

*Grau en Dret*

Treball de fi de Grau (21067/22747)

Curs acadèmic 2020-2021

**LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA**  
FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DESDE  
LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 EN LOS DELITOS  
CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA LA VIDA

Catalina Salvà Mas

193207

Tutor del treball:

Jesús-María Silva Sánchez



## DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Catalina Salvà Mas, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Catalina Salvà Mas  
Barcelona, 28 de maig de 2021

**RESUMEN:** la fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea ha sido objeto de una intensa discusión doctrinal a lo largo de las décadas. En el presente Trabajo de Fin de Grado se aborda el estado de la cuestión en el actual panorama jurisprudencial español tras la reforma del Código Penal de 1995. Se llevan a cabo dos análisis a partir del estudio de sesenta-y-ocho resoluciones judiciales dictadas entre 1990 y 2020. En el análisis cronológico se repasa la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantenida bajo el Código Penal de 1973 y el de 1995. En el análisis material se recogen los criterios utilizados efectivamente por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona y Sevilla para castigar la tentativa inidónea en los delitos de hurto y robo, por un lado, y homicidio y asesinato por el otro. Desde una visión en conjunto, se concluye que, mayoritaria, pero no sistemáticamente, existe coherencia entre la doctrina del Alto Tribunal y los argumentos que usan los órganos jurisdiccionales a la hora de resolver los casos concretos.

# ÍNDICE

<b>1.</b>	<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>2.</b>	<b>Los dos conceptos de tentativa inidónea .....</b>	<b>2</b>
<b>3.</b>	<b>La fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea.....</b>	<b>3</b>
<b>3.1</b>	<b>Teorías en torno a la puesta en peligro del bien jurídico (objetivas).....</b>	<b>4</b>
3.1.1	Teoría objetiva de la peligrosidad .....	5
<b>3.2</b>	<b>Teorías en torno al quebrantamiento de la norma (subjetivas) .....</b>	<b>6</b>
3.2.1	Teoría de la acción final .....	7
<b>3.3</b>	<b>Teorías mixtas o eclécticas .....</b>	<b>7</b>
3.3.1	Teoría de la impresión .....	8
<b>4</b>	<b>Análisis jurisprudencial.....</b>	<b>9</b>
<b>4.1</b>	<b>Metodología.....</b>	<b>9</b>
<b>4.2</b>	<b>Análisis cronológico.....</b>	<b>10</b>
4.2.1	Período desde 1973 a 1995.....	11
4.2.2	Período desde 1995 a 1999.....	12
4.2.3	Período desde 1999 a 2012.....	15
4.2.4	Período desde 2012 a la actualidad.....	16
<b>4.3</b>	<b>Análisis material .....</b>	<b>17</b>
4.3.1	Delitos contra el patrimonio: hurto y robo .....	17
4.3.2	Delitos contra la vida: homicidio y asesinato.....	24
<b>5</b>	<b>Conclusiones .....</b>	<b>31</b>
<b>6</b>	<b>Bibliografía .....</b>	<b>34</b>
<b>7</b>	<b>Anexo de jurisprudencia.....</b>	<b>35</b>

## **1. Introducción**

La fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea es un tema objeto de intensa controversia a nivel doctrinal, pues se puede defender desde una posición objetivista, subjetivista o mixta. Dicha discusión se materializa en las numerosas teorías existentes, cada una de las cuales sostiene una argumentación distinta.

Tanto el legislador español como la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, Tribunal Supremo) adoptan un sistema objetivista. No obstante, resulta interesante estudiar si los órganos jurisdiccionales, al resolver los concretos casos, se sirven efectivamente de criterios objetivos para justificar el castigo de dicha forma imperfecta de ejecución del delito.

El objetivo del presente trabajo es determinar si existe coherencia entre la doctrina emanada del Tribunal Supremo y las argumentaciones que usan los tribunales para castigar los supuestos de tentativa inidónea en los delitos de hurto y robo, por un lado, y homicidio y asesinato por el otro. Ello se consigue con el estudio pormenorizado de sesenta-y-ocho resoluciones dictadas entre 1990 y 2020 por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona y Sevilla.

El trabajo se estructura en dos bloques. El primero ofrece el marco teórico del trabajo, el cual se divide en dos apartados: el primero, que delimita el ámbito de la tentativa inidónea, y el segundo, que repasa las diferentes teorías existentes sobre la fundamentación de su punibilidad.

El segundo bloque se compone del análisis jurisprudencial propiamente dicho. Éste se separa en una parte cronológica y una parte material. Por un lado, el análisis cronológico examina cuál es la doctrina del Tribunal Supremo sobre la fundamentación de la punición de la tentativa inidónea bajo el anterior Código Penal de 1973 y el vigente Código Punitivo de 1995. Por otro lado, el análisis material se sub-divide en los delitos de hurto y robo y en los de homicidio y asesinato. Para cada uno de ellos, y organizando el estudio por casos, se revisan los criterios efectivamente utilizados para justificar el castigo del delito intentado.

Finalmente, en el último apartado, desde una visión en conjunto, se concluye si hay coherencia o no entre la doctrina del Tribunal Supremo y las posiciones jurisprudenciales que adoptan los órganos jurisdiccionales seleccionados a la hora de resolver los casos concretos, y se termina ofreciendo la correspondiente opinión personal.

## 2. Los dos conceptos de tentativa inidónea

Antes de entrar a valorar las distintas teorías sobre la punibilidad de la tentativa inidónea que se han planteado y debatido a nivel doctrinal durante décadas en el ordenamiento jurídico español, resulta conveniente distinguir y definir los dos conceptos que configuran dicha forma imperfecta de ejecución del delito, pues como ha venido reconociendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en recientes sentencias<sup>1</sup>: “*no todas las tentativas son iguales*”.

Sin embargo, como paso previo, es fundamental delimitar conceptualmente la tentativa inidónea. La idoneidad o inidoneidad de la tentativa se basa en el tipo de peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal, valorado desde una posición *ex ante*.

Así, consideraremos que la tentativa es idónea cuando el sujeto lleva a cabo todos o parte de los actos descritos en el tipo penal, creando un peligro real y concreto para el bien jurídico protegido, pero el resultado no se llega a producir por factores que no eran cognoscibles *ex ante* por el autor, ni tampoco por el observador con plenos conocimientos *ex ante*.

Por otro lado, la tentativa es inidónea cuando el individuo realiza los actos propios del tipo penal y, sin embargo, el peligro que crea para el bien jurídico tutelado es abstracto. En otros términos, mientras que para el autor existe una apariencia de peligro, *ex post* se conoce que era imposible que dicho peligro se hubiera concretado. En este sentido, Mir Puig entiende que es inidónea “*toda tentativa que ex post se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ...*”<sup>2</sup>.

A pesar de que existen detractores de esta visión (entre ellos, el sector encabezado por Cerezo Mir<sup>3</sup>), las definiciones que acabamos de exponer son las que admiten la doctrina dominante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>4</sup>.

Una vez hemos acotado el alcance de la tentativa inidónea, cabe identificar y definir las dos clases que la configuran a las que nos referíamos al inicio de este apartado, pues su punibilidad

---

<sup>1</sup> Vid. STS 332/2014, de 24 de abril de 2014 (ponente Conde-Pumpido Touron); STS 701/2015, de 6 de noviembre de 2015 (ponente del Moral García); STS 22/2020, de 28 de enero de 2020 (ponente Ferrer García).

<sup>2</sup> MIR PUIG, S. (2001). *Derecho penal, Parte general* (5ª ed., p. 346).

<sup>3</sup> Distingue entre tentativa idónea e inidónea según la peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico tutelado desde la posición del autor. Si para el autor, sobre la base de sus conocimientos *ex ante*, la acción era peligrosa, la tentativa es idónea, aunque no hubiera peligro concreto alguno para el bien jurídico tutelado (CEREZO MIR, J. (2008). *Derecho penal, Parte general* (p. 917). Euros Editores.)

<sup>4</sup> Por todas, es importante la STS 29/2012, de 18 de enero de 2012 (ponente Jorge Barreiro), a la que se remiten posteriores sentencias, como la STS 985/2016, de 11 de enero de 2017 (ponente Saavedra Ruiz) o la STS 693/2015, de 7 de noviembre de 2015 (ponente Jorge Barreiro).

difiere según la teoría que se siga: la tentativa absolutamente inidónea y la tentativa relativamente inidónea.

Aunque la doctrina dominante abandonó rápidamente esta distinción (incluso, la ha criticado), la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí que la ha mantenido y se ha basado en ella a la hora de tratar la cuestión de la punibilidad de la tentativa inidónea.

Entenderemos por tentativa absolutamente inidónea la que, en una valoración objetiva *ex ante* y *ex post*, es incapaz de producir el resultado típico en todo caso. Es decir, objetivamente, bien por inidoneidad de los medios, bien por ausencia de objeto, no existe ningún riesgo de producción del resultado para el bien jurídico protegido.

Algunos supuestos de tentativa absolutamente inidónea por inidoneidad del medio serían: pretender provocar un aborto mediante una infusión inocua para el feto, intentar envenenar a alguien con una sustancia inofensiva (como el azúcar), o intentar matar a otro con una pistola de juguete.

Por otro lado, el ejemplo paradigmático de tentativa absolutamente inidónea por inexistencia de objeto es el intento de matar un cadáver. Otro caso nos lo proporciona la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2021 (ponente Marchena Gómez), consistente en huir tras atropellar a una persona si ésta muere en el acto, pues una vez fallecida, ya no existen los bienes jurídicos tutelados.

La tentativa relativamente inidónea, en cambio, será la que, en una valoración objetiva *ex ante*, es capaz de producir el resultado típico en circunstancias abstractas, pero que no lo hace en el caso concreto ya sea por inidoneidad del medio o por ausencia de objeto.

Un supuesto de tentativa relativamente inidónea por inidoneidad del medio es el uso de una cantidad insuficiente de veneno para causar la muerte de una víctima en concreto dada su complexión física, pero que hubiera producido el resultado típico en otra persona más delgada.

Finalmente, un ejemplo habitual de tentativa relativamente inidónea por ausencia de objeto es el del individuo que se dispone a robar dinero en un establecimiento abierto al público, pero la caja registradora está vacía en aquel momento.

### **3. La fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea**

Para fundamentar la punición de la tentativa inidónea, la doctrina ha ido desarrollando una gran variedad de teorías que se enmarcan dentro de un sistema o bien objetivista o bien subjetivista según sean los criterios de los que se sirven para justificar tal castigo.

En concreto, según el catedrático de Derecho Penal y autor Serrano-Piedecasas, “*se pueden encuadrar las teorías en dos grandes grupos según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible viene determinada por la lesión del bien jurídico (sistema objetivista) o por la desautorización de la norma que comporta la conducta (sistema subjetivista)?*”<sup>5</sup> Puesta en peligro de un bien jurídico<sup>6</sup> y vulneración de la norma son los dos pilares de uno y otro sistema respectivamente en torno a los cuales ha girado la discusión doctrinal durante décadas. Además, han aparecido teorías mixtas o eclécticas que recogen elementos de ambos sistemas.

En este tercer apartado, se explican brevemente las teorías más relevantes que han sido referentes de discusión y que servirán para desarrollar el posterior análisis jurisprudencial<sup>7</sup>.

