

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

DOLO EVENTUAL, IMPRUDENCIA Y FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCION

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 30 de enero de 1982)

Por ELENA FARRE TREPAT

Profesora colaboradora

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Relato fáctico y calificación jurídica. 2. Cuestiones objeto de este comentario. 3. Imprudencia y formas de imperfecta ejecución: A) Inadmisibilidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes. B) Posibilidad de tentativa y frustración en los delitos imprudentes. C) Punición o impunidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes en el Derecho positivo. 4. Dolo eventual y formas de imperfecta ejecución: A) Punibilidad de la tentativa con dolo eventual. B) Impunidad de la tentativa con dolo eventual. C) Soluciones diferenciadoras. 5. Distinción entre el delito de lesiones consumadas y el homicidio frustrado o intentado. 6. Posición de la Jurisprudencia en torno al tratamiento que corresponde aplicar a las lesiones consumadas una vez determinado el dolo de homicidio. 7. Consideraciones finales en torno a la sentencia comentada.

1. *Relato fáctico y calificación jurídica.*

En la sentencia de 30 de enero de 1982 (A. 187), objeto de este comentario, se han considerado probados los hechos siguientes: En la mañana del día de autos el procesado, hombre al que se califica como de carácter violento y excitable y que tiene antecedentes penales por homicidio en grado de tentativa, había sostenido una riña con unos vecinos, hiriendo a uno de ellos en un

brazo como consecuencia de la misma. Posteriormente cuando regresó a su domicilio se encontró con un grupo de vecinos, que estaban esperando al herido y comentando los hechos acaecidos. El procesado, instigado por su hijo que le incitaba a dar muerte a aquellas personas, se sacó de la chaqueta un cuchillo de grandes dimensiones y empezó a repartir golpes hiriendo a varios de ellos en distintas partes del cuerpo y causando a José M. V. M. dos heridas en ambos hemitórax, de pronóstico grave.

La sentencia de la Audiencia calificó los hechos citados como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa. Esta calificación jurídica fue ratificada por el Tribunal Supremo, quien consideró que al obrar como lo hizo el acusado procedió forzosamente con un dolo indeterminado de causar lesiones o muerte, pero que en todo caso del relato fáctico puede deducirse la concurrencia de dolo eventual con respecto al homicidio, puesto que dada la actuación del sujeto de repartir golpes de cuchillo indiscriminadamente y debido a las dimensiones de aquél «es indudable que no pudo dejar de representarse como probables las consecuencias letales que pudieran derivarse de su comportamiento y que hubiese procedido de la misma manera aun cuando se lo hubiese representado como seguro».

2. *Cuestiones objeto de este comentario*

El comentario de esta sentencia suscita varias cuestiones de interés. En primer lugar, cabe destacar, por su relativa novedad en nuestra Jurisprudencia, la problemática referente a la *punición de la tentativa con dolo eventual*. Su admisibilidad entre las acciones punibles constituye la norma seguida por la doctrina española siempre que se ha planteado esta cuestión. En cambio en otros países, en concreto en Alemania, han sido varios los autores que desde antiguo se han cuestionado su punición. Seguidamente examinaremos esta discusión destacando sobre todo los planteamientos más recientes.

En segundo lugar, se observa que la punibilidad de la tentativa con dolo eventual contrasta con la *impunidad de la tentativa de un delito imprudente*, defendida de forma prácticamente unánime por la doctrina y a la que se ha referido en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo español.

Por otra parte, junto a estas cuestiones surgidas sobre todo en el ámbito doctrinal, queremos subrayar también una problemática que se plantea reiteradamente en la práctica y que es la *distinción entre el delito de homicidio en grado de frustración o tentativa y las lesiones consumadas*. A fin de poder precisar esta distinción el Tribunal Supremo ha elaborado, sobre todo en los últimos años, una serie de criterios objetivos, que aplica reiteradamente. Por último, se analiza también el *tratamiento aplicado por la Jurisprudencia a las lesiones consumadas* una vez determinado el dolo de homicidio.

3. *Imprudencia y formas de imperfecta ejecución.*

La problemática relativa al dolo eventual, principalmente su diferenciación de la culpa consciente, adquiere en las formas de imperfecta ejecución una gran importancia por cuanto que la tentativa y la frustración de un delito imprudente se consideran, cuando no lógicamente imposibles, en todo caso impunes. Aunque ciertamente el paso de la impunidad en el delito imprudente a la punición de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual, aceptada comúnmente en nuestro país, podrá matizarse en gran medida gracias a la atenuación de la pena en un grado que prevé nuestro Código (art. 51) para la frustración y hasta dos en la tentativa (art. 52, 1), y aún más si se mantiene una posible atenuación de la pena en relación al dolo eventual (1).

A) *Inadmisibilidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes.*

Está muy extendida la posición que considera a las formas de imperfecta ejecución y a la imprudencia como instituciones contrapuestas e irreconciliables. En las primeras es la voluntad delictiva, que trasciende a lo sucedido objetivamente, lo que crea la unión con el resultado delictivo (2). La resolución delictiva equivale al dolo de consumir el delito, por ello se ha mantenido que «una tentativa de hechos culposos es conceptualmente imposible y no sólo impune según el Derecho Positivo» (3), «constituye una imposibilidad lógica» (4), e incluso una «imposibilidad lingüística» (5), o simplemente «no es imaginable» (6). En la doctrina española son varios los autores que mantienen esta posición (7).

El Tribunal Supremo ha rechazado también la posibilidad de tentativa en la imprudencia. En la sentencia de 28 de mayo de 1982

(1) En nuestra doctrina mantiene esta posición Mir Puig, proponiendo la aplicación de la atenuante 9.4.^a y, en su caso, de la atenuante analógica del artículo 9.10.^a (Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de H.-H. JESCHECK, 1981, pág. 427 y Derecho Penal, P. G., 2.^a ed., 1985, pág. 559).

(2) Así STRATENWERTH, Strafrecht, A.T. I, 3.^a ed., 1981, pág. 183.

(3) H. MAYER, Strafrecht, 1953, pág. 280 y Strafrecht, A.T., 1967, pág. 142.

(4) R. VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht II, 1930, pág. 408.

(5) KÖHLER, Deutsches Strafrecht, 1917, pág. 442.

(6) Así BUSCH, LK, 9.^a ed., § 43, núm. 4; BOCKELMANN, Strafrecht, A.T., 3.^a ed., 1979, pág. 205; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 41.^a ed., § 22, núm. 2 y STRATENWERTH, Strafrecht, A.T., pág. 193.

