



La tentativa de homicidio con consumación de lesiones

José Luis Serrano González de Murillo

*Profesor Titular de la Universidad
de Extremadura (Cáceres)*

Revista Penal, n.º 24.—Julio 2009

RESUMEN: *La cuestión tan debatida del concurso que ha de apreciarse en los supuestos en que el delito de homicidio queda en grado de tentativa, pero se producen lesiones, sigue reclamando una solución satisfactoria. El problema se agrava porque los dos tipos concurrentes protegen bienes jurídicos distintos, pero imbricados en una relación de progresión. Como solución se han propuesto las del concurso ideal entre tentativa de homicidio y lesiones consumadas y la del concurso de leyes. Una vez descartado el concurso de delitos, estimando que el dolo de matar incluye siempre el dolo de lesiones, se propugna la solución del concurso de leyes y en concreto el principio de alternatividad, completado con el principio de combinación.*

PALABRAS CLAVE: *Homicidio, lesiones, concurso de leyes, concurso ideal, principio de alternatividad.*

ABSTRACT: *The much debated issue of the type of concurrence to be seen in cases where a crime of attempted homicide is committed, and injuries are caused, continues to claim a satisfactory solution. The problem becomes more complex because both crime types protect interests that can be distinguished, but which are intertwined in a progression. As solutions have been proposed the ideal concurrence of attempted homicide and injury and the simple concurrence of rules. Once the ideal concurrence is ruled out, considering that wilful killing always includes the will of injuring, I advocate the solution of the concurrence of legal rules, in particular the alternativity principle, together with the combination principle.*

KEYWORDS: *Homicide, injury, ideal concurrence, concurrence of legal rules, combination principle.*

I. Introducción

Pese a cuanto se ha escrito al respecto, distan de estar dilucidadas convincentemente las consecuencias jurídico-penales de los supuestos, tan frecuentes en la práctica procesal, en que concurren la ejecución del homicidio que no alcanza la consumación y las lesiones consumadas en el curso de aquella, con unidad de sujeto pasivo. Espero, así y todo, con estas líneas contribuir a desbrozar el problema que plantea la compleja imbricación entre ambos tipos delictivos, objetivo para el que resulta clave resaltar la singularidad de su relación. Lo peculiar de esta problemática confluencia reside en que se trata de dos figuras delictivas que lesionan bienes jurídicos distintos, si bien vinculados ambos en tanto que se encuentran en relación material de progresión, puesto que para quitar la vida se necesita ineludiblemente menoscabar de algún modo su soporte fisi-

co, esto es, la integridad corporal, bien sea con carácter previo o prácticamente simultáneo al momento de producción de la muerte.

Hasta la fecha, las propuestas de calificación penal han oscilado entre apreciar concurso de leyes (aparente), aplicando primordialmente ya sea la regla de subsidiariedad de las lesiones con respecto a la tentativa de homicidio (de manera que aquéllas sólo se aprecian en defecto de ésta) o la de alternatividad (castigándose por la infracción más grave, que en ciertos casos pueden ser las lesiones), por entender que tener en cuenta ambos aspectos incurriría en doble valoración de una única conducta, la de matar; hasta apreciar concurso ideal de delitos, con el objeto de valorar todo el contenido de injusto del hecho, teniendo en consideración que en estos casos se ha intentado lesionar el bien jurídico vida y se ha lesionado efectivamente el de la integridad física.

Quede sentado desde el principio que el objeto de estudio se circunscribirá a los supuestos auténticamente problemáticos, aquellos en que existe desde el principio dolo de matar y al ejecutar la muerte simplemente se lesiona, dejando al margen aquellos otros en que al principio sólo existe dolo de lesionar y el hecho se continúa después con dolo sobrevenido de homicidio que no lleva a la consumación, en los que la solución del concurso ideal parece relativamente obvia.

El dilema que plantean los casos que nos interesan cabría articularlo en torno a los siguientes puntos principales:

— Desde la perspectiva dogmática, el punto de partida reside en desentrañar la relación entre el dolo de matar y el de lesionar, y en particular si el dolo de matar y el de lesionar se excluyen mutuamente en todos o en algunos casos, o por el contrario resultan compatibles. En orden a dirimir esta cuestión resulta decisivo determinar la relación, ya aludida, entre los bienes jurídicos a cuya lesión se orientan los respectivos dolos.

Si se opta por castigar sólo la tentativa de homicidio, se puede dejar de tener en cuenta que además se han consumado lesiones, que a su vez pueden revestir muy distinta gravedad e incluso aparecer más gravemente castigadas que la propia tentativa (como ocurre en nuestro ordenamiento penal con las de los arts. 149 y 150 CP, cualificadas en función de la gravedad del resultado dolosamente causado). Y no se olvide que la causación de lesiones no es consustancial a la tentativa de homicidio, pues ésta puede acaecer sin dar lugar a lesión alguna. Lo que resulta imposible de concebir es la tentativa de homicidio que no vaya acompañada de la tentativa de lesionar (bien que orientada, como medio, a la consecución de la muerte). Asimismo, la causación de lesiones sólo resulta consustancial al homicidio consumado: no cabe concebir el homicidio consumado sin las lesiones que lo materializan.

— En cambio, si se castiga solamente por las lesiones consumadas, en principio se está dejando de tener en cuenta el dolo trascendente orientado a la consecución de la muerte, aun cuando no haya alcanzado su objetivo.

— Ahora bien, aun cuando parece que ninguna de las dos figuras concurrentes agota el contenido de injusto del hecho, por su parte la tesis del concurso de delitos, a la que darían pie los dos puntos anteriores, se vería expuesta a la sospecha de doble valoración. En efecto, si en el caso de homicidio consumado hay consenso en que no se castigan también las lesiones que han conducido a él, ¿por qué plantearse castigarlas cuando el homicidio ha quedado en tentativa? ¿Cómo es que entonces resurgen las lesiones consumadas para explicar el contenido de ilícito global del hecho, *sumándose* a lo ilícito del homicidio intentado?

— Pero si el dolo de lesionar forma parte indefectiblemente del dolo de matar, no pudiendo separarse de él, puesto que la causación del resultado de lesiones tiene por meta el resultado de homicidio, ¿por qué castigar por las lesiones consumadas cuando se desiste válidamente de la tentativa de homicidio, en virtud de lo dispuesto en el art. 16. 2 *in fine* CP?

— Y si se desiste de la tentativa de un homicidio privilegiado, como el homicidio-suicidio tipificado en el art. 143.3, que ha dado lugar a graves lesiones, ¿habrá que castigar por unas lesiones consumadas que pueden exceder en pena al propio homicidio privilegiado consumado?