### **3.1 Teorías en torno a la puesta en peligro del bien jurídico (objetivas)**

Las teorías objetivas, de origen germánico, basan la justificación del castigo de la tentativa inidónea en el peligro para el bien jurídico tutelado y prescinden totalmente de la voluntad criminal del autor. Con base en ello, lo injusto de la acción se integra exclusivamente por el desvalor de resultado.

Aunque podemos agrupar en el sistema objetivista varias teorías, la escogida para este trabajo es la teoría objetiva de la peligrosidad por ser una de las más expresivas y por su relevancia en el marco legal y jurisprudencial español.

---

<sup>5</sup> SERRANO-PIEDECASAS, J. (1999). Fundamento de la Punición en la Tentativa. *Nuevo Foro Penal*, 61, p. 3-34.

<sup>6</sup> Para Mir Puig, hay que diferenciar entre puesta en peligro y lesión de un bien jurídico-penal, conceptos excluyentes entre sí. Por un lado, la puesta en peligro significa la “*apariencia intersubjetiva ex ante de la posibilidad de una lesión*”, mientras que la lesión se sigue de la puesta en peligro cuando existe “*la posibilidad real y concreta*” de producción de dicha lesión. Como la apariencia sólo existe en las tentativas inidóneas, en este trabajo haremos referencia a la puesta en peligro de los bienes jurídicos y dejaremos de lado el concepto de lesión.

<sup>7</sup> Véase *infra*, apartado 4.



### 3.1.1 Teoría objetiva de la peligrosidad

El criterio que defienden los seguidores de esta teoría<sup>8</sup> para fundamentar la punición del delito intentado es el peligro próximo de la producción del resultado para el bien jurídico protegido, desde una perspectiva ontológica del peligro y causal de la acción.

En la teoría objetiva de la peligrosidad, la valoración del peligro se puede realizar desde una perspectiva *ex post* o *ex ante*. La perspectiva *ex post* fue la concebida inicialmente por Feuerbach. Ello le permitió diferenciar entre tentativa relativa y absolutamente inidónea y a considerar la segunda como impune, pues, tal y como hemos descrito en el apartado anterior, la tentativa absolutamente inidónea no supone ningún peligro para el bien jurídico *ex post*.

Más adelante, el autor Von Hippel reformuló la teoría y adoptó una perspectiva *ex ante* en la valoración del peligro utilizando un método “*heurístico-hipotético*”<sup>9</sup>: el del observador imparcial situado en el momento anterior a los hechos y con los conocimientos del autor.

Así, por ejemplo, si pensamos en el intento de matar un cadáver en el que *a priori* el autor sólo divisaba una silueta sin poder identificar que se tratara de un difunto, según la primera teoría, se trataría de una tentativa absolutamente inidónea e impune, pues *ex post* resulta que no hay peligro para la vida, ya que directamente este bien jurídico no ha existido a lo largo del *iter criminis*. Sin embargo, para la teoría más moderna, desde la posición de un observador con los conocimientos del autor, sí existe peligro *ex ante* para la vida y, por tanto, la acción se configuraría como una tentativa punible.

Otro ejemplo lo propone Welzel: “... *la tentativa de homicidio realizada con un arma, que un tercero sin el conocimiento del autor había descargado momentos antes, es idónea para la moderna teoría objetiva siendo absolutamente inidónea para la antigua.*”<sup>10</sup>

En el ordenamiento jurídico español, tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante han adoptado la versión *ex ante* de la teoría objetiva de la peligrosidad, aunque no es menos cierto que una parte de la doctrina sigue defendiendo el criterio de la peligrosidad *ex post*.

---

<sup>8</sup> El primer autor que fundamentó la punición de la tentativa en “*la peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir un resultado*” fue Feuerbach, distanciándose de las posiciones tradicionales dominantes hasta entonces en Alemania, que situaban el juicio de reproche en el elemento subjetivo del ánimo del autor.

<sup>9</sup> VON HIPPEL, T. (1925). *Deutsches Strafrecht*.

<sup>10</sup> WELZEL, H. (1956). *Derecho penal, Parte general* (p. 266). Roque Depalma. Trad. de Fontán Balestra, C.

En cualquier caso, y a pesar de la diferencia en la valoración del peligro, la teoría de la peligrosidad considera penalmente irrelevante la tentativa absolutamente inidónea. Ello porque si lo que castiga es precisamente la peligrosidad de la acción por ser causalmente adecuada para producir el resultado, dicha argumentación no sirve para fundamentar el castigo de la tentativa absolutamente inidónea, que es incapaz de producir el resultado típico en todo caso.

No obstante, la tentativa relativamente inidónea sí que se mantendría dentro de la reacción punitiva, pues en estos supuestos, *ex ante*, existe un peligro próximo para el bien jurídico protegido, aunque al final no se materialice en el caso concreto.

### **3.2 Teorías en torno al quebrantamiento de la norma (subjetivas)**

Las teorías subjetivas<sup>11</sup> argumentan que la base de la punición de la tentativa se encuentra en la voluntad contraria a Derecho (es decir, la voluntad de delinquir) exteriormente manifestada mediante la conducta del autor. Según Jakobs: “... *como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir como la puesta en peligro de bienes, sino como la lesión de la validez de la norma.*”<sup>12</sup>

Lo importante para los seguidores de estas teorías es lo injusto de la acción, cuyo contenido viene dado por el desvalor de acción (entendido como la concurrencia de dolo en la conducta del autor más los otros elementos subjetivos del tipo penal). Con base en ello, las teorías subjetivas permiten ampliar el ámbito punitivo a las tentativas absolutamente inidóneas, argumentando que la exteriorización de la voluntad delictiva supone un ataque normativo y que, si se deja impune la conducta, aunque sea imposible que cause el resultado típico en todo caso, ello no previene que el individuo lo vuelva a intentar en el futuro con un medio, esta vez, idóneo.

A pesar de que también en este caso nos encontramos con varias teorías según el tratamiento que se da a los elementos subjetivos del ilícito penal, en este trabajo nos vamos a fijar, por su interés, en la teoría de la acción final.

---

<sup>11</sup> En este trabajo hacemos referencia a la concepción monista-subjetiva de lo injusto.

<sup>12</sup> JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Cuello Contreras, J., y Serrano González de Murillo, J.L.

### 3.2.1 Teoría de la acción final

Esta teoría entiende que las normas son órdenes encaminadas a “*motivar al sujeto a la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico.*”<sup>13</sup> Dichas normas se basan en juicios de valor, primarios y secundarios. Los secundarios (normas de determinación) prohíben las acciones finales que lesionan los bienes jurídicos protegidos, las cuales han sido previamente valoradas por los juicios de valor primarios.

Según Kaufmann, se impone un juicio de valor *ex ante* de la representación “personal” que el autor tiene de la situación fáctica, lo que da lugar a que, de manera radical, toda tentativa sea punible, tanto la que es capaz de producir el resultado típico en general como la que es incapaz en todo caso. Kaufmann defiende incluso el castigo de las tentativas irreales argumentando que “*Si la intención homicida (del autor) se manifiesta por medio de la superstición el derecho debe seguirlo.*”<sup>14</sup>

Si ponemos por caso un individuo que pretende envenenar a una persona y le pone sal en la sopa creyendo que es arsénico, ello se configura como una tentativa absolutamente inidónea por inidoneidad del medio. Según la teoría subjetiva que estamos tratando, dicho intento es punible, pues el autor se ha representado el envenenamiento y manifiesta externamente la intención de lesionar la vida al introducir la sustancia en la sopa creyendo que es arsénico.

En definitiva, siguiendo de manera estricta la teoría de la acción final y valorando la acción según el sentido que el autor da a su acto, se castigan las tentativas tanto relativa como absolutamente inidóneas, e incluso, pueden llegar a ser punibles las tentativas irreales.

### 3.3 Teorías mixtas o eclécticas

Las teorías mixtas o eclécticas recogen argumentos de las teorías objetivas y subjetivas, pues según Serrano-Piedecabras: “*No toda puesta en peligro de un bien jurídico, ni todo dolo contrario a la norma por sí mismos interesan al derecho penal.*”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, 5.

<sup>14</sup> KAUFMANN, A. (1974). *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht* (p. 393). De Gruyter.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 5.

Entonces, desde estas posiciones dualistas, el injusto se configura por el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Esto es, por la puesta en peligro del bien jurídico y por el dolo del autor.

Dichas teorías recogen las posiciones doctrinales mayoritarias en la actualidad en Alemania y han sido acogidas también tanto por la doctrina como por la jurisprudencia españolas.

Dentro de las teorías mixtas, hacemos especial referencia a la teoría de la impresión, pues es una de las más seguidas y, a su vez, objeto de intensa discusión y crítica.

### **3.3.1 Teoría de la impresión**

La teoría de la impresión, aunque según varios autores se podría incluir dentro de las teorías subjetivas pues su punto de partida para justificar el castigo de la tentativa inidónea es la voluntad del autor contraria a Derecho, en el presente trabajo la adoptamos como una teoría mixta, ya que, a parte de este componente subjetivo, debemos añadirle un componente objetivo: “*la aptitud de provocar en la comunidad la impresión de un perfecto ataque contra el ordenamiento jurídico*”<sup>16</sup>. Es decir, la tentativa se castiga por la alarma, la impresión, que es capaz de causar la acción del autor a la colectividad, vista como un ataque a la vigencia del ordenamiento jurídico.

Podríamos decir que la teoría de la impresión es una especie de cajón de sastre que permite regular la punibilidad de la tentativa inidónea bajo las teorías objetivas y subjetivas puras.

Por un lado, limita la penalidad de la tentativa inidónea bajo una orientación subjetivista, que llega al extremo de castigar las tentativas absolutamente inidóneas. Por otro lado, permite a las concepciones objetivistas ampliar el alcance de la tentativa punible, pues no exige peligro para el bien jurídico protegido para justificar el castigo del delito intentado.

Por tanto, no es posible determinar, *a priori*, si la tentativa relativa o absolutamente inidónea queda fuera de la reacción punitiva, pues se irán castigando los intentos de delito según la conmoción social que causen al enjuiciador de los hechos.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, 5.

La presente teoría ha sido fuertemente criticada por varias razones, entre ellas, su imprecisión y ambigüedad (“*un mismo hecho puede ser sentido de diversa manera*”<sup>17</sup>), así como su elevado grado de impregnación sociológica, a parte de por pretender “*suplantar el peligro para el concreto bien jurídico por un supuesto resultado de conmoción social.*”<sup>18</sup> Según Alcácer Guirao: “... *el carácter (potencialmente) quebrantador de la paz jurídica es una cualidad que ha de exigirse, si se quiere, como requisito mínimo a toda conducta susceptible de ser penalmente relevante, pero ello no quiere decir que tal característica sea suficiente para someterla a una pena...*”<sup>19</sup>

## **4 Análisis jurisprudencial**

### **4.1 Metodología**

En este apartado, se expondrá el análisis jurisprudencial objeto de estudio del presente trabajo, que se ha desarrollado de la siguiente manera.

En primer lugar, se ha llevado a cabo una búsqueda y recopilación de sentencias, año tras año, siendo la más antigua del año 1990 y la más reciente del año 2020, hasta llegar a un total de sesenta-y-cinco sentencias y tres autos. Ellas han sido obtenidas de las bases de datos vLex Premium<sup>20</sup> y CENDOJ<sup>21</sup> y se citan en el anexo de jurisprudencia que se adjunta en el trabajo.

Se han escogido resoluciones judiciales dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales de Barcelona, Madrid y Sevilla por ser los órganos jurisdiccionales que resuelven la mayor parte de las controversias en materia de tentativa.