(7) ANTÓN ONECA (Derecho Penal, P.G., 1949, pág. 408); CEREZO MIR (Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 1964, págs. 9 ss.); CUELLO CALÓN (Derecho Penal, 18.^a ed., 1981, pág. 643); FERRER SAMA (Comentarios al Código Penal, 1946, pág. 60); MIR PUIG, quien rechaza la posibilidad de una tentativa por imprudencia respecto al tipo positivo al exigir, en el delito intentado, un elemento subjetivo del injusto consistente en la «resolución de consumir el delito» junto al dolo de la tentativa (D. P., pág. 292); NÚÑEZ BARBERO (El delito imposible, 1963, pág. 28), y QUINTANO RIPOLLÉS (Derecho Penal de la culpa, 1958, pág. 201).

(A. 2.732) afirma abiertamente: «El delito culposo carece de formas de imperfecta ejecución, siendo esencial en él, que la acción u omisión voluntarias pero no maliciosas, determinen o generen un resultado que ha de consistir necesariamente en la lesión o daño» de un bien jurídico. Pero además son muy numerosas las sentencias que exigen en la imprudencia una efectiva lesión del bien jurídico (8).

B) Posibilidad de tentativa y frustración en los delitos imprudentes.

Un amplio sector doctrinal admite las formas de imperfecta ejecución en relación a la imprudencia. En este sentido se manifestaron ya Binding (9), Frank (10), Mezger (11) y Sauer (12). Inicialmente se discutió la posibilidad de tentativa sobre todo en los supuestos de error sobre un presupuesto de una causa de justificación y en los casos de error de prohibición. Por ejemplo, alguien ve acercarse en la noche a un extraño que confunde, con error vencible, con un atacante y se lanza sobre él sin causarle mal alguno. Una mujer extranjera, en cuyo país el aborto está permitido, intenta abortar en España creyendo que aquí también lo está. En estos casos la tentativa no se ha considerado por completo inimaginable al sostenerse que «detrás de estos supuestos de imprudencia se esconde un dolo de hecho» (13).

En la actualidad son varios los autores que aceptan la posibi-

(8) La producción de un «resultado lesivo» se exige en la sentencia de 2 de octubre de 1976 (A. 4595), un «mal efectivo y concreto» en la sentencia de 12 de febrero de 1977 (A. 491), un «resultado dañoso» en la S. de 6 de febrero de 1980 (A. 448), un «mal efectivo» en la S. de 7 de julio de 1980 (A. 3133), un «daño real» en la sentencia de 30 de septiembre de 1980 (A. 3358) o bien un «resultado real» en la de 18 de octubre de 1980 (CORCOY, Criterios jurisprudenciales en materia de imprudencia, Tesina, Barcelona, 1984).

Tampoco en la Jurisprudencia alemana se admite la tentativa de un delito imprudente. En el supuesto que plantea la sentencia de OLG Hamm de 7 de octubre de 1954, el acusado se había sentado al volante de su automóvil con una cantidad de alcohol en la sangre de 1,58 por 100, había conectado el motor, puesto la marcha y soltado el freno de mano. Se pedía por parte de la acusación la tentativa de un delito de peligro para la seguridad del tráfico cometido imprudentemente, alegando que si el autor hubiera conducido el coche en su estado, habría realizado objetivamente dicha conducta, puesto que habría puesto en peligro la integridad y la vida de los restantes ocupantes del coche. El Tribunal consideró sin embargo que «la tentativa de un delito de peligro para la seguridad del tráfico cometido imprudentemente es en sí mismo un concepto contradictorio» (NJW, 1954, pág. 1780).

(9) Die Normen und ihre Übertretung, T. III, pág. 448 y «Der umgekehrte Irrtum», G. S., 85 (1917). pág. 221 s.

(10) StGB, § 43, II, 1 y «Vollendung und Versuch» en Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, A.T., T. V, pág. 189.

(11) Derecho Penal, P.G., T. II, 1957, pág. 233 s.

(12) Derecho penal, P.G., 1956, pág. 182 s.

(13) Así FRANK en StGB, § 43, II, 1. La solución que debe darse a estos supuestos depende de la teoría que se considere correcta en relación al error de prohibición y al error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

lidad de una tentativa —y de frustración en nuestro país— de un delito imprudente. Jescheck la admite sólo en los supuestos de culpa consciente (14), en cambio Jakobs no ve imposibilidad alguna en compatibilizar ambas figuras en todo caso, puesto que «lo que puede ser realizado, también puede comenzarse, y lo que puede realizarse con éxito puede también realizarse sin éxito» (15). También en este sentido Wolter (16) y Rudolphi, quien la admite, por ejemplo, cuando alguien adelanta con su vehículo de forma antirreglamentaria a otro conductor, que, asustado por el adelantamiento imprevisto y debido a su dolencia del corazón, sufre un infarto y muere (17). La idea que posiblemente conduce a estos autores a plantear la tentativa en los delitos imprudentes en todo caso, se debe a la frecuencia de acciones no dolosas que ponen en el más grave peligro a bienes jurídicos y un Derecho penal que tenga como función la protección de bienes jurídicos no debería dejar de plantearse también la punibilidad de tales hechos. En estos casos, no obstante, la posición expuesta anteriormente, que niega la posibilidad de tentativa en un delito imprudente, habla de realización parcial del delito imprudente (18), pero no de tentativa.

También en España se ha admitido la posibilidad de tentativa y frustración en los delitos imprudentes. Córdoba Roda, recogiendo la distinción iniciada por Frank entre tentativa imprudente y tentativa de un delito imprudente (19), indica que «la tentativa presupone la resolución, o voluntad, de ejecución —realización— del delito. Si no puede darse tentativa sin resolución volitiva, es evidente que una tentativa culposa, esto es, una tentativa por imprudencia, resulta inconcebible. Ahora bien, los *actos de ejecución* presuponen tan sólo una *voluntad de ejecución*, no una voluntad dirigida a una meta delictiva; presuponen una *voluntad*, como tal *final*, pero no el *dolo*». Por consiguiente, no cabe hablar de tentativa culposa pero sí de tentativa de un delito culposo. Como sucede en el caso de que un conductor consciente de su ineptitud se ponga al volante de un automóvil. Está dando principio a la ejecución —basada en la voluntad de ejecución— de un hecho imprudente (20).

(14) Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 787.

(15) Strafrecht, A.T. 1983, pág. 591 s.

(16) Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, pág. 192 ss.

(17) SK, 3.ª ed., § 22, núm. 1.

