

TENTATIVA Y DOLO EVENTUAL: BASES PARA SU CONVIVENCIA¹

ATTEMPT AND DOLO EVENTUAL: BASIS FOR THEIR COEXISTENCE

Maria del Carmen Gómez Rivero²

RESUMEN

El trabajo se ocupa de la debatida cuestión en torno a la admisibilidad teórica de la tentativa con dolo eventual así como de la procedencia de su castigo. La postura que se sostiene ofrece una respuesta afirmativa a ambas cuestiones, si bien condicionada por la introducción de una serie de límites motivados tanto por argumentos de orden dogmático como político criminal. Con base en ellos, la principal restricción se traduce en la exigencia de la producción de un resultado típico intermedio de menor gravedad respecto al que podría evolucionar la conducta intentada.

Palabras-clave: Tentativa. Dolo Eventual. Peligro Concreto y Abstracto. Concreción del Riesgo. Estados de Incertidumbre. Política Criminal. Resultado Típico. Delitos de Peligro.

ABSTRACT

This paper deals with the controversial question related to the possibility of founding an attempt committed with *dolus eventualis*, as well as to the admissibility of basing a judgment of criminal responsibility for the results that are caused as consequence of it. It is defended an affirmative position concerning to both questions. However, the supported thesis proposes to introduce several limits to the punishment, based both on dogmatist arguments as on criminal policy reasons. The main restriction consists of demanding the production of an intermediate result of minor gravity with regard to the one that might produce the attempt.

Keywords: Attempt. Dolus Eventualis. Concrete Risk. Abstract Risk. Concretion of the Risk. Scientific Uncertainty. Criminal Policy. Result. Crimes of Danger.

¹ Este trabajo ha sido publicado en la Revista "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Tomo LXVI, p. 159-204, 2014.

² Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Sevilla. *E-mail*: crivero@us.es

INTRODUCCIÓN

Entre las clásicas construcciones elaboradas por la dogmática jurídico penal se cuentan dos figuras de amplia tradición en la Teoría del Delito. Se trata, por una parte, de las formas imperfectas de ejecución, y, por otra, de la atribución subjetiva del resultado a un autor bajo una figura a medio camino entre el dolo directo y la imprudencia consciente: el *dolo eventual*. Sabido es que la importancia de la que gozan ya por separado cada una de estas dos construcciones no significa, en absoluto, que su elaboración se beneficie de la supuesta sencillez de sus perfiles. Representan, por el contrario, dos estructuras sumamente complejas, repletas de serios problemas conceptuales y aplicativos, lo que explica que, pese a su tradición, no puedan considerarse definitivamente cerradas. Se comprende, por ello, que su formulación teórica diste de ser unánime, y que sólo sea posible hablar de un moderado consenso en torno a los respectivos fundamentos y límites de su castigo gracias a una ingente labor interpretativa realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Precisamente, a la vista de la continua discusión que acompaña a la elaboración de los rasgos propios de cada una de estas figuras a nadie debiera extrañar la dificultad para contar con soluciones mucho más consensuadas cuando se combinan sus respectivas rasgos, dando lugar entonces a la llamada *tentativa con dolo eventual*. Se trata, en definitiva, de los casos en los que la actuación del agente, manifestada por hechos exteriores que no culminan en la producción del resultado al que directamente se encaminaban, se atribuye en términos subjetivos al autor con una actitud propia del dolo eventual, calificación ésta última que, dependiendo de la concreta teoría de que se parta, se fundamenta en la alta probabilidad conocida por el autor de producción del resultado, en su consentimiento acerca del eventual acaecimiento de éste, en su indiferencia o, conforme a criterios normativos, como el que atiende a si el autor adopta medidas orientadas a evitar el riesgo conocido³, o al grado de capacidad para prever la infracción de la norma⁴.

³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Concepto dogmático y jurisprudencial del dolo: Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia. **Libertas**: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, jun. 2012.

⁴ PEREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, quien renuncia por completo a conceder cualquier protagonismo a la vinculación psíquica del sujeto con los hechos. Para este autor, el dolo supone el “reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediado ex ante la posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento”. *Ibidem*. Así entendido, los datos psíquicos, como el conocimiento o la voluntad son sólo indicios del grado de capacidad para prever la desviación de la conducta de la norma infringida.

En general sobre una concepción normativa del dolo, véase en Alemania HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción: María del Mar Díaz Pita. **Anuario de Derecho Penal y**

Para empezar a situar en sus justos términos el alcance del debate, no está de más reconocer que la intensidad de las dudas despertadas por la construcción en estudio no sólo es tributaria de la ya referida complejidad dogmática de cada uno de sus referentes. En ella pesan también, y de manera significativa, las vacilaciones a que se presta la valoración de la gravedad de su injusto y, con éstas, lo discutible de la oportunidad y necesidad de su castigo, aspectos que indefectiblemente remiten a consideraciones de orden político criminal. No se explica de otra forma que aun cuando nuestra jurisprudencia se muestre en términos generales abiertamente favorable al castigo de las formas imperfectas de ejecución con dolo eventual, no termine de llevar ese punto de partida hasta sus últimas consecuencias y que, aun sin proporcionar la mayoría de las veces una explicación de sus oscilaciones, esté dispuesta, por ejemplo, a admitir esa construcción cuando en el curso de una pelea la agresión no evoluciona hacia el resultado más grave aceptado por el autor y, sin embargo, no la tome en consideración, por seguir con los ejemplos, cuando enjuicia al sujeto que coloca un explosivo o incendia una vivienda también con la misma actitud subjetiva si bien finalmente sólo algunos de sus moradores fallecen mientras que otros resultan ilesos. En casos como éste, nuestros Tribunales parecen dispuestos a colmar la calificación de los hechos con la apreciación del correspondiente delito de peligro colectivo así como de los tipos de asesinato consumados, pero renuncian a apreciar tantas tentativas de asesinato con dolo eventual como, según el ejemplo, personas pudieran haber sido alcanzadas por el explosivo o se encontrasen adicionalmente en la vivienda en el momento de los hechos.

En realidad, no debe sorprender el peso de las consideraciones que desbordan los resultados estrictamente dogmáticos si se tiene presente que, ante todo, la estructura de la tentativa con dolo eventual supone aunar dos figuras que ya de por sí comportan una valoración expresa o implícitamente degradada respecto a otras. Indiscutido es, de una parte, que la tentativa representa un contenido de injusto inferior al propio del delito consumado, una consecuencia inexorable en un sistema que no está dispuesto a renunciar al *desvalor del resultado*, lo que encuentra su traducción exacta en la rebaja de la pena que para estos casos dispone expresamente el art. 62 CP. Por otra parte, y aun cuando formalmente nuestro legislador no haga referencia expresa en la Parte General a la figura del dolo eventual y a resultados de su elaboración dogmática se acepte de forma mayoritaria que

Ciencias Penales, Madrid, v. 43, n. 1, 1990, p. 225 y ss., o en España DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; la misma en Id. La presunta inexistencia del elemento volitivo del dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Barcelona, n. 17, p. 59-71, 2006, con reflexiones críticas sobre la tesis también normativa de FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, desarrollada en: La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 65, p. 269-364, 1998.

a todos los efectos, también de pena, es una forma de dolo, en la base de su comprensión está la idea de que la ausencia de una voluntad directamente dirigida a la producción de un resultado lesivo impregna a la figura de tintes singulares, que antes parecen apuntar al debilitamiento de la peligrosidad que le es propia que a mantener su gravedad pareja con los casos de dolo directo. Se explica, por ello, que la combinación de ambas valoraciones sea un buen caldo de cultivo para un sentir que, en ocasiones, esté dispuesto a admitir espacios de impunidad a la luz de una consideración global de las circunstancias del caso.

De unas y otras razones intentaremos dar cuenta a lo largo de las páginas de este estudio. De momento, y con carácter previo a adentrarnos en el debate suscitado en torno al castigo de la tentativa con dolo eventual conviene hacer alguna puntualización acerca de los trazos esenciales en la comprensión de cada uno de los miembros que componen la estructura, en tanto labor que facilita la delimitación de la materia objeto de estudio. Ni siquiera parece necesario advertir la imposibilidad de acometer en estas líneas una exposición exhaustiva de sus respectivos rasgos, labor que ha sido objeto de densos y cualificados trabajos de investigación a los que no cabe más que remitirse en este punto. Sin ser, por ello, pretensión de estas líneas abordar la complejidad de una materia que necesariamente quedaría trivializada, por simplificada, fuera de estudios de aquella envergadura, nos limitamos a esbozar el trazo de las coordenadas básicas de las que partimos en la comprensión de la tentativa con dolo eventual, labor que pasa por recordar, siquiera sea someramente, los presupuestos aplicativos de cada una de las figuras que la componen.

1 UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA FENOMENOLOGÍA DE CASOS QUE RESPONDEN A LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL

Comenzando con la referencia a los aspectos estrictamente indispensables del diseño teórico de las formas imperfectas de ejecución, resulta obligado traer a colación la intensa polémica que tradicionalmente ha despertado en la doctrina penal la cuestión relativa al fundamento con base en el cual proceda su castigo⁵. Conocida es la clásica

⁵ Para un estudio detallado de estas doctrinas puede verse, entre otros, FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito**: doctrina y jurisprudencia. Barcelona: Edisofer, 1986. p. 3 y ss; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **La tentativa inidónea**: fundamento de punición y configuración del injusto. Granada: Comares, 2000. p. 17 y ss; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Delito intentado e idoneidad en derecho español. **Revista Penal**, Madrid, n. 14, p. 124-140, 2004; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 1, v. 60, 2007, p. 47 y ss.

discusión que ha enfrentado, por un lado, a las teorías que fundamentan su injusto en el exclusivo reconocimiento de un desvalor de acción – las doctrinas subjetivas, como es el caso de las que ponen el acento en una voluntad manifestada del autor contraria a Derecho o en su peligrosidad –, y, por otro, aquellas que requieren para conformar tal injusto un desvalor de resultado constatado, *ex post*, en términos objetivos. Frente a las exigencias de esta última comprensión, y en cierto modo como un intento de superar sus dificultades se sitúa aquella otra que, sin renunciar a comprobar una situación de peligrosidad, la formula desde una perspectiva *ex ante*, de modo tal que el único punto de referencia para apreciar la concurrencia o no de un estado de peligro es el que atiende a si, en el momento de obrar, un observador de los hechos percibiría la situación de riesgo. Conforme a la formulación de esta predicada doctrina⁶, el juez deberá proceder al enjuiciamiento conforme a la que se conoce como “prognosis posterior”, en la que tienen cabida los conocimientos que tendría, no ya el agente⁷, sino un espectador objetivo situado en su lugar en el momento de obrar, además de los conocimientos y saberes singulares con los que contase el autor⁸.

Aun renunciando a entrar en los pormenores de esta postura a la vista de la vasta literatura al respecto, interesa llamar la atención sobre el dato de que la adopción de este punto de partida, al que nos adherimos en estas líneas, supone reconocer la presencia

⁶ Obvio es recordar que su predicamento no significa su aceptación unánime, algo que en el ámbito que nos interesa de la tentativa no es de extrañar a la vista de las críticas a las que en general se ha enfrentado la adopción de una perspectiva *ex ante*. Paradigma de ellas es la interesante contribución de BURKHARDT, Björn. Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*. Contribución a la crítica contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 151-198, 2001.

⁷ De otra forma, como advierte Farré Trepal (Op. cit., p. 36), si sólo se tuvieran en cuenta los conocimientos que posea el autor, toda tentativa parecería peligrosa, castigándose también acciones objetivamente no peligrosas.

⁸ Ibid., p. 32 y ss; SOLA RECHE, Esteban. **La llamada “tentativa inidónea de delito”**: aspectos básicos. Granada: Comares, 1996. p. 212 y ss; MUÑOZ LORENTE, José. **La tentativa inidónea y el Código penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 205; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. cit., p. 466 y ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, quien considera que los respectivos planos que aportan las perspectivas *ex ante* y *ex post* no impiden que sea posible “distinguir *ex post* entre tentativas *ex ante* peligrosas”. Todo ello sobre la base de la posibilidad de reconocer un determinado grado de consenso social respecto a la percepción de lo “real”. En concreto, su castigo requeriría un mínimo de peligrosidad intersubjetiva, criterio que cobra especial importancia en la cuestión relativa a la punibilidad o no de la tentativa inidónea. Según el criterio, y sin perjuicio de sus matices, procedería en todo caso su castigo cuando tanto *ex ante* como *ex post* la tentativa se estime peligrosa por desconocerse la razón de la no producción del resultado salvo para un espectador omnisciente, así como en aquellos otros en que *ex post* el intento no resulte peligroso pero *ex ante* lo sea para el hombre medio en la posición del autor, en **El nuevo Código penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997. p. 127 y ss; MIR PUIG, Santiago. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 3, 2001.

conjunta en el injusto de la tentativa de un *desvalor de acción y de resultado*, de modo tal que sólo la concurrencia de ambos colma su injusto. El primero se caracteriza por la ejecución voluntaria de actos encaminados a la consecución de un resultado lesivo. La importancia de su atención se relaciona directamente con el reconocimiento de la función preventiva del Derecho penal, y de modo especial, con la finalidad motivadora de las normas penales, conforme a la cual no puede ser la misión de esta rama del Derecho prohibir resultados sin más, sino prohibirlos en tanto expresen la contravención de un mandato dirigido a los ciudadanos. El segundo, el *desvalor de resultado*, se cifra en la comprobación de una situación de peligro para el interés de que se trate, viniendo reclamado su protagonismo por la función de *protección de bienes jurídicos* que es propia del Derecho penal. Sólo entonces, con la segunda exigencia, se asegura que esta rama del Ordenamiento Jurídico no termine castigando meras intenciones que no tienen correspondencia con una situación real y objetiva de peligro para el interés en cuestión protegido por la norma penal. Precisamente la ausencia de riesgo está en la base del reconocimiento generalizado de la impunidad tanto de la llamada tentativa *irreal* o *absolutamente inidónea* como del *delito imposible*. Más compleja se presenta la identificación del desvalor del resultado en la *tentativa inidónea*, considerada mayoritariamente punible. Se explica por ello que para justificar su castigo se hayan ensayado diversos intentos que oscilan desde el reconocimiento de que en ella es suficiente el desvalor de acción hasta las propuestas de renunciar a su sanción⁹, pasando por las que se esfuerzan en identificar también en su estructura un resultado, consistente básicamente en la conmoción del Derecho¹⁰.

Comoquiera que sea, y a partir de la aceptación de aquel fundamento del castigo de la tentativa, una de las cuestiones más espinosas que plantea es la relativa al grado de peligro propio de *su forma acabada* o, dicho de otro modo, la cuestión en torno a si el injusto de la tentativa, caso de que el autor realice todos los actos que debieran dar lugar a la producción del resultado, se corresponde con la estructura propia de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Vaya por delante que la dificultad, en realidad, no surge en el caso de la llamada *tentativa idónea acabada*, en la que, por definición, se reconoce una situación de peligro concreto para el bien jurídico de que se trate. Es evidente, en efecto, que cuando el autor realiza la totalidad de los actos potencialmente aptos para producir un resultado lesivo (por ejemplo, dispara con mala puntería a su

⁹ SOLA RECHE, Esteban. Op. cit., p. 184.

¹⁰ Véase las referencias bibliográficas que al respecto ofrece SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento del injusto penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 1, n. 47, 1994, nota 16.

víctima), se cierne sobre el bien jurídico en cuestión un peligro que, en tanto culminado e idóneo para lesionarlo, ha de valorarse como concreto. Las dudas se plantean cuando de la llamada *tentativa inidónea –acabada–* se trata, en tanto que un juicio *ex post* de los hechos arroja como resultado la ausencia de un peligro real para el interés protegido. Se ha sostenido por ello en ocasiones que el tipo de peligro que fundamenta su castigo se basa en consideraciones aportadas por la *estadística*, esto es, atentas a datos que se apartan del análisis de los hechos tal como han tenido lugar en la realidad para atender en su lugar a los que proporciona aquella ciencia formal. De admitirse esta perspectiva, habría que reconocer que el grado de peligro en que se basa la estructura que nos ocupa es por definición abstracto¹¹.