En segundo lugar, el análisis jurisprudencial se divide en una parte cronológica y otra, material.

En el análisis cronológico se distinguen cuatro períodos: el que discurre entre 1973 y 1995, el que lo hace entre 1995 y 1999, el que va desde 1999 a 2012 y el último período que abarca

---

<sup>17</sup> SOLA RECHE, E. (2000). Fundamento de la punición de la tentativa y prototipo de lo injusto penal. *Anales De La Facultad De Derecho. Universidad De La Laguna*, (17), p. 309-336.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 17.

<sup>19</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. (2000). *Tentativa inidónea* (p. 260-261). Comares.

<sup>20</sup> <https://app-vlex-com.sare.upf.edu/>

<sup>21</sup> <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

los años entre 2012 y 2020 (actualidad). En cada período se explican los principales acontecimientos acaecidos en el ordenamiento jurídico español en materia de tentativa inidónea y las sentencias más relevantes que exponen cuál es la doctrina del Tribunal Supremo a la hora de fundamentar la punición de dicha forma imperfecta de ejecución del delito.

En el análisis material, y en orden a acotar el ámbito de estudio, las sentencias escogidas resuelven sobre dos delitos de resultado<sup>22</sup>: delitos contra el patrimonio (hurto y robo) y delitos contra la vida (homicidio y asesinato). El análisis consiste en examinar, de cada uno de los anteriores delitos, cuáles han sido los argumentos y los criterios que efectivamente han utilizado los órganos jurisdiccionales mencionados anteriormente para justificar el castigo o la impunidad de la tentativa inidónea.

La finalidad del estudio es observar si hay congruencia entre la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en el análisis cronológico y la posición jurisprudencial al resolver los concretos casos, lo que se recogerá en el apartado de conclusiones del trabajo.

## **4.2 Análisis cronológico**

Antes de entrar a examinar cada una de las etapas en las que se divide el presente análisis, se hace necesario destacar dos notas características del panorama legal y jurisprudencial español que son comunes a todos los períodos.

En primer lugar, el legislador español se ha decantado por una orientación objetivista a la hora de fundamentar el castigo de la tentativa inidónea. Ello lo observamos ya desde el Código Penal de 1870, que exigía en su artículo 3 que el autor del delito intentado diese “*principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores*”, requerimiento que se mantuvo en el Código Penal de 1973 en su artículo 3 y en el vigente Código Penal de 1995 en su artículo 16.

No obstante, el Tribunal Supremo ha expresado, a lo largo de todos los períodos, que sigue una teoría ecléctica, combinando componentes objetivos y subjetivos. Ha sido determinante, entre otros aspectos, la influencia del pensamiento dogmático alemán de la segunda mitad del siglo XX, que como hemos comentado, sigue mayoritariamente corrientes mixtas.

---

<sup>22</sup> Se han escogido delitos de resultado para evitar entrar en la problemática consistente en la incompatibilidad formal entre la tentativa inidónea y los delitos de mera actividad y los de omisión pura. Para saber más del tema, *vid.* SOLA RECHE, E. (1996). *La llamada “tentativa inidónea”* (p. 159-64). Comares.

#### 4.2.1 Período desde 1973 a 1995

Esta etapa se caracteriza por la regulación que hacía el Código Penal de 1973 de las formas imperfectas de ejecución del delito.

Por un lado, en el artículo 3 del texto legal, el legislador estableció que eran punibles el delito frustrado y la tentativa<sup>23</sup>, concebidos ambos desde una perspectiva objetivista, tal y como hemos expresado en la introducción de este sub-apartado. Entonces, siguiendo los criterios de las teorías objetivas, la reacción punitiva alcanzaría las tentativas idóneas y las relativamente inidóneas, pero no las absolutamente inidóneas.

Por otro lado, el artículo 52.2 del Código Punitivo, ubicado en el Capítulo IV relativo la aplicación de las penas, hizo expresa referencia al castigo de los casos de “*imposibilidad de ejecución o de producción del delito*”. La legislación no definió más allá estos supuestos, lo que dio lugar a un importante debate doctrinal acerca del alcance del precepto<sup>24</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>25</sup> se decantó por considerar el primer supuesto, correspondiente al caso de inidoneidad de los medios, como tentativa inidónea absoluta, y el segundo, correspondiente al caso de inexistencia de objeto, como delito imposible *strictu sensu*.

Entonces, bajo el paraguas del anterior artículo, eran punibles también las tentativas absolutamente inidóneas, lo que fue admitido por el Alto Tribunal en numerosas sentencias<sup>26</sup> (excluyendo, eso sí, el castigo de las tentativas irreales o imaginarias “*por su falta de absoluta capacidad de lesionar el bien jurídico tutelado*”<sup>27</sup>).

El hecho de castigar el delito imposible y la tentativa inidónea absoluta contradecía la orientación objetivista que mantenía el legislador, pues según las teorías objetivas, las tentativas absolutamente inidóneas no son punibles por carecer de potencialidad lesiva para el bien jurídico protegido en todo caso.

---

<sup>23</sup> El delito frustrado y la tentativa es lo que actualmente identificamos como tentativa acabada e inacabada, respectivamente.

<sup>24</sup> Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1971). Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal Español. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, (T. XXIV, Fasc. II), p. 369-390.

<sup>25</sup> Vid. Fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Supremo 358/2017, de 18 de mayo de 2017 (ponente Granados Pérez).

<sup>26</sup> “*Sentencias de 18 de mayo de 1976, 15 de diciembre de 1977, 26 de febrero de 1981 y 24 de mayo de 1982*” que se mencionan en la STS 1532/1993, de 12 de marzo de 1993 (ponente Soto Nieto). También lo expresa así la STS 6779/1990, de 2 de octubre de 1990 (ponente Bacigalupo Zapater) que trata de la tentativa en el delito de estafa.

<sup>27</sup> STS 1811/1994, de 17 de marzo de 1994 (ponente Conde-Pumpido Ferreiro).

Para salvaguardar tal discordancia, el Tribunal Supremo manifestó que, para fundamentar el castigo de la tentativa inidónea, seguía una teoría subjetivo-objetiva. En concreto, se decantó por la teoría de la impresión.

Esta argumentación la observamos en la sentencia 1532/1993, de 12 de marzo de 1993 (ponente Soto Nieto) en su fundamento jurídico segundo, que estableció que se adoptaba una teoría mixta, “... *reconociéndose como fundamento de la punibilidad la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía a la norma, así como por la conmoción colectiva que produce en el medio social esta conducta, haciéndose intolerable para el común y pacífico sentir de las gentes.*”

Por un lado, reconocemos la teoría la impresión por la literalidad de la segunda parte del párrafo anterior, donde aparecen conceptos como “*conmoción colectiva*”, “*medio social*” o “*sentir de las gentes*”.

Por otro lado, el componente subjetivo lo extraemos de la primera parte del párrafo de la sentencia, que se refiere a la voluntad criminal del autor exteriormente manifestada. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1994 (ponente Conde-Pumpido Ferreiro), considerada exponente de la doctrina de la Sala Segunda, indicó precisamente que se castigaba “*la voluntad antijurídica manifestada con actos exteriores y objetivos encaminados a la producción del resultado típico, aunque tales actos sean incapaces "per se" de producirlo.*”, manifestando con ello que también se castigaba la tentativa absolutamente inidónea.

En definitiva, hasta 1995, el Tribunal Supremo admitía el castigo de la tentativa relativa y absolutamente inidónea a raíz de la literalidad del artículo 52.2 del Código Penal derogado y lo justificaba con base en la teoría de la impresión, atendiendo principalmente al componente subjetivo de la voluntad contraria a Derecho exteriormente manifestada.

#### **4.2.2 Período desde 1995 a 1999**

Este período se inició con la reforma del Código Penal que tuvo lugar en 1995 mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que contiene el Código Penal vigente (en adelante, CP).

Respecto a la regulación del delito intentado, se suprimió la mención expresa al delito imposible y a la tentativa inidónea absoluta que hacía el artículo 52.2 del Código Penal derogado y se introdujo un componente objetivo muy relevante para apreciar la existencia de



tentativa en el artículo 16.1 CP<sup>28</sup>: “*practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.*”

Por otro lado, la punición de la tentativa ubicada en el artículo 62 CP dejó de depender del arbitrio del Tribunal para atender también a criterios objetivos, en concreto, “*al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*”.

A raíz de las anteriores modificaciones, esta etapa se caracterizó por la discusión doctrinal y la interpretación jurisprudencial sobre si seguía siendo o no punible la tentativa inidónea en el ordenamiento jurídico español bajo el nuevo Código Punitivo. El debate giró en torno al sentido de la palabra “*objetivamente*”. En concreto, aparecieron tres posturas diferentes: el sector que consideraba que la tentativa inidónea dejaba de ser punible (tanto la relativa como la absolutamente inidónea); el sector opuesto, que defendía que se podía castigar toda tentativa inidónea, siguiendo los razonamientos del Código Penal derogado<sup>29</sup>; y, finalmente, el sector que consideraba que se podían castigar las tentativas relativamente inidóneas, pero no las tentativas absolutamente inidóneas.

El Tribunal Supremo se decantó por la primera postura en la distinguida sentencia 842/1999, de 28 de mayo de 1999 (ponente Martín Pallín)<sup>30</sup>, argumentando la no punibilidad de la tentativa inidónea basándose en la supresión del artículo 52.2 del Código Penal derogado y, por ende, la referencia expresa a la tentativa inidónea; en la aplicación del artículo 4.1 CP, que prohíbe la analogía *in malam partem*; y en la utilización del adverbio “*objetivamente*” en el artículo 16.1 CP.

No obstante, en el mismo año, el Tribunal Supremo se posicionó asumiendo la última postura en varias resoluciones judiciales, de entre las que destacamos la importante sentencia 1000/1999, de 21 de junio de 1999 (ponente Conde-Pumpido Touron), actualmente referente en el marco jurisprudencial español<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> “*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*”

<sup>29</sup> Vid. STS 1018/1996, de 16 de diciembre de 1996 (ponente Areal Álvarez); STS de 23 de septiembre de 1996; STS de 30 de marzo de 1998.

<sup>30</sup> En la misma línea argumentativa encontramos también la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996.

<sup>31</sup> Las sentencias del Tribunal Supremo 379/2000, de 13 de marzo de 2000 (ponente Bacigalupo Zapater) y 1866/2000, de 5 de diciembre de 2000 (ponente Conde-Pumpido Touron) (entre otras muchas) reiteran los argumentos de la sentencia de 21 de junio de 1999 en los fundamentos jurídicos primero y décimo-octavo respectivamente.

Dicha resolución judicial trató de la tentativa en los delitos contra la salud pública en su fundamento jurídico segundo y, en especial, sobre la tentativa inidónea en el fundamento jurídico tercero. En este sentido, la sentencia introdujo la idea de seguir una orientación más objetivista atendiendo al peligro para el bien jurídico protegido y distanciándose de la perspectiva subjetivista que había defendido el Tribunal Supremo hasta entonces para fundamentar el castigo de la tentativa absolutamente inidónea, aunque se seguía manteniendo una teoría ecléctica.

En particular, estableció el Tribunal Supremo que el término “*objetivamente*” del artículo 16.1 CP significa que “*el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.*” De esta manera, se adoptó una valoración objetiva *ex ante* de la peligrosidad para el bien jurídico tutelado desde la posición del observador medio con los conocimientos del autor, inclinándose hacia la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*.