(18) Así CEREZO MIR, Lo objetivo, pág. 10 y WELZEL, Strafrecht, 11.ª ed., 1969, pág. 189. ALWART, en Strafwürdiges Versuchen, 1972, pág. 156, propone la denominación «delito imprudente no consumado».

(19) Aquel autor manifestó que «ciertamente tan sólo es posible intentar conseguir aquello que se ha propuesto conseguir, pero si la consecución de lo propuesto sólo es punible como delito imprudente no se alcanza a comprender por qué motivo tendría que ser impune la tentativa». Völlendung und Versuch, pág. 189.

(20) Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Maurach, 1962, T. II, pág. 190.

C) *Punición o impunidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes en el Derecho positivo.*

Una cuestión distinta a la posibilidad de plantear lógicamente las fases de ejecución en los delitos imprudentes lo constituye su punición desde la perspectiva del Derecho Positivo.

En Alemania esta cuestión obtiene en todo caso una respuesta negativa debido a que en relación a los delitos menos graves (21), y la imprudencia constituye siempre un delito menos grave, el legislador menciona expresamente en qué casos la tentativa debe considerarse punible (§ 23, I StGB) y no lo ha hecho en ningún caso en relación al delito imprudente (22).

En el Derecho español esta cuestión se presenta con caracteres distintos debido al sistema abierto que emplea nuestro Código penal en la incriminación de la imprudencia. Algunos autores mantienen que la imprudencia intentada o frustrada es impune ya que el delito imprudente sólo se castiga cuando se ha producido el daño, a diferencia de lo que sucede en los delitos dolosos (23). Ya se ha expuesto anteriormente que también el Tribunal Supremo español exige que concurra un resultado lesivo en la imprudencia. Sin embargo, tal como Rodríguez Mourullo ha puesto de relieve, la exigencia de un resultado vendría a poner de manifiesto que la aplicación del artículo 565 requiere la producción de un resultado, pero con ello no se excluiría la posibilidad de referir a dicho precepto las disposiciones del artículo 3 del Código penal (24). La impunidad de las formas de imperfecta ejecución en la imprudencia «sólo podrá fundamentarse a través de una interpretación del artículo 565 que llegue a la conclusión de que, conforme a este precepto, toda actuación imprudente requiere, para que sea punible, que haya causado la producción de un resultado lesivo» (25). Esta interpretación es posible ya que el artículo 565 «requiere inexcusablemente la ejecución de un hecho que constituiría delito y esta referencia parece tener en el artículo 565 el sentido de una remisión al tipo del delito consumado». También en otras ocasiones el legislador ha utilizado el término «delito» para referirse

(21) El párrafo 12 del Código Penal alemán divide las infracciones penales en: Delitos más graves (Verbrechen) y delitos menos graves (Vergehen).

(22) La punición de estos hechos a través de una reforma del Derecho Positivo fue mantenida por Sturm, quien a raíz del cambio que vivía el Derecho Penal bajo el nacional-socialismo, e influido por un Derecho Penal totalmente defensista, propuso que, si bien no en todos los casos de imprudencia, «en los más graves, como muerte, incendio, deberían ser punibles ya en su estado de ejecución» (Das unvollendete fahrlässige Delikt, ZStW, 59, págs. 31 s.).

(23) ANTÓN ONECA, P.G., pág. 408 y DEL ROSAL en notas al Derecho Penal de Sauer, pág. 183.

(24) Comentarios al Código Penal, 1976, T. I, págs. 148 s.

(25) Comentarios, pág. 149.

al tipo del delito consumado, como sucede concretamente en el artículo 3 (26).

La impunidad de la tentativa o frustración de un delito imprudente debe buscarse, a mi parecer, en una fundamentación distinta. Ciertamente existen acciones imprudentes, no sólo en la forma de culpa consciente sino también de culpa inconsciente, que causan un gran peligro para determinados bienes jurídicos y que, sin embargo, no llegan a producir lesión alguna. Si sólo se atendiera a la necesidad de prevenir conductas peligrosas no existiría, pues, inconveniente en su punición. No obstante, la admisibilidad de tales normas, completamente indeterminadas y por ello contrarias al principio de legalidad, conduciría a una completa inseguridad jurídica. Por esta razón, en aquellos ámbitos de la vida en los cuales la experiencia ha demostrado que determinadas actuaciones conllevan un gran riesgo para determinados bienes jurídicos, el legislador ha introducido la punición expresa de estas conductas. Me estoy refiriendo a los delitos de peligro (27). En conclusión, la impunidad de la tentativa de un delito imprudente no es preciso que se deduzca de una expresión concreta del legislador (28). Hay que tener en cuenta que una construcción de este tipo no sería lícita en base a los principios que rigen nuestro Ordenamiento, por ello la necesidad preventiva que aconseja incriminar estas conductas peligrosas se ha de resolver acudiendo a los delitos de peligro.

4. *Dolo eventual y formas de imperfecta ejecución.*

La cuestión a la que directamente nos conduce la sentencia que comentamos, es decir, la punición de la tentativa o frustración con dolo eventual, ha obtenido en la doctrina una respuesta mayoritaria, a la que se adhiere la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de afirmar su punibilidad. No obstante, algunos autores han planteado en forma aislada la impunidad de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual, bien de forma indiferenciada, es decir, manteniendo la impunidad en todos los casos, bien de forma diferenciada, considerando impunes sólo algunos de los supuestos de tentativa con dolo eventual.

(26) Comentarios, pág. 149.

(27) Así lo ha señalado a su vez la sentencia del T. S. de 22 de enero de 1977 (A. 67).

(28) Según señala JIMÉNEZ DE ASÚA (Tratado de Derecho Penal, 2.ª ed. 1977, T. VII, pág. 919) el legislador de 1928 lo consideró, sin embargo, necesario estableciendo en el párrafo 3.º del artículo 36: «los delitos o faltas cometidas por imprudencia o impericia se castigarán únicamente cuando hayan sido consumados».

