989 la actividad de matar y la de lesionar estaban configuradas de un modo claramente distinto.

(45) DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (*Derecho Penal, cit.*, pp. 440 y ss.), después de resumir las posturas de algunos autores españoles, alemanes e italianos, consideran que en la legislación española vigente en el año 1962, en el que escriben su obra y en el que todavía regía en nuestro Derecho el principio del «*versari in re illicita*» y estaba vigente la antigua regulación de las lesiones, era posible, interpretando el artículo 421 como ellos proponen, que el sujeto respondiera por el delito de lesiones consumadas.

(46) ANTÓN ONECA (*Derecho Penal, cit.*, p. 445), al ocuparse del desistimiento en la tentativa, afirma que la impunidad de ésta no es óbice para la responsabilidad en que se incurra cuando los hechos ya realizados constituyan otra figura de delito, y cita el supuesto en el que la tentativa desistida de homicidio revista los caracteres del delito de lesiones, aunque condiciona el castigo de éste a la cuestión de si el dolo de homicidio comprende el de lesiones y recuerda que esta cuestión estaba condicionada por la redacción del art. 421.

(47) QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado, cit.*, p. 742) considera que, a la vista de la estructura predominantemente objetiva y de resultado de las tipologías de la delincuencia lesiva y homicida, lo cierto es que el ánimo de agredir suele ser suficiente. Por esta razón, y sin que ello suponga que esta solución sea en principio satisfactoria, afirma el citado autor que en estricta dogmática resulta inadmisibles la opinión de aquéllos que defienden que en el homicidio desistido espontáneamente no puede estimarse tampoco delito de lesiones por las ya ejecutadas, al no haber mediado en éstas propósito de lesionar, sino de matar, y al ampararse el homicidio intentado por la excusa absoluta.

(48) BAJO FERNÁNDEZ (*Manual, cit.*, p. 164) afirma que resulta grotesco pretender la exención de responsabilidad criminal por el hecho de que simplemente se lesionó a quien se habría querido producir la muerte. Aunque la vida humana es un bien jurídico distinto de la integridad física o psíquica, es lo cierto que, sin embargo, la muerte es expresión de la máxima lesión de la integridad.

DEL ROSAL BLASCO (49), MIR PUIG (50), GRACIA MARTÍN (51) y MUÑOZ CONDE (52) consideran que en estos supuestos deberá castigarse por el delito correspondiente de lesiones. Esta es también la opinión dominante en Alemania (53).

5. RECAPITULACIÓN, CRÍTICA Y TOMA DE POSICIÓN.

Hasta ahora hemos visto, por una parte, que nuestra jurisprudencia se apoya en unos criterios constantes para *distinguir el dolo de matar del dolo de lesionar*. La mejor doctrina ha criticado la concreta aplicación jurisprudencial de estos criterios. En este comentario no queremos ocuparnos con profundidad de esta cuestión, pero sí debemos apuntar que la aplicación jurisprudencial de tales criterios no debe encubrir el recurso por parte de nuestros Tribunales a la apreciación del dolo de matar por el solo dato objetivo de que se han causado unas lesiones graves y se ha empleado un arma potencialmente mortal, lo cual se considera, en el plano valorativo, más grave que el simple ataque intentado contra la vida que no causa lesión alguna. En otras palabras, *la diferencia valorativa que puede existir entre un homicidio intentando que ocasiona lesiones graves y otro que sólo pone en peligro la vida del sujeto pasivo, no debe ser el criterio que decida la (supuesta) alternativa entre dolo de matar y dolo de lesionar*. Las lesiones graves y el medio empleado tienen, en un delito contra la vida que ha quedado en grado de imperfecta ejecución, la relevancia penal que más adelante analizaremos, pero esta cuestión es independiente, y debe, por consiguiente, separarse nítidamente de la problemática relativa a la identificación del dolo de matar.

(49) Vid. DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios, cit.*, p. 268.

(50) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, p. 737.

(51) GRACIA MARTÍN (*Delitos, cit.*, p. 97), partiendo de que el dolo de matar comprende al de lesiones, considera que en los casos de desistimiento en el homicidio el autor deberá ser condenado por las lesiones consumadas que hubiera producido con la acción de matar.

(52) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, pp. 38 y 123; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1993, p. 381.

(53) Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª Ed. (Traducción de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), Barcelona, 1981, p. 748; JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, pp. 926, 1064, 1070; ESER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núm. marg. 24 § 212; LACKNER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núms. margs. 28 antes del § 52 y 9 § 212, HORN, *SK, cit.*, núm. marg. 33 § 212; HIRSCH, *LK, cit.*, núm. marg. 19 antes del § 223; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, cit.*, p. 282; GÖSSEL, *Strafrecht, cit.*, p. 175; BLEI, *Strafrecht II Besonderer Teil*, 12.ª Ed. München, 1983, p. 18; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2.ª Ed., Tübingen, 1983, p. 34. Cfr. ARZT/WEBER, *Strafrecht, cit.*, p. 227, consideran estos autores que el sujeto que intenta matar a alguien e interrumpe voluntariamente esta tentativa, es castigado por lesiones en base a una construcción jurídica que se aparta de la realidad.

En cuanto a las *relaciones entre el dolo de matar y el dolo de lesionar*, la perspectiva jurisprudencial que los contempla con carácter alternativo y excluyente se debe, seguramente, a las necesidades impuestas por el principio acusatorio, la exigencia de congruencia con el contenido de los recursos que se interponen y la prohibición de «*reformatio in peius*», factores que limitan los razonamientos y pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sin embargo, es precisamente esta perspectiva la que propicia una de las premisas fundamentales sobre las que se basa nuestra jurisprudencia para negar toda relevancia penal al desvalor de las lesiones consumadas (54). En efecto, si el dolo de matar excluye al de lesionar y viceversa, es evidente que entonces sólo podrá afirmarse la existencia de un único delito. Entendemos que esta premisa sólo puede considerarse parcialmente correcta y, por lo tanto, también parcialmente incorrecta. Es correcta en el sentido de que la concurrencia del dolo de lesionar no implica el dolo de matar. Pero es incorrecta cuando pretende que el dolo de matar no comprende el dolo de lesionar. *Cuando un sujeto realiza una acción que es «ex ante» peligrosa para la vida y lo hace conociendo y queriendo (esto es, con dolo) su peligrosidad, actúa conociendo y queriendo (esto es, con dolo, como mínimo eventual) que tal acción también es «ex ante» peligrosa para la integridad física y la salud del sujeto pasivo. En definitiva: el dolo de matar no se identifica con el dolo de lesionar, pero, normalmente, lo abarca.* Esto es lo que ocurrirá en la mayoría de los casos, aunque teóricamente también puede presentarse algún caso excepcional en el que el concreto resultado de lesiones no sea objetivamente imputable, o no lo sea a título de dolo, sino de imprudencia (55). Como intentaremos demostrar más adelante, esta cuestión no tiene una importancia meramente teórica y una aplicación práctica limitada a los supuestos de tentativa cualificada de homicidio. *Sólo si se admite que el dolo de matar comprende el dolo de lesionar podrá afirmarse la concurrencia efectiva de ambos delitos y, sobre esta base, cuestionarse la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución.* (56)

(54) Es importante advertir el carácter previo de la problemática de las relaciones entre el *dolo de matar* y el *dolo de lesionar* respecto a la cuestión de las relaciones entre los *delitos intentados contra la vida* y los *delitos de lesiones*. Se trata de una problemática que no está condicionada por dicha cuestión, aunque la solución que se adopte sí que condicionará a esta última.

(55) Vid. GRACIA MARTÍN, *Delitos*, cit., p. 99; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., p. 368, nota 168. Vid. también BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, en MIR PUIG y otros autores, *Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, pp. 89 y ss.; y el excelente estudio de aquél autor sobre los supuestos de desviaciones causales en ADPCP 1995, pp. 339 y ss.

(56) Consideramos oportuno aclarar ya aquí que afirmar que el dolo de matar abarca el dolo de lesionar no prejuzga la cuestión relativa a la efectiva relevancia penal

También hemos apuntado que la *distinción conceptual entre tentativa y frustración* o, lo que es lo mismo, *la determinación del momento en el que han de entenderse ejecutados todos los actos de ejecución, no depende del hecho de que se hayan producido o no lesiones en el sujeto pasivo, ni de la gravedad de tales lesiones.*

Finalmente hemos recogido las opiniones doctrinales sobre la solución que debe darse a los *supuestos de tentativa cualificada desistida*. En este tema debemos pronunciarnos en el sentido de que serán punibles las lesiones efectivamente producidas. *Partiendo de la existencia objetiva de éstas y de la afirmación de que el dolo de matar comprende, normalmente, el dolo de lesionar*, entendemos, sin pronunciarnos todavía sobre los supuestos en los que el delito contra la vida sí es punible (57), *que no puede negarse la concurrencia de un delito doloso de lesiones consumadas, cuya relevancia penal nos parece innegable cuando el delito intentado contra la vida no resulta punible por la existencia de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo, en su caso* (58).

de las lesiones consumadas en los supuestos que son objeto de este comentario ni, mucho menos, la vía mediante la cual deba reflejarse esta relevancia penal. Afirmar una relación de inclusión entre el dolo de lesionar y el dolo de matar supone mantener una relación de inclusión también respecto de los objetos de referencia del dolo típico: el injusto, la conducta prohibida por la norma penal preventiva (en nuestro caso, la conducta realizada en una situación de peligro objetivo, según una perspectiva *ex ante*, para la vida y para la integridad física y la salud del sujeto pasivo), pero esto no supone que también exista una relación de inclusión entre el tipo de injusto penal del homicidio *intentado* y el tipo de injusto penal de las lesiones dolosas *consumadas*. A diferencia del tipo de injusto penal del homicidio *intentado*, el tipo de injusto penal de las lesiones consumadas requiere un resultado de lesiones separado espacio-temporalmente de la conducta peligrosa y objetivamente imputable al riesgo creado por ésta. Vid. respecto a la comprensión de la Teoría del Delito sobre la que se asientan las anteriores referencias conceptuales, el planteamiento de mi maestro: MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, pp. 142-146, 256, 266; EL MISMO, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 y ss., 93 y ss., 181 y ss. y 225 y ss.

(57) Para algunos autores como VOGLER (*Funktion un Grenzen des Gesetzzeseinheit*, en Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, 1979, p. 727), la punición del delito base consumado en los supuestos de desistimiento de la tentativa del delito cualificado evidencia que entre la tentativa del delito cualificado y la consumación del delito base no cabe apreciar concurso de leyes sino más bien concurso ideal de delitos. Cfr. JESCHECK, *Tratado, cit.*, Tomo II, p. 748; LACKNER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núms. mars. 28 antes del § 52 y 9 § 212; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 66-77.