Desde la obligada renuncia a abundar en estas líneas en las razones que nos llevan a aceptar esta comprensión, nos adherimos a la postura de quienes sostienen que también el peligro que fundamenta el castigo de la *tentativa inidónea acabada* no se cifra de modo abstracto, sino que reclama la comprobación de la *potencialidad lesiva* para el bien jurídico¹², elaborado sobre la base de un juicio atento a aquello que se considere como *razonable*. Si bien tal punto de partida dista de ser unánime¹³, parece coherente entender que a él conduce la adopción de la ya referida perspectiva *ex ante*¹⁴, esto es, atenta a las

¹¹ Sobre la exposición de estas doctrinas, véase de nuevo al respecto ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. cit., p. 231 y ss.

¹² Resulta plenamente asumible en este sentido la postura de TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, quien sin renunciar a la exigencia de un desvalor de resultado en la tentativa, cifra éste en los casos de inidoneidad en “una mínima posibilidad de peligro, lo cual supone asumir una idea paralela a la de peligro hipotético o posible y rechazar consiguientemente una genérica presunción de peligro inherente a la voluntad de consumación”. p. 540 e ss. De este modo, el autor completa el juicio de peligrosidad ‘*ex ante*’ con lo que se ha denominado ‘*prognosis posterior*’. El necesario ‘peligro potencial’ constituirá el desvalor objetivo propio de las hipótesis de relativa inidoneidad”. *Id.* La tentativa con dolo eventual. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 2, n. 45, 1992, p. 538 y ss.

¹³ Véase por ejemplo MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 13, para quien la estructura de la tentativa inidónea corresponde a la de los delitos de peligro abstracto. Para ello, razona sobre la base de que en aquélla la “ejecución comienza cuando ya era imposible que se produjera la consumación y ello podría haberlo sabido o de hecho lo sabía alguien en aquél momento (*ex ante*)”. De este modo, “*ex ante* era cognoscible o incluso conocida por alguien la inidoneidad o la circunstancia que determinaba ésta”. Todo ello sin perjuicio de que, según el mismo autor, en estos casos siga existiendo “un peligro general, esto es, estadístico”, lo que fundamentaría la comprensión como delito de peligro abstracto (p. 13). Con una postura distinta a la defendida en el texto, véase también por ejemplo: MAQUEDA ABREU, María Luisa. La idea de peligro en el moderno Derecho penal. **Actualidad Penal**, Madrid, v. 1, n. 27, 1994. p. 484. Atendiendo en exclusiva a la situación de peligro *realmente* producida, afirma que la tentativa inidónea tiene que situarse en un estadio previo al de los delitos de peligro abstracto, en tanto que por contraposición a la tentativa, en los delitos de peligro abstracto “puede y debe exigirse, siquiera sea por vía interpretativa la aptitud objetiva de la acción para producir la lesión del bien jurídico y, por tanto, precisamente su idoneidad siquiera sea en un juicio *ex ante*”.

¹⁴ Ya en este sentido, FARRÉ TREPAT, Elena. Op. cit., p. 382 y ss.

circunstancias concurrentes en el momento en que se realizó la acción, entendiendo por tal las tomadas en consideración por un espectador objetivo que además contase con los conocimientos específicos del autor en el momento de obrar. Es, en definitiva, una perspectiva atenta a lo que pudiera denominarse como una *percepción razonable de los hechos*, que sobre la base de su significado para la generalidad de los individuos permite apreciar un estado de peligro que potencialmente avanza hacia la afectación del bien jurídico. Con tal punto de partida, que se sitúa por lo demás en condiciones de proporcionar otras consecuencias dogmáticas satisfactorias¹⁵, se concede prioridad al significado de la conducta por encima de consideraciones que no debieran pasar de un plano secundario, como las relacionadas, bien con el puro azar (por ej., cuando la víctima en apariencia dormida a la que pretendía matar el autor había fallecido minutos antes a consecuencia de un paro cardíaco sufrido durante el sueño), bien con circunstancias que, desde luego, difícilmente son meritorias de un trato privilegiado para el autor (pensemos en su despiste a la hora de cargar el arma)¹⁶.

No se pasa por alto, en todo caso, que cuando hemos planteado la búsqueda de un paralelismo entre la estructura del injusto de la tentativa y la de un delito de peligro – concreto en el caso de la tentativa idónea y potencial en el caso de la inidónea – hemos cuidado de precisar que nuestra referencia lo es a la tentativa *acabada*. Distintas parecen ser las cosas en el caso de la llamada tentativa *inacabada*, en tanto que si, por causas ajenas a su voluntad, el autor no realiza la totalidad de los actos que debieran dar lugar a la producción del resultado, el grado de lejanía con la efectiva lesión del bien jurídico es superior al de aquellos otros en que llegaran a realizarse. Nadie dudaría, en efecto, del mayor riesgo a que se expone el bien jurídico cuando el arma efectivamente se dispara y pasa rozando a la víctima por la sien, que cuando, por cualquier razón, el disparo no se produce pese a ser apuntado el objetivo. Pero lo anterior no supone negar que también en los casos de idoneidad del intento no acabado el bien jurídico ha quedado expuesto, *de facto*, a una situación de peligro real que, de no ser por aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del autor, habrían evolucionado hacia su lesión. Así, por ejemplo, el castigo

¹⁵ Cuyo estudio excede de la pretensión de estas líneas. Baste con todo señalar que tal punto de partida permite una solución satisfactoria de los casos en que como reacción a la tentativa inidónea, el sujeto contra el que se dirige la acción se defiende del intento (por ejemplo, golpeando a quien le apunta con un arma descargada). En realidad, el problema sería similar al que se plantea en la legítima defensa putativa. Véase al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿“Legítima” defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación. **Poder Judicial**, Madrid, n. 24, 1992. p. 33-48

¹⁶ Claro que en estos casos sigue quedando abierta la cuestión en torno a si el injusto así definido debe ser castigado o, al menos, con la misma pena que la tentativa idónea, cuestión que en todo caso habrá de solucionarse de la mano de argumentos relativos a la *necesidad* de pena de la conducta.

de quien en el último momento es impedido por un tercero de apretar el gatillo cuando se encontraba apuntando con el arma a su víctima se explica por la situación de peligro a que, también en esta fase más remota, ha quedado expuesto el bien jurídico. En realidad, para apreciarla, la única exigencia es que quede identificado tanto el riesgo como el objeto u objetos sobre el que pende. Debido a la ausencia de este requisito habría de quedar impune el mismo sujeto de nuestro ejemplo paralizado por un tercero en el momento de efectuar el disparo si apuntase ahora a una bocacalle de la que tal vez y por puro azar pudiera salir cualquier persona, caso en el que el estado de peligro creado no pasaría de ser abstracto.

Sobre todo lo anterior tendremos ocasión de volver con más detenimiento al tratar el específico problema de la tentativa con dolo eventual. De momento, y junto con las observaciones anteriores relativas a la concreción del peligro en las formas imperfectas de ejecución, conviene abundar en otras que de alguna forma nos introducen en la estructura que ahora nos interesa, la tentativa con dolo eventual. En concreto, alguna mención merece la determinación de las condiciones con las que identificar una resolución delictiva que colme el desvalor de acción del delito intentado. Casi huelga decir que su apreciación no deja espacio alguno a la duda allí donde el autor se proponga como objetivo la producción de un resultado lesivo e, inspirado por él, comience a ejecutar los actos a ese fin orientados. Más complejas parecen presentarse las cosas cuando el agente no tiene adoptada una resolución acabada, de modo que aun cuando inicie la ejecución de los actos que pueden dar paso a la comisión de un delito, demore la formación de su voluntad definitiva hasta comprobar la concurrencia de determinadas circunstancias. Estamos, en definitiva, ante la fenomenología de casos que de modo más amplio se comprenden bajo el concepto de *la voluntad condicionada de obrar*. Las razones por las que el autor se reserve aún la formación de su decisión final pueden ser de lo más variadas: desde condicionarla a que el plan proyectado resulte realmente atractivo (por ejemplo, que la persona a la que sigue con la finalidad de atracarla cuando se dirige a sacar dinero en el cajero extraiga una cantidad importante), hasta la concurrencia de cualquier circunstancia más o menos caprichosa para él (por seguir con el mismo ejemplo, que quien extraiga dinero del cajero sea una persona extranjera).

Como anunciábamos, la referencia a esta tipología de casos resulta interesante en nuestro estudio tanto a la hora de depurar lo que pueda realmente considerarse una forma imperfecta de ejecución como para diferenciar la voluntad condicionada del dolo eventual. Para empezar, y por abordar en primer lugar la cuestión de menor complejidad, hay que reconocer que los trazos de la distinción entre esta forma de dolo y la voluntad

condicionada no parecen representar, al menos en principio, demasiadas dificultades. Así, por ejemplo, sintetiza Farré Trepát las diferencias entre ambas figuras al afirmar que

en el dolo eventual la voluntad de actuar no se halla condicionada. El autor quiere en este caso realizar la acción, pero no tiene la seguridad de que a través de la misma se produzca el resultado. Por el contrario, en la voluntad de obrar condicionada es la resolución del autor sobre si debe o no realizar la acción lo que se halla condicionado. En ese caso, el autor no ha decidido aún si quiere actuar¹⁷.

A estos argumentos añadimos nosotros que sólo una comprensión excesivamente generosa de las bases conceptuales del dolo eventual podría justificar su apreciación en los ejemplos que proponíamos. Desde luego, que si por dolo eventual se entiende querer algo cuya certeza de producción se desconoce, habríamos de dar la razón a quienes estuvieran dispuestos a descubrir su estructura bajo esta figura. No es éste, sin embargo, el concepto de dolo eventual que maneja la dogmática jurídico penal. Con él se designan los casos en los que, si bien el resultado se presenta como probable y el autor sigue actuando, éste no quiere directamente su producción, sino que se lo representa sólo como una posible consecuencia de su hacer y – según las distintas teorías – la contempla como probable, la consiente o es indiferente valorativamente hacia ella¹⁸. De acuerdo con lo anterior, la eventualidad del querer debe reducirse al resultado de la acción que pone en marcha el agente, sin comprender la posible realización en el futuro de actos típicos. De ser este el caso nos encontraremos ante una *decisión condicionada* al curso de los acontecimientos, calificación que no impide que los actos que en ese estado realice el autor se consideren ejecutados con dolo directo.

Partiendo, por todo lo anterior, de la escasa dificultad para advertir la diferencia estructural entre el dolo eventual y la llamada voluntad condicionada de obrar, cumple reconocer que, en realidad, la complejidad que tradicionalmente ha ocupado a la doctrina al tratar estos casos se ha centrado en determinar si la actitud subjetiva de indecisión es suficiente para fundamentar la resolución de delinquir como presupuesto conceptual de la tentativa. Desde el reconocimiento de que se trata de una cuestión que ha generado un intenso debate doctrinal cuya detallada exposición supera las posibilidades de esta contribución¹⁹, nos limitamos a tomar posición en él dando la razón a quienes entienden

¹⁷ FARRÉ TREPAT, Elena. Op. cit., p. 95.

¹⁸ Sobre la caracterización del dolo eventual véase por todos DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual...** Op. cit.

¹⁹ Por todos, FARRÉ TREPAT, Elena. Op. cit., p. 95 y ss. En relación con la inducción, yo misma tuve ocasión de ocuparme de esta polémica en: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. **La inducción a cometer el delito.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 406 y ss.

que sólo de forma muy limitada puede concederse un beneficio al autor – al considerar que sus hechos son atípicos – por el dato de que inicie la ejecución del delito haciendo depender su voluntad de un acontecimiento externo. Porque como con acierto se ha observado, si así se procediera se estaría regalando impunidad por el solo hecho de que quien actúa sea más dubitativo, más reflexivo o, simplemente, más caprichoso en la conformación de su voluntad, razones que en absoluto justifican expulsar del concepto de tentativa lo que no deja de ser una resolución delictiva²⁰.

Admitido lo anterior, cuestión distinta es que para apreciar una tentativa en los casos de voluntad condicionada sea preciso que concurra una exigencia básica, que incluso pareciera ociosa recordar; a saber, que el autor haya dado comienzo, no a la ejecución de cualquier acto, sino de aquellos ya constitutivos del inicio de la ejecución delictiva. Este requisito, en apariencia casi obvio por tautológico, se traduce en dos exigencias fundamentales. La primera, a su vez la más básica, es que la actuación puesta en marcha por el autor que aún se reserva su decisión final suponga ya un inicio de la ejecución del delito de que se trate. Se quiere con esto decir que, por razones evidentes, no procede calificar como actos intentados aquellos que no superen los umbrales de la fase preparatoria del delito según la concreta teoría que se adopte como punto de partida – objetiva, subjetiva o mixta. Así, por ejemplo, en el caso que proponíamos líneas más arriba de quien hace depender su voluntad de atracar a la víctima de que extraiga del cajero una cantidad significativa de dinero, la calificación de los hechos como una forma imperfecta de ejecución del robo requerirá que el autor haya comenzado a realizar actos que realmente puedan considerarse ejecutivos de ese delito. Impune habrá de considerarse, por ello, la mera observación o seguimiento de la potencial víctima que poníamos como ejemplo. Porque, de por sí, estar atento a la cantidad de dinero que extrae alguien de un cajero difícilmente representa conforme a la – mayoritaria – teoría mixta, el inicio de una tentativa de robo.

Pero en segundo lugar, aquella exigencia que hemos descrito como básica tiene una proyección adicional que afecta de manera específica a la fenomenología de casos que, si bien de forma amplia pueden entenderse comprendidos bajo la denominación de *voluntad de actuar condicionada*, revisten peculiaridades propias que, a mi entender, no siempre han sido puestas suficientemente de relieve por la doctrina. Me refiero a aquéllos caracterizados porque el aspecto del que el autor hace depender su voluntad de cometer el delito es justamente que en el decurso de los hechos sea necesario realizar sus elementos típicos. De este modo, a diferencia de la tipología usual de casos de voluntad condicionada,

²⁰ Por todos, FARRÉ TREPAT, Elena. Op. cit., p. 109, sumándose así a la reflexión ya realizada por ARZT en la doctrina alemana.

en los que la decisión de cometer un delito depende de hechos externos pero en todo caso distintos a los que fundamentan su concurrencia, en los que ahora referimos la decisión delictiva del autor se condiciona a que no pueda lograr el propósito que previamente ha definido sin realizar los elementos de un tipo delictivo. Para ilustrar su fenomenología bien pudiera servir el ejemplo de quien sujeta y abraza con ánimo libidinoso a una chica con la que apenas está comenzando una relación sentimental sin saber si ella aceptará la conducta sexual que de este modo se le solicita, pero estando decidido en todo caso a consumarla si es que finalmente se opusiera. Como ejemplo adicional valdría el de quien llama a la puerta de un domicilio con la intención de pasar en todo caso al interior de la vivienda aun cuando el morador manifestase su oposición, si bien sin descartar que éste consienta. Otro tanto habría que decir por último, para no agotar el sinfín de ejemplos imaginables, en el caso del mendigo que solicita a un cliente de un bar las monedas que está depositando en el platillo como propina, si bien, caso de que se las niegue, está decidido a sustraerlas. El rasgo común a todos los supuestos es que el sujeto ha dado comienzo a la realización de los actos encaminados a la satisfacción de su propósito, si bien lo hace admitiendo cualquier posibilidad: la de conseguirlo de modo atípico o bien continuar la ejecución de su plan pero concurriendo ya un elemento – la ausencia de consentimiento del titular del bien y el eventual empleo de violencia o intimidación – que determinaría de modo inequívoco la calificación de los hechos como típicos.