A) *Punibilidad de la tentativa con dolo eventual.*

En España la punibilidad de estos supuestos no ha sido discutida (29). En la doctrina alemana la posición que sostiene la punición de la tentativa con dolo eventual es también absolutamente dominante (30). Ciertamente, quienes mantienen esta posición no argumentan casi nunca el porqué de la punibilidad de estos supuestos. No obstante, puede observarse que ésta surge como consecuencia de la aceptación de dos premisas previas. En primer lugar, la consideración, apenas discutida actualmente, de que el dolo eventual constituye una forma de dolo junto al dolo directo. En segundo lugar, la afirmación de que la parte subjetiva del tipo en las formas de imperfecta ejecución coincide por completo con la parte subjetiva del tipo del delito consumado. La conclusión a la que se llega es, por consiguiente, que siempre que el dolo eventual sea suficiente para el delito consumado lo será también para la tentativa o la frustración. Así lo ha señalado con claridad Rodríguez Mourullo: «Desde la perspectiva cualitativa la identidad entre el elemento subjetivo del delito frustrado y consumado se traduce en la necesidad de admitir para el delito frustrado las mismas clases de dolo que para el delito consumado. Si basta para la existencia del delito consumado el dolo eventual, deberá estimarse también suficiente para el delito frustrado» (31).

(29) En este sentido se han manifestado ANTÓN ONECA (P.G., pág. 408), JIMÉNEZ DE ASÚA (Tratado I; T. VII, pág. 899) y RODRÍGUEZ MOURULLO (Comentarios, pág. 96).

(30) A favor de su punición se manifiestan actualmente entre otros BUSCH (LK, 9.ª ed., § 43, núm. 6), DREHER (StGB, § 22, núm. 2,2), ESER (Schönke/Schröder, 21.ª ed., StGB, § 22, núm. 17), JESCHECK (Tratado, T. II, página 703), LACKNER (StGB, 15.ª ed., § 22, núm. 1a), UDOLPHI (SK, § 22, número 2) y PETER-PREISENDANZ (StGB; 30.ª ed., § 22, núm. 3). Pero ya entre la doctrina más antigua se encuentran numerosos autores que afirmaban su punición. Así H. HALSCHNER (Das gemeine deutsche Strafrecht, 1981, página 335, nota 1), H. MEYER (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1985, pág. 204), FINGER (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904, págs. 309 s.), VON BAR en Gesetz und Schuld, 1907, pág. 543. Sin embargo, este autor se había manifestado contrario a la punición de la tentativa con dolo eventual en «Dolus eventualis?» (ZStW, 18 (1898), págs. 555 s.), en donde realmente dirige su crítica de modo general en contra del concepto de dolo eventual, al que considera «un fantasma surgido del error y por ello equivocado, adecuado para crear el descrédito de la Justicia penal entre el pueblo» (ob. cit., pág. 556). También es favor de la punición de la tentativa con dolo eventual VON LISTZ (Tratado de Derecho Penal, T. III, pág. 4, nota 1), VON HIPPEL (Deutsches Strafrecht, página 396), VON LIST-SCHMIDT (Lehrbuch, 1932, pág. 302), MEZGER, Derecho Penal, T. II, pág. 1233, aunque anteriormente se había manifestado en sentido contrario en Juristische Wochenschrift (1927, T. II, pág. 1314). Posteriormente MEZGER afirmó que no existía apoyo legal para considerar que el § 43 excluía el dolo eventual. También MAURACH (Strafrecht, A.T., 4.ª ed. 1971, pág. 501), SAUER (Derecho Penal, pág. 183) y WELZEL (Lehrbuch, pág. 189).

(31) Comentarios, pág. 96.

B) Impunidad de la tentativa con dolo eventual.

Por el contrario los autores que mantienen la impunidad no parten de un único punto de apoyo. La impunidad de la tentativa con dolo eventual podría derivarse, en primer lugar, de la no aceptación del dolo eventual entre las restantes formas de dolo, acercándolo en cambio a la estructura de la imprudencia (32). Uno de los primeros autores que criticó la punición de estos supuestos fue Stooß, redactor del Código penal suizo, quien argumentó con la imposibilidad de castigar la tentativa de un delito cometida con dolo eventual con el fin de demostrar que el dolo eventual no puede incluirse en el concepto de dolo. Para este autor las acciones cometidas con dolo eventual no son «acciones verdaderamente queridas» y su aceptación como acciones dolosas aparta al concepto de dolo del «uso del lenguaje» y de la «conciencia jurídica del pueblo» (33).

La posición de Stooß no tuvo repercusión. Este hubiera tenido que demostrar en primer lugar por qué razón no es posible castigar la tentativa con dolo eventual, en lugar de acudir a una «teoría razonable», al «uso del lenguaje» y al «sentimiento jurídico del pueblo», cuando éste era el argumento a favor de la exclusión del dolo eventual del concepto de dolo. Por otra parte, cuando en la actualidad se considera una acción como querida, en el sentido del elemento voluntativo del dolo, no se está haciendo referencia —esta es por lo menos la posición dominante—, únicamente a lo perseguido por el autor, lo cual incluiría sólo el dolo directo de primer grado, sino que también cumplen el requisito de ser «queridas» las acciones cometidas con dolo directo de segundo grado y con dolo eventual. Aunque además cabe plantearse la misma concurrencia del elemento volitivo en el dolo (34).

Es muy probable que tanto en Stooß como en otros autores que se han enfrentado a esta cuestión haya jugado un papel importante el hecho, que debe ser puesto de relieve para evitar equívocos, que constituye la diferencia entre el concepto usual de tentativa y el de tentativa de delito. En su acepción vulgar tanto el sustantivo «tentativa» como el predicado «intentar» tiene un ámbito más restringido. Ambos términos vendrían a aplicarse en los casos en que la actuación del autor está encaminada a la consecución de un fin previamente establecido. Sólo cuando el autor persigue la consecución de una meta se habla de tentativa. Puesto que en el Derecho penal el dirigirse voluntariamente a la producción del resultado propuesto se conoce como dolo directo

(32) En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política-criminal y dolo eventual», Rev. Jur. de Cataluña, 1984, núm. 2.

(33) «Dolus eventualis und Gefährdung», ZStW, 15 (1895), pág. 201. Lo subrayado es de este autor.

(34) Sobre ello ver el artículo de K. KINDHAUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», ZStW, 1984, págs. 1 ss.

de primer grado, según lo expuesto, y si la tentativa de delito debiera corresponderse con la tentativa en sentido usual, sólo cabría hablar de tentativa de delito ante la concurrencia de esta clase de dolo. Ello llevaría consigo, no obstante, no sólo la impunidad de la tentativa con dolo eventual, sino también la impunidad de la tentativa con dolo directo de segundo grado.