Todo ello resultó en la impunidad de las conductas no peligrosas *ex ante*, que se configuraban por las tentativas absolutamente inidóneas, las tentativas irreales o imaginarias<sup>32</sup> y los supuestos de delito putativo<sup>33</sup>, mientras que quedaron dentro del ámbito punitivo los supuestos de tentativa relativamente inidóneas por ser peligrosas *ex ante*.

A modo de conclusión, podemos decir que la reforma del Código Penal de 1995 dio lugar a varias posiciones respecto a la punibilidad de la tentativa inidónea por la interpretación que se podía hacer de la literalidad del artículo 16.1 CP (y, sobre todo, del adverbio “*objetivamente*”) y por la supresión del artículo 52.2 del Código Penal derogado en 1995.

Sin embargo, la sentencia de 21 de junio de 1999 sentó un precedente, pues el Tribunal Supremo se decantó por una perspectiva más objetivista y, basándose en la teoría de la peligrosidad *ex ante*, determinó que las tentativas relativamente inidóneas eran punibles, mientras que las tentativas absolutamente inidóneas, las irreales o imaginarias y los delitos putativos quedaban impunes.

---

<sup>32</sup> Es el supuesto en que, aunque el autor está convencido que causará el resultado típico perseguido, lo hace a través de un plan basado en supersticiones o creencias sobrenaturales, incluso irrisorio, que en ningún caso producirá el resultado esperado. Un caso típico es cuando el autor intenta matar a otro practicando vudú.

<sup>33</sup> Denominado también “*error inverso de prohibición*”. En estos casos, el individuo lleva a cabo una conducta atípica pensando, de forma errónea, que la misma es ilícita por una falsa representación de las normas. Por ejemplo, quien comete un aborto pensando que aún constituye delito en España.

### 4.2.3 Período desde 1999 a 2012

En los pronunciamientos que siguieron a la sentencia de 21 de junio de 1999, el Tribunal Supremo intentó pacificar y resolver el debate en torno a la tentativa inidónea, reiterando lo establecido en dicha resolución judicial a favor la punibilidad únicamente de la tentativa relativamente inidónea según criterios objetivos.

Cabe destacar dos circunstancias. En primer lugar, se recalcó como pauta para castigar la tentativa inidónea la aptitud objetiva del plan del autor para ocasionar el resultado. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2001 (ponente Bacigalupo Zapater), en su fundamento jurídico cuarto estableció que *“la expresión “objetivamente” no implica idoneidad de los medios o del objeto. Por el contrario, de lo que se trata es que la producción del resultado no debe depender de la imaginación o fantasía del autor, sino de un plan que tenga un fundamento racional.”* En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 630/2004, de 18 de mayo de 2004 (ponente Bacigalupo Zapater) en su fundamento jurídico primero mencionó expresamente que *“toda tentativa en la que la realización del tipo no sea dependiente de la mera imaginación del autor, sino de un plan objetivamente racional, es punible en el derecho vigente.”*

En segundo lugar, respecto a la fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea, se mantuvo una teoría mixta, tal y como señaló la sentencia del Tribunal Supremo 1100/2011, de 27 de octubre de 2011 (ponente Berdugo Gómez de la Torre)<sup>34</sup>. Por ello, el tribunal requirió la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, compuesto por la *“voluntad del autor hostil al Derecho”* y otro objetivo, que incluye, *“un peligro, al menos abstracto”*<sup>35</sup> para el bien jurídico.” Sin embargo, bajo la formulación normativa de la tentativa del artículo 16.1 CP, se ratificó la perspectiva objetivista que había introducido la sentencia de 21 de junio de 1999 para delimitar la punibilidad a las tentativas relativamente inidóneas y dejar impunes las tentativas absolutamente inidóneas. Así, por un lado, se requirió que la tentativa *“ha de revelar un mínimo de peligrosidad”* y que *“la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante”*. Y, por otro lado,

---

<sup>34</sup> Sus argumentos han sido reiterados en numerosas otras resoluciones judiciales, como las recientes sentencias 431/2019, de 1 de octubre de 2019 (ponente Magro Servet) y 86/2020, de 3 de marzo de 2020 (ponente de Porres Ortiz de Urbina).

<sup>35</sup> Respecto al sentido de la palabra *“abstracto”*, la sentencia 1243/2002, de 2 de julio de 2002 (ponente Aparicio Calvo-Rubio) determinó que *“La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.”*

se estableció que *“basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo”*.

En definitiva, a partir de la reforma del Código Penal de 1995, aunque se manifestaba el seguimiento de una teoría mixta, al mismo tiempo se exigía hacer un juicio de peligro *ex ante* desde la perspectiva de un observador medio situado en el momento anterior a los hechos y con los conocimientos del plan del autor, enmarcándose dentro de la teoría objetiva de la peligrosidad. En esta línea, es interesante citar lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Sevilla en el fundamento jurídico quinto de la sentencia 125/2000, de 24 de octubre de 2000 (ponente de Paul Velasco): *“Cuando un hombre medio, con el mismo conocimiento de los hechos que el autor y con un conocimiento de los cursos causales adecuado a la experiencia común, hubiera llegado a la misma conclusión del sujeto activo de que el hecho exterior iba a producir probablemente el resultado pretendido por éste, entonces estaremos ante “actos que objetivamente deberían producir el resultado”, y por consiguiente en el ámbito de la tentativa punible, idónea o no.”*

Bajo este razonamiento objetivista, se mantuvo el castigo de las tentativas relativamente inidóneas, mientras que se excluían del ámbito punitivo las tentativas absolutamente inidóneas, las tentativas irreales o supersticiosas y los delitos putativos.

#### **4.2.4 Período desde 2012 a la actualidad**

En esta etapa, podemos considerar que aparentemente existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial en materia de la punibilidad de la tentativa inidónea. Según el Tribunal Supremo, se ha pacificado el problema, y actualmente no hay margen de duda a la hora de castigar las tentativas relativamente inidóneas por ser peligrosas *ex ante*, dejando fuera de la reacción punitiva las tentativas absolutamente inidóneas, las tentativas irreales o supersticiosas y los delitos putativos por su falta de peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico protegido.

A modo de conclusión de los tres últimos períodos, podemos decir, desde la reforma del Código Penal de 1995, se ha objetivado la orientación del Tribunal Supremo respecto a la justificación de la punición de la tentativa inidónea y ello se ha reiterado en las diversas sentencias resueltas hasta la actualidad. De entre todas, destacamos la sentencia 899/2012, de 2 de noviembre de 2012 (ponente Conde-Pumpido Touron), que resume la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la tentativa inidónea en su fundamento jurídico quinto.

## 4.3 Análisis material

### 4.3.1 Delitos contra el patrimonio: hurto y robo

En este sub-apartado se examinan resoluciones judiciales que resuelven sobre delitos contra el patrimonio en grado de tentativa, en concreto, el hurto (artículos 234 y ss. CP) y el robo (artículos 237 y ss. CP). Se trata de delitos de resultado que afectan al bien jurídico de la propiedad.

El Tribunal Supremo, ya desde sentencias como las de 20 y 26 de junio de 1978<sup>36</sup>, ha reiterado que la línea que separa la consumación del delito intentado en los casos de apropiación se configura por la disponibilidad que tenga el autor de la cosa, entendida como “*ideal o potencial capacidad de disposición, de efectuación de cualquier acto de dominio material sobre la cosa sustraída*”<sup>37</sup>, y pudiendo durar ésta un breve lapso de tiempo. En otros términos, el sujeto activo habrá consumado el delito cuando se produzca el desplazamiento patrimonial del objeto a su esfera de control o ámbito de dominio y ello, aunque el autor sea detenido más tarde y se recuperen en su integridad los elementos apoderados. En cambio, nos moveremos dentro del terreno de la tentativa cuando el autor “*es sorprendido “in fraganti” o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin solución de continuidad, hasta darle alcance, ...*”<sup>38 39</sup>

Una vez establecida la frontera entre la consumación y la tentativa en los delitos objeto de estudio, pasamos al análisis material. Para ello, separaremos el hurto y el robo con fuerza en las cosas del robo con violencia y/o intimidación.

#### 4.3.1.1 Hurto y robo con fuerza en las cosas

---

<sup>36</sup> Sentencias extraídas del fundamento jurídico cuarto de la STS 1174/1998, de 7 de octubre de 1998 (ponente Moner Muñoz), donde se citan otras resoluciones judiciales que tratan de la doctrina de la disponibilidad en los delitos de hurto y de robo.

<sup>37</sup> STS 1174/1998, de 7 de octubre de 1998 (ponente Moner Muñoz).

<sup>38</sup> *Ibidem*, 37.

<sup>39</sup> Las sentencias del Tribunal Supremo 823/1999, de 27 de mayo de 1999 (ponente Conde-Pumpido Touron) y 1174/1999, de 14 de julio de 1999 (ponente García-Calvo Montiel) resuelven casos de robo con inmediata persecución por los agentes de la autoridad, fallando por la tentativa acabada y la consumación, respectivamente.

El análisis jurisprudencial de los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas se divide en dos secciones: los casos de tentativa inidónea por inexistencia de objeto y los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del medio.

Respecto a la tentativa inidónea por inexistencia de objeto, analizamos supuestos en los que el autor realiza los actos del tipo penal (de hurto o de robo con fuerza en las cosas), pero no se apodera de ningún objeto porque el lugar (un establecimiento, un vehículo o un bien mueble) está desprovisto de objetos.

En primer lugar, la sentencia más relevante que resuelve sobre un caso de esta naturaleza es la de 28 de mayo de 1999 (ponente Martín Pallín) que, como hemos indicado en el análisis cronológico<sup>40</sup>, sostuvo una tesis de impunidad para la tentativa inidónea<sup>41</sup>. En el fundamento jurídico primero, el tribunal diferenció dos situaciones según los hechos probados. La primera consistente en que se acreditaba la inexistencia de objeto material, lo cual daba lugar a que los hechos se calificasen como desistimiento voluntario, impune según el artículo 16.2 CP; y la segunda consistente en que no se probaba la ausencia de objeto material, lo que suponía que los hechos se calificasen como delito consumado. De esta manera, se dejaba fuera de la reacción punitiva la tentativa inidónea<sup>42</sup>.

Sin embargo, esta distinción según la prueba de la existencia de objeto no se mantuvo en otras resoluciones judiciales. Desde la reforma del Código Penal, a excepción de la anterior sentencia, la jurisprudencia ha mantenido que es indiferente si se acredita o no la inexistencia de objeto y que estos casos se enmarcan dentro de la figura de la tentativa, a no ser que se trate de un desistimiento voluntario incardinado en el artículo 16.2 CP<sup>43</sup>.

Sentado lo anterior, y tal y como hemos señalado en el apartado segundo del presente trabajo, este es el típico caso de tentativa relativamente inidónea por ausencia de objeto porque

---

<sup>40</sup> Véase *supra*, apartado 4.2.2.

<sup>41</sup> Sigue la misma línea la SAP Madrid 214/2003, de 11 de marzo de 2003 (ponente Orland Escamez), que absuelve de un delito de robo a quien “*pretendía apoderarse del contenido del cajón de una máquina de tabaco, y tras manipularlo con un destornillador, abandonó el lugar después de comprobar que estaba vacío*”. La sentencia considera que la tentativa inidónea por ausencia de objeto queda fuera de la reacción punitiva porque el Código Penal de 1995 eliminó el artículo 52.2 del Código Penal anterior.