(58) Para aquellos autores que defiendan la impunidad de la tentativa con dolo eventual, la punibilidad de las lesiones dolosas consumadas que acompañan a esta tentativa aparece como a todas luces necesaria. Sobre la polémica relativa a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, vid., TAMARIT SUMALLA, *La tentativa con dolo eventual*, ADPCP 1992, pp. 515 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa, cit.*, pp. 77 y ss.; antes de definir su opinión, ambos autores exponen las diversas posturas mantenidas en la doctrina española y alemana; LA MISMA, *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución* (Comentario a la STS de 30 de enero de 1982), en MIR PUIG y otros autores, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, pp. 77 y ss.

Entendemos, además, que esta afirmación encuentra actualmente apoyo legal en la letra del artículo 16 números 2 y 3 CP 1995, cuando establece la exención de responsabilidad penal en los supuestos de desistimiento voluntario, «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta».

Al principio de nuestro comentario definíamos el objeto del mismo como un estudio sobre la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución, distinguiendo dentro de éstos los casos en los que se han producido lesiones y aquéllos en los que la puesta en peligro de la vida no va acompañada de lesión alguna. Con lo dicho hasta ahora hemos pretendido delimitar mejor el ámbito de nuestro estudio, insinuando o denunciando las «impurezas» con las que el mismo podía verse «contaminado», y estableciendo los presupuestos de los que partimos para desarrollarlo: a) un delito intentado de homicidio en el que se han realizado todos los actos ejecutivos (lo cual se determina con independencia de la existencia efectiva de unas lesiones), b) en el que el sujeto actúa con dolo de matar (correctamente deducido con arreglo a los criterios jurisprudenciales), dolo de matar que, salvo en casos excepcionales, comprende el dolo de lesionar, c) en el que no existe un desistimiento voluntario activo que provocaría la impunidad del delito intentado (pero no la impunidad de las lesiones, en el caso de que éstas se hubieran producido), d) en el que se han producido, además de la puesta en peligro de la vida, unas lesiones en el mismo sujeto pasivo, (consistentes, en el caso concreto de la sentencia que comentamos, en la pérdida de un órgano principal), e) y en el que es posible apreciar unidad de hecho respecto de todos los actos parciales (59).

Del hecho de que nuestro Código Penal, además de tipificar y castigar los delitos intentados contra la vida, tipifique y castigue los delitos de lesiones, creemos que puede deducirse que en los casos que aquí queremos estudiar existirían, al menos aparentemente, dos delitos: una tentativa de homicidio y un delito consumado de lesiones. Existen, además, otros argumentos para *afirmar una diferencia valorativa entre los supuestos de homicidio intentado con lesiones en el sujeto pasivo y aquéllos en los que no se produce lesión alguna*: 1) el artículo 15 de la Constitución española reconoce entre los derechos fundamentales, y de forma separada, el derecho a la vida y a la integridad física; 2) los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la vida y en los delitos de lesiones son, además de bienes jurídicos distintos, «bienes eminentemente

(59) En este comentario sólo nos ocuparemos de los supuestos en los que existe unidad de hecho en sentido estricto. No serán objeto de nuestra atención ni la problemática de la denominada «unidad natural de acción», ni los supuestos en los que existe una pluralidad de hechos constitutivos de dos o más delitos (concurso real de delitos, aquí entre un homicidio intentado y unas lesiones dolosas consumadas).

personales», característica que el legislador penal no sólo tiene en cuenta al fijar las penas correspondientes a la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos, sino también al establecer otras consecuencias como, por ejemplo, la imposibilidad de apreciar un delito continuado en tales supuestos (60); 3) el legislador penal agrava la pena en los casos en los que existe ensañamiento (61). Sin que este argumento suponga equiparar las lesiones al ensañamiento, ni ignorar el elemento intencional de éste («aumentar *deliberada e inhumanamente* el sufrimiento de la víctima»), es lo cierto que en el homicidio intentado las lesiones representan, al menos en un plano abstracto, «padecimientos innecesarios para la ejecución del delito».

Partiendo, entonces, del mayor desvalor de los supuestos en los que el homicidio intentado punible da lugar a unas lesiones consumadas y, por consiguiente, de la relevancia penal de tales lesiones, las preguntas que debemos formularnos son las siguientes: ¿dónde debe reflejarse esta diferencia valorativa?, cuando el homicidio intentado da lugar a unas lesiones dolosas consumadas en el mismo sujeto pasivo ¿existe un único delito de homicidio intentado y el desvalor de las lesiones se reflejará en el momento de concretar la pena de este delito, dentro del marco y con arreglo a los criterios que establece el artículo 62 CP 1995?, ¿o existe un concurso de leyes entre el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas?, ¿o acaso el desvalor total del hecho sólo puede abarcarse apreciando un concurso ideal entre ambos delitos?, ¿debe darse un tratamiento unitario a todos los supuestos imaginables de homicidio intentado punible que produce lesiones en el mismo sujeto pasivo? La respuesta a estas preguntas nos indica las tres posibles calificaciones que pueden darse al supuesto aquí planteado: apreciación de un único delito de homicidio intentado; apreciación de un concurso de leyes entre el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas; apreciación de un concurso ideal entre ambos delitos. Partiendo de los presupuestos que antes apuntábamos, consideramos que debe descartarse la primera de las posibilidades. La existencia del tipo objetivo de un delito de lesiones consumadas y del dolo de lesionar (tipo subjetivo), sin causas de justificación ni de exclusión de la culpabilidad, conducen a afirmar la concurrencia de un delito de lesiones junto al homicidio intentado. Por esta razón, la problemática debe centrarse en determinar si el desvalor del delito doloso de lesiones consumadas queda ya abarcado al aplicar uno de los dos delitos concurrentes en concurso de leyes, o lo correcto es apreciar un concurso ideal de delitos. A continuación desarrollaremos la fundamentación que requiere cada una de estas dos calificaciones, analizando sus posibilidades teóricas reales, así como sus consecuencias prácticas; finalmente, definiremos nuestra propuesta.

(60) Cfr. artículo 74.3 CP, 1995.

(61) Cfr. artículos 22.5.^a, 139.3.^a y 148.2.^o CP 1995.

6. LA TESIS DEL CONCURSO DE LEYES ENTRE EL DELITO INTENTADO DE HOMICIDIO Y EL DELITO DOLOSO DE LESIONES CONSUMADAS.

Existe un concurso de leyes (62) cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un «bis in idem» (63). Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos. Concorre entonces un solo delito, en el sentido de que no son aplicables los otros preceptos penales en los que el hecho podría incluirse (64),

(62) El artículo 8 CP 1995 se refiere al concurso de leyes en los siguientes términos: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 73 a 77».

(63) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 736. Vid. también QUERALT JIMÉNEZ, *El principio «non bis in idem»*, Madrid, 1992, pp. 9 y ss.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 119-120; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, cit., p. 99; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 375-377; CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990*, en ADPCP 1991, pp. 835 y ss; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª Ed., Valencia, 1991, p. 134; consideran estos últimos autores que el fundamento general de las diversas reglas de solución del concurso aparente de Leyes penales radica, de una parte, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema «consistente», exento de contradicciones; y de otra, en el axioma de que no se puede castigar dos veces el mismo hecho (*ne bis in idem*), que se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico. Sobre la amplia problemática que suscita el principio *non bis in idem*, vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 23-28, 227 y ss.; en concreto, sobre las relaciones entre este principio y el concurso de leyes, pp. 31-45; sobre la perspectiva constitucional del *non bis in idem*, pp. 53 y ss.

(64) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 736. Vid. también EL MISMO, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987)*, en MIR PUIG y otros autores, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 174 y nota 19; aquí MIR PUIG desarrolla su postura y afirma claramente que la situación característica del concurso ideal, como la del concurso de leyes, consiste en que el hecho realiza más de una figura de delito, distinguiéndose ambas en que en el concurso ideal de delitos ninguna de las figuras delictivas concurrentes es suficiente por sí sola para abarcar todos los aspectos del desvalor del hecho. En el concurso de leyes la duplicidad de figuras delictivas supone un *bis in idem*, y ésta es la razón profunda (de rango constitucional, según la concepción del principio *non bis in idem* mantenida por el Tribunal Constitucional) por la que no pueden aplicarse a la vez y es preciso elegir una y desplazar la otra. Si no existe *bis in idem*, la pluralidad normativa deberá prosperar. Es lo que ocurre en el concurso ideal. Según MIR PUIG, este planteamiento permite explicar satisfactoriamente que la ley *desplazada* pueda tener efecto en algún caso, como cuando se deroga la ley preferente y no aquella otra, o para imponer un límite mínimo de pena superior al mínimo de la ley preferente, cuando sea más elevado que éste el límite mínimo de la pena prevista por la ley desplazada. Cfr. JESCHECK, *Tratado*, cit., pp. 1033-1034; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., pp. 1048-1150; CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO MARZAL-CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, pp. 326 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Ed., Madrid, 1990, pp. 273 y ss.; VIVES

(65). La decisión de cuándo existe un concurso de leyes y no un concurso de delitos, así como, en su caso, la cuestión de qué norma es preferente y cuál debe quedar desplazada, dependen de la interpretación de las distintas normas penales en juego. Pero existen distintos principios, que la doctrina ha ido elaborando y el Código Penal de 1995 recoge en su artículo 8, para orientar dicha interpretación y que resultan válidos a condición de que se admita que no suelen ofrecer soluciones automáticas (66).

ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981, p. 8; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 134; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 127, 142, 191-192; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, cit., pp. 33 y ss., 184-186, resumiendo el concepto de concurso de leyes que considera correcto y distinguiéndolo del concurso de delitos; ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz*, Margburg, 1991, pp. 17 y ss.; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, cit., pp. 408, 414; DELGADO GARCÍA, *Los concursos en el Derecho Penal*, en La Ley, 7 de febrero de 1996, pp. 1 y ss.; CID MOLINÉ, *Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos*, en ADPCP 1994, pp. 29 y ss.; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*» cit., pp. 45-52, 93 y ss. (ocupándose de la concurrencia formal de normas aplicables como primer requisito del concurso de leyes), 143 y ss. (estudiando las diversas posturas sobre la exigencia de unidad de acción o hecho en el concurso de leyes), 185 y ss. (estudiando las diversas opiniones doctrinales sobre los efectos del precepto desplazado); KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 68 (1956), pp. 399 y ss.; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª Ed., Berlin-New York, 1988, pp. 387 y ss.; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (en adelante, NK), Baden-Baden, 1995, núms. marg. 7 y ss. antes del § 52.