Evidentemente, las distintas facetas del dilema originan perplejidad en el intérprete. Puede ocurrir, con todo, que la solución técnicamente más adecuada conduzca a resultados que comporten injusticia material, pero entonces la conclusión debe desembocar en una propuesta de reforma, no en atormentar la sistemática en aras de conseguir la justicia del caso concreto. Cabe anticipar que el problema de justicia material puede residir simplemente en el carácter obligatorio, y no facultativo (como ocurre en Derecho penal alemán) de la atenuación de la pena en uno o dos grados prevista para la tentativa en el art. 62 del CP español.

II. ¿Compatibilidad del dolo de homicidio y el de lesiones?

Tal como se indicaba al comienzo, la principal clave para desentrañar el problema ha de hallarse en la relación entre los tipos subjetivos de homicidio y lesiones, esto es, entre el dolo de matar y el de lesionar. Alrededor de esta cuestión gira la antigua controversia entre la teoría de la *exclusión* (que afirma su exclusión recíproca) y la de la *unidad* (que mantiene que el dolo de homicidio incluye al dolo de lesionar como paso intermedio), si bien ambas desembocan, por distintos cauces, en apreciar que uno de los tipos desplaza necesariamente al otro.

Para dirimir la cuestión, hay que centrarse en el objeto del dolo, en el tipo objetivo. Desde el punto de vista objetivo, la muerte ha de ir precedida ineludiblemente de lesiones. Cuando el homicidio se consuma, entre la muerte y las lesiones la doctrina dominante aprecia un concurso aparente, y aplica la regla de subsidiariedad, en virtud de la cual la muerte desplaza a las lesiones¹. Se trata, obviamente, del principio de subsidiariedad tácita, aplicable en razón de que el precepto que entraña una calificación más grave, que prevé una forma de ataque más completa del bien jurídico, desplaza el más leve². O, por expresarlo en terminología de Jakobs, del principio de especialidad (en sentido casi sinónimo al concepto genérico de concurso de leyes) en virtud de intensidad del resultado³.

1. Como atinadamente señala Mapelli Caffarena (en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, vol. II, 1997, pág. 251), se trata de una relación análoga a la que media entre las agresiones sexuales encaminadas a lograr el yacimiento y la propia violación.

2. Mir Puig, DP. PG, 7.ª ed., 2004, pág. 649.

3. DPPG, págs. 1054, 1059 y ss.

Pero a esa subsidiariedad, llámese como se llame, o a sus mismas consecuencias, desde el ámbito subjetivo se puede llegar desde la teoría de la unidad o desde la de la exclusión, entre las que ha oscilado pendularmente en distintos periodos la jurisprudencia alemana, en la actualidad partidaria de la teoría de la unidad⁴.

Para la teoría de la exclusión, contraposición u oposición, ambos dolos se excluyen recíprocamente, de manera que, demostrado el dolo de homicidio, queda consiguientemente descartado el de lesionar. Como apunta Welzel, entre ambos elementos subjetivos no existe relación de progresión, sino que el dolo de lesión en realidad se cifra en el conocimiento y voluntad de lesionar *sin llegar a matar*⁵. Y viceversa, si se quiere matar, no se quiere sólo lesionar, esto es, no se quiere menoscabar la integridad o la salud *manteniendo la vida*. En suma, ambas intenciones se consideran como heterogéneas e inconciliables, y que tanto el dolo de lesionar como el de matar contienen un elemento negativo referido recíprocamente al otro. Como para esta teoría la existencia de dolo de matar descarta la del dolo de lesionar, en los supuestos problemáticos que nos ocupan únicamente se apreciará homicidio, sin necesidad ni siquiera de recurrir a regla alguna del concurso aparente para desplazar la responsabilidad por lesiones.

Existe una versión restringida de esta teoría, que admite la posibilidad de concurso ideal cuando se da dolo directo de lesionar y sólo dolo eventual de matar (que en este caso concreto no excluiría al de lesionar). Sin embargo, esta tesis, en caso de desistimiento del homicidio, lleva a privilegiar injustamente a quien obró con dolo directo de matar, que no responderá por unas lesiones para las que le faltó el dolo, frente a quien lo hizo con dolo eventual, cuyo dolo no excluía el de lesionar⁶.

Ha de reconocerse que la teoría de la exclusión resuelve con facilidad los supuestos de tentativa de homicidio privilegiado (p. ej., homicidio-suicidio) mediante lesiones cualificadas (uso de armas, mutilación, etc.), ya que aplicándola el homicidio prevalecería y excluiría a lo subsidiario, las lesiones (en relación con las cuales no se daría el dolo), pero presenta problemas en caso de desistimiento de la tentativa de homicidio con producción de lesiones, en tanto que aboca al insatisfactorio resultado de negar la posibilidad de responder por esas lesiones sólo

porque el sujeto quiso además matar, aunque luego desistiera de su intento⁷.

En efecto, la teoría de la exclusión alcanza a solucionar los casos de desistimiento de la tentativa de un homicidio privilegiado (p. ej., homicidio-suicidio) con producción de lesiones graves consumadas, aludiendo al efecto de cierre del tipo privilegiado, al entender que el autor que desiste no puede resultar de peor condición⁸ que el que consuma el hecho, de manera que no se respondería tampoco por las lesiones. Como señala Jakobs⁹, el homicidio intentado tiene la misma virtualidad consuntiva que el homicidio consumado, si se tiene en cuenta la atenuación meramente facultativa de la pena prevista para la tentativa en el Derecho Penal alemán.

En general, pues, si está presente el dolo de matar y se producen lesiones, se respondería sólo por la tentativa de homicidio, ya que quedó excluido el dolo de lesionar, pero con la cuestionable consecuencia —difícil de encajar en nuestro Derecho positivo— de que si se da ánimo de matar, y está excluida la pena por homicidio, debido por ejemplo a desistimiento, no habría posibilidad de castigar por las lesiones, puesto que el dolo de lesionar queda excluido de antemano debido a la presencia del dolo —incompatible— de homicidio.

Para resolver estos casos de injustificado privilegio que supone la impunidad de lesiones incluso consumadas, Welzel¹⁰ trata de negar la premisa mayor, esto es, la propia posibilidad de desistimiento, calificando a tal efecto la tentativa de homicidio como tentativa fracasada, con respecto a la que no cabría la referida causa de exclusión de la pena. De acuerdo con esta tesis, si el autor quiere matar en el acto a la víctima, y no lo consigue, una vez que, por ejemplo, ha disparado contra ella o la ha apuñalado (lesiones consumadas), ya se tratará de tentativa fracasada, atendiendo al plan del autor y a su conocimiento de las circunstancias (p. ej., si ya no cabe acción alguna para alcanzar el resultado deseado), porque un dolo imposible de realizar tampoco es susceptible de abandono.