La última ocasión en que se ha planteado la impunidad de la tentativa con dolo eventual en todo caso ha sido en un artículo de E. J. Lampe (35). Este autor afirma que en el dolo eventual el sujeto acepta el resultado «para el caso en que éste se produzca» (36). Por ello, «el dolo eventual no puede en ningún caso imaginable fundamentar la pena de la tentativa» (37). Lampe argumenta con supuestos de dolo alternativo, ya que, como se acepta comúnmente, el dolo alternativo constituye una combinación de dos formas de dolo; por consiguiente, cualquier regla que tenga validez para el dolo alternativo la tendrá también para el dolo eventual (38). En estos casos Lampe considera que hay que castigar en todo caso por el resultado que se ha producido y, si no se ha producido ninguno, por el delito intentado en relación al más leve (39).

Apenas se encuentra en la literatura alemana referencia a esta posición. Ciertamente, Lampe hubiera debido demostrar en primer lugar que la posición que sigue respecto al dolo alternativo es la correcta, cuestión en sí misma muy debatida (40). Por otra parte, Lampe no fundamenta tampoco por qué en la tentativa con dolo eventual se establece una relación con la imprudencia en el

(35) Genügt für den Entschluss des Täters in Par. 43 StGB sein bedingter Vorsatz?, NJW, 1958, pág. 332 ss.

(36) Ob. cit., pág. 333.

(37) Ob. cit., pág. 333. A la misma conclusión había llegado Binding al considerar que si el autor ha previsto que la realización de una determinada conducta le conducirá posiblemente a la producción del resultado y no obstante la realiza «en el caso de que el resultado se produzca habrá sido causado dolosamente, si, en cambio, el resultado no se ha producido falta el dolo y por lo tanto la tentativa» (Normen, T. II, V. II, pág. 820).

(38) Ob. cit., pág. 332.

(39) Si por ejemplo A es perseguido por el guardabosques y su perro y A dispara al perro, pero cuenta también con la posibilidad de que el disparo dé al guardabosque y la acepta, pueden ocurrir tres cosas: 1.º Que el resultado producido sea la muerte del perro. 2.º Que sea el guardabosques quien muera y 3.º que no acierte a ninguno de los dos al disparar. En el primer caso concurren daños consumados, en el segundo homicidio consumado y si el disparo falla sólo concurren daños intentados (ob. cit., página 333).

(40) En los casos de dolo alternativo la posición dominante se inclina por tener en cuenta ambos delitos alegando que son dos los dolos del autor. Así, CRAMER en Schönke-Schröder, StGB, § 15, núm. 81, JAKOBS (Strafrecht, A.T., págs. 227 s.), STRATENWERT (Strafrecht, pág. 108) y WELZEL (Das deutsche Strafrecht, pág. 72). Sobre esta discusión ver el artículo de Jan C. Joerden, que aporta, en cierta medida, nuevas consideraciones sobre el tema, «Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz», ZStW, 95 (1983), págs. 565 ss.

sentido de que tan sólo se considera punible el hecho si se produce el resultado.

C) *Soluciones diferenciadoras.*

Más recientemente otros autores —concretamente Salm y Schmidhäuser— han pretendido limitar la punición de estos supuestos basándose en la nula punibilidad de algunos de ellos. Partiendo de distintas fundamentaciones quieren excluir del ámbito de la punición aquellos casos de tentativa con dolo eventual en los que no concurre ningún peligro objetivo. Pero veamos brevemente cuál es su fundamentación.

El primero de estos autores deseó realizar una síntesis entre cuestiones materiales y de prueba, que no ha tenido acogida posteriormente. El fundamento de la punición de la tentativa reside, según Salm, en la peligrosidad que crea para el bien jurídico la voluntad manifestada, que impresiona y conmueve la validez jurídica (41). Antes de exponer la teoría de Salm con respecto al dolo eventual y la tentativa, es preciso hacer hincapié en el primer requisito que la voluntad peligrosa para un bien jurídico, conmovedora de la validez del Ordenamiento, debe cumplir y que es su perceptibilidad externa (Sichtbarkeit). Sólo aquella voluntad delictiva que sea externamente perceptible, que se haga merecedora de una sospecha, puede considerarse típica. «Si la voluntad no es perceptible no existe sospecha alguna, sin sospecha no concurre tipicidad y sin tipicidad no puede haber proceso. Percepción de la voluntad y tipicidad se encuentran pues inseparablemente unidas» (42).

Si el autor únicamente se plantea y acepta la posibilidad de producción de un resultado, generalmente su voluntad no se manifiesta en un «cuadro conmovedor del Derecho», como en cambio sucede normalmente si el resultado se produce (43). En tanto el dolo eventual no se hace externamente visible y se manifiesta conmoviendo la validez del Ordenamiento, lo cual suele ocurrir con la producción del resultado, no puede indagarse sobre la punibilidad de la acción (44). No corresponde a la policía, ni al Ministerio Fiscal preguntarle al sospechoso sobre lo que ha pensado, indagar sobre aquello que el posible autor ha tomado en consideración. Sin embargo, Salm acepta que esta manifestación de voluntad conmovedora del Ordenamiento se ponga de relieve en algunos casos, no sólo a través de la producción del resultado, sino ya a través de la conducta (como «resultado de peligro»). En este caso la tentativa con dolo eventual sería punible, pues se habría producido una conmoción del Derecho externamente visible.

(41) Das versuchte Verbrechen, 1957, pág. 4.

(42) O. cit., pág. 5.

(43) Das vollendete Verbrechen, 1967, T. I, pág. 51.

Junto a Salm también Schmidhäuser niega la punibilidad de la tentativa con dolo eventual que no conlleva un peligro objetivo para el bien jurídico (45). Según este autor el injusto se fundamenta o bien a través del desvalor de la finalidad (Zielunwert), que concurre tan sólo cuando el autor se dirige a la lesión del bien jurídico, es decir, que equivale al dolo directo de primer grado, o bien en el desvalor del peligro (Gefährdungsunwert) (46). Cuando la tentativa se halla configurada por el desvalor de la finalidad se denomina tentativa intencional, la cual puede ser a su vez peligrosa o no peligrosa. La tentativa intencional siempre es punible, tanto si es peligrosa —por ejemplo A quiere matar a B y dispara su pistola, cargada, contra él— como si no lo es —el mismo ejemplo pero con la pistola descargada—. Si la tentativa no es intencional sólo será punible en el caso de que constituya una tentativa peligrosa —por ejemplo A quiere asustar a B disparando una pistola que considera que posiblemente esté cargada, cuando efectivamente lo está. Si la tentativa no es intencional ni peligrosa —el mismo ejemplo pero la pistola está descargada— no es punible. La razón de esta impunidad reside en que el desvalor en estos supuestos no es equiparable al caso en que el autor coloca un medio para llegar al fin perseguido (47).