<sup>42</sup> En el caso, se confirmó la condena de la Audiencia Provincial de La Coruña al acusado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas consumado, porque, suponiendo que el propósito del autor era el apoderamiento de dinero metálico en la cafetería donde ocurrieron los hechos, el relato fáctico “*no da como sentado que en el interior de la cafetería no existiese dinero, sino que no fue encontrado*”.

<sup>43</sup> Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 33/2008, de 14 de enero de 2008 (ponente de Paul Velasco), que establece que si el acusado cogió la caja registradora (que estaba vacía, aunque el autor lo desconocía) y, al salir del establecimiento, la tiró al suelo y se fue sin apoderarse de objeto alguno, se trata de un desistimiento voluntario.

la acción era, *ex ante*, capaz de producir el resultado típico en la generalidad de los casos, pero no lo hizo en el caso concreto porque en aquel momento no había objetos susceptibles de sustracción. Es decir, se trata de una ausencia de objeto circunstancial. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 448/2005, de 27 de mayo de 2005 (ponente Assalit Vives) determina que la conducta de abrir una cabina telefónica con ánimo de apoderarse de las monedas que hay en su interior, la cual cosa no se consiguió en el caso concreto porque no había ninguna moneda, es una tentativa relativamente inidónea porque *“aunque nos encontremos ante un caso de ausencia de objeto, tal inexistencia hubiera sido temporal o momentánea cesando tal carencia de objeto transcurrido un cierto lapso de tiempo”*.

A efectos del trabajo, lo relevante es investigar cuál es el criterio que siguen los órganos jurisdiccionales para castigar dicho intento. En concreto, podemos decir que las argumentaciones de los tribunales se fundamentan en criterios objetivos y subjetivos. En primer lugar, valoran la conducta desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, es decir, se sitúan en la posición del hombre medio con los conocimientos del autor. En segundo lugar, determinan si los hechos exteriores del autor o bien podrían poner en peligro el bien jurídico protegido o bien mostraban una voluntad delictiva contraria a la norma penal.

Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona 545/2015, de 29 de junio de 2015 (ponente Balibrea Pérez) se determinó que la falta de acreditación de los objetos que se pretendían sustraer del interior de un bolso no determina que el intento de hurtar sea una tentativa absolutamente inidónea por ausencia de objeto. Ello porque, desde la posición del observador medio con los conocimientos del autor, era de esperar que en el bolso hubiera objetos de valor (de hecho, dice la sentencia que pensar lo contrario sería absurdo). Y acaba decantándose por castigar el intento de hurto como una tentativa relativamente inidónea porque *“desde la perspectiva "ex ante" -y en el caso, incluso "ex post"- el comportamiento de los denunciados debe calificarse objetivamente peligroso para el bien jurídico.”* Añade, asimismo, un elemento de subjetividad, pues establece que, desde la posición del agente que observó los hechos, que podríamos asimilar a la del observador medio, *“la conducta descrita, ... no puede atribuirse a otro ánimo que el de apoderarse de alguno de ellos, ...”*

En un caso de la misma naturaleza, la SAP Barcelona 385/2018, de 29 de junio de 2018 (ponente Navarro Morales) determina que la valoración del peligro para la propiedad debe hacerse *ex ante*, y no *ex post*, pues si se siguiera esta última perspectiva, los casos en los que se acreditase *a posteriori* la inexistencia de objeto quedarían siempre impunes por no existir peligro *ex post* para el bien jurídico de la propiedad. En este caso, de nuevo castiga mezclando

criterios objetivos y subjetivos, pues establece que “*no existe duda de que la conducta desplegada por las denunciadas, valorada objetivamente ex ante, iba inconcusamente orientada a consumir el acto del despojo*” y, por tanto, existía peligro *ex ante* para la propiedad.

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 100/1999, de 24 de febrero de 1999 (ponente Batista González) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 524/2008, de 21 de julio de 2008 (ponente Grande Pesquero) siguen un razonamiento similar al resolver casos de robo con fuerza en las cosas y hurto, respectivamente, cuando el autor se introduce en el interior de un vehículo con el ánimo de apoderarse de algún objeto de valor y no lo llega a hacer por la intervención policial. En el primer caso se castiga porque “*el autor obró según un juicio racional, es decir, expresando en su comportamiento un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma...*” y en el segundo caso porque es indudable que los actos del autor eran “*objetivamente actos que denotan una voluntad de sustracción y apoderamiento ilícito integrantes del resultado típico.*”

En definitiva, los tribunales siguen una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, y hacen alusión conjuntamente a elementos objetivos y subjetivos.

Por lo que respecta a la tentativa inidónea por inidoneidad del medio, hablamos primeramente de la generalidad de los casos para después hacer un apunte sobre una situación muy específica.

Tratamos aquí de situaciones en las que el autor lleva a cabo las acciones del tipo penal pero no lo consigue porque los medios resultan inadecuados en el caso concreto. Por tanto, de nuevo nos encontraríamos ante una tentativa relativamente inidónea punible según la doctrina del Tribunal Supremo.

Para llegar a una conclusión general del por qué se castiga dicho intento, se ha utilizado el método inductivo. Por tanto, identificamos primero algunas resoluciones judiciales que resuelven casos de esta naturaleza. De entre todas ellas, destacamos la sentencia del Tribunal Supremo 1124/2001, de 13 de junio de 2001 (ponente Bacigalupo Zapater), que confirma la condena de la Audiencia Provincial de Madrid a los acusados por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en casa habitada en grado de tentativa. En el caso, los acusados intentaron abrir las puertas de un par de domicilios con destornilladores de gran tamaño, pero no lo consiguieron porque las puertas tenían un potente mecanismo de seguridad. El Alto Tribunal castiga los hechos como un supuesto de tentativa relativamente inidónea, pues, aunque en el caso concreto el medio no era el adecuado para abrir las puertas blindadas, sí que el plan del autor era racionalmente apto para conseguir el resultado típico de apoderamiento en general.



La razón que da para castigar dicho intento es que los medios eran abstractamente idóneos para lograr el resultado típico y, por tanto, existía peligro *ex ante* para el patrimonio<sup>44</sup>.

Otras resoluciones judiciales que cabe señalar son las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid 2/2010, de 12 de diciembre de 2010 (ponente Benito López) y 4/2014, de 9 de enero de 2014 (ponente Fernández Soto). En el primer caso, los acusados rompieron con un martillo el cristal de la luna trasera, junto a la cerradura, de un quiosco. Sin embargo, por el agujero no podían abrir la puerta porque la cerradura precisaba la llave, lo que era desconocido por los autores. En el segundo supuesto, los autores hurtaron de una tienda siete packs de regalo con estancias en Resorts y Spas. No obstante, para activar dichos packs era necesario un código de la tienda del que no disponían. En ambos casos, el tribunal considera que existió vulneración del bien jurídico de la propiedad, pues en el primer supuesto había *“la posibilidad de agrandar el agujero con el martillo hasta permitir el paso del cuerpo por el mismo al interior”* y en el segundo caso existía *“la posibilidad de que los autores pudieran vulnerar los protocolos de protección y acceder, de algún modo, al disfrute del pack de regalo sustraído.”*

Podemos inferir que, en estos casos, los tribunales fundamentan la punición de la tentativa relativamente inidónea según la teoría de la peligrosidad *ex ante*. Ello porque es lógico argumentar que, desde la perspectiva del autor con sus conocimientos, los medios utilizados siempre son idóneos para causar el resultado típico, y que, por tanto, objetivamente y de forma general, la conducta del agente se revela *ex ante* como peligrosa para la propiedad.

Sin embargo, llama la atención un caso concreto de tentativa inidónea: el intento de extraer dinero con una tarjeta de crédito o débito ajena de un cajero automático, en el que el resultado típico no se produce porque el autor de los hechos desconoce el código secreto.

En dos sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (la de 1 de junio de 2000 (ponente Martínez Zapater) y la de 21 de diciembre de 2001 (ponente Morales Limia)) se absolvió a los autores de tales hechos porque se consideraba un supuesto de tentativa absolutamente inidónea. Se argumentaba que, objetivamente, era muy improbable que con los medios utilizados se llegase a acertar con el número secreto y consumir la apropiación. Incluso, los órganos jurisdiccionales recurrieron a operaciones matemáticas de probabilidad para demostrar que las posibilidades reales de acertar la combinación secreta y conseguir el reintegro económico eran prácticamente nulas. Por tanto, por no poner en peligro en ningún caso la

---

<sup>44</sup> De la misma forma resuelve la SAP Barcelona 431/2015, de 12 de mayo de 2015 (ponente Salcedo Velasco). En el caso, las autoras intentaron entrar en un domicilio forzando la puerta principal con un trozo de plástico rígido y no lo consiguieron porque la puerta tenía cerradas las dos llaves. Así, se castigan los hechos porque se puso en peligro el bien jurídico protegido, pues los medios eran generalmente idóneos para abrir la puerta, pero fueron inidóneos en el caso concreto por tener ésta una protección mayor a la esperada.

propiedad, se trataba de una actuación que se configuraba como una tentativa absolutamente inidónea que no merecía el reproche penal y quedaba impune.

No obstante, el resto de sentencias de las Audiencias Provinciales<sup>45</sup> califican estos hechos como una tentativa relativamente inidónea por inidoneidad del medio porque abstractamente no es del todo imposible conseguir el número secreto. Así, castigan dicho intento porque, en primer lugar, la probabilidad de extraer dinero, aunque es reducida, no es despreciable, es decir, “*la tentativa es, desde un punto de vista objetivo y material, posible*”<sup>46</sup>. Y, en segundo lugar, porque existe peligro *ex ante* para el patrimonio ajeno, si bien por su baja intensidad se suele reducir en dos grados la pena.

Advertimos que, objetivamente, al hacer un cálculo de probabilidades, el riesgo para el patrimonio es muy reducido, casi ínfimo, por tanto, nos encontraríamos ante una tentativa absolutamente inidónea. Aún así, dicho peligro para el bien jurídico tutelado sirve a los tribunales para justificar el castigo de los hechos como una tentativa. Ello nos hace pensar que, en este caso particular, el fundamento de la punición de la tentativa es más el reproche penal que merece la actuación descrita. En otras palabras, aunque podamos identificar en la fundamentación de la punición la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*, se atisba un elemento de conmoción social propia de la teoría de la impresión porque el hecho de intentar extraer dinero de un cajero automático con una tarjeta de crédito o débito ajena es despreciable desde el punto de vista social. Sobre todo, porque dejar impunes dichos actos se materializaría *de facto* como un incentivo para llevarlos a cabo sin temor a recibir represalias penales, pues la probabilidad de no acertar y quedar absuelto es mucho mayor a la de acertar y ser condenado.

#### **4.3.1.2 Robo con violencia y/o intimidación**

A la hora de analizar el delito de robo con violencia y/o intimidación, es importante destacar que no sólo resulta perjudicado el bien jurídico de la propiedad, sino que también se ven afectados bienes de carácter personal, como la vida, la integridad física o la seguridad<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> SAP Sevilla 41/2001, de 16 de febrero de 2001 (ponente de Paul Velasco); SAP Barcelona 962/2002, de 30 de octubre de 2002 (ponente Iglesias Martín), 12069/2006, de 28 de diciembre de 2006 (ponente Balibrea Pérez) y 244/2009, de 13 de febrero de 2009 (ponente Pérez de Rueda).