(65) Es importante recordar las múltiples implicaciones de la apreciación de un concurso de leyes. En efecto, como recuerda GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», cit., p. 102), en el concurso de leyes no sólo aparece implicada la cuestión relativa al desplazamiento de una de las normas concurrentes, sino también y de modo principal, la que concierne a la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del autor que yerra -o supone erróneamente- sobre la concurrencia de un elemento del tipo especial o interferente. Problema que se extiende, a su vez, al tratamiento del error en el partícipe, así como de las hipótesis de incongruencia entre la resolución provocada por el inductor y lo objetivamente realizado por el autor—supuestos en los que el autor es un «minus facturus et minus faciens» o bien un «plus facturus et plus faciens»—. Sobre estas cuestiones, vid. GARCÍA ALBERO, loc. cit., pp. 102-112; DE VICENTE REMENSAL, *Violación-estupro: error sobre la edad de doce años*, en Cuadernos de Política criminal (CPC) núm. 28 (1986), pp. 75 y ss.; EL MISMO, *Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial*, en Poder Judicial (PJ) núm. 8 (1987), pp. 75 y ss.; SÁNCHEZ TOMÁS, *Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro)*, en ADPCP 1993, pp. 679 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, cit., pp. 77 y ss. (ocupándose de la problemática del error), 153 y ss. (ocupándose de las relaciones entre el concurso de leyes y la teoría de la participación para defender la naturaleza estrictamente personal de aquél); BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, cit., pp. 89 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «*Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Peñaranda Ramos)*», en ADPCP 1992, pp. 833 y ss.

(66) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 737. Vid. también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal Parte General*, 1.ª reimposición, Madrid, 1978, p. 115; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 119, 245 y 251-252; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 45-46 (donde señala que los límites al desarrollo dogmático del concurso de leyes se ponen de manifiesto cuando de consuno se admite la pertenencia sistemática del problema a la teoría de la interpretación y aplicación de la ley penal), pp. 139-141. CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos*:

Tales principios (67) son el de especialidad (artículo 8 regla primera CP 1995) (68), subsidiariedad (artículo 8 regla segunda CP 1995) (69), concurrencia (artículo 8 regla tercera CP 1995) (70) y, para algunos autores, el de alternatividad (71).

El delito «sui generis», en ADPCP 1978, pp. 67-69, 78, 94-95; EL MISMO, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal*, en ADPCP 1979, pp. 458-459, 463-464.

(67) Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 133-134; consideran estos autores que el llamado concurso de Leyes penales se limita al análisis particularizado del modo de operar del principio de especialidad, en el sentido de la teoría general del Derecho (esto es, en sentido valorativo). Según ellos, el principio genérico de especialidad, mediante el que ha de resolverse el conflicto de Leyes, se desglosa en una serie de reglas diferentes, cuyo fundamento valorativo es, sin embargo, idéntico: en caso de conflicto, la norma que se ajusta más exactamente al supuesto de hecho expresa de modo más completo la valoración que del mismo efectúa el ordenamiento jurídico y prevalece sobre la que lo contempla de manera más vaga y abstracta. Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 1050 y ss., este autor considera que es posible designar a todos los supuestos de concurso de leyes como de especialidad, aunque luego distingue distintos grupos de casos dentro de ésta; KLUG, ZStW (68) 1956, pp. 412, 414; HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 393-394, estos dos autores limitan el concepto de concurso de leyes a las situaciones lógicas de interferencia y subordinación y entienden que sólo existen dos categorías de concurrencia de leyes: especialidad y subordinación, las cuales, desde un punto de vista lógico, tienen el mismo rango; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 121-122; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 46-47, donde este autor señala que, salvo excepciones poco representativas, la «cantidad» de principios utilizados por los diversos autores poco dice acerca de la configuración conceptual y sistemática del concurso de leyes, y mucho menos condiciona la solución de los distintos casos.

(68) Artículo 8 regla primera CP 1995: «El precepto especial se aplicará con preferencia al general».

(69) Artículo 8 regla segunda CP 1995: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible».

La regla cuarta del artículo 8 CP 1995 («En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»), cuyo contenido es similar al del artículo 68 CP 1973 («Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos»), puede plantear, como éste, problemas en cuanto a su interpretación. Según MIR PUIG (*Derecho Penal*, cit., p. 739), el artículo 68 CP 1973 contenía una fórmula general de subsidiariedad, aunque su ámbito de aplicación, como establece expresamente el actual artículo 8 regla cuarta CP 1995, debía restringirse a los casos en que algún otro principio no conduzca a la aplicación de una ley más benigna. Vid. también, en sentido similar, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal*, cit., pp. 137-138), que hablan de «subsidiariedad o concurrencia relativas o impropias»; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 192-195; EL MISMO, *Alternatividad de leyes penales*, en Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela, 1989, pp. 669-671; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pp. 213 y ss., GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1990, p. 438. Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, cit., pp. 274-275, 278, 285.

(70) Artículo 8 regla tercera CP 1995: «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

(71) Sobre el principio de alternatividad, vid. MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, cit., p. 177; según este autor, la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que en estos casos no se da una verdadera situación de concurso de leyes, puesto que el hecho no es ya subsumible en ambas normas y éstas, por tanto, no lle-

Partiendo de la afirmación de que el supuesto de hecho que nos ocupa representa un solo hecho subsumible en el delito de homicidio intentado y en el de lesiones dolosas consumadas, pero que basta con la apreciación de uno de ambos delitos para aprehender todo su desvalor, veamos con arreglo a cuál de los principios acabados de citar podemos determinar el delito que resulta aplicable y argumentar el desplazamiento del otro delito. Empecemos con el *principio de especialidad*: un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional. Todo hecho que realiza el precepto especial realiza necesariamente el tenor literal del general, pero no todo hecho que infringe el precepto general realiza el tenor literal del especial (72). No es posible afirmar que el homicidio intentado es un precepto especial respecto de las lesiones consumadas porque no todo homicidio intentado supone necesariamente la realización de unas lesiones dolosas consumadas. Tampoco puede afirmarse que las lesiones consumadas supongan necesariamente la realización de un homicidio intentado. El *principio de subsidiariedad* interviene cuando un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando éste aparece. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según que se halle prevista expresamente por la misma ley o deba deducirse de su sentido. La subsidiariedad tácita debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado en el caso de que concurra otra posible calificación más grave del hecho, por constituir ésta una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico (73). La afirmación de una relación de

gan a entrar en colisión. Vid. también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 140-141, nota 38; según estos autores, sólo cabe otorgar una función sustantiva a la alternatividad en el ámbito de las denominadas «leyes mixtas», cuyo presupuesto puede integrarse de diversos modos; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1036; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 126-127, 194-195; EL MISMO, *Alternatividad de leyes penales*, cit., pp. 663 y ss., exponiendo los diversos conceptos de alternatividad y la polémica sobre la decisión de cuál es la ley efectivamente aplicable en estos supuestos, optando, finalmente, por negar espacio lógico para dicho principio en la solución de los concursos normativos; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 94-97 (refiriéndose a la alternatividad en el sentido de exclusión formal), 401 y ss. (ocupándose ampliamente del principio de alternatividad como criterio de solución del concurso de leyes y de su relación con el artículo 68 CP 1973). Cfr. GIMBERNAT ORDEIG ADPCP, 1990, pp. 436 y ss.; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT, *Curso*, cit., pp. 579-580; estos últimos autores consideran que la regla cuarta del artículo 8 CP 1995 plasma el principio de alternatividad.

(72) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 738. Vid. también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 134-135; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1035-1036; PEÑARANDA RAMOS *Concurso de leyes*, cit., pp. 35-39; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 122-123, 192. Ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 321-333.

(73) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 738-739. Vid. también SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 123-125, 193, 194; JESCHECK, *Tratado*, cit., pp. 1036-1037, quien afirma (p. 1037) que el precepto penal subsidiario solamente debe retroceder

subsidiariedad tácita entre el homicidio intentado (precepto desplazante) y el delito doloso consumado de lesiones (precepto subsidiario y desplazado) tropieza con una doble dificultad; por una parte, no siempre podrá afirmarse la posibilidad de que el homicidio intentado dé lugar a una calificación más grave que la de las lesiones dolosas consumadas (74) y, por otra parte, resulta difícil mantener que el homicidio intentado constituye una forma de ataque más grave y acabada que la que constituye un delito consumado de lesiones, respecto del mismo bien jurídico (75). Dificultades semejantes se nos presentan si pretendemos afirmar una relación de subsidiariedad tácita entre las lesiones dolosas consumadas (precepto desplazante) y el homicidio intentado (precepto subsidiario y desplazado). Tales dificultades nos aconsejan descartar la posibilidad de una relación de subsidiariedad y comprobar si la solución a nuestro hipotético concurso de leyes encuentra una fundamentación más fácil y sólida con arreglo a otro principio (76). El *principio de consunción* conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad (77). La regla tercera del artículo 8 CP 1995 se refiere, en estos supuestos, a que el precepto desplazante será aquél que sea más amplio o

ante una ley que abarque acciones dotadas de una misma dirección de ataque criminal puesto que éste es el fundamento interno de la preferencia de la ley primariamente aplicable. Ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 333 y ss. Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 135.

(74) Cfr. los marcos penales del homicidio intentado y de las lesiones consumadas del artículo 149 CP 1995.

(75) Sí existe un concurso de leyes entre la tentativa y la consumación de un delito contra la vida cuando la consumación se produce tras un primer intento fallido. Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 739, nota 50. Vid. también GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 129-133, 345-351.

(76) Con independencia de la problemática sobre si la situación de alternativa representa o no un supuesto de concurso de leyes y sobre la determinación de la ley efectivamente aplicable, entendemos que en los casos que son objeto de nuestro comentario no existe tal situación, pues en ellos, siguiendo la explicación de MIR PUIG (*Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, *cit.*, p. 177), los sectores diferenciales de los dos delitos concurrentes sí pueden realizarse por un mismo hecho, por lo que no son incompatibles; en otras palabras, siguiendo ahora la definición que da GIMBERNAT ORDEIG (ADPCP, 1990, p. 437) sobre la situación de alternativa: en los casos que son objeto de nuestro comentario las dos calificaciones en concurso (homicidio intentado y lesiones dolosas consumadas) no abarcan exhaustivamente todos los datos jurídicopenalmente relevantes, sino aspectos diferentes de la conducta.