Tanto Salm como Schmidhäuser pretenden limitar la punición de la tentativa con dolo eventual basándose en la menor o nula punibilidad de estos supuestos. A través de caminos distintos excluyen del ámbito de la punición aquellas tentativas cometidas con dolo eventual en las que no concurre ningún peligro objetivo. Es decir, ante la inexistencia de una peligrosidad objetiva de la acción, el dolo eventual se considera insuficiente para fundamentar la pena de la tentativa. De esta forma el análisis de esta cuestión se reconduce al fundamento de la punición de la tentativa, en relación con el cual deberá obtenerse una respuesta consecuente.

Para Schmidhäuser, debido a su especial configuración del injusto, la tentativa con dolo eventual, pero también con dolo directo de segundo grado, merece un tratamiento específico.

En cambio, si la punición de la tentativa se fundamenta —como señala Mir Puig (48)— en el peligro que ex ante genera para el bien jurídico la conducta realizada voluntariamente, no corresponderá dar a la tentativa con dolo eventual un tratamiento distinto a aquélla en la que concurren otras formas de dolo. Lo verdaderamente decisivo será atender en cada caso a la concurrencia ex ante de un peligro objetivo de lesión del bien jurídico (49); por tanto, deberá negarse la punición de aquellos hechos

(44) Das vollendete Verbrechen, pág. 51.

(45) Le sigue ALWART en *Strafwürdiges Versuchen*, págs. 158 ss.

(46) *Strafrecht, A.T.*, 2.^a ed., 1984, págs. 87 s. y 344.

(47) ALWART, ob. cit., págs. 166 ss.

(48) Adiciones al Tratado de Derecho Penal de JESCHECK, T. II, páginas 719 s. y D. P., págs. 281 s. Ver también *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1982, pág. 49.

en los que un tal peligro de lesión no concorra, y ello con independencia de que el autor se dirija a dicha lesión, se la represente como segura o simplemente como probable (50).

5. *Distinción entre el delito de lesiones consumadas y el homicidio frustrado o intentado.*

La sentencia que comentamos nos sugiere también la cuestión, tan frecuente en la práctica, relativa a la distinción entre el delito de lesiones y el delito de homicidio. En el plano puramente teórico la distinción entre ambas infracciones delictivas es fácil, ya que se hace depender de la voluntad del autor. Así, si lo que aquél quiere es matar, se tratará de un homicidio, ya sea consumado, frustrado o intentado; en cambio, si sólo persigue la lesión, el marco aplicable será el del delito de lesiones. Sin embargo, en la práctica, ante la dificultad de conocer la intencionalidad del autor, se ofrecen con frecuencia problemas de delimitación, que en la Jurisprudencia se han planteado sobre todo en aquellos casos en que, como el que comentamos, no se ha producido ningún resultado letal, pudiéndose haber producido, en cambio, unas lesiones consumadas. Para dar respuesta a esta cuestión de carácter probatorio el Tribunal Supremo ha ido elaborando durante años una serie de criterios de carácter objetivo, que en la actualidad se han impuesto totalmente. En este sentido expone, por ejemplo, la sentencia de 10 de febrero de 1982 (A. 644): «Ante la infranqueabilidad e impenetrabilidad del intelecto humano, donde yacen recónditamente las intenciones, es preciso indagar o inquirir cual fue el verdadero propósito del sujeto activo, acudiendo, para desentrañar tan ardua cuestión, a los *actos exteriorizativos, de naturaleza objetiva*, que, siendo *anteriores, coetáneos o posteriores al suceso*, esto es, acompañándolo, circundándolo o aureándolo, rebelen esta incógnita intención» (51).

(49) No es posible extendernos en este lugar sobre la delimitación exacta de este peligro «ex ante». Sobre ello véase mi tesis doctoral, *Problemas fundamentales de la Tentativa en el Derecho Penal*. Barcelona. 1985.

(50) Se ha planteado si el dolo eventual posee el mismo contenido de injusto que las restantes formas de dolo o si por el contrario su contenido de injusto es menor, lo cual sería cierto 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 penalidad de la tentativa en relación al delito consumado la pena en estos supuestos podría atenuarse doblemente.

(51) El subrayado es nuestro. En el mismo sentido la S. de 9 de junio de 1981 (A. 2635), S. de 4 de febrero de 1982 (A. 625) 5 de febrero de 1982 (A. 628), 10 de febrero de 1982 (A. 644), 2 de marzo de 1982 (A. 1406), 6 de marzo de 1982 (A. 1420), 25 de marzo de 1982 (A. 2020), 24 de mayo de 1982 (A. 2711), 17 de junio de 1982 (A. 3543), 21 de junio de 1982 (A. 3560), 7 de julio de 1982 (A. 4490), 8 de julio de 1982 (A. 4492), 9 de julio de 1982 (A. 4498), 17 de diciembre de 1982 (A. 7723), 19 de enero de 1983 (A. 26), 14 de febrero de 1983 (A. 1673), 18 de marzo de 1983 (A. 2148), 28 de noviembre de 1983 (A. 5761), 14 de diciembre de 1983 (A. 6565), 15 de diciembre de 1983 (A. 6574), 22 de diciembre de 1983 (A. 6719) y 30 de enero de 1984 (A. 438).

Entre los actos que el Tribunal Supremo denomina *anteriores* se cuentan, por ejemplo, la existencia de amenazas o pronunciamientos en un sentido o en otro, las relaciones existentes entre el agresor y el agredido: la concurrencia de resentimientos, de enemistad, etc., las actitudes y formas de comportamiento (52), así como cualesquiera otros factores que nos pongan en antecedentes sobre la intención del autor. En relación a estos hechos anteriores entiendo que hay que establecer muchas reservas en cuanto a la admisibilidad de aquellas circunstancias que, sin pertenecer propiamente al hecho, pueden inducir a prejuzgarlo en un sentido o en otro. Por ello es de aplaudir la resolución adoptada por la sentencia de 6 de marzo de 1982 (A. 1.420) de no modificar la decisión del Tribunal inferior ante el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que argumentaba en base a los «antecedentes violentos del procesado, capaz de provocar un accidente tan grave por una causa tan nimia». En cambio, me parecen criticables las sentencias de 8 de abril y de 12 de mayo, ambas de 1981 (A. 1.607 y 2.195 respectivamente), que se amparan en la «destacada agresividad del procesado» y en la «peligrosidad y agresividad en el agente inusuales en la práctica criminal» para justificar su decisión, así como la S. de 26 de marzo de 1981 (A. 1.224), que señala entre los factores a tener en cuenta para determinar la voluntad del autor los «antecedentes del ofensor que le califiquen como persona más o menos peligrosa, belicosa, agresiva o pendenciera...».