No obstante, aun aportando un factor determinante de la exclusión del desistimiento, sin embargo, con él no se alcanza a resolver todos los supuestos, sino que siguen reclamando solución aquellos en que el autor ya ha lesionado y sin embargo desiste de consumir el homicidio, pese a que podría realizarlo sin problemas a continuación.

4. Cfr. al respecto Jähnke, *LK 10.ª ed.*, § 212, núm. marg. 43.

5. Welzel, *Derecho penal alemán*, 1993, pág. 243, Maurach, *Tratado de Derecho penal*, 1994, t. II, págs. 211 y ss. Con carácter limitado, también Jakobs (*Derecho Penal. Parte General*, 1997, pág. 1063) defiende la teoría de la exclusión, circunscrita a la incompatibilidad del dolo de causar la consumación de la muerte y la consumación de lesiones duraderas o permanentes (cfr. al respecto *infra*, apdo. IV).

6. Eser, *StGB Kommentar*, 1982, § 212, núm. marg. 17.

7. Cfr. referencias bibliográficas acerca de la doctrina española partidaria de la teoría de la exclusión en Mapelli Caffarena, *op. cit.*, pág. 253, así como de la jurisprudencia en pág. 252.

8. En tal sentido, Hirsch, *ZStW 81* (1969), pág. 931.

9. DPPG, pág. 1064.

10. *Op. cit.*, pág. 245.

Así pues, las insatisfactorias consecuencias a que aboca la teoría de la exclusión, así como lo discutible de su premisa de la mutua exclusión de los dolos, han propiciado el que hoy impere la teoría de la unidad, originalmente formulada por Schröder¹¹, que parte precisamente del postulado opuesto. Para la teoría de la unidad, el dolo de matar no se opone al de lesionar, sino que constituye simplemente un dolo más intenso que éste, de manera que entre ambos existe una mera relación cuantitativa, una diferencia de grado, en tanto que las lesiones constituyen un paso intermedio hacia la muerte. Así pues, dado que las lesiones resultan ineludibles para la muerte, el dolo de homicidio contiene necesariamente, aunque sea en forma de co-conciencia, el dolo de lesionar.

Esto cabe ponerlo de manifiesto partiendo incluso del contenido de los respectivos tipos objetivos: puesto que el tipo objetivo del homicidio comprende el tipo objetivo de lesionar, el dolo del homicidio (incluso intentado) comprende el dolo de lesionar¹². Dicho de otro modo, la idea de progresividad presenta tanto una vertiente objetiva como una subjetiva. No es concebible objetivamente acortar la vida (homicidio) sin causar materialmente lesiones, ni se puede pretender matar a otro sin querer a la vez lesionarle.

Por eso, para la teoría de la unidad, cuando se produce un homicidio consumado, las lesiones consumadas pueden considerarse que, como hechos acompañantes, entran en relación de subsidiariedad, razón por la que resultan desplazadas, pero si el autor desiste de matar, se castiga subsidiariamente por las lesiones.

Ahora bien, junto a la íntima relación entre ambos tipos objetivos y subjetivos, también debe resaltarse¹³ el aspecto diferencial que presentan las lesiones con respecto a la tentativa de homicidio, pues si bien el ilícito más grave encierra al menos grave, sin embargo las lesiones acaecidas no pueden definirse simplemente como un proceso inacabado de acortar la vida, porque entonces no se podrían distinguir de las formas imperfectas de ejecución del homicidio, ni podrían adquirir autonomía y resultar castigadas independientemente cuando el homicidio queda exento de responsabilidad, por ejemplo por desistimiento de su tentativa. La decisión del legislador de tipificar las lesiones, sin distinción entre las que se agotan en sí mismas y las que deberían conducir al homicidio estimó que explica la posibilidad de punición separada.

Con todo, al declarar la compatibilidad de uno y otro dolo, la teoría de la unidad abre la posibilidad de apreciar también concurso ideal de delitos, la cual nunca se plantearía con su teoría rival, a la que vino a superar.

III. Tentativa de homicidio con lesiones: ¿concurso ideal o concurso de normas?

Obviamente, desde la perspectiva de la teoría de la unidad, los casos en que no llega a darse lugar a lesiones consumadas carecen de problemas, puesto que en ellos sólo ha de apreciarse tentativa de homicidio, aun cuando se trate de tentativa de lesiones cualificadas. En todo caso, la tentativa de lesiones queda desplazada por la tentativa de homicidio según el criterio de subsidiariedad.

Las divergencias se plantean cuando, en cambio, en el curso de la tentativa de homicidio sí se consuman lesiones, ya que entonces éstas pueden adquirir independencia con respecto al homicidio imperfecto, algo vedado de entrada para la teoría de la exclusión. Al respecto, hay dos posturas enfrentadas: la que defiende que sólo cabe calificar de tentativa de homicidio, que desplaza en relación de subsidiariedad a las lesiones consumadas (del mismo modo que a las intentadas); y la solución diferenciadora, la cual si bien acepta que la tentativa de homicidio desplaza a la tentativa de lesiones, entiende en cambio que las lesiones consumadas ya no quedan desplazadas, sino que entran en relación de concurso ideal.

La solución diferenciadora sostiene que con ello no se está valorando por dos veces —inadmisiblemente— el dolo de lesionar contenido en el dolo de matar, sino que se está teniendo debidamente en cuenta el desvalor de resultado producido, desde luego abarcado por el dolo de lesionar contenido en el dolo de matar. Como señala Schröder¹⁴, no puede dejar de tenerse en cuenta que, además del intento no perfeccionado, materialmente se ha producido un daño.

También postula el concurso ideal Jakobs con respecto a las lesiones permanentes de los §§ 224 y 225 StGB (lesiones peligrosas en función del medio, malos tratos, etc.), que no sólo se caracterizan por su intensidad, sino sobre todo por su duración, de manera que son por ello incompatibles esas lesiones consumadas y el homicidio consumado: uno de ambos delitos ha de haber quedado en fase de tentativa, y se responde entonces por concurso ideal¹⁵.

11. *StGB Kommentar*, 1963, § 212, núm. marg. XI 2.