(77) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 740. Vid. también JESCHECK, *Tratado*, *cit.*, p. 1038 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 1061 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 135-137; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, *cit.*, pp. 125-126, 192-193, 194; CID MOLINÉ, ADPCP, 1994, pp. 45-47, 57-60. Ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 382 y ss. Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, *cit.*, p. 330; HRUSCHKA, *Strafrecht*, *cit.*, pp. 392-393, KLUG, ZStW 68 (1956), 414-415, estos autores niegan autonomía al principio de consunción frente al de subsidiariedad.

complejo (78). La doctrina trata de precisar más los supuestos en que puede operar la idea de consunción incluyendo dos grupos de casos: a) los actos posteriores impunes o, mejor, co-penados (79); b) los supuestos en los que un hecho acompaña normalmente a otro. Aquí no llega a suceder, como en la especialidad, que el hecho necesariamente realiza la descripción típica de varios preceptos, pero sí que normalmente la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro. Por esta razón, se parte de que el legislador ha de haberlo previsto al fijar la pena del delito que normalmente supone el hecho acompañante. Un sector de la doctrina admite la consunción aunque la *lex consumens* no señale una pena esencialmente superior a las de los demás preceptos en juego (80). Hemos afirmado repetidamente que la realización de un homicidio intentado no supone necesariamente la existencia de unas lesiones dolosas consumadas. No obstante, la realización dolosa de una conducta *ex ante* peligrosa para la vida, que crea un riesgo para ésta que no se realiza en el resultado, sí que comporta la creación dolosa de un riesgo para la integridad corporal o la salud que, en muchas ocasiones, se realiza de forma objetiva y subjetivamente imputable en un resultado de lesiones. En este sentido, podría afirmarse que, *cuando existe identidad entre el sujeto pasivo del homicidio intentado y el de las lesiones consumadas, el delito que tenga señalada una pena más grave desplaza al delito que tenga señalada la pena menos grave porque es «más amplio o complejo» y, por sí solo, ya incluye (consume) el desvalor de este último*. Entendemos que esta afirmación requiere tres aclaraciones. Primera: cuando el homicidio intentado tenga señalada una pena más grave que las lesiones que se hayan producido en el caso concreto, afirmar la existencia de un concurso de leyes y mantener que el desvalor del homicidio intentado abarca el desvalor de las lesiones dolosas consumadas, no supone ignorar que los bienes jurídicos que se protegen en los delitos contra la vida y en los delitos de lesiones son bienes jurídicos distintos. Esto no es incompatible con el hecho de que la lesión del bien jurídico vida requiere

(78) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal, cit.*, p. 136) consideran imperfecta la fórmula empleada en los proyectos de Código Penal para referirse al principio de consunción, muy similar a la del actual artículo 8 CP 1995.

(79) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal, cit.*, pp. 602-603, nota 4) consideran como un supuesto de acto co-penado (concurso de leyes) los casos en los que se causan lesiones para producir la muerte, si ésta efectivamente se produce, pues el delito de lesiones no será sino un episodio sin sustantividad propia frente al homicidio. Según estos autores, la voluntad de producir la muerte, que acompaña a las lesiones dolosas, transmuta el injusto de la actuación lesiva, en la que, *sobre el daño causado a la salud, prevalece el peligro para la vida* que, una vez ocasionada la muerte, queda absorbido por la lesión (la cursiva es nuestra). En la postura de estos autores está claro que en el caso de que el homicidio se consume, éste absorbe a la tentativa de homicidio, pero parece que, a su vez, *el peligro dolosamente creado para la vida* (tentativa de homicidio) ya absorbe (prevalece sobre) los daños causados a la salud (lesiones consumadas), por lo que también existiría un concurso de leyes aunque la muerte no llegara a producirse.

(80) Igual que en el texto, MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, pp. 740-741.

que previamente se haya lesionado la integridad corporal o la salud del sujeto pasivo (81), ni tampoco con el hecho de que *los delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución dan lugar, normalmente, a unas lesiones dolosas consumadas*, las cuales pueden considerarse como el resultado de la puesta en peligro de la vida (82). En otras palabras: si se afirma la existencia de un concurso de leyes sobre la base del principio de consunción, *las concretas lesiones dolosas consumadas efectivamente producidas tendrán el significado penal (83) de una puesta en peligro dolosa de la vida*, y no de un (mero) menoscabo a la integridad corporal o a la salud del sujeto pasivo (84). Segunda aclaración: afirmar la existencia de un concurso de leyes y la aplicación exclusiva del precepto que sanciona el homicidio intentado, porque el

(81) Sobre la relación entre los denominados «Durchgangsdelikte» (término que se ha vertido al castellano como «delitos de paso» o «delitos de tránsito») y el concurso de leyes (principio de subsidiariedad), vid. JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1037, quien pone como ejemplo de delito cuya naturaleza exige que se recorran varios tipos al homicidio respecto de las lesiones corporales. GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», cit., p. 365) considera que en los casos de homicidio o asesinato intentado o frustrado que comporta la efectiva realización de unas lesiones más o menos graves, estructuralmente puede afirmarse la existencia de una tentativa cualificada en unidad de hecho con su «delito de tránsito» consumado.

Sin embargo, debemos advertir que algunos autores relacionan los «Durchgangsdelikte» con el concepto de actos anteriores co-penados o impunes, cuya ubicación entre los supuestos de concurso de leyes y los principios que en esta institución operan es, a su vez, polémica. Vid. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a Ed., München, 1991, núms. margs. 119 y ss., antes del § 52; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 143-146, 167 y ss.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 124-125.

(82) Así, al menos, en los supuestos en los que las lesiones puedan calificarse de potencialmente mortales.

GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», cit., pp. 129-130, 345-351) destaca la dificultad de incardinar conceptualmente en los dominios de la «unidad natural de acción en sentido amplio» o en el del genuino concurso de leyes, las situaciones en las que las sucesivas tentativas fallidas en unidad de contexto *previas a la consumación* colman, respectivamente, los requisitos de un delito de lesiones. Considera el citado autor que en estas situaciones el criterio de la mera intensificación cuantitativa de lo injusto resulta decisivo no sólo para considerar el complejo fáctico como unitario desde el punto de vista del delito consumado, sino también para explicar que la sucesión de tentativas suponen un mero *plus* —que no un *aliud*— del peligro para el bien jurídico.

(83) Para determinar el significado penal de un hecho puede acudir a la valoración social del mismo como criterio complementario a los criterios estrictamente jurídicos. Así ocurre, por ejemplo, con la categoría del comportamiento humano, la imputación objetiva (riesgo permitido), la adecuación social, la admisión de la comisión por omisión en los casos en los que no está expresamente prevista en algún precepto de la parte especial, los supuestos de la denominada «unidad natural de acción».

(84) Considerar que, en los supuestos en los que se produce una puesta en peligro dolosa de la vida, las lesiones que la acompañan tienen el significado penal de dicha puesta en peligro, no supone afirmar que todo delito doloso y consumado de lesiones tenga este significado. Naturalmente, cuando se produzcan unas lesiones dolosas consumadas que no acompañan a un homicidio intentado, tales lesiones sólo tendrán el significado penal de menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental del sujeto pasivo.

desvalor del mismo abarca el desvalor de las lesiones dolosas consumadas, no puede llevar a ignorar la diferencia valorativa existente entre estos supuestos y aquéllos en los que el homicidio intentado no ha producido lesión alguna, ni la diferencia valorativa que puede existir en función de la diversa gravedad de las lesiones que pueden producirse. Como ya hemos afirmado anteriormente, existe una diferencia valorativa entre los supuestos en los que el homicidio intentado no produce lesión alguna en el sujeto pasivo y aquéllos en los que sí las produce, pero también existe una diferencia valorativa entre, por ejemplo, los supuestos en los que las lesiones no consisten en la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro y aquellos supuestos en los que sí se ha producido tal pérdida o inutilidad. Estas diferencias valorativas pueden y deben reflejarse en el momento de determinación de la pena del homicidio intentado. Para ello existen tres vías posibles: Por una parte, la vía que ofrece el tenor literal del artículo 62 CP 1995: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la *pena inferior en uno o dos grados* a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, *atendiendo al peligro inherente del intento* y al grado de ejecución alcanzado» (85). Esta vía resulta perfectamente coherente con el significado penal que hemos atribuido unas líneas más arriba a las lesiones dolosas consumadas en los supuestos de homicidio intentado. Una segunda vía la proporciona el artículo 66 CP en el momento de concreción del marco penal (86). Finalmente, una última vía la ofrecería, en su caso, el principio de combinación. Según este principio, en los supuestos en los que existe un concurso de leyes el precepto desplazado sigue desplegando ciertos efectos. Así, cuando el límite mínimo de la pena señalada por el precepto desplazado es superior al del precepto desplazante (más grave en su límite máximo), no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave. También se tiene en cuenta el precepto desplazado si señala ciertas consecuencias accesorias o medidas no previstas por el precepto desplazante en principio más grave. Por último se tiene en cuenta el precepto desplazado para agravar la pena del delito

(85) Al ocuparse de las hipótesis de realización iterativa del tipo, GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 124, nota 111) reconoce expresamente que la puesta en peligro del bien jurídico vida permite una cuantificación en términos de mayor a menor intensidad.

(86) Sin perjuicio de lo fructífero de las dos vías acabadas de señalar, en su utilización debe también tenerse presente que, como apunta GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 192), la relevancia en sede de concreción de pena de algún elemento del delito preterido, explícita o implícitamente no contemplado por el prevalente, cuestiona fundamentalmente la presencia del concurso de leyes, mostrándose como remedio a una generosa apreciación del instituto. Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, *cit.*, p. 277. Sobre el principio de prohibición de doble valoración en la individualización judicial de la pena, vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 246 y ss.

estimado (87). Tercera aclaración: cuando el delito que tenga señalada pena más grave sea un delito de lesiones (88), considerar que existe un concurso de leyes y que las lesiones desplazan al homicidio intentado porque por sí solas ya abarcan el desvalor total del hecho, no puede llevar a dejar de reflejar la puesta en peligro de la vida en el momento de determinación de la pena. En España, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, han defendido la existencia de un concurso de leyes entre el homicidio intentado o frustrado y las lesiones (89). MUÑOZ CONDE (90) se ha pronunciado expresamente a favor de la tesis del concurso de leyes cuando las lesiones consumadas merecieran una pena superior a la del homicidio frustrado (91).