Según entiendo, la peculiaridad de esta tipología de casos dentro de la categoría más amplia de los de voluntad condicionada arroja como resultado que en ellos ni siquiera puede afirmarse la existencia de una forma imperfecta de ejecución. En efecto, la razón de ser de su peculiaridad tiene que ver de nuevo con aquella premisa que en su momento calificamos como básica, y que ahora se perfila esencial en orden a evitar el peligro de camuflar como tentativas supuestos que debieran quedar impunes. Recordemos que según dicha premisa la apreciación de las formas imperfectas de ejecución requiere que los actos que ejecute el autor con voluntad condicionada sean ya de por sí constitutivos de un delito. Y si bien entonces ya veíamos que una primera derivación de esta exigencia expulsa del delito intentado los actos meramente preparatorios, una segunda reclama que el autor haya dado comienzo, no a la ejecución de cualquier acto que – superando el umbral de los preparatorios – se oriente a la satisfacción de los fines que pretende, sino de aquéllos constitutivos de un tipo delictivo. Por esta razón no procede considerar como inicio de la ejecución delictiva la realización de los actos que, también de manera atípica, puedan permitir al agente la consecución de los fines que pretende. Así, volviendo a nuestros ejemplos, en tanto que el sujeto esté tan sólo llamando a la puerta sin saber si le dejarán pasar, abrazando a una chica con la que ha comenzado una relación sentimental desconociendo si ésta consentirá o no el contacto físico, o solicitando unas monedas que puede que voluntariamente le entreguen, su conducta

no habrá traspasado aún el umbral de los actos típicos, ni en tanto delito consumado ni como tentativa. De otra forma, si ya los actos integrantes de esta fase se calificaran como constitutivos de una tentativa, se estaría otorgando consistencia para fundamentar el reproche penal a la voluntad del autor con independencia de los hechos que objetivamente realiza, proceder manifiestamente incompatible con los principios que inspiran la intervención del Derecho penal. Sólo cuando continúe obrando pese a la negativa del titular del bien jurídico de que se trate y, en su caso, empleando medios violentos o intimidatorios que aseguren la producción del resultado en tales condiciones, podrá decirse que ha *comenzado a ejecutar* el tipo delictivo de que se trate.

Por lo demás, y descartada en esta específica modalidad que nos ocupa la concurrencia de la tentativa, casi huelga insistir en que tampoco se produce confusión alguna entre su estructura y la propia del dolo eventual. Así, retomando nuestro ejemplo de quien se encuentra decidido a cometer una violación en el caso de que su nueva pareja se oponga a mantener relaciones sexuales, es obvio que tiene intención directa de consumarla en cualquier hipótesis, aun cuando su consecución por medios delictivos dependa de la oposición de la víctima. Por las mismas razones, actúa con dolo directo – y no eventual – el sujeto decidido a entrar a cualquier precio en la vivienda ajena así como el mendigo dispuesto a conseguir las monedas en todo caso.

El esfuerzo por acotar los genuinos supuestos de tentativa con dolo eventual quedaría incompleto si no hiciéramos alguna referencia adicional, también necesariamente concisa, a las exigencias básicas que deben concurrir para apreciar el título de imputación subjetiva en que consiste el dolo eventual. Vaya por delante que no se trata de discutir en estas líneas cuál sea el criterio más adecuado para definirla, pretensión que, de nuevo, estaría condenada a la tacha de falta de profundidad. Lo que se pretende tan sólo es llamar la atención sobre los extremos a los que, y con independencia de la teoría que se adopte para definir el dolo eventual, puede referirse la eventualidad que le es característica. Al respecto se reconoce que la circunstancial aceptación de un resultado lesivo supone, en esencia, el desconocimiento certero en torno a su verificación, requiriendo después cada una de esas concepciones requisitos específicos para fundamentar tal título subjetivo (el elevado grado de sospecha del riesgo, la concurrencia de indicios que manifiesten que el autor en todo caso proseguiría su conducta en caso de conocer el riesgo, o su actitud de indiferencia ante tal posibilidad). En todo caso, con cualquier concepción, el referente de la incertidumbre puede obedecer, básicamente, a dos grandes tipos de razones. La primera, a que el agente desconozca a ciencia cierta la peligrosidad como tal de los actos que comienza a ejecutar – aun cuando comprenda su alta posibilidad y la acepte. Pensemos, por ejemplo, en quien teniendo serios motivos para pensar que es portador de una enfermedad transmisible por vía sexual mantiene relaciones sin protección y sin

realizar ningún tipo de advertencia a quienes con él se relacionan. Por añadir otro ejemplo, podríamos pensar en la actuación de quien duda acerca de si la ingesta de una determinada dosis de una sustancia química puede tener consecuencias letales en las personas y, sin embargo, la suministra veladamente a su vecino para robarle mientras se encuentra bajo sus efectos. Son casos, si así se quieren ver, caracterizados porque la incertidumbre del sujeto se refiere al aspecto más remoto imaginable en la explicación del suceso: el que tiene que ver con la peligrosidad de la conducta. La segunda de las razones que pueden estar en la base de la incertidumbre propia del dolo eventual corresponde a los casos en que el autor, aun siendo conocedor de la peligrosidad insita a los actos que realiza, dude sobre la materialización de ese riesgo en un resultado, inseguridad que la mayoría de las veces será explicable por la intervención del azar. Manejando una variante del ejemplo anteriormente propuesto, sería el caso de quien conoce efectivamente su condición de portador de la enfermedad contagiosa y, con ello, la existencia de una peligrosidad cierta de contagio, pero no adopta ninguna medida de protección, aun cuando en ningún momento pretenda transmitir la enfermedad a la persona con quien mantiene las relaciones. La misma situación de incertidumbre estaría presente allí donde el sujeto ignore cualquier extremo fáctico del que depende la concurrencia real del peligro. Bastaría pensar ahora en el caso de quien desconoce la existencia de un objeto que en su caso resulte lesionado por la conducta que emprende; sirva de ejemplo el de quien arroja piedras desde una ventana sin saber si efectivamente en ese momento transita alguien por el lugar, aun cuando conoce y acepta la alta posibilidad de que así sea. Otro tanto habría que decir allí donde el sujeto desconozca el número exacto de objetos que resultarán afectados por su actuación. Si retomamos el ejemplo anterior bastaría introducir la variante de que dude acerca de si efectivamente se encuentran personas en la zona, aun sin saber con exactitud cuántas resultarán alcanzadas o los daños que sufrirán. En todos estos supuestos la dificultad que tiene el autor para conocer a ciencia cierta el potencial alcance de su actuación – cuyos resultados acepta-se explica por la intervención de un componente de azar.

Esta somera delimitación del referente del estado de incertidumbre propio del dolo eventual resulta interesante a los efectos que nos ocupan, por cuanto tiene el valor de excluir de su estructura, en sentido contrario, el desconocimiento de otros aspectos ajenos a los dos grandes bloques anteriores. En concreto, permite expulsar de su concepto los casos en los que la incertidumbre del sujeto en el momento de obrar tan sólo se refiera a la efectiva concurrencia o no de determinados aspectos que, sin embargo, en todo momento *quiere con dolo directo*. Pensemos en quien está decidido a robar un joyero conociendo con certeza que en su interior se halla una determinada joya, aun cuando acepta la posibilidad de que en el cofre se encuentren adicionalmente otras, incluso de valor superior. En ejemplos como éste, si finalmente el robo alcanzara un montante superior su realización estaría comprendida por el *dolo directo* del autor, por mucho que en el inicio su existencia fuera incierta. Lo

mismo habría que afirmar respecto al caso propuesto por Jescheck del ladrón que entra en la casa con el propósito de apoderarse de cualquier cosa que encuentre²¹. Desenfocaría el referente del *querer* afirmar que respecto a los objetos que en concreto se hallen en la vivienda – desconocidos por aquél – obra con dolo eventual de sustraerlos. En realidad, la única peculiaridad de estos casos reside en que el autor desconoce el alcance exacto de aquello que pretende conseguir con *dolo directo*, esto es, de la entidad de un resultado que quiere tan cuantioso como el que pueda conseguir si la suerte juega a su favor.

Hasta aquí nuestro intento por delimitar los genuinos casos de tentativa con dolo eventual. Es el momento ahora de abordar la cuestión principal de este trabajo; a saber, si realmente, allí donde se aprecie, se trata de una estructura punible.

2 EL DEBATE EN TORNO A LA PUNIBILIDAD O IMPUNIDAD DE LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL: LAS COORDENADAS DOGMÁTICAS DE LA SOLUCIÓN

Cuando la doctrina penal se ha ocupado de la cuestión relativa a las posibilidades de castigar la tentativa con dolo eventual, las distintas posiciones se han centrado en demostrar, respectivamente, la concurrencia o ausencia de peculiaridades propias introducidas por la combinación de cada una de las figuras que integra su concepto. Así, para la corriente – mayoritaria – que considera que no existen argumentos para renunciar a su castigo, ni siquiera para introducir limitaciones en él, la razón obedece a una doble ecuación: por un lado, a la plena coincidencia del dolo de la tentativa con el propio de las formas consumadas; por otro, a la idéntica capacidad del dolo eventual con las restantes formas de dolo para resistir las estructuras que éstas admiten. Por su parte, los partidarios de excluir el castigo de aquella construcción o, al menos, de introducir una serie de limitaciones en ella, ponen a menudo el acento en la negación de la pretendida equivalencia entre la tipicidad subjetiva del delito intentado y consumado, argumento al que en ocasiones se añade la comprensión de la voluntad de consumir el delito en la tentativa como un elemento anímico, incompatible con la atribución subjetiva necesariamente más débil en que consiste el dolo eventual. Con todo, y aun cuando de este modo el debate se reviste del bagaje propio de la discusión dogmática, tampoco se oculta la cuota de protagonismo que en él ocupa el juicio en torno a la conveniencia y necesidad de su castigo. A nadie

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrecht:** allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. p. 417.

debiera extrañar que así sea teniendo en cuenta, entre otras razones, que el dolo eventual es una figura a menudo difícil de deslindar en sus límites respecto a la imprudencia, y que en ésta el legislador ha renunciado al castigo de las formas de imperfecta ejecución por razones, no conceptuales, sino estrictamente de política criminal²².

Sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más adelante cuando llegue el momento de presentar la postura que sostenemos en la materia. Por ahora nos interesa recordar, siquiera sea de forma somera, las distintas soluciones mantenidas al respecto en el panorama doctrinal. Como en cierto modo se ha anunciado, éstas responden a tres grandes posiciones. La primera la representan quienes aceptan en todo caso el castigo de la tentativa con dolo eventual sin introducir, por ello, peculiaridad alguna respecto a las formas consumadas. Esta postura no sólo puede considerarse mayoritaria en la doctrina alemana²³ y española²⁴, sino también predominante en nuestra jurisprudencia. La segunda corresponde a quienes sostienen con carácter general la impunidad de esta

²² En este sentido me pronuncié en GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. **La imputación de los resultados producidos a largo plazo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 121 y ss.

²³ En la doctrina alemana cuenta, entre otros seguidores, con ROXIN, Claus. *Über den Tatentschluss. Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978. p. 145 y ss. Disponible em: <<https://jus.swissbib.ch/Record/07497971X>>. Acceso em: 17 mar. 2016.; KÜHL, K. Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung. **Juristische Schulung**, München. 1980, p. 274; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. Köln/Berlin/Bonn/München: Vahlen, 1981. p. 108; VOGLER, Theo. **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar**, Berlin/New York, 1985, vor § 22.86, 22.4 ss; HERZBERG, Rolf Dietrich. AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrecht. **Juristenzeitung**, v. 44, n. 10, 1989. p. 470 y ss; FRISCH, Wolfgang. Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? **Juristische Schulung**, 1990, p. 366; STRENG, Franz. Rücktritt und dolus eventualis. **Juristenzeitung**, Heft 5, 1990. p. 219 y ss; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal: Parte General*. 4. ed. Trad. Manzanera Samaniego. Granada: Bosch, 1993. p. 703; JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamento y teoría de la imputación**. Traducción: Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: M. Pons, 1977. p. 866.

²⁴ En este sentido, FARRÉ TREPAT, Elena. Op. cit., p. 93 y ss., si bien se muestra dispuesta a admitir una rebaja de la pena “si se demostrase que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante, una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido. En este caso, y atendiendo a la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado, se plantearía en los supuestos de tentativa con dolo eventual una doble atenuación que derivaría para algunos casos en la escasa o nula punibilidad de los mismos” (p. 95); también en *Id.* Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, 1986, al hilo del comentario de la STS de 30 de enero de 1982, p. 17 y ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones dogmáticas y política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida. **La Ley**, Madrid, v. 3, p. 970-980, 1988; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO BRIZ, David I. La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005. **La Ley**, Barcelona, n. 2, 2007. Véase también CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.). **Seguridad vial y derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 74 y ss; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; VICENTE REMESAL, Javier de; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. ¿Conductores suicidas o conductores homicidas? **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**, Toledo, n. 7, p. 361-368, 1989; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Dolo y dolo eventual: reflexiones. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO; Ignacio (Coord.). **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”**. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001. p. 1127 y ss.

construcción, unas veces por considerarla ya inadmisibile conceptualmente²⁵; otras por razones estrictamente relativas a la procedencia de su efectiva incriminación²⁶. La tercera postura es ecléctica respecto de las anteriores, y es defendida por quienes proponen introducir ciertos límites o restricciones a su castigo. Entre sus defensores destaca la propuesta de supeditar la intervención penal en la materia a que la conducta genere una conmoción social que presente la intervención del Derecho penal como necesaria; razonamiento que, en definitiva, remite a consideraciones de prevención general positiva²⁷.

A la vista de las distintas posibilidades de comprender el régimen de la tentativa con dolo eventual, y como presupuesto para comenzar a plantear las posibilidades de su castigo, no está de más tomar posición respecto de la cuestión que, según señalábamos, condiciona en buena medida la solución que se sostenga. Se trata de la relativa a la identidad del dolo en el delito consumado e intentado, aspecto que básicamente enfrenta a los partidarios de su similitud en ambos casos²⁸ frente a quienes descubren un específico

²⁵ STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1895. p. 100; LAMPE, Ernst-Joachim. Genügt für den Entschluss des Täters in 5 § 43 StGB sein bedingter Vorsatz? **Neue Juristische Wochenschrift**, München: Beck, 1958. p. 332 y ss; SALM, Karl. **Das vollendete Verbrechen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1963. p. 49 y ss; PUPPE, Ingeborg. Der halbherzige Rücktritt. **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1984. p. 491; BAUER, Wolfram. Die Abgrenzung des dolus eventualis – ein Problem der Versuchsdogmatik. **Wistra**, 1991. p. 168 y ss., sobre la base de la incompatibilidad semántica de la tentativa con el dolo eventual, si bien proponiendo, *de lege ferenda*, la incorporación de delitos de peligro que permitieran el castigo de su estructura.

²⁶ WOLTER, Jürgen. **Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in eine funktionalen Straftätsystem**. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 192 y ss; ARZT, Gunther. Falschaussage mit bedingtem Vorsatz. **Festschrift Für Hans-Heinrich Jescheck**, Berlin, 1985. p. 391 y ss.

En nuestra doctrina, es la postura seguida por TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Op. cit., p. 557 y ss, quien ofrece una cuidada referencia bibliográfica de las distintas posiciones doctrinales tanto en nuestro Derecho como en Derecho comparado; RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás: (A propósito de la STS 25 de octubre de 1999). **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 2, 2000. p. 3.

²⁷ En este sentido, SALM, Karl quien condiciona el castigo a que se produzca un resultado conmovedor del Derecho ("*rechtserschütternden Erfolg*"), "*Das versuchte Verbrechen, Karlsruhe*". Verlag: Karlsruhe, Müller, 1957. p. 4; (SCHMIDHÄUSER, Eberhard. (mitarbeit von H. Alwart) Strafrecht, **Allgemeiner Teil**, 1984, que excluye el castigo de la tentativa inidónea con dolo eventual, p. 344 y ss; ALWART, Heiner. **Strafwürdiges Versuchen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. p. 219.