12. Hirsch, *ZStW* 81 (1969), pág. 927.

13. Con Mapelli Caffarena, *op. cit.*, pág. 254.

14. En *Juristischer Rundschau* 1969, pág. 265.

15. *Derecho Penal. Parte General*, pág. 1063. En realidad, Jakobs está sosteniendo para estos casos particulares la teoría de la exclusión, según la cual los dolos de lesionar y de matar resultan incompatibles, si bien implícitamente aplica el tratamiento que él mismo propugna para el dolo alternativo, esto es: la presencia de dos dolos, la realización de los cuales se excluye mutuamente, da lugar sin embargo a la apreciación de dos dolos (así, expresamente, en *op. cit.*, pág. 336, negándola sin embargo con carácter general para la relación homicidio-lesiones).

Para la tesis diferenciadora, el hecho de que si se desiste de la tentativa de homicidio se responda por las lesiones consumadas se debe a que el desistimiento no afecta al otro delito que concurre idealmente, el de lesiones, mientras que cuando concurre un homicidio privilegiado con lesiones cualificadas consumadas, si no se quiere dejar sin efecto el privilegio del homicidio, ha de determinarse la exclusión de las lesiones consumadas. Y ello asimismo cuando el homicidio queda en grado de tentativa, e incluso si se excluye la pena del homicidio por desistimiento de su tentativa¹⁶.

En contra de apreciar concurso ideal se ha señalado¹⁷ que el homicidio desplaza siempre a las lesiones consumadas, tanto si aquel se consuma como si queda en grado de tentativa, ya que —al menos en Derecho penal alemán—, dado que la pena de la tentativa (de homicidio) sólo se determina mediante una atenuación *facultativa*, puede perfectamente agotar el contenido de injusto de las lesiones hasta con la misma intensidad que la pena del homicidio consumado.

La reciente doctrina española se ha hecho eco de la propuesta de Schröder partidaria del concurso ideal. Así, a Farré Trepal¹⁸ le parece interesante la propuesta diferenciadora. Carbonell Mateu/González Cussac¹⁹ hacen suyo el argumento de Eser en el sentido de que no se puede castigar del mismo modo el intento de matar causando lesiones que sin causarlas, y proponen el concurso con lesiones *imprudentes* para dar cuenta de la doble valoración que el hecho merece. En sentido similar, Gracia Martín subraya en cambio que el castigo de las lesiones cualificadas «no captaría lo injusto de la acción de matar»²⁰. También Morales Prats propone, si bien con dudas, la solución del concurso ideal²¹.

Pero es García Alberó quien ha prestado una atención más pausada a la solución concursal. A su juicio, no se ha demostrado el solapamiento valorativo al acusar a esta solución de infringir el *ne bis in idem*, desde el momento en que el contenido de injusto de uno de los tipos no está in-

cluido en su totalidad en el otro. En concreto, entiende que no basta con partir de que ambos tipos se encuentran en relación de graduación o intensificación (la cual apuntaría al concurso de leyes, y en concreto al criterio de especialidad), constituyendo el homicidio «un *maius*» con respecto a las lesiones, ya que ello no resulta válido para la tentativa, «donde por definición falta el resultado letal que puede absorber a la afección contra la integridad física»²², si bien tal afección expresa un modo de realización del peligro para la vida que encierra la tentativa de homicidio, razón que explica que ambos delitos estén emparentados y entren en relación, por tanto, de concurso auténtico.

En contra de la tesis del concurso ideal se ha puntualizado que, aun cuando las lesiones causadas con ánimo de matar se pueden valorar fácticamente como lesiones, penalmente pueden valorarse como puesta en peligro característica de un delito más grave, el de homicidio²³, de manera que no es que cuando concurren lesiones consumadas más tentativa de homicidio se castigue poco, sino que se castiga en exceso cuando se da la tentativa de homicidio sin lesiones.

Por eso se ha sugerido que el lugar para ponderar las lesiones consumadas *in itinere* hacia el homicidio no es tenerlas en cuenta como un delito distinto, sino en el amplio marco penal de la tentativa (art. 62 CP), concebido para valorar sus circunstancias, que permite tener en cuenta «el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado», puesto que constituyen medio ineludible para intentar el homicidio²⁴. Cabe entender que el injusto de las lesiones consumadas queda abarcado por el injusto de la tentativa de homicidio, del mismo modo que las abarca el del homicidio consumado. En este caso sería aplicable el inciso del «peligro inherente al intento», peligro ciertamente puesto de manifiesto al haberse concretado en la lesión orientada a la finalidad típica de matar, y tanto más cuanto más graves resulten las lesiones, pero no en cambio el inciso que alude al «grado de ejecución alcanzado»,

16. Eser, *StGB Kommentar*, 1982, § 212, núms. margs. 24 y 25.

17. Horn, *SK*, § 212, núms. margs. 31 y 32.

18. *ADP* 1986, pág. 272.

19. En Vives Antón *et al.*, 2004, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 69. La responsabilidad por lesiones imprudentes que propugnan sólo cabe fundamentarla, aceptando la teoría de la exclusión, en la incompatibilidad del dolo de (la tentativa de) homicidio con el de lesionar, de manera que como única forma de imputación posible quedaría la imprudente.

20. En Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1993, págs. 98 y ss. Y ello pese a considerar con carácter general que la relación entre homicidio y lesiones es de concurso de leyes, en concreto por el principio de subsidiariedad tácita, dada la esencial heterogeneidad de ambos dolos (teoría de la exclusión).

21. En Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª ed., 2001, pág. 681. De entenderse que la solución del concurso ideal implica una doble valoración indebida, Morales Prats opta por aprovechar el amplio recorrido que permite el marco penal de la tentativa en función del peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

22. *ADP* 1994, pág. 236, nota 81. Sin embargo, esta postura que García Alberó considera técnicamente más correcta queda matizada para los supuestos en que las lesiones no alcanzan a igualar el desvalor de la tentativa de homicidio, en que por las reglas de determinación de la pena del concurso ideal llevarían a la acumulación aritmética de ambas penas, solución técnicamente correcta, pero injusta; por eso para estos supuestos específicos propugna la solución del concurso de leyes (págs. 237 y ss.).

23. Mapelli Caffarena, *op. cit.*, págs. 261 y ss.

24. Así Morales Prats (*op. cit.*, págs. 681 y ss.) apunta esta posibilidad para el caso de que se estime que la solución del concurso ideal vulnera el *ne bis in idem*.

puesto que un grado ulterior de ejecución no comporta necesariamente haber realizado lesiones, mientras que un comienzo de ejecución sí que puede ya haberlas generado²⁵.