(87) En el sentido del texto MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, p. 737. Según este autor, en España sólo se ha planteado la posibilidad de que el precepto desplazado vuelva a ser aplicable si el preferente deja de serlo y, según él, esto es lo que sucede en los casos de tentativa cualificada. Vid. también MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, Barcelona, 1981, pp. 1041-1042, donde afirma que ni la jurisprudencia ni la doctrina españolas acogen la consideración del precepto o preceptos desplazados en la determinación de la pena, y considera que esto se debe probablemente a que el Código Penal español no prevé, como el StGB, casos de delitos más graves en cuanto a su límite penal máximo que a la vez tengan un límite mínimo más leve que otros de máximo menos elevado, y viceversa. Sin embargo, MIR PUIG ya advertía que la nueva técnica de fijación de penalidades adoptada por el Proyecto de 1980 podía dar lugar a las situaciones aludidas.

Vid. también, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, cit.*, pp. 33, 91, 127 y 143-144, 191, 248, este autor se muestra contrario a la aplicación de, al menos, alguno de los efectos del principio de combinación en el ámbito del concurso de leyes; PEÑARANDA RAMOS *Concurso de leyes, cit.*, pp. 54 y ss.; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos, cit.*, pp. 217 y ss., muy crítico con la posibilidad de aplicar el principio de combinación en el ámbito del artículo 68 CP 1973; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 185 y ss., en concreto, sobre la teoría de la combinación, vid. pp. 188 y ss. Especialmente aguda y acertada es la observación de este autor cuando afirma que subsidiariedad y consunción se configuran conceptualmente como supuestos de concurso de leyes, pero materialmente se comportan como auténtico concurso ideal de delitos. Vid. también CUELLO CONTRERAS, *ADPCP* 1979, pp. 469-470.

En la jurisprudencia española, la STS de 6 de abril de 1988, en un supuesto en el que era de aplicación el artículo 68 CP, aplicó el efecto de cierre del tipo más benigno, reconociendo su eficacia tanto en los casos de concurso ideal como de concurso de leyes. Vid. el comentario a esta sentencia de GONZÁLEZ PULIDO, *El «efecto de cierre» en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado* en PJ núm. 14 (1989), pp. 191-195.

Sobre el tratamiento del concurso de leyes en Alemania y la teoría de la combinación. vid. JESCHECK, *Tratado, cit.*, p. 1040-1041, quien reconoce que, de este modo, el tratamiento del concurso de leyes es muy similar al que recibe en Alemania el concurso ideal de delitos.

(88) Esto sucederá cuando se hayan producido las lesiones castigadas en el artículo 149 CP 1995.

(89) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, pp. 44 (afirmando una relación de subsidiariedad tácita), 154 (afirmando una relación de consunción).

(90) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 38.

(91) Debe apuntarse aquí que con anterioridad a la Reforma de 1989 y decisivamente influidos por el tenor literal del artículo 421 CP entonces vigente, algunos autores afirmaron una relación de exclusión entre el homicidio intentado o frustrado punible y las lesiones consumadas. Así, JASO ROLDÁN (*Derecho Penal, cit.*, p. 255), DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (*Derecho Penal, cit.*, pp. 449-450); QUINTANO RIPOLLÉS,

En la doctrina alemana, JAKOBS considera las lesiones de los §§ 222 y 223a StGB como hecho concomitante («Begleitatt») que queda desplazado, aunque el concurso de leyes está en estos supuestos cuantitativamente limitado, en el sentido de que existirá un concurso de delitos cuando las lesiones se aparten del supuesto normal de homicidio —determinado éste de modo amplio— por suponer una cantidad excesivamente elevada de malos tratos o daños a la salud (92). Según JAKOBS esto vale tanto para el homicidio consumado como para el intentado (93). HORN opina que en todos los supuestos de homicidio intentado con lesiones dolosas consumadas debe apreciarse un concurso de leyes, existiendo una relación de subsidiariedad (94). HIRSCH también afirma la existencia de un concurso de leyes entre el homicidio intentado y las lesiones de los §§ 223, 223a, 224 e, incluso, del § 225 (95). También aceptan la tesis del concurso de leyes GÖSSEL (96), ARZT (97), BLEI (98) y GERKE (99). Debe advertirse, no obstante, que las afirmaciones de JAKOBS, HORN y HIRSCH se basan en un argumento que no es posible utilizar en el Derecho Penal español; a diferencia de éste, en el Derecho Penal alemán el § 23.2 StGB establece la atenuación de la tentativa con carácter facultativo. Este dato permite a los autores citados mantener que la pena de un delito intentado puede abarcar tan intensamente el contenido de injusto de un hecho como la pena del delito consumado y, por esta razón, posee la misma fuerza que éste para desplazar otros delitos en concurso de leyes (100), (101).

(*Tratado, cit.*, 694-695, 729); este autor niega expresamente la posibilidad de un concurso ideal entre homicidio frustrado y lesiones consumadas (*loc. cit.*, p. 104). Vid. también, CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, pp. 79-81 y nota 131, que ubicaba esta problemática en el antiguo artículo 50 párrafo segundo.

(92) Vid. JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, pp. 1063-1064.

(93) Vid. JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, p. 1069.

(94) Vid. HORN, *SK, cit.*, núm. marg. 32 § 212.

(95) Vid. HIRSCH, *LK, cit.*, núm. marg. 18 antes del § 223.

(96) Vid. GÖSSEL, *Strafrecht, cit.*, p. 174; según este autor, la jurisprudencia sería acorde con lo siguiente: toda lesión es también una puesta en peligro abstracta de la vida y queda desplazada por el homicidio en base a la subsidiariedad.

(97) Vid. ARZT/WEBER, *Strafrecht, cit.*, p. 92.

(98) Vid. BLEI, *Strafrecht, cit.*, pp. 18-19.

(99) Vid. GERKE, *Strafrecht, Köln, 1995*, p. 125.

(100) HIRSCH (*LK, cit.*, núm. marg. 18 antes del § 223) afirma, además, que la apreciación de un concurso ideal supone una inadmisibles doble valoración tanto del dolo de lesionar, como de la vertiente objetiva de las lesiones, que representan un tránsito hacia la lesión de la vida, pues todos los grados de realización que recorre una acción ejecutiva de homicidio en el camino hacia la consumación quedan abarcados por el contenido de injusto de la tentativa de homicidio y son tenidos en cuenta en la determinación de la pena de ésta.

(101) En la doctrina española, algunos autores entienden que podría ser satisfactorio introducir en el Código Penal un sistema de atenuación simplemente facultativa —y no obligatoria— para la frustración (o la tentativa acabada). Vid. SILVA SÁNCHEZ y MELERO MERINO, *Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta*, en *Actualidad Penal (AP) 1995*, p. 171, nota 35.

7. LA TESIS DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS ENTRE EL HOMICIDIO INTENTADO Y LAS LESIONES CONSUMADAS

Hay concurso ideal cuando un solo hecho constituye dos o más delitos (102). Confrontando este concepto con el del concurso de leyes podemos concluir que en los supuestos de concurso ideal de delitos se hace necesaria la aplicación de todos los delitos efectivamente concurrentes porque es la única manera de aprehender todo el desvalor del hecho: sólo aplicando todas las leyes infringidas se consigue aprehender el contenido total de injusto (103). En este sentido, para defender la tesis del

(102) El artículo 77.1 CP 1995 se refiere a esta clase de concurso: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra».

El artículo 77.2 regula sus consecuencias jurídicas: «En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones».

Consideramos que carece de relevancia para la teoría de los concursos el hecho de que el nuevo Código Penal se refiera a «dos o más infracciones» en lugar de la expresión utilizada por la legislación anterior: «dos o más delitos». La modificación sólo pretende aclarar expresamente la posibilidad de que concurren idealmente un delito y una falta, o dos faltas. En este sentido, para el concurso real de delitos, el artículo 73 CP 1995, como el artículo 69 CP 1973, se refiere primero al responsable de «dos o más delitos o faltas» y, posteriormente, a «las penas correspondientes a las diversas infracciones». Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, p. 734; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, cit.*, p. 211; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos, cit.*, pp. 185-189; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, cit.*, p. 591.

De todos modos, creemos oportuno señalar que la referencia del artículo 71 CP 1973 a «dos o más delitos» imposibilitaba que en España se planteara la polémica entablada entre la teoría de la unidad y la de la pluralidad. Sobre esta polémica, vid. MIR PUIG, *Adiciones, cit.*, p. 1021; SANZ MORÁN, *loc. cit.*, pp. 144-145, 210-211; JESCHECK, *Tratado, cit.*, p. 1012, donde afirma que aquella polémica afecta a una cuestión constructiva carente de significación práctica. Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, cit.*, p. 604, nota 30.

Sobre los antecedentes histórico-legislativos de la regulación del concurso de delitos en el Ordenamiento jurídico español, vid. SANZ MORÁN, *loc. cit.*, pp. 173 y ss.

(103) Como afirma JESCHECK (*Tratado, cit.*, p. 1011), lo esencial del concurso ideal de delitos es que han de tomarse en consideración o bien una pluralidad de tipos o bien la repetición del mismo tipo para caracterizar el contenido de injusto del hecho en todas direcciones. La diferencia entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes queda perfectamente expresada en las siguientes palabras de MIR PUIG (*Sobre la relación entre parricidio y asesinato, cit.*, p. 176): Podría decirse que el concurso ideal es un concurso de leyes efectivamente aplicables, mientras que el concurso de normas lo es de preceptos de los que sólo cabe aplicar uno. Para JAKOBS (*Derecho Penal, cit.*, p. 1074), mientras que en el concurso de leyes únicamente concurren formulaciones legales («Gesetzformulierungen»), en el concurso de delitos se trata de la concurrencia de las propias leyes («Die Konkurrenz von Gesetzen selbst»). Sobre el concurso ideal, vid., ampliamente, ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion», cit.*, pp. 7 y ss.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, cit.*, pp. 143 y ss., 210-216; VIVES ANTÓN, *La estructura, cit.*, pp. 16 y ss. CID MOLINÉ, ADPCP 1994, pp. 29 y ss., CÓRDOBA RODA, *Comentarios, cit.*, pp. 350 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a Ed., Madrid, 1990, pp. 271-272.

concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado y las lesiones consumadas debe partirse de que la aplicación exclusiva del delito que tenga señalada la pena más grave no abarca todo el contenido de injusto del hecho (104). Cuando el delito que tenga señalada una pena más grave sea el homicidio intentado, *no es posible mantener que un delito intentado abarque el desvalor de un delito consumado* (105), *al menos en un caso como el que nos ocupa, teniendo en cuenta que son distintos los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la vida y en los delitos de lesiones* (106). El hecho de que en muchas de las ocasiones en las que se realiza un homicidio intentado se produzcan también unas lesiones dolosas consumadas no permite afirmar que éstas queden abarcadas por aquél, especialmente en los supuestos en los que las lesiones que se han producido no pueden considerarse como potencialmente mortales (107). Además, las lesiones que se hayan producido pueden tener una gravedad muy diversa. Por esta razón, entender que el contenido de injusto del homicidio intentado abarca siempre el desvalor de las lesiones, impide diferenciar suficientemente en función de la diversa gravedad de éstas (108).