²⁸ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 5, p. 13-53, 2011 [p. 35], adhiriéndose expresamente a la postura sostenida por CERESO MIR, José. **Curso de derecho penal**: parte general (Teoría Jurídica del Delito). Madrid: Techno, 2001. v. 3. p. 186.

elemento anímico en la tentativa – cifrado en la voluntad de consumir el delito –, con la consecuencia entonces de exigir el dolo directo respecto a la producción del resultado²⁹.

Aun sin desconocer que ciertamente ese elemento intencional está presente en la tentativa realizada con dolo directo, anticipamos nuestra postura contraria a exigir su presencia con carácter general en todas las formas intentadas. Como respaldo argumentativo vienen en consideración argumentos de diversa índole. El primero de ellos tiene que ver ya con razones de orden gramatical. Recordemos que, según el art. 16 CP, existe 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.

Si partimos de que el precepto representa una causa de extensión del castigo respecto de los distintos tipos penales de resultado consumado, de tal modo que su única virtualidad es la de anticipar la intervención penal a fases previas a la consumación, habrá de concluirse que, a salvo de referencias expresas, la tentativa admite tantas formas de dolo como el delito consumado. Resulta así que su estructura tan sólo es incompatible con la realización imprudente de los hechos que pudieran dar lugar a la comisión de un delito, puesto que, como es sabido, para que así fuese habría sido necesaria la presencia de una cláusula especial en el Código penal que lo contemplase. A salvo de aquellas referencias, de la lectura del art. 16 CP cabe extraer que el legislador se limita a exigir que el sujeto obre con dolo respecto a la realización de los actos ejecutivos que deben producir el resultado; y desde luego también con una actitud de indiferencia pueden llevarse a cabo los que den comienzo a la ejecución de un delito y generen, por eso, un estado de peligro.

Un argumento adicional para descartar con carácter general la supuesta presencia del ánimo de consumación en la tentativa tiene que ver con el fundamento de su castigo. La razón de ser de su incriminación es, según tuvimos ya ocasión de tratar, la atención a la situación de peligro que el inicio de la ejecución del delito comporta desde una perspectiva *ex ante* para el bien jurídico de que se trate (desvalor de resultado) sobre la base de la existencia de un comportamiento conocido y querido por el autor (desvalor de acción). En esa secuencia de peligro se agota el injusto de la tentativa, sin que se vea condicionado por la supuesta existencia de una voluntad trascendente de alcanzar la consumación. La única exigencia es que también en estos supuestos el autor realice con dolo – incluido el

²⁹ Recordemos que es la postura sostenida por ejemplo por TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Op. cit., p. 549 y ss.

eventual – los actos que dan paso al estado de peligro³⁰. Pero una cosa es que cuando obra con dolo directo respecto a la producción de un resultado tenga intención de “llegar hasta el final” y otra que la peculiaridad de estos supuestos deba extenderse con carácter general a todos los casos de tentativa. Puede por ello decirse que, en realidad, la única exigencia común a todas sus formas, conforme al estricto tenor literal de la ley, nace y se agota en la mera realización dolosa de los actos que deberían objetivamente producir un resultado. De hecho, incluso en la tentativa con dolo directo el dato de que el autor mantenga o no su voluntad de llegar hasta el final es sólo una cuestión que atañe a la posibilidad de que se acoja al desistimiento y, con ello, se haga merecedor de la impunidad. Pero ésta, y es importante destacarlo, no se vincula en solitario a la presencia o ausencia de una voluntad de consumar el delito, sino a su materialización en la evitación de la situación de peligro conocida y querida por el autor, fundamento, insistamos, del castigo de la tentativa. No hay mejor prueba al respecto que el hecho de que aun cuando desapareciera la voluntad de consumar el delito el autor seguiría siendo castigado por una tentativa en el caso de que no conseguiera evitar la situación de peligro. Resulta así que el ánimo de consumación, ni tiene consistencia por sí sólo para excluir el desvalor de la tentativa a efectos de apreciar el desistimiento, ni puede tenerlo tampoco en sentido inverso para fundamentarlo. Lo decisivo en ambos casos es la concurrencia de la situación de peligro en que consiste el inicio de los actos ejecutivos y que el autor sea consciente y quiera – de la forma que sea – su realización.

Ahora bien, con lo anterior tan sólo hemos sostenido que ni desde un punto de vista gramatical ni relacionado con el fundamento del castigo de la tentativa existen razones para excluir la compatibilidad de ésta con el dolo eventual sobre la base de una supuesta exigencia de consumación como elemento subjetivo del tipo de injusto del delito intentado. La admisión de lo anterior no elimina sin embargo la subsistencia de otros reparos relacionados con su efectiva incriminación. Para empezar, pudiera manejarse algún argumento gramatical relativo a la supuesta incompatibilidad de la descripción legal de la tentativa con el dolo eventual. En concreto, las dudas pudieran surgir del hecho de que en el art. 16 el legislador se refiere a los “actos que objetivamente deberían producir el resultado”, referencia que tal vez pudiera dar lugar a pensar que a consecuencia de

³⁰ Es éste el único valor que entiendo cabe conceder al argumento que maneja MIR PUIG, en sentido contrario al que aquí se sostiene: “la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba todavía que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución” – Id. **Derecho penal:** parte general, Barcelona: Reppertor, 1990. p. 369.

aquéllos debe producirse con seguridad éste. Si así fuera habría de declararse incompatible la estructura de la tentativa con el dolo eventual, en tanto que es consustancial a su concepto la incertidumbre en torno a la producción del resultado. Ahora bien, para evitar tal conclusión bastará con acudir, como con acierto ya lo hiciera Luzón Peña,

a una interpretación amplia para el dolo eventual, entendiendo que la tentativa inacabada o acabada consiste en realizar actos de ejecución que, en caso de realizarse la eventualidad aceptada (en caso de concretarse el peligro en dirección lesiva), debería producir como resultado el delito³¹.

Más allá de lo anterior y abandonando los argumentos formales para reparar en los de fondo, la viabilidad de la postura que niegue cualquier obstáculo dogmático para el castigo de las formas de imperfecta ejecución con dolo eventual requerirá todavía demostrar que, de acuerdo con la respectiva concepción de que se parta, su estructura resiste sin fisuras su comisión con el título subjetivo propio del dolo eventual. Es, por ello, el momento de analizar si realmente existe tal compatibilidad a la vista de los requisitos estructurales que hemos adoptado como punto de partida en la comprensión de la tentativa y del dolo eventual.

En concreto, nos hemos adherido a la postura de quienes requieren para que proceda el castigo de las formas de imperfecta ejecución la percepción por parte de un espectador objetivo dotado de los conocimientos del autor de una situación de peligro concreto, o al menos potencial, para el bien jurídico en el momento de realizar la conducta. De acuerdo con este punto de partida avanzamos nuestra postura en el sentido de entender que las eventuales restricciones en la punibilidad de la tentativa con dolo eventual sólo serán admisibles en tanto que la aceptación por parte del autor de la eventual producción de un resultado se deba a las peculiaridades del juicio de peligro que comporta la conducta. Dicho de otra forma, la tesis que se sostiene parte de que propiamente no existen razones para limitar el castigo de aquella figura asociadas con la eventualidad del querer, sino sólo en tanto esta peculiar forma de dolo se implique con el juicio de peligrosidad ínsito a la acción que, según recordábamos, requiere atender a los singulares conocimientos del

³¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal:** parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1, p. 469, también en Id. Dolo y dolo eventual... Op. cit., p. 1129. En sentido contrario a la posibilidad de salvar la objeción se muestra Mir Puig en "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología" (*Sobre la punibilidad...* Op. cit., p. 7).

autor³². En concreto, se defiende en estas líneas que las peculiaridades que introduce en el régimen de la tentativa su realización con dolo eventual se ciñen a los casos en que la inseguridad en torno a la producción del resultado se deba a la imposibilidad de definir en un plano objetivo, bien la entidad del riesgo, bien el potencial objeto de su materialización. Se trata, en definitiva, de la primera fenomenología de casos que líneas más arriba presentábamos como exponente de aquéllos en los que el estado de incertidumbre con que obra el autor se debe a la indefinición de los extremos que permitirían afirmar la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico desde el punto de vista de un espectador objetivo que contase además con los conocimientos de aquél. Cuando, por el contrario, el riesgo y el objeto o los objetos sobre los que pende queden identificados, al menos sean identificables, y la eventualidad característica del dolo eventual sólo se refiera al componente azaroso en torno a su materialización en un resultado, no habrá razón alguna para introducir restricciones en el castigo de las formas imperfectas de ejecución llevadas a cabo con dicho título de imputación subjetiva³³.

Para comprender el alcance exacto de la propuesta que acabamos de presentar conviene referirnos por separado a cada una de las situaciones de imprecisión que reconocemos como causa para limitar el castigo de la tentativa con dolo eventual.

2.1 LA INCERTIDUMBRE EN TORNO AL RIESGO QUE AMENAZA CON PRODUCIRSE

A fin de evitar cualquier tipo de confusión, conviene insistir en que cuando limitamos el alcance de las peculiaridades de la estructura en comentario a la incertidumbre en torno a la existencia del peligro que comporta el inicio de la ejecución, en modo alguno referimos

³² Se rechazan así buena parte de las teorías que en la literatura penal han servido de apoyo argumentativo para limitar el castigo de la tentativa con dolo eventual. Entre ellas, si acaso convenga marcar la distancia de cuanto aquí se sostiene respecto a las que proponen compensar la mayor exigencia de riesgo con la supuesta debilidad del dolo eventual. Es el caso en la doctrina portuguesa de Faria e Costa (**Tentativa e dolo eventual**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 85 y ss.), de cuyo pensamiento ofrece un cuidado resumen TAMARIT SUMALLA. Op. cit., p. 527 y ss. A diferencia de ella, insistimos en que nuestro punto de partida consiste en admitir que, en términos puramente dogmáticos, la actitud subjetiva propia del dolo eventual no determina, de por sí, ninguna restricción en las posibilidades de castigo de la tentativa, y por tanto, tampoco en lo que atañe a la supuesta menor energía criminal que despliega el autor. La única singularidad que puede aportar en la cuestión que nos ocupa es la que, en su caso, derive de la mayor imprecisión de la situación de peligro.

³³ Esta idea, que en parte la sostenía ya en “La imputación de los resultados producidos a largo plazo” (Op. cit.), está presente en el razonamiento de algunos autores contrarios al castigo de la tentativa con dolo eventual. Si bien, como veremos, con matices en cuanto a su formulación, es el caso de RAMOS TAPIA, Op. cit.

los casos en que aquella indefinición impida reconocer una situación de riesgo para el hombre medio, observador de los hechos. Porque si así fuera, desaparecería por completo el fundamento del castigo de la tentativa de acuerdo con las premisas que adoptamos, con la consecuencia de que decaería ya la pretensión de su sanción con independencia de la actitud subjetiva del autor. Frente a ellos, el objeto de nuestra atención son los casos en que, aun cuando ese espectador pudiera advertir la existencia de un peligro, su *entidad* no quede acotada, de modo que resulte imposible descubrir un *riesgo perfilado* que amenace con materializarse en un resultado lesivo concreto. Imaginemos por ejemplo el caso de quien para “dar un escarmiento” a su enemigo lanza unos petardos en las proximidades del lugar en que éste monta a caballo, con el ánimo de que el animal se asuste y reaccione de modo incontrolado. En este supuesto resultaría realmente complejo identificar el concreto tipo delictivo que queda en grado de tentativa: ¿un delito de daños al animal?, ¿de lesiones respecto al jinete?, ¿de homicidio de éste?, ¿de lesiones o daños a terceros que resultasen afectados por la reacción del animal? o tal vez, ¿de todos esos posibles referentes? Los ejemplos podrían multiplicarse. Por solo citar alguno más podríamos referir el de quien arroja piedras a la calle desde una terraza sin mirar al exterior con la finalidad de ganar una apuesta si no produce ningún daño. De nuevo aquí se repiten las mismas dificultades de concreción: si no llegara a alcanzar a ningún transeúnte ni a dañar ningún vehículo o propiedad ajena, ¿de qué respondería el autor?, ¿por una tentativa de lesiones leves?, ¿de lesiones graves?, ¿por un homicidio?, ¿por una tentativa de daños?³⁴

Como puede comprobarse, lo peculiar de los casos que nos ocupan reside en que el contexto general de incertidumbre en el que se desenvuelve la situación impide afirmar que alguno de los posibles riesgos tenga mayor protagonismo frente a otros. Todos ellos se presentan de forma tan remota como indiferenciada, por lo que no pasan de ser genéricos o no concretados. Por eso, sólo si se concibiera el injusto de la tentativa en términos de un riesgo abstracto de que de cualquier modo se produjera cualquier resultado lesivo podría fundamentarse su castigo. No es esa, sin embargo, la justificación que le sirve de base sino, como hemos tenido ocasión de insistir, la de castigar de modo autónomo el estadio previo a la consumación de una *concreta* forma delictiva que, respecto al bien jurídico, representa una situación de peligro concreto o, al menos, potencial. Por falta de este requisito, si

³⁴ De hecho, la falta de concreción del riesgo ha sido uno de los argumentos manejados en contra de la procedencia del castigo de la tentativa con dolo eventual por parte de aquellos autores que no introducen ningún filtro a la hora de depurar los presupuestos con los que proceda su castigo. Es el caso de Tamarit Sumalla (Op. cit., p. 548), para quien el castigo de esta figura “resulta indeseable en la medida en que supone una preocupante elevación del nivel de inseguridad jurídica, puesto que no se determinan con certidumbre ‘a priori’ cuáles son los riesgos relevantes”.

en los ejemplos que presentábamos pese a la maniobra del autor no llegara a producirse ninguno de los posibles resultados abstractamente imaginables habría de renunciarse al castigo de los hechos como tentativa de lesiones, homicidio o de daños.

Conviene precisar, con todo, que la exigencia anterior en torno a que el riesgo que justifique el castigo de la tentativa quede concretado no quiere decir ni que deba ser único ni que, por ello, no pueda existir un margen de imprecisión en torno al peligro que finalmente pueda materializarse en un resultado lesivo. De hecho, si de lo que se tratara con esta exigencia fuese de requerir la concurrencia en exclusiva de un riesgo la consecuencia sería la concesión de un absurdo privilegio a quien realiza una conducta a resultas de la cual pueden acaecer distintas consecuencias lesivas. Frente a esta conclusión, el sentido del requisito en comentario es exigir la presencia de un riesgo que de manera definida tenga capacidad para evolucionar hacia la producción, no de cualquier resultado, sino de uno – o varios – en concreto que guardan una relación de graduación o proximidad *inmediata*. Así, por ejemplo, habría de considerarse identificable el riesgo contenido en la conducta en el supuesto de quien golpea a otro con un instrumento peligroso con la intención directa de causarle lesiones leves pero aceptando la posibilidad de que sufra daños graves o incluso la muerte, caso en el que la calificación de los hechos conforme al art. 148.1 no sería óbice para apreciar el correspondiente concurso de leyes con la tentativa del resultado más grave a título de dolo eventual³⁵. Todo ello siempre que la relación entre la conducta y el riesgo de producción del resultado permitiera advertir un estado de peligro, no sólo identificado o identificable, sino también *inmediato* respecto al que no se termina materializando. Por eso, en el caso de quien conociendo su condición de portador del virus del Sida mantiene relaciones sexuales con un tercero sin protección y sin hacerle advertencia alguna acerca del peligro que en ese caso comporta la práctica, nadie dudaría en reconocer que de manera inmediata la eventualidad del querer se refiere a la situación de contagio y, por tanto, a la producción de un delito de lesiones –graves. Distinta habría de ser la valoración respecto al otro riesgo adicional también presente en la conducta: que la transmisión de la enfermedad desemboque finalmente en la producción de un resultado letal, riesgo que no sólo se presenta como más remoto, sino

³⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. **Nociones fundamentales de derecho penal**: parte especial. Madrid: Tecnos, 2010. p. 82 y ss., donde sostengo que la cualificación comprende los casos en que, de producirse el resultado más grave, éste sería preterintencional. Es una postura que se distancia así de la defendida por Tamarit Sumalla (Op. cit., p. 552), quien en relación con el anterior art. 421 señalaba que su incorporación al CP “constituye la vía político-criminalmente más adecuada para ofrecer un adecuado tratamiento a aquéllas situaciones en las que los tribunales a menudo han tenido que recurrir a la hipótesis del dolo eventual para justificar la calificación como homicidio frustrado o intentado de hechos que habrían merecido penas irrisorias o la impunidad”.

que depende de variables adicionales que determinan que en el momento de la actuación deba considerarse como abstracto.