A la objeción de García Albero en el sentido de que al volver a tener en cuenta la consumación de las lesiones para graduar la pena correspondiente a la tentativa (antes: para distinguir en ciertos casos entre tentativa y frustración) se viene a dar la razón a la tesis del concurso ideal (que afirma que con el castigo de la tentativa no se estaba agotando el injusto íntegro del hecho) ha de replicarse que así simplemente se está concretando el marco penal de una de las dos normas concurrentes, la que prohíbe intentar matar, utilizando uno de los criterios incluidos en la propia norma, el de tener en cuenta el distinto grado de peligro inherente al intento. Ciertamente no siempre un peligro elevado se traducirá en lesión, pero de lo que no cabe duda es que la lesión efectiva siempre viene precedida de un peligro elevado, como lo demuestra su producción:

«Con todo, aun situando la pena de la tentativa de homicidio en sólo un grado inferior a la de la consumación (prisión de 5 a 10 años), sigue planteándose el problema de que el marco penal de las lesiones graves del art. 149 lo sobrepasa ligeramente (prisión de 6 a 12 años)».

Por otra parte, la tesis del concurso ideal presenta el inconveniente de que, al aplicarlo, siempre habrán de tenerse en cuenta las lesiones dolosas consumadas que se hayan causado como consecuencia de la puesta en peligro de la vida, y esas lesiones, ejecutadas en todos los casos con la misma finalidad de matar, presentarán muy distinta gravedad, por lo que darán lugar a distinto marco penal. Si dicho marco penal resulta superior al de la tentativa de homicidio, será el de las lesiones el que se exaspera. Sin embargo, si éste resulta inferior al de la tentativa de homicidio, la pena que habrá de exasperarse será la del homicidio, y en definitiva se desplegará el mismo efecto con independencia de la gravedad de las lesiones, de manera que *en definitiva no podrá graduarse la pena en función de la diferencia valorativa existente entre los distintos tipos de lesiones*.

Pero a mi juicio el argumento de más calado en contra de la solución del concurso ideal se dirige contra la diferencia de tratamiento que establece para los casos de homicidio consumado y de homicidio intentado. Como antes se señaló, cuando se produce un homicidio consumado parece haber consenso en que no se castigan también las lesiones que han conducido a él, en aplicación del principio de subsidiariedad tácita, que veda la apreciación simultánea de hechos delictivos necesariamente acompañantes del que determina el desplazamiento. En ese caso, ¿por qué plantearse castigarlas cuando el homicidio ha quedado en tentativa?, ¿cómo es que resurgen las lesiones consumadas para explicar todo el injusto del hecho,

sumándose al correspondiente al injusto del homicidio intentado? Ciertamente que las lesiones consumadas ya no acompañan necesariamente a la tentativa de homicidio, pero ello sólo ocurre en el aspecto —aleatorio— de lo efectivamente realizado, no en el aspecto subjetivo, que también aquí abarca la necesaria producción de las lesiones. Entiendo que si no se castigan las lesiones cuando el homicidio alcanza la consumación, porque se entiende que el injusto de las lesiones no añade nada al del homicidio (¿especialidad?, ¿consumación?, ¿subsidiariedad?), el mismo criterio habría que aplicar cuando el homicidio queda en grado de tentativa, ya sea con respecto a las lesiones consumadas o a las meramente intentadas. Si la necesidad de tener en cuenta las lesiones consumadas, además de la tentativa, se presenta, se debe sólo a la discordancia valorativa derivada de que una conducta que simplemente constituye una fase ejecutiva del delito-fin (homicidio) pueda resultar indebidamente castigada de modo más grave que la realización de la propia forma imperfecta de tal delito-fin.

Para ser consecuente con su razonamiento, la tesis criticada debería aplicarse en los mismos términos en los casos de homicidio (con lesiones) consumado, así como en aquellos otros en que no llegan a consumarse las lesiones también habría de castigar por concurso ideal de delitos entre las dos tentativas realizadas, entre la de lesiones y la de homicidio, en tanto que se debería tener en cuenta el atentado contra dos bienes jurídicos distintos, vida e integridad corporal. Lo contrario equivaldría a afirmar que las lesiones sólo con su consumación cobran vida y autonomía frente al homicidio intentado (esto es, dejan de estar consumadas por éste), no debiendo valorarse separada y adicionalmente la mera tentativa de lesiones. Pero la verdadera razón de que en el caso de las lesiones intentadas no se plantee el concurso ideal reside en que —como no podía ser de otro modo— su marco penal no excede al del homicidio intentado, y no queda por tanto un resto de desvalor medido en pena del que haya que dar cuenta.

Resulta más convincente, pues, la tesis del concurso de leyes que la del concurso ideal, que valora las lesiones por partida doble: como medio para el homicidio y además de por sí.

IV. ¿Qué principio del concurso de leyes aplicar?

Descartada, por tanto, la aplicación de la regla penológica del concurso ideal de delitos, queda por determinar qué principio, de entre los que apuntan en la dirección del concurso de leyes, resulta pertinente. De los límites tan evanescentes de los distintos principios da idea el hecho de que en estos casos se ha argumentado prácticamente en favor de todos ellos.

En favor de la regla de castigar por el precepto penal con penalidad más grave (*alternatividad*) se ha pronun-

25. Alude a esta distinción con buen criterio Cardenal Montraveta, *ADP* 1995, págs. 1021 y ss.

ciado Mapelli²⁶, aun cuando subrayando su vertiente orientada al principio de *subsidiariedad*, cuando señala que, partiendo de la teoría de la unidad (a tenor de la cual el comportamiento de matar es comportamiento lesivo, y la voluntad de matar es —también— voluntad de lesionar) el concurso de delitos estaría valorando dos veces lo mismo, pues de lo contrario también habría que apreciar concurso ideal cuando se consuma la muerte; pero si se desiste de matar, puede renacer el comportamiento de lesiones, en virtud de la relación de subsidiariedad, *si su pena es superior a la de la tentativa*. También Muñoz Conde postula aplicar la regla de alternatividad²⁷.

Por lo que respecta al principio de *subsidiariedad* en sentido estricto, como es sabido, éste despliega realmente su eficacia cuando el precepto subordinado sólo entra en juego en defecto del principal, el de preferente aplicación. Por consiguiente, en el caso objeto de estudio quedaría descartada la subsidiariedad expresa y sólo podría tratarse de subsidiariedad tácita, en la que el precepto principal se aplicaría preferentemente por constituir una forma de ataque más grave o completa al bien jurídico. Pero con razón se ha afirmado en contra de esta posibilidad²⁸ que no siempre el homicidio intentado da lugar a una calificación más grave que las lesiones consumadas (se entiende que en términos de penalidad), así como que resulta discutible que el homicidio constituya una forma de ataque más grave y acabada respecto del *mismo* bien jurídico que las lesiones.