Sobre la relación entre el fundamento del concurso ideal de delitos y el principio de prohibición de doble valoración, vid. PUPPE, *NK*, *cit.*, núms. margs. 5 y 6 antes del § 52; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 261 y ss.; CUERDA RIEZU, ADPCP 1991, pp. 849-850.

Sobre el desarrollo histórico de la teoría del concurso de delitos y la regulación de esta institución en el Derecho comparado, vid., ampliamente, SANZ MORÁN, *loc. cit.*, pp. 39 y ss.

(104) Vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 192 y nota 30.

(105) Vid. *supra* nota 56.

Como señala GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 198), la apreciación de un concurso de leyes entre la tentativa del delito cualificado y el delito base consumado responde a un prejuicio: el de que la cuestión relativa al concurso de leyes entre dos supuestos de hecho penales ha de ser respondida de la misma forma tanto en caso de consumación cuanto de tentativa del hecho.

Vid. también, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, *cit.*, p. 272, afirmando la posibilidad de un concurso ideal entre el asesinato frustrado y el homicidio consumado; SILVA SÁNCHEZ y MELERO MERINO, AP 1995, pp. 170-171, afirmando la posibilidad de un concurso ideal entre las lesiones frustradas del artículo 421.1.ª 6 del 420 CP 1973 y las consumadas del artículo 582 CP 1995; ESER, *Strafgesetzbuch*, *cit.*, núm. marg. 23 § 212; PUPPE, *NK*, *cit.*, núm. marg. 14 previo al § 52; VOGLER, *Funktion und Grenzen*, *cit.*, pp. 725-726; este autor afirma expresamente que el tipo del homicidio intentado no agota el contenido de injusto del suceso en toda su extensión.

(106) Cuando el delito que tiene señalada la pena más grave es el de lesiones, entendemos que la diferencia de bienes jurídicos es decisiva para negar que las lesiones dolosas consumadas puedan abarcar el desvalor de la puesta en peligro dolosa de la vida.

(107) En un sentido similar, al ocuparse de los supuestos de concurso de leyes (principio de consunción), señala JESCHECK (*Tratado*, *cit.*, pp. 1039-1040) que la idea de consunción del hecho acompañante no puede aplicarse cuando el delito accesorio se aparta del curso normal y manifiesta un contenido de injusto propio.

(108) Como afirma JOSHI JUBERT (ADPCP, 1992, p. 618), no hay que olvidar que lo que la teoría del concurso pretende averiguar es cuántos tipos penales van a entrar en

En los supuestos en los que las lesiones que se han producido son graves y tienen señalado un marco penal similar o, incluso, superior al del homicidio intentado, no es posible mantener que el legislador, en la fijación de éste último, haya previsto el hecho de que se produzcan tales lesiones, como delito que, normalmente, acompaña al homicidio intentado. Y no sólo esto, por muy amplio que sea el marco penal del homicidio intentado, las lesiones dolosas consumadas tienen un significado penal autónomo que sólo puede reflejarse con la aplicación efectiva de ambos delitos. La existencia de una puesta en peligro dolosa de la vida no puede llevar a desconocer el significado propio y autónomo de las lesiones dolosas consumadas que se han producido en el caso concreto. Si la estructura lógica del concurso ideal de delitos puede representarse con la figura de los dos círculos secantes, que tienen un sector común y otro distinto, realizando el hecho ambos círculos (109), en el caso que ahora nos ocupa la zona común es la agresión dolosa a una persona y los sectores específicos están formados, por una parte, por la puesta en peligro de la vida (homicidio intentado) y, por otra parte, la lesión de la integridad corporal o la salud física (lesiones consumadas); como el desvalor total del hecho se extiende a ambos círculos secantes, no basta ninguno de los dos por sí solo para aprehenderlo por completo. En los supuestos de homicidio intentado en los que se producen unas lesiones dolosas consumadas, sólo con la apreciación de un concurso ideal y la aplicación del tratamiento penal que para éste establece el artículo 77 CP 1995 quedará claramente reflejada la doble concurrencia delictiva (110) y la diferencia valorativa de todas las situaciones imaginables. Sólo un tratamiento penal que plasme el principio de exasperación (asperación) o, con carácter subsidiario respecto de aquél, el principio de acu-

juego y de qué manera. De esta forma, se va a ocupar de sucesos pasados. No se trata de un tema de injusto en donde la perspectiva *ex ante* resulta ser la más idónea. Sino de cuestiones en las que la perspectiva de análisis es forzosamente *ex post*.

(109) Así MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato, cit.*, pp. 176-177.

(110) JESCHECK (*Tratado, cit.*, p. 1011) destaca que la figura del concurso ideal proporciona la posibilidad, indispensable en Derecho Penal, de que una acción sea aprehendida exhaustivamente (función de esclarecimiento del concurso ideal, «Klarstellungsfunktion»). En este sentido, la estimación de la relación de concurso ideal sirve para esclarecer cómo debe formularse en estos casos el fallo y qué penalidades hay que aplicar al hecho (p. 1018). En el concurso de leyes, al no recogerse en el fallo el precepto desplazado, éste no contribuye a la caracterización del hecho (p. 1034). Vid. también ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion», cit., passim*; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, cit.*, pp. 143, 191; PUPPE, *NK, cit.*, núm. marg. 16 antes del § 52; esta autora considera a la «Klarstellungsfunktion» como una función general del concurso ideal de delitos junto con la prohibición de doble valoración y el mandato de agotar el desvalor («Ausschopfungsgesetz»).

mulación (111), garantiza satisfactoriamente tal diferencia valorativa (112).

Existen otros argumentos en favor de la tesis del concurso ideal de delitos: Si se acepta que el tipo del delito intendo es un tipo incongruente por exceso subjetivo en el que, por lo tanto, existe una desviación del riesgo principal que, en los supuestos aquí estudiados, ha dado lugar a un resultado distinto del creado por dicho riesgo (aunque, normalmente, abarcado también por el dolo del autor), parece que tales supuestos deberán recibir el mismo tratamiento que se dispensa a aquéllos en los que existe un error, dolo alternativo, o dolo cumulativo y se produce un resultado que determina un cambio de delito (113). Gráficamente: cuando A dispara dolosamente sobre B pero la bala deja ileso a B y produce unas lesiones sobre C, que se hallaba próximo, creemos que no existirán problemas para apreciar un concurso ideal entre tentativa de homicidio respecto de B y lesiones respecto de C, lesiones imprudentes si éstas se han producido como consecuencia de un error que da lugar a imprudencia (artículo 14.1 CP 1995) (114); para la doctrina dominante existirá también un concurso ideal entre homicidio intentado y lesiones dolosas consumadas, si estas últimas fueron abarcadas por A con dolo

(111) Sobre el tratamiento penal del concurso ideal en España, vid. *infra*. Debe señalarse aquí que algunos autores consideran que el principio que inspiraba el artículo 71 CP 1973, similar al del artículo 77 CP 1995, no era el de exasperación, sino el de absorción con agravación, así SANZ MORÁN *El concurso de delitos*, cit., pp. 31, 190, 222, 250, CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 49 y ss. 165-211; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., p. 369, nota 172 (este autor se refiere al principio de absorción con asperación).

Es importante recordar que el tratamiento penal del concurso ideal es distinto en Alemania: el tratamiento del concurso ideal homogéneo responde al principio de absorción: sólo se impone una vez la pena correspondiente a la ley varias veces vulnerada (§ 52 I); el tratamiento del concurso ideal heterogéneo responde al principio de combinación: las penalidades de las distintas leyes infringidas se reúnen para formar una penalidad común (§ 52 II-IV). Vid. JESCHECK, *Tratado*, cit., pp. 993, 1018-1019. Por otra parte, como advierte este autor (p. 1034), en Alemania la distinción entre concurso ideal de delitos y concurso de leyes ha perdido mucha importancia por el hecho de que también en este último la jurisprudencia va concediendo a la ley desplazada, en forma reciente y en distintas direcciones, influjo en la decisión del caso concreto. Sobre la evolución del tratamiento del concurso de delitos en Alemania, vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 87-100.

(112) Vid. VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., pp. 724-726.

(113) Nos referimos a los supuestos que en la teoría general del error de tipo dan lugar a un error relevante: el bien jurídico efectivamente lesionado y el bien jurídico amenazado por el riesgo principal gozan de una protección penal distinta. Los resultados de lesión de tales bienes jurídicos no son típicamente equivalentes.

(114) Vid. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1984, p. 348; considera este autor que en estos supuestos de error de tipo relevante la doctrina es concorde en solucionarlos apreciando un delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente. En el mismo sentido, destacando también el carácter unánime de la solución, CEREZO MIR, *Curso*, cit., p. 384; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 419.

(115) Vid., ampliamente, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pp. 144 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 72, 282; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., pp. 335-336; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1984, pp. 376-377; BALDÓ LAVILLA, ADPCP 1995, pp.

alternativo (115) o con dolo cumulativo. Si en estos supuestos se acude a la solución del concurso ideal ¿Qué razones existen para que no sea también esta la calificación correcta en el caso de que la bala lesione a B sin quitarle la vida? ¿Porqué no aplicar también el tratamiento del concurso ideal en los supuestos en los que la desviación del riesgo principal (o curso causal principal, si se prefiere) da lugar a que el bien jurídico puesto en peligro y el lesionado pertenezcan al mismo sujeto pasivo? La diferencia que representa que las lesiones se produzca en uno u otro sujeto parece que no justifica un tratamiento distinto en ambos casos, especialmente si tenemos en cuenta que son distintos los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la vida (aquí, en la tentativa de homicidio) y en los delitos de lesiones (aquí dolosas y consumadas), y que ambos bienes jurídicos son eminentemente personales.