Por lo demás, desde la exigencia de que el riesgo se presente concretado y en una relación de cierta proximidad con su eventual materialización se comprenden las reticencias que despierta el castigo de la tentativa en una tipología especial de supuestos de relevancia en alza en la actual sociedad de riesgos. Se trata de aquellos en los que la actitud de indiferencia del sujeto encuentra como referente un estado de *incertidumbre científica* acerca de su eventual producción como consecuencia de una conducta determinada, cuestión en la que a menudo se implica la de su dilación temporal. Conviene dejar claro que la dificultad ni siquiera se plantea allí donde, pese a las sospechas, el riesgo se considere permitido, como será el caso en que aquellas no hayan alcanzado el grado suficiente como para determinar la prohibición de la conducta que lo comporte³⁶. Pero cuando así sea, la realización de la actividad de riesgo no será constitutiva del correspondiente tipo intentado debido a la imprecisión de los resultados en que puede materializarse. En puridad, antes que con cuestiones relacionadas con la eventualidad del querer, la improcedencia de fundamentar en estos casos la tentativa obedece, una vez más, a la dificultad para concretar el riesgo que amenaza con materializarse, si bien ahora la peculiaridad no reside ya en lo azaroso de la producción de cualquier resultado dentro de un abanico de posibles consecuencias abstractas. La razón se explica por la incapacidad misma de la ciencia para trazar una relación causal entre una concreta actuación y un resultado. No se olvide que la identificación de una situación de riesgo en la tentativa se basa en un juicio de conocimiento científico en torno a los efectos asociados a una determinada práctica, presupuesto ausente por definición cuando en el momento de ejecutarla no se conocen las leyes causales que rigen el fenómeno de que se trate. Por ello, como escribía en otro lugar, allí donde se parta de una situación de incertidumbre o de desconocimiento científico en torno a los posibles efectos causales, decaerá la posibilidad de responsabilizar al autor por un intento de causar algo que, paradójicamente, ni él ni nadie conoce si es posible causar³⁷.

³⁶ Consideración que, por cierto, no siempre ha de vincularse a la existencia de una prohibición plasmada positivamente en una norma. Así lo puso ya de relieve la conocida STS de 18 de noviembre de 1991 en el caso del contagio de virus del Sida a consecuencia de las transfusiones sanguíneas realizadas en un hospital antes de la entrada en vigor de la Orden que obligaba a realizar las pruebas de detección del virus con carácter previo a la transfusión. Pese a ello, y debido al alto consenso imperante ya en aquel momento en torno a que una de las vías de contagio de la enfermedad era la sangre, el TS condenó a los responsables del hospital por las lesiones producidas.

³⁷ De ello me ocupé en “Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo”, en: **Revista General de Derecho penal**, Madrid, n. 9, mayo 2008.

2.2 LA INCERTIDUMBRE EN TORNO AL OBJETO SOBRE EL QUE PENDE EL RIESGO DE PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO

Por las mismas razones relativas a la imposibilidad de concretar el peligro que reclama el castigo de la tentativa, su estructura habrá de excluirse igualmente en los casos en que el carácter eventual del querer se refiera a la existencia del objeto sobre el que recae la conducta, de tal modo que no quede mínimamente identificado. Se trataría de aquéllos en los que, de acuerdo con la perspectiva del hombre medio dotado de los conocimientos del autor al momento de obrar, no pueda verificarse una situación de *peligro* recayente sobre *uno o varios objetos* que resulten acotados. Vaya por delante que no se quiere decir con lo anterior que éste o éstos deban quedar por completo identificados, sino tan sólo que resulten *concretables* y que, de ese modo, queden perfilados tanto en su cualidad como cantidad. En lo que a lo primero se refiere, su cualidad, es claro que en modo alguno se trata de exigir el conocimiento certero de la *identidad* del objeto, algo por completo secundario a la vista de su irrelevancia en general para conformar los distintos tipos delictivos. Con la referencia a la cualidad se trata tan sólo de definir la categoría o índole a la que pertenece. Sin esa concreción, del mismo modo que si no se precisara la cantidad de los objetos envueltos en la situación, sería imposible formular desde la tan reiterada perspectiva *ex ante* la relación de inmediatez entre el peligro creado y los objetos en que debe materializarse, indispensable para fundamentar el desvalor de resultado propio de la tentativa.

Precisamente la dificultad para concretar el objeto u objetos en potencia afectados por la conducta de riesgo explica que el legislador haya recurrido a tipificar determinados comportamientos en la PE que, estructuralmente, representan formas de ejecución intentadas con dolo eventual³⁸. Pensemos en la falta del art. 630, relativa al abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos “de modo o con circunstancias que pudieran causar daños a las personas o contagiar enfermedades”, o en el artículo siguiente, el 631, que castiga a los dueños encargados de la custodia de animales peligrosos o dañinos que

³⁸ “Determinados comportamientos, por ejemplo la utilización de energía nuclear, pueden afectar a una multitud de personas y provocar un número indefinido de víctimas [...] se trata de hechos contra los que los delitos tradicionales de resultado (homicidio y sus formas, lesiones, etc) no pueden luchar de forma político criminalmente satisfactoria”. De ello extrae la consecuencia de que “En el ámbito del delito doloso, la creación de un riesgo controlado que se sabe que solo puede lesionar a una persona o a un número determinado de personas sólo cobra relevancia desde el punto de vista de los delitos puros de resultado (homicidio y sus formas, lesiones, daños, etc). Si no se produce el resultado, la conducta habrá de calificarse como tentativa”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes? *La Ley*, Madrid, n. 1, 1997 [p. 2005]. Véase también el mismo en: Id. Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. *La Ley*, Madrid, n. 6, 1999.

“los dejaren sueltos o *en condiciones de causar mal*”³⁹. Ya en el capítulo de los delitos, resulta obligada la cita de los estragos (art. 346) o incendios con riesgo para la vida o integridad física (art. 351). Pero sin duda, la muestra más recurrente de la técnica de tipificación que nos ocupa es el art. 381 CP, que contempla el delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás (art. 381 CP). Por ejemplificar en relación con este último, pensemos en el caso del conductor suicida que finalmente no se encuentre durante su trayecto con ningún vehículo, ¿cómo fundamentar una tentativa con dolo eventual? Ciertamente cabría pensar en un intento de lesiones u homicidio, pero, ¿cuántos?, ¿tal vez el número se fijaría recurriendo a un criterio estadístico que atendiera al volumen de vehículos que transitan normalmente por la vía cualquier día como el de los hechos y a esa misma hora? Y a su vez, ¿cómo concretamos el número de tentativas en relación con cada uno de ellos? ¿Conforme a la media de ocupantes que suelen ir en cada vehículo según estadísticas más o menos fundadas?⁴⁰ A la vista de la dificultad para ofrecer una respuesta a estos interrogantes hay que dar la razón a los autores que descartan que la tentativa de homicidio comience con la entrada en la autopista del vehículo que circula en dirección contraria, y exigen, al menos, que se aviste el primer vehículo que circule correctamente⁴¹.

³⁹ En realidad este tipo ofrece a su vez una muestra de la dificultad ya comentada de apreciar la tentativa con dolo eventual allí donde no queda delimitado tampoco el peligro. Porque, ¿en qué consiste el “mal”?, ¿en daños a la propiedad ajena?, ¿en lesiones?, ¿en homicidio?, ¿en daños a otros animales por el contagio de una enfermedad transmisible al morder?

⁴⁰ No es por ello de extrañar que los autores que no introducen depuración alguna en el tratamiento de la tentativa con dolo eventual terminen manejando como argumento en contra de su castigo en general esta falta de concreción. Es el caso de Tamarit Sumalla, quien a la vista de que el dolo eventual puede abarcar resultados incompatibles entre sí, se pregunta “¿A cuál de ellos habrá que conceder relevancia?... Por otra parte, ¿cómo se delimita la extensión de la pluralidad de tentativas concurrentes? ¿habrá tantos delitos en grado de tentativa o frustración como personas pasaban a menos de cierta distancia, o las que debían haber pasado pero no pasaron?”, Op. cit., p. 550, también nota 114.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones dogmáticas... Op. cit., 1988, p. 970 y ss; MIR PUIG, Santiago. **Derecho de la circulación:** (aspectos civiles y penales). Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1993. p. 191; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO, David. La llamada conducción “suicida”... Op. cit..., p. 1805. En sentido contrario véase LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; VICENTE REMESA, Javier de; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. cit., p. 363 y ss. Estos autores proponen castigar los casos que nos ocupan como una tentativa de homicidio, si bien, añaden, las penas correspondientes “quizás habría que aplicarlas en su grado máximo, por existir probablemente un concurso ideal con una tentativa de otras muertes o lesiones a otros terceros y daños en el vehículo con dolo eventual”, p. 364. Según entiendo, a las críticas que, conforme a la comprensión que sostenemos, se haría merecedora la propuesta de apreciar una tentativa en este supuesto habría de añadirse lo discutible de aumentar las penas sobre la base de lo que no deja de ser una presunción: la de la circulación de otros conductores por la vía. Resulta por lo demás llamativo que esos mismos autores no recurran a tal presunción en otras variantes que proponen, como la del conductor suicida que observa que se le aproxima otro vehículo. En este caso, reservan la regla concursal para el supuesto en el que sean varios los vehículos que hubieran tenido que desviarse para no colisionar.

Conviene recordar, por otra parte, lo cuestionable que resulta en este punto el recurso a los datos que proporciona la estadística. Porque, como ya sostuvimos, la anticipación de la intervención penal que de por sí supone el castigo de la tentativa reclama, aun desde una perspectiva *ex ante*, un grado de peligro real, no calculado, cuyas exigencias, por ser más estrictas, exceden de la mera contemplación estadística de peligro. De otro modo se estaría dando cabida en este ámbito a las presunciones, un expediente por completo incompatible con los principios garantistas que reclama la intervención del Derecho Penal⁴². Distinto sería, continuando con el mismo caso, si finalmente durante el curso del trayecto llegara a verificarse la implicación en la situación de peligro de uno o varios vehículos con sus respectivos ocupantes. Porque una cosa es que al inicio de la ejecución no esté concretado en modo alguno el objeto u objetos sobre el recae el riesgo y otra que éste no pueda concretarse durante todo el tiempo en que se prolonga la ejecución de los actos que, en su caso, determinarían la producción del resultado. De ser así, y sin perjuicio de las precisiones que a continuación realizaremos, nada se opondría a apreciar tantas tentativas como personas en concreto resultasen afectadas por la situación de peligro creada por el autor durante el lapso temporal comprendido desde el inicio de la ejecución hasta su finalización⁴³. Se daría entonces aquella relación de inmediatez y actualidad del peligro que reclama el desvalor de resultado de la tentativa⁴⁴.

Hasta aquí los trazos de la solución que sostenemos en un plano estrictamente dogmático o, si se quiere, atinente a las posibilidades de elaborar en puros términos teóricos

⁴² Del valor en general de las presunciones en Derecho penal tuve ocasión de ocuparme en: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Presunciones y derecho penal. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 765 y ss.

⁴³ Sin perjuicio de las puntualizaciones que posteriormente se formulan, asiste la razón a Silva Sánchez, cuando se plantea el tratamiento del caso en que el conductor suicida se cruce hasta con cuatro vehículos y sólo colisione con el último de ellos. A la responsabilidad por los resultados derivados de la colisión “habrá que añadir las frustraciones resultantes de las colisiones que, dándose todas las bases, no se produjeron por causas distintas a la voluntad del agente”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones dogmáticas y política... Op. cit., p. 975. Nos apartamos de este modo del planteamiento de los autores que sin embargo parten también de la necesidad de concretar el riesgo para castigar la tentativa con dolo eventual. Es el caso de Ramos Tapia, para quien cuando “el peligro *ex ante* es genérico o indeterminado, ni siquiera se suele contemplar la posibilidad de castigar por tentativa, *aunque finalmente algún concreto bien jurídico haya corrido un peligro inminente de lesión*” (sin cursiva en el original). RAMOS TAPIA, María Inmaculada. Op. cit., p. 1810.

⁴⁴ Ni que decir tiene que esta conclusión sostenida para los casos de creación de una situación de peligro, resulta si cabe más evidente cuando llega a producirse una colisión a consecuencia de la cual, sin embargo, no tienen lugar todos los resultados lesivos posibles en atención a los bienes jurídicos implicados. Silva Sánchez, propone el ejemplo en el que como consecuencia del impacto fallece uno de los ocupantes del vehículo pero quedan vivos los otros dos que también circulaban en él, caso en el que considera que habrá de castigarse al conductor por el resultado consumado en concurso con dos delitos en grado de tentativa. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones dogmáticas y política legislativa... p. Op. cit., p. 970 y ss.

la construcción que nos ocupa. Ahora bien, si los resultados que arroja este juicio en términos de posibilidad conceptual se considerasen definitivos, sin necesidad de ninguna comprobación ulterior, se estarían obviando dos tipos de consideraciones de distinto cariz que, sin embargo, representan sendas piezas imprescindibles en el juicio en torno a la procedencia de la solución. La primera de ellas es la relativa a la viabilidad del trazo propuesto a la luz de consideraciones generales de política criminal. Sabido es que aun cuando tal tipo de reflexiones no puede condicionar por sí sola la intervención penal, las soluciones estrictamente técnicas tampoco pueden aislarse de las razones de oportunidad y conveniencia que tienen su punto de mira en la atención de la realidad sobre la que la disciplina ha de ser aplicada, una simbiosis que desde las enseñanzas de ROXIN parecen irrenunciables⁴⁵. En segundo lugar, cualquier solución que pretenda encontrar aplicación *de lege lata* requiere conciliarse con las correspondientes previsiones legales que ya de forma puntual el legislador haya optado por introducir en los concretos ámbitos de que se trate; en lo que ahora nos interesa, en los eventuales preceptos que de modo expreso castiguen las situaciones de peligro aceptadas por el autor con dolo eventual. Vayamos por partes.

3 LA INCIDENCIA DE LAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Según avanzábamos, el rendimiento de cualquier solución dogmática pasa, en primer término, por contrastar los resultados que arroja con consideraciones de orden político criminal, atentas a la *necesidad* de castigo de la conducta. Sólo entonces el diseño propuesto podrá considerarse, más allá de su corrección técnica, como ajustado a la realidad sobre la que ha de ser aplicada y, sobre todo, plausible en sus consecuencias. Para afinar en sus justos términos la conveniencia de repensar cualquier planteamiento teórico a la luz de aquellas consideraciones habrá que puntualizar que el sentido de las correcciones que, en su caso, prosperen, está llamado a limar los posibles excesos que arroje la solución teórica esbozada; nunca a ensanchar el ámbito de lo punible conforme a criterios de oportunidad o necesidad de pena. Porque, si así fuera, se estaría otorgando a este tipo de consideraciones un valor constituyente de la responsabilidad penal que entraría directamente en pugna con la garantía que supone asentar la intervención penal en las premisas sistemáticas previamente dadas. Por esta razón el valor de las precisiones relativas a la *oportunidad* de imponer una pena sólo puede cobrar el sentido de *renunciar* a ciertos ámbitos de castigo que dichas premisas permitirían; nunca a la inversa.

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Barcelona: Universidad de Huelva, 1972.