En cambio, González Rus²⁹ considera irremediable, pero «contrario a la justicia material», que la tentativa de homicidio prime sobre las lesiones cualificadas consumadas, pese a la superior pena de éstas, entendiéndose que no es de aplicación el principio de alternatividad (en virtud del cual prevalece la aplicación del precepto que prevea pena más grave), al ser «subsidiario» del aplicable a su juicio, el de *especialidad*³⁰.

Ahora bien, si el principio de especialidad supone que los delitos en juego se comporten como círculos concéntricos, de manera que uno de ellos contiene todos los elementos del otro y algunos más, siendo las lesiones el círculo inscrito en el más amplio del homicidio, entiendo que no podemos considerar que el homicidio reúna siempre todos los elementos de las lesiones, más la producción de la muerte como elemento adicional. Desde el punto de vista del tipo subjetivo, sí: el dolo de matar incluye ineludiblemente el dolo de lesionar. Pero desde el momento en que en la determinación de la pena se distingue entre la

penalidad de los delitos consumados y la de su tentativa (art. 62 CP), y puesto que se trata de supuestos de tentativa de homicidio, ésta no presupone conceptualmente la consumación de lesiones, puesto que existen tentativas de homicidio que dejan ilesa a la víctima. No cabe hablar, pues, de especialidad, cuando la tentativa de homicidio puede abarcar tanto lesiones consumadas más dolo de homicidio como lesiones intentadas más dolo de homicidio.

Por su parte, el principio de *consunción* indica que el desvalor de un precepto, el «más amplio o complejo» (art. 8.3.ª CP), incluye o absorbe al que castiga las infracciones consumadas en aquél, pero por razones distintas a la especialidad o la subsidiariedad. Mir Puig³¹ ilustra el principio de consunción, en su modalidad de los supuestos en que un hecho acompaña *normalmente* a otro, justo con la relación homicidio/lesiones (se entiende que consumados ambos). Y descarta aplicar el de especialidad aduciendo que éste presupone que el acompañamiento sea *necesario*, basándose en el discutible argumento de que «el tipo de homicidio no implica realizar tales lesiones [i. e., aquellas a través de las cuales se produce] (lo cual no impide la posible necesidad concreta de dichas lesiones para la propia muerte)». Considero, en cambio, que el homicidio *consumado* no puede concebirse, no sólo en la situación concreta, sino tampoco *en abstracto*, sin la producción previa o simultánea de lesiones, porque no cabe destruir la vida sin atentar contra la integridad física o la salud, del mismo modo que no cabe intentar matar sin al menos intentar lesionar. A no ser que Mir se refiera a que el tipo de *tentativa* de homicidio no presupone *siempre* las lesiones consumadas (tal como acabamos de señalar), sino que sólo va *normalmente* acompañado por ellas, lo que conduciría a sostener asimismo el principio de consunción para los casos que nos ocupan, los de homicidio en grado de tentativa con lesiones consumadas. En éstos, sin embargo, la superior pena prevista para el precepto consumido y desplazado (lesiones consumadas) hablaría en contra de aplicar el principio de consunción.

Jakobs³², si bien encuadra la relación homicidio/lesiones entre los supuestos de consunción de hechos concomitantes, incorpora el matiz de que, consiguientemente, ha de aplicarse la regla general de solución para estos casos, a tenor de la cual quedan al margen del concurso de leyes las lesiones que se apartan del supuesto normal de homicidio por una cantidad excesivamente alta de malos tratos o de daños para la salud (ensañamiento, muerte lenta, lesiones

26. *Op cit.*, pág. 262.

27. *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., 2004, pág. 49.

28. Cardenal Montraveta, *op. cit.*, pág. 1034.

29. *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 86.

30. En contra de aplicar el principio de especialidad a la relación tentativa de homicidio/lesiones consumadas, en un sentido o en otro, Cardenal Montraveta (*ADP* 1995, pág. 1033), razonando que no toda tentativa de homicidio comporta realizar lesiones (y algo más), ni todas las lesiones consumadas suponen la realización de un homicidio intentado.

31. *Op. cit.*, pág. 650.

32. *Derecho Penal. Parte General*, págs. 1063 y ss.

permanentes, etc.). Sin embargo, la realización de las lesiones de determinada forma considero que no determina necesariamente que cobren perfil propio con respecto al marco del atentado contra la vida, sino que, por ejemplo, el ensañamiento determina más bien que la tentativa de delito contra la vida se refiera al tipo cualificado de asesinato, en lugar de al de homicidio. Y en relación con las lesiones permanentes, cfr. las consecuencias que se indican *infra*.

Descartado, por tanto, el concurso ideal de delitos, hemos comprobado cómo dentro del concurso de leyes no resulta exento de fricciones apreciar ninguna de las tres relaciones elaboradas en la ciencia penal, y recogidas específicamente en el art. 8, 1.^a a 3.^a. Queda por analizar, pues, la regla de la *alternatividad*, aplicable en defecto de las tres reglas debatidas; y ello incluyendo el principio de combinación, que tenga en cuenta eventualmente el límite inferior del marco penal o las posibles consecuencias accesorias del precepto que quede desplazado en cada caso.

Como es sabido, la regla de *alternatividad* o de mayor gravedad punitiva está concebida para supuestos en que el hecho puede subsumirse indistintamente en una u otra norma, sin que exista ningún dato específico de la descripción típica que incline la balanza en favor de una de ellas. Es entonces cuando se recurre a esta regla, que encuentra su razón de ser en el principio de que una conducta *subsumible* en determinada norma no puede resultar privilegiada sólo porque además lo sea también en otra norma que prevea penalidad más leve, si ésta no presenta ningún rasgo de especificidad con respecto a aquella (como, por ejemplo, que constituya un tipo atenuado).

El concurso de leyes en virtud de *alternatividad* representa la regla última en torno a la que articular el concurso aparente, que se da cuando concurren varios preceptos, y aplicarlos conjuntamente vulneraría el *ne bis in idem*, ya que con la aplicación de uno de ellos no queda resto de injusto del que dar cuenta. De sostener lo contrario, en la relación lesiones-homicidio se produciría el único caso en el Código penal en que un delito consumiera a otro por progresión en la conducta lesiva, pero su tentativa, que en muchos casos vendrá acompañada de ese otro delito (consumado), en cambio no. De los dos preceptos concurrentes, tentativa de homicidio y lesiones consumadas, el primero contempla el injusto total del hecho, ya que el dolo de matar presupone el de lesionar. En cambio, las lesiones no incluyen el injusto del dolo *trascendente* de matar.