De todas las circunstancias que concurren en el hecho, aquellas a las que el T. S. concede mayor relevancia a efectos de descubrir la intención del autor son lógicamente las *coetáneas* al mismo (53). Estas son fundamentalmente la naturaleza del arma empleada en el ataque, el lugar del cuerpo de la víctima al que el mismo se dirigía, la forma de realizar la agresión, es decir, la reiteración o el impulso de la misma, la distancia existente entre el agresor y el agredido, etc. De esta forma se ha podido establecer una delimitación más concreta ante la concurrencia de algunos de estos factores. En reiteradas ocasiones se ha considerado que la utilización de un arma de fuego, dirigida a corta distancia o bien repetidamente hacia una región principal del cuerpo de la víctima, deja traslucir el *animus necandi* (54). También tiene importancia

(52) Así, por ejemplo, la S. de 8 de julio de 1892 (A. 4492).

(53) Así, entre otras, la S. de 5 de febrero de 1982 (A. 628), 2 de marzo de 1982 (A. 1406), 21 de junio de 1982 (A. 3560), 7 de julio de 1982 (A. 4490) y 15 de diciembre de 1983 (A. 6574). En cambio en sentido contrario la S. de 25 de marzo de 1982 (A. 2020): «otorgando siempre prevalente valor persuasivo —cuando existen— a los factores o elementos de más directa significación subjetiva, en los hechos de la causa ... se acredita una grave enemistad previa entre los dos sujetos.»

(54) Se ha considerado concurrente un homicidio frustrado en los siguientes casos: En la sentencia de 8 de marzo de 1952 (A. 1520) el agresor utilizó una pistola Star de calibre 9 mm., disparando varias veces en dirección a la víctima. En la S. de 21 de junio de 1982 (A. 3560) también con una pistola Star del mismo calibre se realizó un único disparo a un metro y

lógicamente la persona que ha utilizado el arma. La S. de 17 de junio de 1982 (A. 3.543) calificó como homicidio frustrado el único disparo realizado sobre su víctima por un cazador de piezas mayores. La utilización de armas blancas puede poner también de relieve la voluntad homicida del autor, atendiendo ante todo a la longitud del arma empleada, al lugar del cuerpo al que la misma se dirige, así como a la repetición e intensidad del ataque (55). Por el contrario la utilización de otro tipo de instrumentos menos peligrosos dará lugar generalmente a la apreciación del *animus laedendi* (56).

Por último, entre las circunstancias denominadas *posteriores* al hecho el T. S. ha incluido: la actitud y palabras del agente una vez realizado el hecho, así como el diagnóstico médico-legal y las declaraciones del procesado sobre sus motivos e intenciones (57).

En general puede afirmarse que el análisis de los factores citados, los anteriores y los posteriores, pero sobre todo los coetáneos, así como el establecimiento cada vez más constante de unas pautas generales sobre los mismos por parte de la Jurisprudencia, sólo puede valorarse como muy positivo por la mayor seguridad jurídica que representa. Ello no obstante el análisis del caso concreto será siempre imprescindible y obligará a tener en cuenta las variadas circunstancias que en cada supuesto pueden concurrir. El T. S. deja abierta la enumeración de estas circunstancias admi-

medio de distancia y dirigido al abdomen de la víctima. En la sentencia de 5 de febrero de 1982 (A. 628), el arma utilizada fue una escopeta de cañones recortados, a corta distancia y dirigida a la región del cuello y en la S. de 10 de febrero de 1982 (A. 644) un arma de fuego de poderío letal disparando cinco proyectiles en dirección a la víctima.

La utilización de un arma de fuego (revólver calibre 22), que produjo una herida en el espacio intercostal derecho, no se consideró determinante de la calificación de homicidio frustrado o intentado en la S. de 6 de marzo de 1982 (A. 1420) por no recogerse en el relato «circunstancias suficientemente expresivas salvo el arma y lugar de la lesión».

(55) Según las sentencias de 2 de marzo de 1982 (A. 1406) y 13 de abril de 1982 (A. 2089) denotan el «*animus necandi*» las dos cuchilladas inferidas en el abdomen con un cuchillo de 16,50 cm. de longitud. Consideran también que concurre un homicidio frustrado las sentencias de 25 de marzo de 1982 (A. 2020), en la que el agresor utilizó hasta 7 veces su navaja sobre el cuerpo de la víctima, hiriéndole en el hemitórax derecho; 7 de julio de 1982 (A. 4490) en la que se utilizó un estilete dirigido a la región subabdominal —en ésta se citan además muchas otras sentencias en el mismo sentido—; 4 de febrero de 1982 (A. 625): se utilizó una navaja de pata de cabra o cabritería, dirigida al cuello; 18 de marzo de 1983 (A. 2148) un cuchillo dirigido a las costillas; 28 de noviembre de 1983 (A. 5761), un cuchillo de 7 centímetros que hirió en el abdomen; 30 de enero de 1984 (A. 438) un cuchillo de 13 cm. dirigido al abdomen y la sentencia de 22 de diciembre de 1983 (A. 6719) dos cuchilladas con un cuchillo de 12 cm. dirigido al pecho.

(56) Puñetazos y patadas que produjeron la fractura de una costilla (S. 25 de noviembre de 1982 (A. 7199). Una botella de ácido clorhídrico arrojado al rostro (S. 29 de mayo de 1982 (A. 2735). El lanzamiento de un vaso a la cara (S. de 15 de junio de 1982 (A. 3535). El pegar con el cañón de una escopeta (S. de 13 de julio de 1982 (A. 4525).

(57) Así la sentencia de 6 de marzo de 1982 (A. 1420).

tiendo «cualesquiera otros factores que descubran de manera inequívoca la intención del agente» (58).