<sup>46</sup> SAP Barcelona, 12069/2006 de 28 de diciembre de 2006 (ponente Balibrea Pérez).

<sup>47</sup> Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en sentencias como la 245/2016, de 30 de marzo de 2016 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) y 101/2018, de 28 de febrero de 2018 (ponente Ferrer García), al reducir la pena en un solo grado de acuerdo con el artículo 62 CP porque el peligro inherente al intento es intenso en relación con el bien jurídico de la propiedad y, especialmente, con “*los bienes de naturaleza personal comprometidos por la acción delictiva.*”

Debido a la afectación a bienes jurídicos de naturaleza personal, no sería extraño pensar que los órganos jurisdiccionales podrían tender a fundamentar la punibilidad del delito intentado dando un peso importante a elementos más subjetivos e, incluso, de impresión. No obstante, al examinar numerosas sentencias, se ha observado como los tribunales resuelven principalmente con base en la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*.

Esto último lo vemos en los casos más habituales de tentativa inidónea de este tipo penal: la tentativa inidónea por inexistencia de objeto. En la mayoría de resoluciones judiciales se discute si se trata de una tentativa relativamente inidónea y punible o, por el contrario, si se trata de una tentativa absolutamente inidónea e impune.

En este sentido, señalamos la sentencia del Tribunal Supremo 86/2020, de 3 de marzo de 2020 (ponente de Porres Ortiz de Urbina). En el caso, en los aseos de un centro penitenciario, cinco internos, pensando que otro interno llevaba sustancias estupefacientes en su organismo, se las intentaron sustraer a la fuerza, entre amenazas y lesiones. El Alto Tribunal entiende que, aunque la víctima no había portado droga en ningún momento y, por tanto, existía una imposibilidad objetiva de producir el resultado, ello no determina que se trate de una tentativa absolutamente inidónea. Por el contrario, consiste en una tentativa relativamente inidónea por ausencia de objeto punible y, para justificar el castigo, valora *ex ante* la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva del plan de los autores. Esto es, si nos posicionamos como un observador medio con los conocimientos de los sujetos activos, los cuales pensaban que la víctima sí tenía droga en su interior, podemos concluir que sus comportamientos fueron abstracta y objetivamente peligrosos para el bien jurídico de la propiedad.

Otra sentencia es la de la Audiencia Provincial de Barcelona 542/2006, de 26 de junio de 2006 (ponente Balibrea Pérez) que tipifica los hechos como una tentativa relativamente inidónea de delito de robo con intimidación a pesar de que en la cuenta corriente de la víctima no hubiese fondos en el momento de los hechos. En el mismo sentido que la anterior resolución judicial, el tribunal justifica el castigo en términos objetivos porque *“se creó una situación de riesgo sobre el bien jurídico protegido, el patrimonio de la víctima, pues, de haber tenido dinero en la cuenta corriente le habría sido sustraído.”*

Otro caso típico donde también se resuelve según criterios objetivos consiste en que el autor pide dinero intimidando con el uso de una navaja. Ponemos por caso la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2005 (ponente Perdices López) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de julio de 2020 (ponente Ramón Fors).

En el primer caso, el autor de los hechos simuló que llevaba una navaja debajo de la chaqueta. Aunque *ex post* se acreditase que no existía dicha arma, ello no determina que se trate

de una tentativa absolutamente inidónea porque se debe valorar, según la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*, la “*capacidad para producir el resultado entendida como aptitud para ocasionarlo valorada ex ante por un observador objetivo, ... y no el estado de peligro real en que se sitúe al bien jurídico, que puede ser nulo en supuestos de tentativas valoradas ex post como inidóneas.*” Por tanto, se acaba castigando por una tentativa relativamente inidónea porque “*No puede cuestionarse que amenazar de palabra con usar una navaja, acompañándola con el gesto de que se lleva debajo de la chaqueta no sea objetivamente un acto que podría atemorizar a la víctima y producir el desplazamiento patrimonial.*”

En el segundo caso, el tribunal condena al acusado que amenazó con una navaja a un agente del cuerpo de los Mossos d'Esquadra que no iba uniformado y que procedió a su inmediata detención como autor de una tentativa relativamente inidónea porque *ex ante*, desde la posición del observador medio con los conocimientos del autor (sin saber que se trataba de un agente no uniformado), existía peligro para la propiedad.

En conclusión, en los casos de robo con violencia y/o intimidación se castiga la tentativa inidónea con criterios puramente objetivos consistentes en la peligrosidad *ex ante* para el patrimonio.

#### **4.3.2 Delitos contra la vida: homicidio y asesinato**

Los delitos de homicidio doloso y asesinato están regulados en los artículos 138 y 139 CP, respectivamente. Se trata de delitos de resultado que atentan contra el bien jurídico de la vida. Por ello, los casos de esta naturaleza se suelen caracterizar por ser impactantes y estremecedores. Y no sólo cuando el tipo penal se consuma, sino también, y de manera muy relevante, cuando el delito se ha intentado, pues en estos supuestos se dan los elementos objetivos del tipo y el *animus necandi* del autor, pero el resultado de muerte no se produce por causas ajenas a la voluntad de éste. Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso de quién aprieta el gatillo de una pistola a dos metros de la víctima, pero por alguna razón la bala no sale, o de quién prende fuego a una casa pensando que la víctima está dentro para quemarla viva y, sin embargo, ésta se encuentra fuera de la vivienda en aquel preciso momento.

Respecto a la punibilidad de la tentativa inidónea, los órganos jurisdiccionales manifiestan en sus resoluciones judiciales que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo y la regulación del artículo 16.1 CP, castigan únicamente la tentativa relativamente inidónea por ser

peligrosa *ex ante* para la vida, valorando dicho peligro según la perspectiva del hombre medio con los conocimientos del autor.

Ahora bien, similarmente a lo que apuntábamos en el delito de robo con violencia y/o intimidación, en estos casos donde hay afectación a un bien jurídico de carácter personal, cabría esperar que los tribunales den especial relevancia a la voluntad homicida del autor atendiendo a una perspectiva subjetivista, e incluso, dependiendo del caso, a la alarma social que causan dichos comportamientos siguiendo la teoría de la impresión. Ahora bien, como analizamos a continuación, los criterios usados dependerán del caso.

Por razones de organización, dividimos el análisis en dos partes: los supuestos de tentativa inidónea por inexistencia de objeto y los de tentativa inidónea por inidoneidad del medio.

En el primero de los supuestos, nos referimos a los casos en los que el autor lleva a cabo la acción homicida creyendo que la víctima está en el interior de su domicilio, pero en realidad ésta se encuentra en otro lugar y el resultado de muerte no se acaba produciendo.

Los tribunales primero determinan si se trata de una tentativa absoluta o relativamente inidónea según si, objetivamente, la conducta y los medios utilizados serían *ex ante* capaces de lesionar la vida. A continuación, castigan la conducta si había peligro *ex ante* para el bien jurídico siguiendo la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*.

En este sentido, señalamos la sentencia del Tribunal Supremo 992/2000, de 2 de junio de 2000 (ponente Puerta Luis), que confirma el fallo condenatorio de la Audiencia Provincial de Ciudad Real por un delito de homicidio intentado; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 18/2008, de 30 de junio de 2008 (ponente Tardón Olmos) que absuelve de un delito de asesinato en grado de tentativa.

En la primera resolución judicial, el acusado, para acabar con la vida de su hermano, prendió fuego a la vivienda de este último, previa restricción de la puerta que daba al exterior para que la víctima no pudiera salir. No obstante, cuando se produjo el incendio, el sujeto pasivo se encontraba ausente de su domicilio. El Alto Tribunal expresa que se trata de una tentativa relativamente inidónea punible, pues los hechos objetivamente son adecuados para causar la muerte del hermano, pero no lo hicieron en el caso concreto por encontrarse éste fuera de la vivienda. Y castiga el delito intentado porque dichos hechos exteriores (*atravesando con un hierro la puerta de entrada de la casa de este último, amontonando colchones y ropa al par de la puerta y procediendo a prenderle fuego; incluso, continuando echando al fuego otros elementos combustibles*), viéndolo desde una perspectiva objetiva y *ex ante*, podían poner en peligro el bien jurídico de la vida.

En la segunda sentencia, el sujeto activo embistió varias veces un camión contra la chabola donde vivía su esposa y uno de sus hijos, derribándola parcialmente. En el momento de los hechos, dentro de la chabola sólo se encontraba el hijo (que no sufrió lesiones), mientras que la mujer estaba en la chabola contigua. Además, el autor profirió varias veces, incluso delante de la Policía Local, que la iba a matar. Lo más importante a destacar de la resolución es que utiliza la teoría de la peligrosidad *ex ante*, pero aumenta el grado de intersubjetividad, lo que le permite absolver al acusado. Es decir, en este caso, el tribunal no se sitúa desde la posición del observador medio con los conocimientos del autor, sino desde la perspectiva de una persona prudente que *a priori* habría comprobado si la producción del resultado era factible. Ello lo deducimos de la sentencia cuando se indica que “*Desde luego, no consta que efectuara gestión alguna para asegurarse de que ella estaba en la casa, lo que no era algo ineludible...*” y que “*tampoco desde el punto de vista de los medios empleados, puede estimarse que la acción de embestir con el camión la chabola en la que se encontraba temporalmente viviendo, sin cerciorarse, además, previamente de que se encontraba en su interior, resulte objetivamente idóneo para matar a su mujer...*”. Por tanto, el tribunal decide dejar impune dicha tentativa porque objetivamente la conducta no tenía potencialidad lesiva *ex ante* para la vida desde la perspectiva de la persona prudente, que habría comprobado si había alguien en el interior de la chabola.

La justificación del castigo de la tentativa inidónea desde la posición de la persona prudente es puntual y no se han visto más resoluciones judiciales que sigan esta línea. No obstante, es interesante ver que los tribunales pueden hacer uso de ella para dejar impunes ciertas conductas que, desde la perspectiva del observador medio, pensaríamos que son punibles.

Para concluir esta sección, podemos decir que, a la hora de castigar la tentativa inidónea por ausencia de objeto, los tribunales argumentan la punición según la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*.

En segundo lugar, los supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del medio son los más frecuentes y donde observamos una mayor variedad de casos.

La primera situación a la que hacemos referencia es la del intento de matar a alguien suministrándole sustancias potencial o aparentemente nocivas, pero que al final no causan la muerte de la víctima bien por su composición, bien por la cantidad suministrada.

Estos casos tienen una dificultad añadida cuando las pruebas periciales dictaminan que no existía riesgo para la vida, y si existía, era tan bajo que no llegaría a causarse el resultado de muerte. Entonces, podríamos pensar que nos encontramos ante una tentativa absolutamente

inidónea que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, queda impune por ser no peligrosa *ex ante*. No obstante, los fallos del Alto Tribunal precisamente no son en sentido absolutorio, sino que, por el contrario, son condenatorios. La cuestión a dirimir es: si no existe peligro objetivo para el bien jurídico protegido, ¿según qué criterios se justifica el castigo de esta tentativa absolutamente inidónea?

Para responder a la anterior pregunta, nos fijamos en dos sentencias del Tribunal Supremo que resuelven casos de esta naturaleza: la 150/2000, de 10 de marzo de 2000 (ponente Delgado García) y la 858/2012, de 6 de noviembre de 2012 (ponente Martínez Arrieta). En la primera resolución judicial, la acusada suministró inicialmente y durante meses un fármaco (Haloperidol) a su marido, y, a continuación, puntas de alfiler que introducía dentro de la comida y de las cápsulas de medicamento que éste ingería en el hospital donde estaba ingresado debido a los síntomas causados por dicho fármaco. En la segunda sentencia, la acusada proporcionó una cantidad indeterminada de un medicamento (“Alprazolán”) a ella y a sus dos hijos menores.