En España, CARBONELL-GONZÁLEZ CUSSAC (116) se han pronunciado a favor de apreciar un concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado o frustrado y unas lesiones imprudentes. GRACIA MARTÍN (117) considera que debe apreciarse un concurso ideal entre homicidio frustrado y lesiones dolosas consumadas cuando las lesiones causadas por el autor estén castigadas con mayor pena que el homicidio frustrado y hayan sido abarcadas por el dolo. MIR PUIG (118) ha afirmado que cuando con intención homicida se causan lesiones parece más lógico estimar un concurso de delitos que un concurso de leyes. Recientemente, también se han pronunciado en favor del concurso ideal GARCÍA ALBERO (119) y LUZÓN PEÑA (*).

En Alemania, son numerosos los autores que acuden al concurso ideal en los supuestos que son objeto de nuestro comentario. Se han pro-

354 y ss. JESCHECK, *Tratado, cit.*, pp. 409-410; BALDÓ LAVILLA, GONZÁLEZ CUSSAC, MIRA BENAVENT, SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios a la STS de 22 de diciembre de 1989*, en PJ núm. 25 (1992), p. 156; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Madrid, 1996, pp. 430-431. Cfr. STS de 3 de mayo de 1994 (Ponente: Bacigalupo Zapater).

(116) Vid. CARBONELL-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, p. 518; sin embargo, estos autores, al ocuparse de las lesiones del artículo 421.1.º CP 1973 (*loc. cit.*, p. 601) exponen la opinión de BOIX REIG sobre los requisitos que deben concurrir para aplicar este artículo y afirman que cuando el sujeto actúe con dolo directo respecto de aspectos de la integridad física del sujeto pasivo no lesionados, o de la vida (que tampoco se ha lesionado), estaremos ante un concurso de normas con los correspondientes delitos en grado de tentativa o frustración.

(117) Vid. GRACIA MARTÍN, *Delitos, cit.*, p. 98-99: este autor distingue correctamente entre los supuestos en los que las lesiones se han producido dolosamente y aquellos en los que se han producido por imprudencia.

(118) Vid. MIR PUIG, *Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1979, pp. 95-96 (este artículo también se publicó en el Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1972. Vid. p. 353).

(119) Vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 365-369. Este autor también apunta la solución de un concurso ideal en su artículo: *Sobre la denominada «unidad natural de acción»*, ADPCP 1994, p. 239.

(*) Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, cit.*, pp. 430-431.

nunciado en en este sentido WELZEL (120) JAKOBS (121), ESER (122) OTTO (123), HAFT (124), WESSELS (125), SCHMIDHAUSER (126), VOGLER (127), ABELS (128), SAMSON (129), STREE (130) y MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (131).

8. COMPARACIÓN DE LOS MARCOS PENALES

En las páginas precedentes hemos ensayado la fundamentación teórica que requieren la afirmación de un concurso de leyes y la de un concurso ideal de delitos. Para decidirnos por una u otra calificación entendemos que puede resultar decisivo comparar los marcos penales a que dan lugar ambas hipótesis (132). Procedamos a esta comparación

(120) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 282.

(121) Vid. JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 1063, afirmando expresamente el concurso ideal entre las lesiones de los §§ 224 y 225 StGB y el homicidio intentado; EL MISMO, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, Bonn, 1967, pp. 128 y ss.; EL MISMO, *Anmerkung zu BGH 22*, pp. 248 y ss., en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1969, pp. 437-438.

(122) Vid. ESER, *Strafgesetzbuch*, cit., núm. marg. 23 § 212; considera este autor que la apreciación de un concurso ideal se justifica por la necesidad de distinguir los supuestos en los que un homicidio doloso intentado va acompañado de lesiones; de aquéllos en los que no se produce lesión alguna, y entiende que las opiniones contrarias al concurso ideal ignoran la función de esclarecimiento de aquél.

(123) Vid. OTTO, *Grundkurs*, cit., p. 84; este autor admite el concurso ideal entre el homicidio intentado y las lesiones de los §§ 224, 225 y 229 abs. 2 StGB.

(124) Vid. HAFT, *Strafrecht Besonderer Teil*, 5.^a Ed., München, 1995, p. 88.

(125) Vid. WESSELS, *Strafrecht Besonderer Teil/1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, 19.^a Ed., Heidelberg, 1995, p. 63.

(126) Vid. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, cit., p. 34.

(127) Vid. VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., pp. 725-726.

(128) Vid. ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion»*, cit., pp. 85-87; este autor considera que, en todos los casos de homicidio intentado en los que se producen lesiones dolosas consumadas, este desvalor del resultado adicional constituye el criterio decisivo para afirmar la necesidad de la «klarstellungsfunktion» propia del concurso ideal.

(129) Vid. SAMSON, *SK*, cit., núm. marq. 69 antes del § 52.

(130) Vid. STREE, *Strafgesetzbuch*, cit., núm. marq. 126 antes del § 52.

(131) Vid. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, cit., pp. 109-110; aunque estos autores no se pronuncian expresamente en favor de la tesis del concurso ideal, califican de dudosa la tesis del concurso de leyes y apuntan que la jurisprudencia alemana sobre cualificaciones especiales se correspondería mejor con la admisión de un concurso ideal entre las lesiones consumadas y el homicidio intentado.

(132) Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 18-20. Afirma este autor que la teoría del concurso viene en gran medida determinada por las consecuencias jurídicas prefijadas para cada institución concursal. Consciente o inconscientemente, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen los límites de cada figura concursal en función de la gravedad o benignidad de la sanción correspondiente. CUERDA RIEZU considera, incluso, que el estudio de las diversas consecuencias jurídicas concursales se impone como primer paso a dar en materia de teoría del concurso.

partiendo del supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, esto es, partiendo de la concurrencia de un homicidio intentado y unas lesiones dolosas consumadas del artículo 149 CP 1995, sin circunstancias agravantes ni atenuantes. Pero antes debemos realizar dos advertencias. Primera: en la determinación de los marcos penales sólo nos fijaremos en las penas principales, prescindiendo de las penas accesorias y de la eventual imposición de medidas de seguridad. Segunda: tanto por lo que respecta al concurso de leyes como al concurso ideal de delitos, en el cálculo de los marcos penales hemos prescindido de la concreción total de la pena, señalando los límites mínimo y máximo de aquéllos sin atender al uso del arbitrio judicial y tomando, para la acumulación subsidiaria del concurso ideal de delitos, la cifra mínima del límite mínimo obtenido. Entendemos que este procedimiento está justificado por el carácter general del estudio que pretendemos realizar (133). La afirmación de un *concurso de leyes* a resolver por el principio de consunción dará lugar a la aplicación del delito que tenga asignada pena más grave, en nuestro caso, las lesiones dolosas consumadas del artículo 149 CP 1995. Esto representa un marco penal que va de nueve a doce años de prisión; la afirmación de un *concurso ideal de delitos* dará lugar a la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (prisión de diez años y seis meses a doce años, con independencia de

Sobre la discusión acerca del lugar sistemático de la teoría del concurso de delitos, vid. VIVES ANTÓN, *La estructura*, cit., pp. 23 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 595-598; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 19-24; CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1979, pp. 45 y ss.

(133) Sobre los posibles modelos de determinación de la pena en el ámbito del artículo 68 CP 1973, vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 220 y ss.

Para el concurso ideal de delitos, cfr. artículo 77 CP 1995. Vid. MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª Ed., Madrid, 1996, p. 197. Sobre la interpretación del artículo 71 CP 1973, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 732-734, EL MISMO, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, cit., pp. 1023-1024, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 221-226; CUERDA RIEZU, loc. cit., pp. 49-56, 165-211; MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, pp. 112-113; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena (cuestiones técnicas y jurisprudenciales)*, 3.ª Ed., Valencia, 1990, pp. 141-150. Cfr. CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1979, pp. 78 y ss., 83-85, 470-473; BACIGALUPO, *Principios*, cit., p. 277.

Es importante precisar alguno de los extremos más oscuros del artículo 77 CP 1995 heredados del artículo 71 CP 1973: 1) la regla subsidiaria (punición separada de los delitos) no opera necesariamente «dentro» del marco que supone la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave; 2) la determinación de la pena más grave se efectuará «en concreto» teniendo en cuenta la establecida en el tipo y, además, atendiendo a la que resulte del juego de las reglas generales para la determinación de la pena, pero operando sólo con las propias del grado de ejecución, formas de participación y circunstancias atenuantes y agravantes de «eficacia excepcional»: eximentes incompletas, menor edad (mientras siga en vigor el artículo 65 CP 1973; cfr. la Disposición Derogatoria 1 CP 1995), etc. ..., pero no las de eficacia ordinaria ni el arbitrio judicial; 3) para la suma de las penas de las diversas infracciones se partirá de la determinación total de las mismas, teniendo en cuenta, incluso, las atenuantes y agravantes de eficacia común y aplicando las reglas del artículo 66 CP 1995.

que por el homicidio intentado se baje en uno o dos grados la pena del homicidio consumado (134)), sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones (en nuestro caso, dicha suma da lugar a una pena de prisión de catorce años, si por el homicidio intentado sólo bajamos un grado la pena del homicidio consumado; o prisión de once años y seis meses, si por el homicidio intentado bajamos dos grados la pena del homicidio consumado). Determinados los marcos penales resultantes de la apreciación de un concurso de leyes y de un concurso ideal de delitos, para analizar cuál de ellos resulta más apto para reflejar la diferencia valorativa existente entre los supuestos en los que un homicidio intentado se presenta acompañado de lesiones dolosas consumadas en el mismo sujeto pasivo, respecto de los casos en los que el homicidio intentado no da lugar a lesión alguna, debemos comparar aquellos marcos penales con los que resultarían aplicables si sólo se hubiera producido un homicidio intentado, o sólo se hubieran producido unas lesiones dolosas consumadas. Cuando por el homicidio intentado sólo bajamos un grado la pena del homicidio consumado, los marcos penales de las cuatro hipótesis planteadas son los siguientes: concurso de leyes: de nueve a doce años de prisión; concurso ideal de delitos: de diez años y seis meses a doce años de prisión; lesiones dolosas consumadas: de nueve a doce años de prisión. Cuando por el homicidio intentado bajamos dos grados la pena del homicidio consumado, los marcos penales de las cuatro hipótesis que hemos planteado son los siguientes: concurso de leyes: de nueve a doce años de prisión; concurso ideal de delitos: de diez años y seis meses a doce años de prisión, pero con un límite de once años y seis meses (resultante de sumar las penas que correspondería aplicar si se castigaran separadamente el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas); homicidio intentado: de dos años y seis meses a cinco años; lesiones dolosas consumadas: de nueve a doce años.