6. *Posición de la Jurisprudencia en relación al tratamiento que corresponde aplicar a las lesiones consumadas una vez determinado el dolo de homicidio.*

No queremos dejar de aludir, siquiera brevemente, a una cuestión apenas tratada abiertamente en la práctica, que también se plantea en la sentencia: el tratamiento que corresponde dar a las lesiones consumadas una vez determinada la voluntad homicida del agente. Sobre esta cuestión no existe acuerdo en la doctrina, que ha planteado fundamentalmente dos soluciones distintas. La denominada *teoría de la oposición* considera que el dolo de lesionar y el dolo de matar se excluyen mutuamente; por lo tanto, nadie puede querer matar y lesionar al mismo tiempo. A esta solución se le critica que no puede ofrecer una respuesta satisfactoria en aquellos casos en los que el autor ha desistido voluntariamente del homicidio, ya que no tiene en cuenta las lesiones producidas (59). Frente a ella la *teoría de la unidad*, actualmente dominante, considera que el dolo de matar contiene a su vez el dolo de lesionar, ya que es imposible matar a un hombre sin atentar contra su integridad física. El tratamiento aplicable será, pues, el concurso de leyes en el que las lesiones se consideran normalmente subsidiarias del homicidio (60). Sin embargo, partiendo de la teoría de la unidad, Eser mantiene una interesante posición diferenciadora (61). Según este autor, cuando no se ha producido lesión alguna la solución correcta será el homicidio intentado, o frustrado en nuestro Derecho, mientras que si se han producido también lesiones deberá aplicarse un concurso ideal de delitos, ya que de otra forma no se tendría en cuenta el desvalor del resultado lesivo, que se ha producido, al castigarse igual que si no se hubiese producido.

A través de las sentencias examinadas podemos establecer dos conclusiones en relación a la posición mantenida por el Tribunal Supremo en esta cuestión. En primer lugar, en la única sentencia que hemos encontrado que aluda abiertamente a este tema —S. de 8 de junio de 1981 (A. 2.627)— el T. S. se muestra partidario de la teoría de la unidad, al afirmar que el asentimiento del autor abarca en estos casos tanto uno como otro resultado, es decir, tanto la muerte como las lesiones. En segundo lugar el T. S. no ha castigado en ningún caso las lesiones consumadas junto al delito de homicidio frustrado, considerando aplicable al parecer el

(58) Sentencias de 14 de abril de 1982 (A. 2089), 17 de diciembre de 1982 (A. 7723) y 8 de julio de 1982 (A. 4492).

(59) Ver MUÑOZ CONDE, P.E., 6.ª ed. 1985, pág. 89.

(60) MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 21.

(61) En SCHÖNKE SCHÖDER, StGB, § 212, núm. 17.

concurso de leyes, según se desprende de la citada sentencia que señala que el resultado «más grave absorbe al de menor gravedad».

7. Consideraciones finales en torno a la sentencia comentada.

Refiriéndonos en concreto a la sentencia que comentamos se observa, pues, que en la misma el Tribunal Supremo admite la punición de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual. La posibilidad del dolo eventual en estos casos se ha aceptado entre otras en la sentencia de 17 de junio de 1982 (A. 3.543), en la que se señala que «el dolo que reclama la infracción delictiva del homicidio puede ser directo o de resultado querido, o el eventual o de muerte aceptada o asentida». Y concretamente consideró que concurría un asesinato frustrado con dolo eventual (62) la sentencia de 27 de marzo de 1981 (A. 1.228), en la cual se señaló que las circunstancias antecedentes unidas a las concomitantes —medio comisivo, situación desprevénida de la víctima y entidad de las lesiones— «revelan que la muerte fue representada y querida o, al menos, fue aceptada voluntariamente como resultado posible o eventual».

También en la sentencia que comentamos el T. S., siguiendo la dirección por él mismo iniciada, y aunque no lo exponga abiertamente, pretende llegar a conocer la intencionalidad del autor a través del análisis de las circunstancias externas que rodearon al hecho. Hay que señalar que en esta sentencia el relato fáctico no es todo lo preciso que sería de desear. En primer lugar, la sentencia tiene en cuenta factores antecedentes como es el hecho de que el acusado hubiera sostenido por la mañana una riña con unos vecinos y que hubiera herido a uno de ellos en un brazo, señalando inicialmente que se trataba de un «hombre de carácter violento y excitable, que ya «tiene antecedentes penales por homicidio en grado de tentativa». Ya hemos citado anteriormente la tendencia a dar relevancia en alguna medida a factores que pueden predeterminar al Tribunal a extraer una conclusión sobre lo sucedido más basándose en la forma de ser del autor, que en los hechos acaecidos. De la lectura de la sentencia no se desprende en cambio que haya sido ésta la línea seguida por el Tribunal Supremo en este caso. Más bien parece que la conclusión extraída se deduce de las llamadas circunstancias coetáneas, entre las que se cuentan: la instigación del hijo animándole a dar muerte a los allí reunidos, el cuchillo de grandes dimensiones que esgrimía el autor, los golpes que aquél empezó a repartir hiriendo a varios de ellos en distintas partes del cuerpo, así como las heridas de pronóstico grave que causó a uno de los presentes en ambos hemitórax. El Tribunal Supremo remarca expresamente, para extraer su

(62) En contra de la posibilidad de dolo eventual en el asesinato, MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 29.

conclusión, la utilización del cuchillo «de grandes dimensiones» de forma indiscriminada repartiendo golpes «a diestro y siniestro» y, si bien la exposición de los hechos no es —como ya se ha dicho— todo lo precisa que sería exigible, no hace sino seguir en este caso la dirección que ha aplicado en otras sentencias en relación a la utilización de armas blancas de cierta longitud, de forma repetida y dirigidas a partes vitales del cuerpo. Si bien en este caso nuestro más alto Tribunal no puede determinar que sea la muerte el resultado perseguido por el autor, la gran peligrosidad del medio empleado, que crea una gran probabilidad de que se produzca el resultado mortal, conduce sin duda al Tribunal Supremo a afirmar que «es indudable que no pudo dejar de representarse como probable las consecuencias letales que pudieran derivarse de su comportamiento y que hubiese procedido de la misma manera aún cuando se lo hubiese representado como seguro».

Por otra parte, es de subrayar, que la solución adoptada en este caso sea la de homicidio en grado de tentativa, en relación a uno —el más afectado— de los varios sujetos víctimas de su agresión. Esta solución no se adopta con frecuencia por el Tribunal Supremo, que en las sentencias consultadas de los últimos años, se ha inclinado en todo caso por la frustración, sin entrar a analizar siquiera la posibilidad de tentativa. Ciertamente para la consideración de este problema deberían tenerse en cuenta circunstancias que normalmente no constan en los relatos fácticos, como puede ser el hecho de que terceras personas separasen al agresor y al agredido, o fuese él mismo quien diera por terminada su agresión. Este es, por ejemplo, el caso de la sentencia comentada.

Por último, también se advierte en esta sentencia que, como en la mayoría de las consultadas, no se hace ninguna referencia a las lesiones consumadas que se han producido. Es de suponer que aquí se sigue también la posición expuesta por la S. de 8 de junio de 1981, en la que se admitía que el resultado «más grave absorbe al de menor gravedad».