Lo relevante es que las periciales médicas determinaron que, objetivamente y *ex ante*, la probabilidad de provocar la muerte por los fármacos empleados era ínfima, casi nula. De hecho, la primera sentencia establece claramente que *“con los conocimientos científicos que se aportaron al proceso, ... lo más probable era que, en todo caso, incluso sin intervención médica favorable para la resolución del problema, ese fallecimiento no habría llegado a producirse.”* Y la segunda resolución resuelve un recurso de casación contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Barcelona, que consideró que se trataba de una tentativa inidónea absoluta porque el medicamento no podía causar la muerte de los hijos en ningún caso.

A pesar de todo ello, el Tribunal Supremo condena por un delito intentado de asesinato en el primer caso y por dos delitos de homicidio en grado de tentativa en el segundo. Entiende que se trata de una tentativa relativamente inidónea porque los medios eran aptos para provocar la muerte de las víctimas y castiga con base en el riesgo para la vida de éstas desde la teoría de la peligrosidad *ex ante*.

Tratándose de una tentativa absolutamente inidónea, podemos establecer aquí una similitud con el caso del intento de extraer dinero con una tarjeta ajena que analizamos anteriormente en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas. Así, aunque se manifieste que se sigue la teoría de la peligrosidad *ex ante*, al no existir riesgo para dicho bien desde una valoración objetiva y *ex ante* (pues así lo determinan las periciales) deducimos que el Tribunal Supremo castiga por la conmoción social que producen tales hechos según la teoría de la impresión. La absolución de quien quiere matar a alguien mediante el suministro de sustancias crea una alarma

social, aunque dichas sustancias no tengan potencialidad lesiva. Así, se trata de un supuesto punible porque de tal conducta se infiere un ataque al ordenamiento jurídico que ha de ser castigada a los ojos del enjuiciador. De hecho, en la sentencia de 6 de noviembre de 2012 dice el Tribunal Supremo que *“el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que, a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente.”*

El segundo caso que analizamos y que se observa con habitualidad es la del intento de matar a alguien usando un arma de fuego y que, por diversas circunstancias, no se consigue causar el resultado típico.

La primera circunstancia que comentamos es la del autor que dispara a la víctima desde escasa distancia con ánimo de matarla, pero no se llega a causar la muerte por la falta de puntería del agente. El Tribunal Supremo ha destacado en varias ocasiones que se trata de una tentativa relativamente inidónea, porque la conducta del autor, en general, es capaz de matar a la víctima, y no lo hace en el caso concreto por el error de puntería<sup>48</sup>.

Lo relevante es que el Alto Tribunal castiga siguiendo una orientación puramente subjetivista y así lo establece en sus resoluciones judiciales. Por ejemplo, las sentencias de 9 de julio de 2002 (ponente Abad Fernández) y de 28 de enero de 2005 (ponente Sánchez Melgar) resuelven casos en los que el autor realiza un disparo que roza la cabeza de la víctima sin llegar a matarla. El tribunal establece que son tentativas que quedan dentro de la reacción punitiva por el dolo criminal que manifiesta externamente el autor con sus actos, que deriva principalmente de la distancia del disparo, la delicada zona del cuerpo que se apunta y el número de disparos proferidos o intentados.

Asimismo, cabe comentar en este punto qué pasa cuando la distancia entre el autor y la víctima es elevada y, por tanto, el riesgo para la vida es muy bajo porque la probabilidad de conseguir el resultado de muerte es casi nula. Podría tratarse, de la misma manera que cuando examinamos los casos de extracción de dinero con una tarjeta ajena o del intento de matar a alguien suministrándole sustancias inocuas, de un supuesto de tentativa absolutamente inidónea que podría quedar impune. Aún así, estos casos se siguen considerando punibles, tal y como juzga la Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia de 5 de febrero de 2015 (ponente Barreiro Rodríguez), que condena a un sujeto que disparó contra un vehículo en cuyo interior

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, la STS 963/2009, de 7 de octubre de 2009 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) condenó al acusado por un delito intentado de homicidio al haber disparado varias veces contra un coche de la Guardia Civil desde poca distancia, pero no llegó a matar a los dos agentes que estaban en el interior porque no los apuntó bien. El tribunal indica que *“La forma en que ocurrieron los hechos explica el error en la puntería, pero no disminuye la potencia letal del arma.”*



se encontraba una pareja a una distancia superior a 35 metros. El tribunal justifica tal castigo basándose en el criterio subjetivo del propósito del autor de acabar con la vida del conductor.

En definitiva, en los casos de disparo contra una persona donde no se consigue matarla por la falta de puntería del agente, observamos que los tribunales entienden que se trata de una tentativa punible, independientemente de la distancia en que se encuentren ambos sujetos, por el dolo homicida del autor. Ello resulta lógico por la naturaleza de dichos casos, puesto que el hecho de apretar el gatillo y que la bala salga, pero no llegue a tocar la víctima es una acción que merece el reproche penal, dado que el autor, con su actuación, indudablemente muestra desprecio por el bien jurídico de la vida.

La segunda y última circunstancia relacionada con armas de fuego es aquella consistente en que el autor realiza uno o varios disparos que no se llegan a producir bien por falta de munición, bien porque el seguro está accionado o bien porque la pistola no funciona correctamente en el momento de los hechos, aunque el autor lo desconoce *ex ante*.

Dentro de estos casos, las situaciones más comunes ocurren cuando el autor coge el arma reglamentaria de un agente de la autoridad e intenta disparar contra éste, pero no lo consigue porque, por razones de seguridad y protocolo, el arma está descargada o sin munición. La sentencia más importante al respecto es la del Tribunal Supremo 2122/2002, de 20 de enero de 2003 (ponente Moner Muñoz). A partir de ésta, se ha producido una retahíla de jurisprudencia que se sirve de los mismos argumentos<sup>49</sup>.

En el caso de la sentencia de 20 de enero de 2003, el autor, encontrándose en el despacho de la Juez de Instrucción Doña Yolanda Bardallo Rodríguez junto con dos agentes de la Guardia Civil y el oficial del Juzgado, consiguió arrebatar la pistola a uno de los agentes y accionó el gatillo sucesivamente contra los dos guardias, sin conseguir su propósito puesto que el arma estaba completamente descargada. La Audiencia Provincial de Huelva absolvió al acusado del delito de homicidio intentado del que había sido acusado porque consideró que los hechos constituían un supuesto de tentativa absolutamente inidónea impune, dado que, si el arma estaba descargada *ex ante*, la conducta del autor carecía de aptitud para matar en cualquier caso. Sin

---

<sup>49</sup> Vid. STS 289/2007, de 4 de abril de 2007 (ponente Giménez García); ATS, 1002/2009, de 20 de abril de 2009 (ponente Berdugo Gómez de la Torre); SAP Madrid 243/2011, de 8 de junio de 2011 (ponente Serrano Gassent); ATS 1973/2011, de 15 de diciembre de 2011 (ponente Granados Pérez); STS 294/2012, de 26 de abril de 2012 (ponente Berdugo Gómez de la Torre); SAP Madrid, 590/2015, de 30 de setiembre de 2015 (ponente Buenaventura Ferrer Pujol); ATS 441/2016, de 17 de marzo de 2016 (ponente Marchena Gómez); SAP Barcelona 106/2018, de 26 de febrero de 2018 (ponente Trenzado Asensio). La STS 764/2014 resuelve con la misma argumentación un caso en el que la puñalada potencialmente mortal al agente de la autoridad se realizó con un cuchillo de cocina, pero el resultado lesivo no se produjo porque la víctima llevaba puesto un chaleco antibalas y anticuchillos.

embargo, el Tribunal Supremo sí que condenó por un delito de homicidio en grado de tentativa, considerando los hechos como un supuesto de tentativa relativamente inidónea porque entendió que el autor llevó a cabo todos los actos que deberían producir la muerte con un medio que en abstracto era idóneo para tal fin, aunque no se produjo en el caso concreto por estar el arma sin munición, descargada o con el seguro puesto.

De hecho, la Sala Segunda del Tribunal Supremo quiso dejar claro que los casos de uso de pistola sin munición se califican de tentativa relativamente inidónea punible en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 25 de abril de 2012, estableciendo que “*El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.*”

Observamos que, en estos casos, los tribunales fundamentan tal punibilidad según una teoría mixta, posicionándose en la perspectiva del plan del autor o del observador medio con los conocimientos del autor. Así, por un lado, según criterios subjetivos, el hecho de apretar el gatillo manifiesta una voluntad inequívoca de acabar con la vida del sujeto pasivo. Por otro lado, desde una posición más objetivista, existe peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido. Esto último se indica, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2018 (ponente Trenzado Asensio) que determina que “*ex ante, para cualquier persona que integra la comunidad social apretar en varias ocasiones el gatillo de una pistola en perfecto estado de funcionamiento al tórax de un agente policial es un medio idóneo para matar.*”

En definitiva, lo relevante es que, en todo momento, el sujeto activo actúa en la creencia que la pistola funcionará (lo que es de esperar desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, al ser el arma de fuego propiedad de un agente de la autoridad) y podrá conseguir el resultado de muerte, lo cual muestra una voluntad criminal y también un peligro *ex ante* para la vida del sujeto pasivo. Atendiendo a ambos criterios, los órganos jurisdiccionales castigan estos casos de tentativa relativamente inidónea.

Para terminar, cabe decir que esta justificación también se sigue en los casos de disputas entre sujetos privados, en las cuales el autor dispara a la víctima, pero no consigue el fin pretendido porque el arma no funciona correctamente<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. STS 749/2004, de 7 de junio de 2004 (ponente Monterde Ferrer); SAP Barcelona, 181/2009 de 28 de julio de 2009 (ponente Costa Vaya); y SAP Barcelona 353/2019, de 28 de mayo de 2019 (ponente Benlloch Petit).

En definitiva, podemos decir que en todos los casos donde hay involucradas armas de fuego, el elemento subjetivo de la voluntad del autor cobra especial relevancia, muy probablemente por la naturaleza impactante de los casos.

## 5 Conclusiones

En este apartado de conclusiones finales se pretende, por un lado, examinar la coherencia entre la doctrina del Tribunal Supremo y los criterios seguidos por los órganos jurisdiccionales en los casos analizados y, por otro lado, hacer la correspondiente opinión personal desde una perspectiva global del trabajo.

En primer lugar, la doctrina del Tribunal Supremo, aunque siempre ha manifestado que sigue una teoría mixta, dio un giro a raíz de la reforma del Código Penal de 1995.

Bajo el anterior Código Penal de 1973, el legislador adoptaba una orientación objetivista, pero permitía la punición del delito intentado y de la tentativa inidónea absoluta en el artículo 52.2 del Código Punitivo derogado. Debido a la contradicción existente, pues el castigo de la tentativa absolutamente inidónea queda impune bajo criterios puramente objetivistas, la Sala Segunda del Tribunal Supremo defendió la teoría de la impresión, dando un peso relevante al componente subjetivo. Conforme a tan pacífica doctrina, los órganos jurisdiccionales castigaban todo tipo de tentativa inidónea, justificándolo bien atendiendo al dolo del autor, bien atendiendo a la conmoción social causada por la conducta del sujeto activo.