Aplicado lo anterior a la cuestión que nos ocupa, tales reflexiones nos llevan a plantear si realmente puede considerarse definitiva la conclusión alcanzada en los apartados anteriores en el sentido de valorar como penalmente relevante la tentativa realizada con dolo eventual allí donde la incertidumbre en torno a la producción del resultado se explique por la intervención del azar o si, por el contrario, su valor es provisional, pendiente aún de proceder a introducir, en su caso, restricciones ulteriores atentas a razones utilitaristas. Por presentar las conclusiones que a continuación se desarrollan, puede adelantarse ya la propuesta de limitar el castigo de dicha construcción a los casos en que se verifique la producción de un resultado típico intermedio que, si así se quiere ver, está llamado a operar en la práctica como una suerte de *condición objetiva* del castigo de esta figura.

Partimos, en efecto, de que la pretensión de castigar como tentativa con dolo eventual cualquier supuesto en el que tanto el riesgo que comporta la conducta como el objeto sobre el que recae queden identificados, o al menos sean identificables, llevaría en la práctica a una desmesurada extensión del castigo, en cierto modo parecida, aun cuando de distinta intensidad, a la que se produciría si se considerase punible en todo caso la realización imprudente de los actos que finalmente no dan paso a la producción de un resultado, una conclusión que, como es sabido, el propio legislador se ha cuidado de evitar. Cierto es que existe una importante distancia valorativa entre la realización imprudente de los actos que pueden desembocar en la producción de un resultado lesivo, y la puesta en práctica de esa misma conducta con un actitud propia del dolo eventual. Pero tal salto valorativo repercutirá, en los términos que tendremos ocasión de sostener, en el distinto papel que cobra en uno y otro caso la exigencia de la producción de un resultado. En nada empaña esa distancia, en lo que ahora nos interesa, a la consideración como degradada de la peligrosidad que conllevan ambas formas de proceder respecto a lo que supondría la puesta en práctica de una tentativa con dolo directo. Para exponer cuanto queremos decir sirva de ayuda el ejemplo de quien arroja piedras a la ventana de su vecino, que vive solo, con el exclusivo propósito directo de causarle daños en el cristal, si bien aceptando como una posibilidad elevada que aquél se encuentre en las proximidades y efectivamente resulte alcanzado y, como mínimo, lesionado. No cabe duda de que en casos como éste el riesgo resulta perfectamente identificable y que también lo es el objeto de la acción cuya lesión el autor comprende con dolo eventual. La inseguridad con la que obra se debe en exclusiva al protagonismo del componente de azar, del que en última instancia dependerá que el morador se encuentre o no en la trayectoria del impacto y, con ello, que resulte lesionado o ileso. Conforme al punto de partida que hemos adoptado, no podrían oponerse, por eso, dificultades dogmáticas a su efectiva incriminación. Resulta, sin embargo, que incluso ya de forma intuitiva el sentimiento jurídico parece reclamar un tratamiento diferenciado para estas conductas frente a aquellas otras en las que, manejando ahora una variante del mismo ejemplo, el autor arroja la piedra a la

ventana con la intención directa de lesionar a su vecino, aun cuando finalmente, debido a su mala puntería, no lo consiga. Ello hasta el punto de que aquel sentimiento primario pareciera mostrarse dispuesto a reconducir su solución, en lo que a los posibles daños personales se refiere, antes al ámbito de lo impune que de lo punible. Y todo sobre la base de que cuando el resultado no se produce, la ausencia en el autor de una intención directa de producirlo repele, conforme al mismo sentir, un tratamiento equiparado a los supuestos de dolo directo.

En la búsqueda de una explicación dogmática capaz de ofrecer un respaldo argumentativo al resultado que arroja dicha percepción primaria, a menudo se ha recurrido a argumentos relativos al menor contenido de peligrosidad que en estos casos comporta la actuación⁴⁶. En ocasiones la razón por la que así sea se ha querido encontrar en el dato de que lo normal es que quien actúa sin intención directa de producir un resultado no insista en el intento, lo que redundaría directamente en el menor grado de peligro al que queda expuesto el bien jurídico. Frente a este modo de razonar, entiendo que los argumentos para justificar un tratamiento diferenciado de la estructura que nos ocupa frente a los casos de tentativa con dolo directo deben tomar en consideración, en exclusiva, el grado de peligro ínsito al concreto intento que motive el enjuiciamiento de la conducta, sin atender a la potencial batería de otros ulteriores. Desde este punto de vista no les falta razón a quienes destacan que el menor grado de peligrosidad de la tentativa que nos ocupa se explica sobre la base de la no puesta en práctica por el autor de los medios que asegurarían el resultado⁴⁷. Porque, como se ha dicho, “no siempre ‘querer es poder’, pero es más fácil que se pueda queriendo poder que sin quererlo”⁴⁸.

Si se admiten las premisas anteriores estamos en condiciones de dar un paso más en la formulación de nuestra propuesta, en el sentido de reclamar para el castigo de aquella forma debilitada de peligro la producción de un resultado típico intermedio que, pese a

⁴⁶ De esto tuve ocasión de ocuparme en “La imputación de los resultados producidos a largo plazo” (Op. cit., p. 129 y ss).

⁴⁷ “El dolo eventual supone, en cuanto a desvalor (subjetivo y objetivo) de acción, una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad, y además la peligrosidad *a priori* que en el dolo directo de 2º grado – donde hay conciencia de la seguridad de producción del hecho – y que en el dolo directo de 1º grado por regla general – ya que en éste el sujeto pone todo de su parte para lograr el fin” (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Dolo y dolo eventual...** Op. cit., p. 1127). De hecho, estas premisas llevan al autor a fundamentar ya en general la posibilidad de castigar de modo menos severo la ejecución de un delito con dolo eventual, apreciando una atenuante analógica del 21.6 CP. En este sentido debe verse a Mir Puig, proponiendo la aplicación de la atenuantes contenida en el art. 9.4 del anterior CP y, en su caso, la atenuante analógica del art. 9,10, en: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. Barcelona: Bosch, 1981, p. 427).

⁴⁸ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; HUERTA TOCILDO, Suzana. **Derecho penal:** parte general. 2. ed. Madrid: R. Castellanos, 1986. p. 94.

ese juicio inicial, presente a la postre el riesgo creado por el autor como no despreciable atendiendo a la posibilidad de que se produzcan otros más graves. Tal exigencia vendría a cumplir una función en cierto modo similar a la que desempeña el acaecimiento del daño en la depuración de la imprudencia penalmente relevante. En uno y otro caso, la verificación de un resultado cobra el valor de seleccionar aquellos supuestos más graves necesitados de intervención penal. Obvio es que existen sustanciales diferencias entre el caso que nos ocupa y el régimen de la imprudencia. Para empezar, y en lo que atañe a las consecuencias que se reservan para uno y otro, porque las opciones en el tratamiento de la tentativa con dolo eventual no se expresan en términos del binomio sanción por un delito consumado/impunidad. Se trata, por el contrario, de admitir junto a las formas consumadas el castigo de la tentativa por un resultado más grave, una consecuencia por lo demás razonable, por cuanto supone ampliar la intervención penal en los casos de dolo eventual respecto al régimen de la imprudencia de manera proporcional a la mayor gravedad de aquél título de imputación subjetiva frente a esta otra forma. Se entiende, por esta razón, que el papel del resultado en uno y otro caso está llamado a ser también necesariamente distinto. En concreto, el castigo de la tentativa con dolo eventual se supedita a la producción de un resultado intermedio, en línea de progresividad respecto de aquél más grave al que la conducta realizada podría potencialmente evolucionar. La exigencia que nos ocupa compartiría así con el condicionamiento del castigo de la imprudencia al acaecimiento del daño el representar un indicador de que el acto realizado ha alcanzado un grado de afectación tal para el bien jurídico que desvirtúa la consideración inicial acerca de que los intentos no intencionales revisten en general menor peligrosidad, y no reclaman, por ello, la *necesidad* de la intervención penal.

Conforme a lo anterior, y retomando el ejemplo propuesto, procedería apreciar una tentativa de homicidio con dolo eventual allí donde quien arroja una piedra a la casa de su vecino con la intención de dañar el cristal pero aceptando cualquier eventualidad, lesiones finalmente al morador. Si, por el contrario, por puro azar éste se encontrase en esos momentos en un lugar ajeno a la trayectoria de la piedra, la falta de materialización – aun mínima – del riesgo en un resultado intermedio actuaría como argumento en contra de la necesidad de la intervención penal. Otro tanto habría que decir respecto a la puesta en práctica de los actos que comportan un peligro colectivo, pero siendo en todo momento identificables tanto los objetos afectados como el riesgo creado. Pensemos en el conductor suicida que circula en dirección contraria por una autovía con el propósito de ganar una apuesta. Aun cuando, según vimos, resultaría posible identificar aquellos extremos durante el curso de la ejecución, la calificación de los hechos como tentativa de homicidio con dolo eventual de forma adicional a la apreciación del delito contra la seguridad colectiva sólo procedería conforme a lo expuesto allí donde se verifique la producción de un resultado intermedio de lesiones.

De estos últimos supuestos tendremos ocasión de volver a ocuparnos en el apartado que sigue al hilo del encaje de la solución propuesta con los tipos delictivos de la Parte Especial en los que puntualmente el legislador ha incorporado delitos de peligro en los que la producción de un resultado lesivo puede quedar comprendida por el dolo eventual del autor. De momento nos interesa llamar la atención sobre dos aspectos. El primero de ellos, abunda en la utilidad de la propuesta, mientras que el segundo se atiende a la traducción de sus efectos.

En primer lugar, en lo que se refiere a las consideraciones relativas a la conveniencia del tamiz que se defiende, conviene observar que su utilidad no se ciñe a depurar la intervención penal en los supuestos más graves, saliendo así al paso de las objeciones relacionadas con la “hipertrofia punitiva” que comportaría el castigo generalizado de la tentativa con dolo eventual⁴⁹. Tiene también el valor de superar las críticas relativas a la inseguridad jurídica del castigo de la estructura que nos ocupa, lo que en ocasiones ha motivado incluso su tacha de “indeseable”⁵⁰. Pensemos en el caso de quien pone en práctica un riesgo cuyas consecuencias son identificables, pero no únicas. Bastaría con recordar el del conductor suicida que se cruza durante su trayecto con un número cierto de vehículos y acepta con dolo eventual la producción de cualquier consecuencia: desde lesiones leves hasta la muerte de sus ocupantes. Con la restricción en comentario su calificación no quedaría al albur de una acusación más o menos amplia que le llevase a responder, sin saber muy bien porqué, por una tentativa de lesiones o por homicidio con dolo eventual. Lejos de dicha incertidumbre, esta segunda calificación más grave quedaría reservada a los casos en que el riesgo se hubiera materializado en un resultado lesivo intermedio.

La segunda de las consideraciones que anunciábamos tiene que ver con los efectos prácticos de esta comprensión, de indudable interés en la contemplación de la propuesta desde un punto de vista utilitarista. En concreto, su rendimiento es perceptible tanto en los casos de *tentativa idónea* como *inidónea*. En relación con los primeros las consecuencias saltan a la vista, en tanto que pese a la idoneidad del intento para producir un resultado más grave se renuncia a la intervención penal cuando aquella peligrosidad – real – no evoluciona siquiera sea a un resultado típico de menor gravedad que aquel en que podría haberse materializado el riesgo. Si acaso, en relación con esta fenomenología de supuestos tan solo tiene sentido insistir en la trascendencia de tal restricción a la hora de distinguir entre el régimen de los tipos delictivos que admiten o no una graduación en su gravedad y entre los primeros, de forma paradigmática, en relación con los delitos contra las personas. De hecho, no se pasa

⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Op. cit., p. 558.

⁵⁰ Ibidem, p. 548.

por alto que a menudo hemos ejemplificado sobre la base de la eventual responsabilidad del autor por una tentativa de homicidio que, al no producirse, puede dar lugar a un resultado de lesiones, en todo caso de menor gravedad valorativa. Lo anterior no es óbice a que los ejemplos se extendieran también a las lesiones, pero siempre que tuvieran tal gravedad que la tentativa se hubiera concretado en una lesión previa de inferior intensidad.

El efecto práctico, al final, es que la solución adoptada lleva a renunciar al castigo allí donde el riesgo de lesión aceptado por el autor con dolo eventual diera lugar, caso de materializarse, tan sólo a la comisión de una falta, o bien donde, tratándose de un delito, el legislador no haya tipificado la falta correspondiente y tampoco exista un tipo delictivo de menor gravedad ni otros situados en línea de progresividad. Porque en ninguno de estos casos podría identificarse un resultado intermedio considerado penalmente relevante por el legislador y, con ello, de intensidad suficiente como para justificar en términos utilitaristas el castigo de los hechos con base en el riesgo de que evolucionen hacia un resultado más grave. De nuevo, el recurso a algún ejemplo puede servir para ilustrar cuanto se expone. Imaginemos el caso de una embarazada que, a sabiendas de su estado, consume sustancias tóxicas o se administra a su criterio medicamentos peligrosos para su situación conociendo el alto riesgo de que el feto resulte dañado o incluso de que llegue a abortar, mostrando en todo momento una actitud de indiferencia ante tal posibilidad. Si, pese a todo, aquél no llegase a registrar lesión alguna habría de excluirse la pretensión de castigar los hechos como una tentativa de un delito de lesiones al feto o de aborto. La conclusión sería la misma si el feto sufriera sólo lesiones leves que, como es sabido, el legislador ha renunciado a tipificar como una falta. Porque de nuevo en este caso estaría ausente un resultado típico intermedio que actúa como filtro con el que depurar la intervención penal con base en la gravedad evidenciada del peligro de que se produzca un resultado ulterior. Continuando con nuestro ejemplo, la solución sólo sería distinta si el feto experimentara anomalías tan graves que justificaran la calificación de los hechos como un delito de lesiones al feto consumadas con dolo eventual, caso en el que este título entraría en concurso – de leyes – con una tentativa de aborto, también con dolo eventual.

Aun sin ser acompañada de argumentos que ofrezcan una explicación de tal proceder, sino inspirada más bien por cierto sentido intuitivo, ésta es la solución que a menudo está presente en los pronunciamientos jurisprudenciales en que los Tribunales de justicia han tenido que calificar la actuación de quien con dolo eventual pone en marcha una conducta cuyo potencial lesivo excede del resultado que finalmente se acaba materializando, ya sea en relación con un único objeto⁵¹ o con un círculo de objetos

⁵¹ Entre otras, véase por ejemplo la STS de 21 de diciembre de 2002, en el caso de quien disparó a la víctima para huir de un robo aceptando con dolo eventual su muerte pero causándole tan sólo lesiones; la de

identificados o, al menos, identificables⁵². De estos últimos tendremos también ocasión de dar cuenta en el apartado que sigue, en tanto que dicho proceder es singularmente visible en relación con los tipos de peligro de alcance colectivo que, al menos en principio, parecen responder a la estructura de la tentativa con dolo eventual. Por ahora nos interesa destacar que junto con las consecuencias que conlleva la postura que aquí se sostiene en relación con el castigo de la tentativa idónea, no menos importantes son sus resultados cuando de la tentativa *inidónea* se trata. En efecto, si la procedencia de la imposición de la pena se condiciona a que se produzca un resultado típico que depure la necesidad de la intervención penal, la conclusión inmediata es la expulsión de estos supuestos del ámbito de lo punible. Pensemos en casos como el de quien dispara a su víctima con un arma sin conocer si se encontrará cargada, no estándolo finalmente, y quedando acreditado que actuó en todo momento con una actitud de indiferencia ante tal posibilidad; o en el de quien apunta con su arma hacia la cama abultada sin saber si dormirá o no una persona en ella, resultando finalmente que se encontraba vacía. En tanto que en estos y otros supuestos de inidoneidad del intento – en lo que ahora nos interesa, realizado a título de dolo eventual – pese al peligro que *en potencia* representa la conducta desde una perspectiva *ex ante* se descarta cualquier posibilidad de que se produzca algún resultado, no cabe más que descartar su castigo. Se asegura así de nuevo excluir la intervención penal en supuestos de indubitada menor gravedad, consecuencia que por lo demás permite salir al paso de la objeción formulada por los partidarios de la impunidad en todo caso de

22 de marzo de 2003 respecto a la conducta de quien propinó diversas puñaladas a la víctima con dolo eventual respecto a la producción de la muerte; la de 28 de febrero de 2005, en un supuesto de malos tratos en el que el marido colocó una prenda en la nariz de la víctima mientras dormía, si bien ésta logró salvar la vida aun cuando sufrió una depresión de carácter grave; la de 15 de marzo de 2005, en el caso del disparo con una pistola de perdigones a consecuencia del cual la víctima resultó herida; o la STS de 31 de marzo de 2011, respecto a la actuación de quien propinó una serie de patadas en la cabeza a la víctima aceptando también la eventualidad de que acaeciera la muerte, pero dejándola herida.