Como hemos observado, se dan en estos casos elementos tanto del principio de consunción: el homicidio entraña un grado de lesión en progresión con respecto a lesiones, pero cuando la pena de éste supera a la de aquél no puede aplicarse la *lex consumens*; y del de subsidiariedad: el precepto de las lesiones sólo se aplica cuando no es posible el principal, el de homicidio; e incluso del de especialidad: el dolo de matar incluye ineludiblemente el de

lesionar, y la tentativa de homicidio incluye como mínimo la tentativa de lesionar.

Al mismo tiempo, sin embargo, no cabe apreciar la aplicabilidad plena y específica de ninguno de los tres principios. De manera que queda despejado al camino que conduce a la regla más amplia, la de *alternatividad*, que sirve de correctivo, como último recurso y principio de recogida, residual, para los casos en que el legislador no ha sabido acotar debidamente el ámbito de los distintos delitos en presencia.

Que es precisamente lo que ocurre en los supuestos que nos ocupan, en que la pena de un delito (lesiones consumadas) que en muchos casos acompaña como medio a la ejecución del tipo de homicidio supera a la correspondiente al propio delito acompañado en la fase ejecutiva alcanzada, esto es, a la tentativa de homicidio. Puesto que, en virtud de un defecto de técnica legislativa, la responsabilidad de la tentativa no da cuenta penológicamente por completo del desvalor atribuido por el legislador al delitomedio cuando, como puede ocurrir con frecuencia, éste sí resulta consumado y alcanza la suficiente gravedad, ha de aplicarse el precepto castigado con mayor pena, el de las lesiones, para evitar que de lo contrario resulte privilegiado el autor que causó las lesiones precisamente por intentar matar (al que se castigaría por tentativa de homicidio), frente a aquel que sólo quiso lesionar, pero no también matar. Si el marco penal asignado a la tentativa de homicidio abarcara al de las lesiones consumadas, el problema sobre qué tipo de concurso aplicar probablemente ni se hubiera planteado, porque habría estado claro que se trataba de aplicar el precepto que entraña un ulterior progreso en la ejecución del programa delictivo de lesionar para matar. Y ni siquiera la regla penológica del art. 6.2 *in fine* CP, propuesta, como señalábamos, en la doctrina española, de tener en cuenta en la penalidad de la tentativa el grado de ejecución alcanzado, permite salvar el escollo de la superior penalidad prevista para las lesiones permanentes con resultado especialmente grave del art. 149.

Cabe establecer una relación de analogía entre el supuesto planteado y la previsión expresa en el CP de la regla de *alternatividad* para supuestos en que concurre puesta en peligro, ya sea concreta o abstracta, con la lesión (imprudente en ocasiones, pero *dolosa* en otras) en que aquélla se materializa, como ocurre en los casos en que la puesta en peligro que comporta la tentativa de homicidio se ha traducido en lesiones consumadas. La regla prevista para los casos en que los delitos de peligro contra la seguridad vital se transforman en lesión, que hasta hace poco establecía una regla de determinación de la pena propia del principio de *alternatividad*, ejemplifica ahora, desde la reforma de diciembre de 2007, la tesis alternativa a la que aquí se mantiene. Así, dispone el actual art. 382³³ para determinados delitos de peligro (descritos en los arts. 379,

33. Texto de la reforma de diciembre de 2007, correspondiente al anterior art. 283, que no prescribía, en cambio, la aplicación de la pena en la mitad superior. Ha desaparecido, por tanto, la posibilidad de que el órgano judicial recorra todo el marco penal, pe-

380 y 381): «los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior». Es decir, el régimen del concurso ideal, que puede explicarse por el hecho de que el peligro afectará en ocasiones a más sujetos pasivos que la lesión.

Por otra parte, la regla de alternatividad (corregida por el principio de combinación con el marco penal del precepto desplazado) viene corroborada desde otra perspectiva, la de la teoría del dolo alternativo, en particular para los supuestos de lesiones permanentes, precisamente aquellas cuya consumación supera en pena a la tentativa de homicidio y plantean el auténtico problema.

Lleva cierta razón Jakobs al plantear, como indicábamos *supra*, que no puede compatibilizarse el dolo de consumir lesiones duraderas o permanentes (mutilaciones, privaciones sensoriales, etc.) con el de consumir la muerte, ya que la razón de la agravación de aquéllas, que no reside tanto en su gravedad como en su carácter duradero, se opone conceptualmente a la *consumación* relativamente inmediata de la muerte.

«Ahora bien, resulta discutible su solución del concurso ideal para estos casos, ya que la auténtica oposición se produce entre la consumación de las lesiones permanentes y la tentativa de homicidio sin resultado lesivo alguno. En efecto, el dolo de causar determinado tipo de lesión (p. ej., hacer perder la vista, o una extremidad, o un órgano principal) resulta compatible con el dolo de homicidio, pues el tipo subjetivo de tales lesiones se extiende sólo a perseguir la causación de un menoscabo de la integridad física de esas características, con la gravedad que les es propia, pero no a la vez en cuanto a su carácter duradero, puesto que nada impide que se persiga la muerte casi inmediata lesionando precisamente esas partes del cuerpo, y no otras. Si, entonces, de conseguir el sujeto su propósito homicida, se considera —con Jakobs— que no pudo a la vez querer causar lesiones permanentes, ¿por qué va a cambiar la decisión sobre los tipos subjetivos sólo porque no consiga lo principal (matar), pero sí ejecutar en parte su programa criminal, al ocasionar las lesiones (ahora sí permanentes)? Evidentemente, el dolo de infligir lesiones permanentes no surge de repente debido justo al fracaso del intento de homicidio. Simplemente, ocurre que el sujeto quiso desde el principio producir esas lesiones, como medio de gran eficacia con vistas a su fin homicida, y la nota de permanencia viene dada como consecuencia de cómo se desenvuelven los acontecimientos, al fracasar el plan delictivo y no sobrevenir en un plazo próximo la muerte. Esta tesis viene facilitada en Derecho español por

el hecho de que los actuales arts. 149 y 150 no siguen requiriendo actuación de propósito, sino que en principio basta el dolo eventual referido al resultado (apto en principio para ser) permanente. Nada obsta, pues, a la solución del concurso de leyes».