En cuanto al límite mínimo de la pena aplicable, de esta exposición de marcos penales se desprende, en primer lugar, que los límites mínimos de la pena aplicable apreciando un concurso de leyes o un concurso ideal de delitos son superiores al límite mínimo que resultaría de la sola apreciación de un homicidio intentado. Esto nos parece plenamente justificado por el hecho de que en el supuesto que comentamos, además de una puesta en peligro dolosa de la vida, se han producido las lesiones dolosas y consumadas del artículo 149 CP 1995, cuya relevancia penal es, precisamente, la que justifica este aumento del límite mínimo de la pena aplicable en este caso (135). En se-

(134) Cfr. artículo 62 CP 1995.

(135) Adviértase que el límite mínimo de nueve años de prisión ya sería preceptivo por la sola apreciación de las lesiones que se han producido, esto es, aunque no se valorara la puesta en peligro de la vida, también existente en el caso que comentamos y, en general, en todos los supuestos de delitos intentados contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución y que se presentan acompañados de unas lesiones dolosas consumadas en el mismo sujeto pasivo.

gundo lugar, de la anterior exposición de marcos penales se desprende que, en principio, la apreciación de un concurso ideal representa un aumento del límite mínimo de la pena (diez años y seis meses) respecto al marco penal resultante de apreciar un concurso de leyes (nueve años). Si concretamos más los marcos penales resultantes de estas dos calificaciones, veremos que esta primera impresión no es del todo correcta, pues la existencia de una puesta en peligro de la vida deberá dar lugar a que, por la vía del artículo 66 regla primera CP 1995 (criterio de «la mayor o menor gravedad del hecho»), la pena concreta resultante de la apreciación de un concurso de leyes sea una pena superior a nueve años de prisión, pues, de lo contrario, no quedaría reflejado el desvalor de aquella puesta en peligro de la vida, cuya relevancia penal es precisamente la que nos ha conducido a afirmar la concurrencia de dos delitos (136). Si el límite mínimo de la pena concreta resultante de la apreciación de un concurso de leyes debe ser una pena superior a nueve años, parece correcto optar por la calificación de un concurso ideal de delitos y establecer automáticamente que el límite mínimo en los supuestos que ahora nos ocupan es de diez años y seis meses. Esta calificación, además de garantizar que en la pena que resulte aplicable al caso se verá directamente reflejada la concurrencia efectiva dos infracciones, ofrece, frente al concurso de leyes, una mayor seguridad en la fijación del límite mínimo de la pena concreta. Es importante, además, señalar que la fijación del límite mínimo por la vía de aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, se corresponde con la consecuencia que el artículo 66 regla tercera CP 1995 establece para el caso de que concurra una (o varias) agravantes y ninguna atenuante (137).

En cuanto al límite máximo de la pena aplicable, de la anterior exposición de marcos penales se desprende, por una parte, que, tanto la apreciación de un concurso de leyes como la de un concurso ideal de delitos, dan lugar a un límite máximo superior al del homicidio intentado, e incluso ofrecen la posibilidad de imponer una pena superior a la que tiene asignada el homicidio consumado. Lo primero nos parece del todo plausible, pues brinda la posibilidad de que en la pena que resulte aplicable se refleje el hecho de que en los supuestos que nos ocupan concurren dos delitos: el homicidio intentado y las lesiones consumadas del artículo 149 CP 1995. Lo segundo nos parece perfectamente coherente con los criterios seguidos por el legislador penal al fijar las penas de los delitos

(136) Este argumento sirve, *mutatis mutandi*, para los supuestos en los que concurre alguna circunstancia atenuante o alguna o varias circunstancias agravantes y deben aplicarse las reglas segunda y tercera del artículo 66 CP 1995.

(137) Cfr. artículo 8, reglas primera y tercera CP 1995. Vid. CUERDA RIEZU *Concurso de delitos*, cit., pp. 180-182, 274. Este autor, con referencias de antecedentes legislativos y opiniones doctrinales, ya destacó que la agravación de la pena disponible permite constatar una cierta similitud entre el tratamiento de los concursos ideal y medial y el de las circunstancias modificativas agravantes del artículo 10 antes de 1983.

previstos en los artículos 138 y 149 CP 1995. Por otra parte, de la anterior exposición de marcos penales, se advierte que en los supuestos en los que por el homicidio intentado se ha bajado un grado la pena del homicidio consumado, dicho límite máximo será el mismo, ya se aprecie un concurso de leyes o un concurso ideal de delitos (doce años), mientras que en los supuestos en los que por el homicidio intentado se han bajado dos grados la pena del homicidio consumado, la apreciación de un concurso ideal de delitos reduce el límite máximo de la pena aplicable (once años y seis meses). Si se tiene en cuenta que el límite máximo de la pena aplicable no es más que esto: un límite máximo al que no es preceptivo llegar, creemos que la reducción del mismo por la vía de la apreciación de un concurso ideal de delitos puede considerarse favorablemente, pues supone una mayor seguridad en la fijación del límite máximo de la pena concreta y, además, permite reflejar la diferencia valorativa que pueda existir en los diversos supuestos de homicidio intentado que aparece acompañado de las lesiones del artículo 149 CP 1995 y que subyace en los criterios establecidos en el artículo 62 CP 1995 (138).

La afirmaciones anteriores en favor del marco penal que surge de la apreciación de un concurso ideal de delitos se ven reforzadas por el análisis de los marcos penales que resultan aplicables en los supuestos en los que las lesiones que se producen junto al homicidio intentado no son las del artículo 149 CP 1995, sino las previstas en los artículos 147, 148 y 150 CP 1995. En efecto, si se aprecia un concurso ideal de delitos, cuando el delito que resulta aplicable por tener prevista una pena más grave es el del homicidio intentado, el límite mínimo del marco penal resultante es superior tanto al que resultaría de apreciar sólo un homicidio intentado, como en el caso de apreciar un concurso de leyes. Lo primero está justificado por la concurrencia de unas lesiones. Lo segundo ya hemos visto que es más aparente que real, pues, en unos casos, al concretar el marco penal del concurso de leyes deberán tenerse presentes las lesiones que se han producido y reconocerles la relevancia penal que les corresponde para aumentar la pena y, en los casos restantes, la determinación de la pena por la vía de castigar por separado ambas infracciones (139) reducirá el límite mínimo del marco penal aplicable en el caso concreto. En cuanto al límite máximo del marco penal resultante, la apreciación de un concurso ideal de delitos permitirá fijarlo atendiendo a la suma de las penas que correspondería aplicar si se castigaran separadamente las dos infracciones, lo cual dará lugar a que, en la mayoría

(138) Si se aprecia un concurso ideal de delitos, en los supuestos en los que no se hayan realizado todos los actos ejecutivos del homicidio, la pena a imponer no podrá ser, en principio, superior a once años y seis meses, mientras que en los supuestos en los que sí se han realizado todos los actos ejecutivos del homicidio, la pena podrá alcanzar los doce años.

(139) Cfr. artículo 77.3 CP 1995.

de los casos, dicho límite sea inferior al que resultaría de apreciar un concurso de leyes.

En definitiva, la apreciación de un concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado y las lesiones que se hayan producido en el caso concreto permite, con carácter general, reflejar el desvalor total del hecho y diferenciarlo de los supuestos en los que el homicidio intentado no da lugar a lesión alguna. Por otra parte, las reglas de determinación de la pena previstas para el concurso ideal de delitos permiten establecer con mayor precisión y seguridad los límites mínimo y máximo de los marcos penales; finalmente, es importante apuntar que la comparación de los resultados obtenidos de la aplicación de dichas reglas en el caso concreto permite afirmar la obtención de una pluralidad de marcos penales distintos que reflejan la pluralidad de situaciones que pueden producirse en la realidad y las diferencias valorativas existentes entre todas ellas.

9. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA SENTENCIA COMENTADA.

A lo largo de este comentario hemos pretendido, a propósito de los hechos de los que se ocupó la STS de 12 de noviembre de 1994, delimitar de forma dogmáticamente correcta la problemática que suscitan los supuestos de homicidio intentado que producen, además de la puesta en peligro de la vida, una lesión en la integridad física del sujeto pasivo. Ya nos hemos pronunciado a favor de reconocer relevancia jurídico-penal a dichas lesiones (140). Partiendo de la argumentación que hemos ensayado a favor de la tesis del concurso ideal de delitos, creemos que ésta es la solución más correcta para estos supuestos, pues consigue diferenciar de modo plausible, tanto al afirmar la concurrencia de ambos delitos, como en la determinación de la pena, las diferencias valorativas que pueden presentarse en los diversos supuestos. La tesis del concurso de delitos no pretende, ni mucho menos, volver a un sistema en el que la responsabilidad penal se hace depender exclusivamente del resultado producido, sino profundizar en la valoración jurídico-penal tanto de la vertiente objetiva de la conducta, como en la subjetiva, proporcionando una calificación y tratamiento punitivo distinto a los diversos supuestos que puedan presentarse. Como hemos demostrado al comparar el trata-

(140) Sobre esto podríamos añadir aquí argumentos relacionados con la función preventiva que la pena debe cumplir en un Estado social y democrático de derecho. En efecto, si no concedemos relevancia penal a las lesiones que acompañan al homicidio intentado, en los supuestos de «unidad natural de acción» por realización reiterada del homicidio intentado (en tentativa acabada), la conducta del sujeto recibirá el mismo tratamiento punitivo en el caso de que tras dos intentos fallidos que no han dado lugar a lesión alguna se produzcan otros tantos que sí causan lesiones, que en el caso de que el sujeto no realice otros intentos.

miento punitivo de la tesis del concurso ideal y la del concurso de leyes, la primera puede alegar en su favor argumentos de seguridad jurídica. Debemos apuntar, además, que la tesis del concurso ideal nos parece válida para todos los supuestos de homicidio intentado que se presenta acompañado de lesiones, ya sean éstas imputables a título de dolo, como a título de imprudencia. La tesis que distingue el tratamiento de ambas hipótesis puede dar lugar a que se castiguen más gravemente los supuestos en los que las lesiones se han causado imprudentemente que aquéllos en los que se han producido de forma dolosa.

En consecuencia, consideramos incorrecta la postura jurisprudencial que considera de modo excluyente los delitos de homicidio intentado y los delitos de lesiones y niega relevancia penal a las lesiones consumadas por la vía correcta, esto es, por la vía de afirmar la efectiva concurrencia de éstas en concurso con el homicidio intentado. En el supuesto enjuiciado por la STS de 12 de noviembre de 1994 debía de haberse apreciado un concurso ideal entre el homicidio intentado y las lesiones consumadas, aplicando el tratamiento que para aquél preveía el artículo 71 CP 1973.