Hay que reconocer, con todo, que de este proceder parecen apartarse otros fallos jurisprudenciales. Es el caso de la STS de 13 de julio de 2006, que enjuició a una joven que dio a luz en los aseos de una sala de hospital e introdujo al bebé en el inodoro y lo cubrió de papel higiénico. Pese a que el recién nacido no sufrió finalmente daño alguno gracias a la intervención del personal que advirtió la situación, el TS condenó a la madre por una tentativa de asesinato con dolo eventual. Se trata en todo caso de un supuesto más cercano al dolo directo que al eventual puesto que, como se admite en los hechos probados, era evidente que el niño habría fallecido con seguridad poco tiempo después de no haber sido advertido.

⁵² Puede verse la STS de 24 de mayo de 2005, que enjuició a quien incendió una vivienda conociendo la alta posibilidad de que se encontrase en ella su mujer y suegra. Aun cuando finalmente en el momento de los hechos se hallaban en el lugar no sólo éstas sino otros tres moradores, considero que el fallo del TS en el sentido de apreciar sólo dos tentativas de asesinato se explica por el entendimiento de que sólo en relación con esas dos víctimas el autor obró con dolo eventual respecto a las consecuencias que pudieran sufrir.

esta construcción cuando manifiestan sus temores a que se termine convirtiéndose en un peligroso instrumento de un Derecho penal autoritario⁵³.

4 LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL EN EL MARCO DEL DERECHO POSITIVO: LOS TIPOS DE LA PARTE ESPECIAL

Resulta casi ocioso advertir que el rendimiento de cualquier solución que se diseñe para las cuestiones de la Parte General de la disciplina no pasaría de ser una propuesta de *lege ferenda* si, con independencia de su mayor o menor acierto teórico, no se contrastase con las previsiones legales vigentes en el ordenamiento de que se trate. Cumple, pues, analizar la propuesta que hemos venido realizando a la luz de la concreta configuración de los tipos de la Parte Especial que en nuestro Código penal castigan puntualmente en determinados ámbitos conductas caracterizadas por dos rasgos. El primero de ellos es que el legislador describe una acción cuyo alcance sólo en potencia puede evolucionar hacia la producción de un daño; el segundo, que ante esa posibilidad el autor obra con una actitud propia de dolo eventual.

Entre los supuestos que cumplen esas características resulta una vez más paradigmática la mención del art. 381.1 en materia de seguridad vial. Recordemos que el precepto castiga la conducción temeraria con manifiesto desprecio hacia la vida de los demás, previendo la imposición de una pena agravada cuando a resultas de ese modo de conducir se hubiera creado una situación de concreto peligro para la vida o la integridad de las personas. Pero en todo caso, y con independencia de que éste concurra o no, lo cierto es que una conducción de esa guisa encierra un riesgo cuyo alcance real solo podrá conocerse en función de datos ciertamente aleatorios, como el número de sujetos que en ese momento circulen por la vía y se vean envueltos en la situación de peligro. Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, podemos adelantar ya que el reconocimiento de la improcedencia del castigo como tentativa de los casos en que no se produce ningún

⁵³ TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Op. cit., p. 548. Tras denunciar el inconveniente que el castigo de la tentativa con dolo eventual representa por razón de la inseguridad jurídica que supone la indeterminación de los riesgos relevantes, afirma: “Por otra parte, la ampliación legal del ámbito típico de la tentativa en los supuestos de inidoneidad y delito imposible puede conducir a una hipertrofia punitiva en casos en los que el debilitamiento del contenido objetivo de peligro de la tentativa coincide con una devaluación de la dimensión subjetiva del injusto”. Tanto con una crítica como con otra, continúa el autor, “la admisión de la tentativa con dolo eventual constituye una amenaza para las libertades individuales, habida cuenta del riesgo de que redunde en una utilización desmedida del Derecho penal”, y, a la postre, en “un peligroso instrumento de un Derecho penal autoritario”.

resultado lesivo ha estado en la base de la incorporación de este tipo delictivo. Ciertamente es que, según antes exponíamos, la concreción de los objetos afectados – vehículos que circulan por la vía – resulta imposible mientras no finalice la ejecución, pudiendo incluso suceder que finalmente el conductor suicida no se encuentre en su trayecto con ningún vehículo circulando en dirección contraria, lo que por sí mismo justificaría la presencia del precepto en el CP. Pero incluso si durante su curso quedasen identificados los vehículos – con sus ocupantes – en concreto afectados, el trazo del precepto, y en concreto la previsión concursal que introduce, pone en la pista de que, a salvo de que hubiera sobrevenido un resultado – grave o intermedio –, no procede apreciar la estructura de la tentativa con dolo eventual adicionalmente a dicho tipo delictivo. Así lo confirma la simple lectura de las previsiones del art. 382, según el cual, se dará el respectivo concurso cuando a consecuencia de la comisión de los arts. 379, 380 ó 381, “se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito”. Y desde luego, a menos que se quiera forzar la interpretación literal del precepto, habrá de entenderse que la creación de un resultado lesivo constitutivo de delito no puede consistir a su vez en una situación de riesgo, como es propio de la tentativa. Porque entonces ésta no sería más que manifestación del “riesgo prevenido”.

Distintas entiendo que habrían de valorarse las cosas cuando a consecuencia de la conducción se hubiera producido un resultado intermedio de lesiones. Porque ni éste queda comprendido por el injusto del delito de peligro, ni se opone a su castigo en régimen concursal que se califique, bien como un delito de lesiones consumadas, bien como una tentativa de homicidio. Me parecen, por ello, de todo punto acertados los pronunciamientos jurisprudenciales que aprecian tal relación concursal de delitos entre el tipo contra la seguridad vial y la correspondiente tentativa de homicidio con dolo eventual allí donde a consecuencia del modo de conducción sobreviene un resultado de lesiones, y consideran por el contrario absorbidas en el delito de peligro el resto de las situaciones en que la puesta en riesgo de determinadas personas no termine provocando ningún resultado lesivo⁵⁴.

⁵⁴ Sirva de cita la STS de 26 de enero de 2011, que enjuiciaba la conducta de un conductor que circuló con temeridad manifiesta y desprecio por la vida de los demás en el recinto de un parking de una discoteca transitado por un número considerable de personas que hubieron de esquivarlo. Una persona resultó atropellada, lo que le produjo la muerte, y otra sufrió lesiones. Respecto a ésta última el TS apreció un delito de homicidio intentando.

Hay que reconocer, con todo, que la apreciación de una tentativa de homicidio tras la previa producción de lesiones no es un proceder unánime en la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 2 de noviembre de 2010 apreció los correspondientes delitos de lesiones – y no tentativas de homicidio – en el caso de quien circuló durante 40 km en dirección contraria de una autovía y, entre otros resultados, lesionó de modo grave a cuatro personas. Véase también, por ejemplo, la STS de 27 de diciembre de 2011.

Lo mismo habría de decir respecto a otros tipos de peligro en los que el objeto sobre el que puede materializarse queda perfectamente acotado. Es el caso, por ejemplo, del abandono de menores en situación de concreto peligro para su vida, salud, integridad física o libertad, o la falta del art. 619 CP, que castiga a quien deje de prestar asistencia a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de los cuidados de quien no la asiste. Si el legislador castiga este tipo de conductas pese a que tanto el objeto sobre el que recaen como la gama de riesgos que comportan quedan identificados o, al menos, son identificables, la razón solo puede obedecer al reconocimiento implícito de la improcedencia de castigar los hechos como formas imperfectas de ejecución con dolo eventual allí donde no se produce resultado – intermedio – alguno.

Por las razones ya avanzadas, la necesidad de introducir la restricción que venimos sosteniendo resulta si cabe más evidente en los casos en que en ningún momento del curso de la ejecución del delito pudieran llegarse a acotar los objetos afectados por la conducta, de modo tal que sólo una vez finalizada ésta fuese posible manejar una cifra⁵⁵. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de la colocación de una bomba en un centro comercial que finalmente no explota o que, haciéndolo, mata o lesiona a un número de personas inferior al de las concurrentes. La razón de la mayor contundencia del requisito que sostenemos en estos casos se debe a que ahora, en realidad, más allá de argumentos relacionados con consideraciones de política criminal, su exigencia viene motivada por la necesidad tantas veces expresada a lo largo de estas páginas de que el castigo de la tentativa con dolo eventual no dependa de la azarosa afectación de uno o varios objetos, sino de la concurrencia de una situación *real* de peligro constatada desde una perspectiva *ex ante*. En tanto que la superación de tal estado de incertidumbre sólo es posible en los casos en comentario a partir de la prueba – *tras la finalización de la ejecución* – de los objetos concretamente afectados, el castigo de la tentativa de un resultado más grave con dolo eventual sólo quedaría justificada conforme al principio de mínima intervención penal en el caso de que, finalmente, el objeto en cuestión se hubiera visto envuelto en una situación real de peligro capaz de evolucionar hacia ese resultado de mayor envergadura. Y la constatación fehaciente de este extremo encuentra su prueba, *ex post*, en la verificación de aquel resultado intermedio que asumiría un valor similar al de una condición objetiva de la pena de la tentativa. Sólo con él, la situación indefinida de riesgo que, todo lo más, puede llevar al legislador a crear tipos especiales de peligro, se concreta en un estado real

⁵⁵ Aun cuando podría de nuevo recurrirse a la ayuda de criterios estadísticos para calcular *ex ante* el número de las que se encontrarían en él en cualquier hora y día similar, nos hemos manifestado ya en contra de su virtualidad para fundamentar el castigo de la tentativa.

– no presunto – de afectación del bien jurídico y, con ello, queda justificada la imposición de un castigo por el emprendimiento de una tentativa de un resultado más grave.

La solución anterior se confirma una vez más por la regulación positiva en materia de estragos. Recordemos que el art. 346 incluye en su tipo objetivo la exigencia de que “comporten necesariamente un peligro para la vida o salud de las personas”, añadiendo el apartado 3 del art. 346 la regla del castigo separado de este delito con la infracción correspondiente “si, además de peligro, se hubiere producido *lesión* para la vida, integridad física o salud de las personas”. Del mismo modo que comentábamos en relación con la previsión del art. 382 en materia de seguridad vial, cabe entender que la creación de un resultado lesivo constitutivo de delito no puede consistir a su vez en una situación de riesgo sin consecuencia dañosa alguna. Porque entonces ésta no sería más que manifestación del peligro que ya tiene en cuenta el legislador al tipificar el delito en la Parte Especial. Ahora bien, al igual que decíamos entonces, una vez que se constate la producción de un resultado, en lo que ahora nos interesa unas lesiones, aquella regla concursal no impide que los hechos se califiquen como lesiones consumadas o como una tentativa de homicidio o asesinato con dolo eventual. De hecho, al razonamiento anterior obedece la práctica jurisprudencial que en materia de terrorismo condiciona la apreciación de una tentativa de asesinato con dolo eventual a la verificación de un estadio intermedio de lesiones⁵⁶.

⁵⁶ Es el caso, por ejemplo, de la SAN de 7 de febrero de 2007, relativa a la colocación de un coche bomba al paso de un autobús que transportaba a Guardias Civiles. A resultas de la explosión resultó muerto un ciudadano que hacía ejercicio por el lugar, heridos los 15 Guardias Civiles que viajaban en el autobús y dos ciudadanos que circunstancialmente pasaban por la zona. Además de por el asesinato consumado, la AN apreció 17 delitos de asesinato frustrados, pese a que la explosión pudo lesionar o matar al resto de las personas que se encontraban en las inmediaciones. En el mismo sentido, entre otras, puede verse la SAN de 29 de octubre de 2007, en relación con la colocación de un coche bomba cuya explosión no sólo provocó la muerte de los seis pasajeros del vehículo objeto del atentado, sino también la lesión de 44 personas que circunstancialmente se encontraban en las proximidades. Además del correspondiente delito de estragos, la AN castigó a los acusados por 6 delitos de asesinato y 44 tentativas de asesinato; la SAN de 21 de mayo de 2003, en relación con un atentado a una casa cuartel en el que fallecieron 11 personas y resultaron lesionadas 88. Respecto a éstas, la AN apreció 88 delitos de asesinato intentado; la SAN 17 de noviembre de 2002, en relación con la colocación de un coche bomba para atentar contra la Guardia Civil. Además de por cinco delitos de asesinato consumado correspondientes a la muerte de cinco Guardias Civiles, apreció once tentativas de asesinato, tantas como lesionados resultaron en el atentado (Guardias Civiles y particulares); la SAN 11 de octubre de 2006, relativa a la explosión de un coche bomba cuando transitaba por la inmediaciones una furgoneta perteneciente al Ejército de Aire, causándole la muerte a uno de sus ocupantes y lesiones a 17 personas. Apreció en relación con éstas 17 delitos de asesinato en grado de tentativa; o la SAN de 7 de marzo de 2002, en el caso de la colocación de un coche-bomba en la vía pública que, al explotar, causó la muerte de una persona y graves heridas a otras cinco. Además de por el asesinato consumado, la AN apreció cinco tentativas de asesinato.

Cuando, por el contrario, los Tribunales no siguen este criterio⁵⁷, la solución que adoptan en lo que se refiere a los atentados contra las personas es la calificar los hechos tan sólo conforme al resultado menos grave consumado⁵⁸. Tal proceder resulta criticable, en tanto que puede provocar en ocasiones – en los casos de lesiones de menor gravedad – un beneficio injustificado de la pena respecto a la resultante de apreciar un delito de asesinato en grado de tentativa – con dolo eventual. Porque, insistamos una vez más, cuando el objeto no sólo resulta *ex post* acotado sino que se verifica una situación real de riesgo que en principio sólo de modo abstracto pendía sobre él, no deben encontrarse argumentos dogmáticos ni político criminales para renunciar al castigo.

Fundamentada en estos términos la solución propuesta cumple hacer una serie de observaciones específicamente relacionadas con este último grupo de casos caracterizado por la imposibilidad de identificar ni antes ni durante la ejecución de los hechos el círculo de objetos afectados. Ante todo, que su formulación permite salir al paso de las críticas vertidas por quienes objetan que la renuncia a introducir limitaciones en el castigo de la tentativa con dolo eventual llevaría a conceder injustificados espacios de impunidad. Así, por ejemplo, se preguntan Corcoy Bidasolo y Carpio Briz si quienes articulan este razonamiento en el ámbito de la seguridad vial “dirían lo mismo de quien pone una bomba en un vagón de tren desconociendo si en él entrarán 2, 3, 20 o ninguna persona”⁵⁹. Pretenden de ese modo poner de manifiesto lo incoherente que resulta introducir distinciones según el móvil con que obre el autor, en tanto que “ya sea religioso, político, económico [...] o, simplemente por sentir adrenalina, en nada cambia la lesividad de la conducta”⁶⁰. Dejando

⁵⁷ No está de más insistir en que distintas serían las cosas en los casos en que pueda apreciarse dolo directo. Buen ejemplo al respecto es la SAN 25 de septiembre de 2008, respecto a la colocación de un coche bomba en las inmediaciones de un estadio de fútbol, en la zona donde se coloca la policía, con la finalidad de matar al mayor número posible de agentes. Con todo, los terroristas no llegaron finalmente a accionar el dispositivo al comprobar que el coche bomba ya había sido detectado por la policía. En este caso, y pese a que no se produjo daño alguno, la Sentencia consideró suficiente para fundamentar la tentativa con hacer un recuento del número de personas contra las que se dirigía la acción: “La no producción del resultado, comporta la inconcreción del número de víctimas que podían haberse producido de practicar todos los actos de ejecución y alcanzar aquél, es decir, fijar en definitiva el número de delitos contra las personas. La Sala, apartándose de las consideraciones de anteriores sentencias, entiende más ajustado a derecho, a tenor de la prueba testifical practicada, fijarla en veintiuno los asesinatos frustrados, ya que eran tres las dotaciones de la Policía Nacional que estacionaban habitualmente en las proximidades donde se hallaba aparcado el coche bomba, compuestas por siete funcionarios cada una”.