En realidad nos encontramos aquí ante un supuesto análogo a los de dolo alternativo, pues todo aquel que quiere matar de determinada manera toma en consideración que, además de la posibilidad de conseguir su objetivo, un fracaso del intento puede tener por resultado tanto la posibilidad de causar sólo determinadas lesiones permanentes (lo cual realizaría el tipo consumado de lesiones de los arts. 149 y 150 CP), o bien otro tipo de lesiones, como la de no causar ninguno en absoluto. Las posibilidades de conseguir la muerte y las de quedarse en mera tentativa, sin ocasionar ningún resultado lesivo, pueden conceptuarse como equivalentes, ya que los respectivos dolos coinciden plenamente, y en suma lo que ocurre en la realidad es una pura tentativa. Queda, pues, como alternativa auténtica la de «intentar matar, sin más» frente a la de «consumar lesiones permanentes, en el curso de tal intento». Esta situación se asemeja³⁴ a las de dolo alternativo en que sus dos posibilidades, igualmente *queridas* en el sentido de la doctrina del dolo, se excluyen mutuamente, tanto en la mente del autor como en la realidad objetiva. Por ello no resulta adecuada para los casos que nos ocupan la solución del concurso ideal, la cual sólo sería aplicable a los supuestos de dolo cumulativo, aquellos en que el sujeto dirige su actuación a alcanzar dos objetivos típicos simultáneos y *compatibles*.

La solución para estos casos de dolo abierto en dirección a dos sentidos posibles peor mutuamente incompatibles, concordante en buena medida con la regla de alternatividad propuesta, vendría dada por la que he desarrollado en otro lugar para estos supuestos³⁵, que combina la perspectiva anterior al hecho y la posterior a su desenlace. Mientras que desde la perspectiva *ex post*, sólo puede responderse por un hecho, desde la perspectiva *ex ante*, de la consideración de alguno entre los varios resultados perseguidos y posibles, el contenido de injusto reflejado en el marco penal debe abarcar desde lo mínimo hasta lo máximo que el autor se representó como posible. El marco penal debe venir determinado por el más grave de los presentes, ya sea el intentado o el consumado (como es éste el caso: lesiones cualificadas consumadas), si bien con la corrección propia del principio de combinación, con respecto al límite inferior del marco penal, ya que no ha de olvidarse que el dolo también se extendía al

ro sobre todo, con la actual previsión expresa de la regla de determinación de la pena propia del concurso ideal ya no cabe hablar de concurso de leyes en estos supuestos, en que hasta ahora el legislador simplemente se limitaba a establecer una cautela (castigar por el delito más penado de ambos: el de peligro o el de lesión), necesaria para los casos en que el delito de peligro estuviese más gravemente penado.

34. Si no se produce la coincidencia absoluta es debido a que aquí, por definición, ambas posibilidades mutuamente excluyentes recaen sobre el mismo sujeto pasivo (y objeto material).

35. Serrano González de Murillo, «Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado “dolo alternativo”», en 1049, especialmente 1065 y ss.

otro tipo. Hay que dar cuenta de que, como mínimo, el sujeto quiso un hecho de determinada gravedad (umbral inferior más alto de entre los diversos delitos) y como máximo otro hecho distinto, también de determinada gravedad (umbral superior más alto).

La regla de alternatividad se aplicaría *mutatis mutandis* a los casos de homicidio atenuado (intentado) del art. 143.3, con producción de lesiones consumadas, si bien teniendo en cuenta la concurrencia de consentimiento en las lesiones asimismo como causa de atenuación de la pena (art. 155), puesto que si se consintió en el homicidio también se consintió en las lesiones necesarias para materializarlo. La leve diferencia de pena que, con todo, media entre la correspondiente a las lesiones graves consentidas y la correspondiente a la tentativa de homicidio atenuado (consentido), y que determinará la necesaria aplicación de aquélla, de nuevo ilustra la inadecuada orientación del legislador hacia el desvalor del resultado. Además, ésta conducirá a que, para los supuestos de eutanasia fallida haya que intentar atenuar o exculpar las lesiones graves por la vía del principio de inexigibilidad.

Asimismo, la regla de alternatividad permite resolver sin fricciones los supuestos de desistimiento válido de la tentativa de homicidio, cualificado en tanto que ha generado lesiones consumadas. En ellos, aun cuando la punibilidad derivada de la norma de la tentativa de homicidio queda anulada por el desistimiento, y una vez descartados *a limine*, como subrayara Welzel, los supuestos en que no cabe desistimiento por tratarse de tentativa fracasada, en que el sujeto carece de capacidad para consumir el hecho; subsiste no obstante la punibilidad correspondiente a las lesiones ya consumadas, en la medida en que en parte el programa delictivo del autor, consistente en lesionar para matar, ha llegado a la consumación parcialmente, al ha-

berse alcanzado la fase de menoscabar la integridad física o la salud. Y del delito consumado, por definición, no cabe desistir.

En casos extremos —de causación de lesiones del art. 149— el desistimiento del intento de homicidio carecerá, por tanto, de virtualidad práctica, ya que tanto con desistimiento como sin él se responderá por el marco penal de las lesiones. Si injusto es el resultado al que, como señalábamos, aboca la teoría de la exclusión, que prescindiría de hacer responder por unas lesiones cuyo dolo se estima incompatible con el de la tentativa, no cabe negar, desde la perspectiva de la teoría de la unidad y del concurso de leyes, la ineficacia preventiva de un desistimiento que a efectos prácticos deja de ser, en el caso concreto, causa de exclusión de la pena.

Pero, ¿qué ocurre cuando se desiste de la tentativa de un homicidio privilegiado, como el tipificado en el art. 143.3? ¿Habría que castigar sin más por unas lesiones consumadas que fácilmente pueden exceder en pena al propio homicidio privilegiado consumado? Tal opción habría de descartarse, por la razón práctica de que en ese caso resultaría más beneficioso para el autor culminar su obra criminal que desistir de ella, de manera que quedaría neutralizada la finalidad preventiva de la figura del desistimiento. Sin embargo, tal efecto no llega a producirse, debido a que, como antes se ha indicado, la penalidad correspondiente a las lesiones causadas también se ve favorecida por la eficacia atenuante del consentimiento en virtud del art. 155, el cual, si concurría con respecto a la muerte del sujeto pasivo, igualmente se dio con respecto a las lesiones necesarias para producir tal objetivo. Con todo, como en el caso anterior, ha de reconocerse que la eficacia preventivo-general del desistimiento queda en estos casos seriamente comprometida.