⁵⁸ Por ejemplo, la SAN 28 de febrero de 2006, que apreció 22 delitos de lesiones en el caso de la explosión de un coche bomba a consecuencia de la que resultaron lesionadas 22 personas; o la SAN de 23 de julio de 2003 en el caso Hipercor, confirmada por la STS de 2 de julio de 2004: además de por 21 delitos de asesinatos consumados, se condenó a los autores por 46 delitos – y en algunos casos, faltas – de lesiones.

⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO BRIZ, David I. La llamada conducción “suicida”... Op. cit. p. 1808

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1808.

de momento al margen las dudas que despierta tanto el ejemplo que manejan como el razonamiento que después desarrollan⁶¹, la propuesta que aquí se sostiene sortea la referida objeción, en tanto que en absoluto renuncia al castigo de estos casos, sino que introduce estrictas exigencias para impedir que aquél tenga lugar sobre la base de una situación de peligrosidad abstracta que sólo debe, en su caso, encontrar su castigo en los tipos de la Parte Especial que la contemplan: el delito de estragos en el caso que nos ocupa, o el delito de incendios con peligro para la vida de las personas (art. 351) si, por ejemplo, se tratase del incendio de una vivienda para cobrar un seguro aceptando con dolo eventual la producción de lesiones o muerte en quienes eventualmente se encontrasen en el edificio.

Por otra parte, y ahora en el extremo opuesto, la solución defendida permite igualmente salvar las críticas procedentes de los partidarios de renunciar en todo caso al castigo de la tentativa con dolo eventual. Se trata ahora de los argumentos relacionados con la conveniencia de limitar el recurso al Derecho penal y cercenar el eventual riesgo de convertirlo en un instrumento autoritario, limitativo de libertades individuales, y dispuesto en último término a mantener la imposición de una sanción al precio de la inseguridad jurídica⁶². Que este tipo de argumentos pierde su consistencia a la luz de las restricciones propuestas quedó ya fundamentado más arriba y no parece que sea necesario insistir al respecto.

Para concluir, tan sólo resta realizar alguna consideración final que sirva para retomar la cuestión tan debatida en torno a si los delitos de peligro que puntualmente ha incorporado el legislador en la Parte Especial del Código penal en relación con determinados

⁶¹ Para empezar porque, siguiendo con su ejemplo, quien pone una bomba en un tren –entendemos que sin avisar de su colocación y sin posibilidad de que los ocupantes lo abandonen – no actúa con dolo eventual respecto de la muerte de los pasajeros, sino con *dolo directo*, aun cuando desconoce el número exacto de víctimas. Pero aun cuando salváramos lo anterior y para ello manejásemos otros ejemplos en los que sí puede apreciarse el dolo eventual (colocar una bomba en un vehículo para matar al conductor aceptando con dolo eventual el paso de otras personas por la calle en ese momento, o en otros casos que la propia Corcoy Bidasolo propone al hilo de la misma crítica, como el de quien coloca una bomba en un mercado desconociendo “si logrará matar a 2,3,20 o ninguna persona” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Homicidio y lesiones... Op. cit., p. 106), tampoco el razonamiento estaría libre de objeciones. Y es que la crítica que formulan no parece demasiado coherente teniendo en cuenta que, al final, cuando estos autores tratan los casos de conducción suicida, se adhieren a la postura de quienes recurren al criterio de la *inmediatez temporal* para depurar la tentativa: “Desde una perspectiva procesal, ciertamente, en estos supuestos siempre subsiste la duda de lo que hubiera hecho el autor en el caso de avistar un vehículo que viniera de frente, lo que, en atención al principio *in dubio pro reo*, nos debería llevar a negar la existencia de tentativa de homicidio” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO BRIZ, David. Op. cit. p. 1810). Con este razonamiento resulta que, a la postre, acaban introduciendo un sesgo discutible en la solución de los distintos casos, puesto que igualmente habría que decir que resulta difícil saber lo que haría el autor si llegara a observar que por el lugar en que ha estacionado el coche bomba transita una madre con su hijo de 3 años o incluso un pariente del terrorista, visualización que los autores del atentado no llegarán a tener.

⁶² Como ya señalamos marginalmente, es el caso de Tamarit Sumalla (Op. cit., p. 548 y ss).

ámbitos representan estructuralmente tentativas con dolo eventual. Llegados a este punto, podemos decir que la comprensión que hemos sostenido arroja como resultado una respuesta claramente negativa. En primer lugar, porque no todos los casos en que el legislador ha tipificado una actuación intentada con dolo eventual son mera confirmación del castigo de la tentativa con esta forma de dolo. Para comprobarlo, bastaría con volver la atención al caso de la conducción suicida cuando no llegara a producirse una situación de peligro concreto para el bien jurídico. Veíamos cómo en estos supuestos, al no quedar concretado en ningún momento el objeto sobre el que recae el riesgo, sólo la opción del legislador de tipificar la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás asegura su castigo. En segundo lugar, y ahora en sentido inverso, porque la premisas que hemos sostenido llevan a concluir que lo anterior no significa que la tentativa con dolo eventual sólo sea punible allí donde el legislador expresamente la castigue. Los hechos serán por el contrario punibles conforme a ese título siempre que llegara a producirse un resultado típico intermedio que exprese la seriedad del peligro creado con la conducta y, con ello, la necesidad de la intervención penal respecto a otro resultado más grave.

5 VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

Como ha podido comprobarse, la postura aquí sostenida representa en buena medida un punto de equilibrio entre las dos posiciones extremas que a menudo han enfrentado a los autores que se han ocupado del tema: por una parte la de quienes defienden sin restricciones el castigo de la estructura en comentario; por otra, la de quienes la rechazan en todo caso. Esta vía intermedia es fruto de la introducción de una serie de restricciones motivadas de manera cumulativa tanto por razones de orden dogmático como político criminal. La razón de ser de las primeras tiene que ver con la inconsistencia de fundamentar un título de responsabilidad sin que concurra un riesgo cierto referido a un objeto identificado o, al menos identificable, que sirva de soporte a su – ulterior – imputación subjetiva. La presencia de las segundas, esto es, de las consideraciones relativas a la oportunidad y conveniencia del castigo, se justifica con base en la premisa de que la imposición de una sanción penal – en su caso, el ingreso en prisión – reclama un contenido de injusto especialmente grave que desborde los límites dentro de los cuales es suficiente el recurso a la intervención de órdenes distintos al penal. Hemos sostenido en este sentido que la tentativa con dolo eventual representa un estadio intermedio, en cuanto a su gravedad, entre los intentos realizados con dolo directo y la imprudencia no seguida de la producción de un resultado. Consecuencia de esta posición a medio camino entre ambas figuras es que su tratamiento se encuentre también en un punto equidistante

entre ellas. Este pasaría, por una parte, por no renunciar al castigo de la tentativa doloso eventual de un resultado más grave –al igual que es propio de las formas imperfectas de ejecución realizadas con dolo directo –, pero, por otro, por exigir la constatación de un resultado típico intermedio de menor gravedad respecto al que podría evolucionar la conducta. Salvando las distancias, tal exigencia está llamada a cumplir una función político criminal en cierta medida paralela a la depuración que realiza el legislador cuando exige la verificación de un daño para castigar la imprudencia. Sus efectos menos generosos que la limitación del castigo que es propia de la imprudencia no seguida de la producción de un resultado no habría de verse sino como lógica consecuencia de su mayor gravedad cualitativa respecto a éstos y de la consiguiente mayor necesidad de la intervención penal.

Aun sin verse acompañado de un razonamiento preciso que justifique tal proceder, a estas demandas responden buena parte de los pronunciamientos jurisprudenciales que, en ámbitos tan dispares como los relativos a la seguridad vial o a atentados terroristas, suelen condicionar el castigo de las formas imperfectas de ejecución cometidas con dolo eventual a que la víctima en cuestión se haya visto envuelta de tal modo en la situación de peligro generada por la conducta que llegase a sufrir un resultado típico intermedio – de lesión en estos supuestos. Desde luego, sería conveniente que tal proceder, que de forma más o menos intuitiva ha inspirado buena parte de esos fallos jurisprudenciales, se acompañara de un respaldo argumentativo que evitase dejar a sus destinatarios huérfanos de cualquier clave explicativa del porqué, por ejemplo, la víctima de un atentado terrorista que sufre lesiones es sujeto pasivo de un delito de asesinato intentado con dolo eventual y no se considere como tal, sin embargo, a la persona que se encontraba en el lugar de los hechos y sólo de forma más o menos milagrosa consigue salir ilesa de la situación. Claro que tanto o más deseable que contar con este bagaje argumental en los fallos jurisprudenciales sería que el legislador ofreciera de modo expreso alguna pauta a modo de referente último de la solución. Sería recomendable por ello, de *lege ferenda*, que nuestro Código penal dejara de ignorar en la Parte General la singular dificultad propia del dolo eventual y de limitarse tan sólo a dar cuenta de su existencia en la Parte Especial de la mano de algunos delitos que puntualmente la reflejan. Vaya por delante que no se trata de encorsetar las soluciones ni de restar al intérprete o al aplicador del Derecho el necesario margen exegético con el que deben contar. Lo que se reclama es el trazo de las coordenadas básicas de la solución en las que han de moverse los operadores penales, proceder con el que se inyectaría la indispensable dosis de certeza y seguridad jurídica a un ámbito por completo carente de ella en la actualidad pese a su ingente importancia cualitativa y cuantitativa.

REFERÊNCIAS

- ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 5, p. 13-53, 2011.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **La tentativa inidónea**: fundamento de punición y configuración del injusto. Granada: Comares, 2000.
- ALWART, Heiner. **Strafwürdiges Versuchen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.
- ARZT, Gunther. Falschaussage mit bedingtem Vorsatz. **Festschrift Für Hans-Heinrich Jescheck**, Berlin, p. 391-404, 1985.
- BURKHARDT, Björn. Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento ex ante. Traducción: Alcácer Guirao. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 151-198, 2001.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal**: parte general III (Teoría Jurídica del Delito). Madrid: Technos, 2001. v. 3.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Concepto dogmático y jurisprudencial del dolo: Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia. **Libertas**: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, p. 98-125, jun. 2012.
- _____. Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.). **Seguridad vial y derecho penal**: análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 73-120.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO BRIZ, David I. La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005. **La Ley**, Madrid, n. 2, p. 1803-1813, 2007.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 60, n. 1, p. 39-96, 2007.
- DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- _____. La presunta inexistencia del elemento volitivo del dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Barcelona, n. 17, p. 59-71, 2006.
- FARIA E COSTA, José de. **Tentativa e dolo eventual**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- FARRÉ TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, p. 247-284, 1986.
- FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito**: doctrina y jurisprudencia. Barcelona: Edisofer, 1986.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes? **La Ley**, Madrid, n. 1, p. 2004-2008, 1997.
- _____. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 65, p. 269-364, 1998.
- _____. Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. **La Ley**, Madrid, n. 6, p. 1880-1890, 1999.
- FRISCH, Wolfgang. Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? **Juristische Schulung**, München, p. 362-370, 1990.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, n. 9, mayo 2008. Disponible em: <<http://bddoc.csic.es:8080/detalles.html?tabla=docu&bd=JURIDOC&id=602211>>. Acceso em: 18 fev. 2015.

_____. **La imputación de los resultados producidos a largo plazo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. **La inducción a cometer el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

_____. **Nociones fundamentales de derecho penal**: parte especial. Madrid: Tecnos, 2010.

_____. Presunciones y derecho penal. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.).

Constitución de derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 765-790.

GÜNTER stratenwerth: Strafrecht allgemeiner teil. 3. Aufl. Kohn, 1981.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción: María del Mar Díaz Pita. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 1, v. 43, p. 909-932, 1990.

HERZBERG, Rolf Dietrich. AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrecht. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 44, n. 10, p. 470-482, 1989.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general – fundamento y teoría de la imputación. Traducción: Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: M. Pons, 1977.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrecht**: allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Traducción y adiciones de: Jose Maria Manzanares Samaniego. Granada: Bosch, 1993.

KÜHL, Kristian. Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung. **Juristische Schulung**, München, v. 1, p. 718-721, 1979.

LAMPE, Ernst-Joachim. Genügt für den Entschluss des Täters in 5 § 43 StGB sein bedingter Vorsatz? **Neue Juristische Wochenschrift**. München: Beck 1958.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1.

_____. Dolo y dolo eventual: reflexiones. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO; Ignacio (Coord). **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos**: “in memoriam”. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha; Universidad de Salamanca, 2001. p. 1109-1134.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; VICENTE REMESAL, Javier de; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. ¿Conductores suicidas o conductores homicidas? **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**, Toledo, n. 7, p. 361-368, 1989.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. La idea de peligro en el moderno derecho penal. **Actualidad Penal**, Madrid, v. 1, n. 27, p. 481-498, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho de la circulación**. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 1993. (Aspectos civiles y penales).

_____. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: Reppertor, 1990.

_____. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el código penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 3, 2001.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿“Legítima” defensa putativa? un caso límite entre justificación y exculpación. **Poder Judicial**, Madrid, n. 24, p. 33-48, 1992.
- MUÑOZ LORENTE, José. **La tentativa inidónea y el código penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Delito intentado e idoneidad en derecho español. **Revista Penal**, Barcelona, n. 14, p. 124-140, 2004.
- PEREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- DIETRICH, Rolf. AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrecht. **Juristenzeitung**, v. 44, n. 10, p. 470-482, 1989.
- PUPPE, Ingeborg. Der halbherzige Rücktritt. **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, München, p. 488-491, 1984.
- RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás: (A propósito de la STS 25 de octubre de 1999). **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 2, 2000.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Barcelona: Universidad de Huelva, 1972.
- _____. Über den Tatentschluss. **Gedächtnisschrift für Schröder**, München, p. 145-166, 1978. Disponible em: <<https://jus.swissbib.ch/Record/07497971X>>. Acceso em: 17 mar. 2016.
- SALM, Karl. **Das vollendete Verbrechen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.
- _____. **Das versuchte Verbrechen, Karlsruhe**. Verlag: Karlsruhe, Müller, 1957.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Tübingen: Mohr, 1984.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones dogmáticas y política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida. **La Ley**, Madrid, v. 3, p. 970-980, 1988.
- _____. **El nuevo código penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997.
- SOLA RECHE, Esteban. **La llamada “tentativa inidónea de delito”**: aspectos básicos. Granada: Comares, 1996.
- _____. La peligrosidad de la conducta como fundamento del injusto penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 167-186, 1994.
- STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, p. 347-348, 1895.
- STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. Köln; Berlin; Bonn; München: Vahlen, 1981.
- STRENG, Franz. Rücktritt und dolus eventualis. **Juristenzeitung**, Heft 5, p. 212-220, 1990.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. La tentativa con dolo eventual. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 2, n. 45, p. 515-560, 1992.
- TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; HUERTA TOCILDO, Suzana. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Rafael Castellanos, 1986.
- WOLTER, Jürgen. **Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in eine funktionalen Straftätsystem**. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