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el legislador mantuvo su orientación objetivista. Además, de manera relevante eliminó el artículo 52.2 del anterior Código Penal, mientras que introdujo el adverbio “objetivamente” en el artículo 16.1. Todo ello llevó a un importante debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea.

Desde entonces, para dar coherencia al sistema penal, la doctrina del Tribunal Supremo ha ido defendiendo el mantenimiento de una teoría mixta, combinando elementos objetivos y subjetivos, y ha venido exigiendo la existencia de un peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido para castigar las tentativas inidóneas, basándose en la teoría objetiva de la peligrosidad desde la perspectiva intersubjetiva *ex ante*. Esto último permite que el ámbito punitivo alcance únicamente a las tentativas relativamente inidóneas.

El Alto Tribunal insiste en que el problema de la punibilidad de la tentativa inidónea se ha resuelto y que actualmente existe una pacífica doctrina al respecto de orientación objetivista.

Sin embargo, a la hora de castigar la tentativa inidónea, ¿realmente los órganos jurisdiccionales castigan según la teoría objetiva de la peligrosidad *ex ante*? Sobre la base del análisis material llevado a cabo, se puede dar respuesta a la anterior cuestión que, en definitiva, ha sido la motivación del presente trabajo.

Se puede concluir que, en general, aunque no sistemáticamente, los tribunales sí que han incorporado la teoría de la peligrosidad *ex ante* en sus argumentaciones.

En los delitos de hurto y robo, el criterio que se aplica es, fundamentalmente, el criterio objetivo del peligro *ex ante* para la propiedad desde la posición del observador medio (aunque a veces, y de manera no tan relevante, los tribunales aluden a criterios subjetivos, como en el caso de la tentativa relativamente inidónea por inexistencia de objeto). La orientación objetivista se mantiene incluso en los casos de robo con violencia y/o intimidación, donde se ven afectados bienes jurídicos de carácter personal, lo que nos podría hacer pensar *a priori* que los tribunales se decantarían por una perspectiva más subjetivista. El único supuesto en el que aparentemente se resuelve con base en el criterio del peligro *ex ante* pero que en realidad podemos deducir que se aplica la teoría de la impresión es cuando el autor intenta extraer dinero de un cajero automático con una tarjeta ajena, pues así se hace posible castigar una tentativa absolutamente inidónea.

En los delitos de homicidio y asesinato, los tribunales también castigan la tentativa inidónea según criterios objetivos. Sin embargo, cabe destacar que introducen criterios subjetivos en los supuestos donde hay involucradas armas de fuego, suponemos porque se trata de casos donde es patente el desprecio que muestra el sujeto activo por la vida y también por el tipo de medio usado, mortal en todos los casos. Además, e igual que pasaba en los delitos de hurto y robo, también aquí los órganos jurisdiccionales, para castigar un supuesto de tentativa absolutamente inidónea (el intento de matar a alguien suministrándole una sustancia objetivamente inocua), utilizan la teoría de la impresión, aunque aparentemente justifican la punición por la peligrosidad *ex ante* de la acción del autor.

En definitiva, viéndolo en perspectiva, podemos decir que tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona y Sevilla (aunque lo podríamos hacer extensible al resto de Audiencias Provinciales) usan principalmente el criterio objetivo del peligro para el bien jurídico *ex ante* para castigar las tentativas inidóneas en los delitos de hurto, robo, homicidio y asesinato. Por tanto, son coherentes con la doctrina del Tribunal Supremo y con la orientación objetivista del legislador español.

Además, los casos donde se utilizan otras teorías también quedarían englobados por la doctrina del Alto Tribunal, que manifiesta el seguimiento de una teoría mixta o ecléctica.

Es importante destacar que en este trabajo sólo se han analizado los delitos de hurto, robo, homicidio y asesinato. Sería interesante examinar otros tipos de delitos para ver si realmente también se resuelven los casos de tentativa inidónea según criterios objetivos, aunque podemos arriesgarnos a decir, *a priori*, que los resultados seguramente serán muy similares a los obtenidos en el presente análisis.

Respecto a mi opinión, creo que al establecer la doctrina del Tribunal Supremo que sigue una teoría mixta, pero, a su vez, exigiendo que exista una peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico protegido, se consiguen dos efectos.

El primero, la exigencia del criterio objetivo sirve, en gran parte, para delimitar explícitamente qué clase de tentativa es punible en el sistema penal español con la finalidad de ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos y ser coherente con la legislación actual. De lo contrario, si atendemos a teorías subjetivas que castigan por la voluntad criminal manifestada por hechos exteriores, se entra dentro del terreno del derecho penal de autor, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico; mientras que si atendemos a la teoría de la impresión que castiga según la conmoción que causa la conducta del sujeto activo a la colectividad, el fallo condenatorio u absolutorio dependerá de lo que considere el tribunal que enjuicia los hechos, lo cual vulnera la seguridad jurídica del enjuiciado. Bajo estas dos últimas teorías, cualquier tentativa puede ser punible, incluso la irreal. En cambio, si aplicamos el criterio objetivo de la peligrosidad *ex ante*, se puede determinar que quedarán impunes las tentativas no peligrosas *ex ante*, esto es las absolutamente inidóneas y las irreales.

El segundo efecto al que nos referimos es que el seguimiento de una teoría ecléctica ampara a los tribunales para ampliar la punibilidad de la tentativa inidónea que, de otro modo, quedaría en ocasiones restringida por el criterio del peligro *ex ante* para el bien jurídico. En concreto, y tal y como hemos visto en el análisis material, el componente subjetivo del dolo criminal del autor permite castigar, por ejemplo, supuestos en los que el autor dispara desde una distancia demasiado elevada como para que el peligro para la vida sea relevante, mientras que la teoría de la impresión permite castigar las tentativas absolutamente inidóneas. Se trata de casos en los que, por la nula peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico protegido, quedarían impunes bajo una perspectiva objetivista.

En definitiva, considero que, aunque hemos demostrado que generalmente existe coherencia entre la doctrina del Tribunal Supremo y las argumentaciones de los órganos jurisprudenciales, los tribunales, dependiendo de cómo quieren resolver el caso, argumentan de una manera u otra. Así, según sea conveniente, en unos supuestos se decantan por reconocer

que la doctrina del Tribunal Supremo defiende una posición objetivista, y condenan sobre esta base; y en otros casos, manifiestan que la doctrina del Tribunal Supremo se inclina por una teoría mixta, combinando elementos objetivos y subjetivos, para así poder castigar según el criterio subjetivo de la voluntad criminal del autor o según la teoría de la impresión.

Para terminar, viéndolo en perspectiva, pienso que, de momento, la congruencia entre la doctrina del Tribunal Supremo y las argumentaciones de los tribunales es suficientemente fuerte para concluir que el problema de la tentativa inidónea se ha pacificado, al menos, en los delitos analizados. No parece que los tribunales cambien de argumentación en el futuro próximo, y menos cuando el legislador mantiene una orientación objetivista en el artículo 16.1 del Código Penal vigente (y no parece que lo vaya a reformar). Todo ello repercute positivamente en los ciudadanos y los enjuiciados, que pueden saber *a priori* bajo qué casos y por qué razones los tribunales les exigirán responsabilidad penal por los delitos intentados inidóneamente.

## 6 Bibliografía

CABALLERO BRUN, F. (2010). Tentativa inidónea y su punibilidad en el derecho español. *Revista De Estudios De La Justicia*, (13), 115-133.

MIR PUIG, S. (2001). Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, (03). Accedido el 21 abril 2021 en [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-06.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html).

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2018). Teorías sobre el contenido y la estructura del injusto penal: Desvalor de acción y de resultado, y algunas reflexiones al hilo de las peculiaridades de la tentativa inidónea. *Cuadernos De Política Criminal*, (125, II), 71-105. Accedido el 21 de abril 2021 en <http://digital.casalini.it/4433255>.

SERRANO-PIEDECASAS, J. (1999). Fundamento de la Punición en la Tentativa. *Nuevo Foro Penal*, 61, 3-34.

SOLA RECHE, E. (2000). Fundamento de la punición de la tentativa y prototipo de lo injusto penal. *Anales De La Facultad De Derecho. Universidad De La Laguna*, (17), 309-336.

## 7 Anexo de jurisprudencia

### 1990

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 6779/1990, de 2 de octubre de 1990 (ECLI: ES:TS:1990:6779; ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater).

### 1993

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1532/1993, de 12 de marzo de 1993 (ECLI: ES:TS:1993:1532; ponente: Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto).

### 1994

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1811/1994, de 17 de marzo de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:1811; ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro).

### 1996

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1018/1996, de 16 de diciembre de 1996 (ECLI: ES:TS:1996:7262; ponente: Excmo. Sr. Manuel Areal Álvarez).

### 1998

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1174/1998, de 7 de octubre de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:5706; ponente: Excmo. Sr. Eduardo Moner Muñoz).

**1999**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) núm. 100/1999, de 24 de febrero de 1999 (ECLI: ES:APM:1999:2306; ponente: Excma. Sra. María Paz Batista González).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 823/1999, de 27 de mayo de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:3715; ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 842/1999, de 28 de mayo de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:3742; ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1000/1999, de 21 de junio de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:4373; ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1174/1999, de 14 de julio de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:5102; ponente: Excmo. Sr. Roberto García-Calvo Montiel).

**2000**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 150/2000, de 10 de marzo de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:1926; ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 379/2000, de 13 de marzo de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:1966; ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater).



- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) núm. 7137/2000, de 1 de junio de 2000 (ECLI: ES:APB:2000:7137; ponente: Excmo. Sr. Luis Fernando Martínez Zapater).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 992/2000, de 2 de junio de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:4541; ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) núm. 125/2000, de 24 de octubre de 2000 (ECLI: ES:APSE:2000:4639; ponente: Excmo. Sr. José Manuel de Paul Velasco).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1866/2000, de 5 de diciembre de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:8986; ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron).

<b>2001</b>
-------------

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), núm. 41/2001, de 16 de febrero de 2001 (ECLI: ES:APSE:2001:821; ponente: Excmo. Sr. José Manuel de Paul Velasco).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1124/2001, de 13 de junio de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:5063; ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) núm. 12026/2001, de 21 de diciembre de 2001 (ECLI: ES:APB:2001:12026; ponente: Excmo. Sr. Augusto Morales Limia).

<b>2002</b>
-------------

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1243/2002, de 2 de julio de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:4886; ponente: Excmo. Sr. José Aparicio Calvo-Rubio).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1311/2002, de 9 de julio de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:5107; ponente: Excmo. Sr. Enrique Abad Fernández).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) núm. 962/2002, de 30 de octubre de 2002 (ECLI: ES:AP B:2002:10913; ponente: Excmo. Sr. José Carlos Iglesias Martín).

## 2003

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 2122/2002, de 20 de enero de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:183; ponente: Excmo. Sr. Eduardo Moner Muñoz).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) núm. 214/2003, de 11 de marzo de 2003 (ECLI: ES:APM:2003:3080; ponente: Excma. Sra. Carmen Orland Escamez).

## 2004

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 630/2004, de 18 de mayo de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:3373; ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 749/2004, de 7 de junio de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:3901; ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer).

## 2005

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 78/2005, de 28 de enero de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:408; ponente: Excmo. Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) núm. 79/2005, de 24 de febrero de 2005 (ECLI: ES:APM:2005:1861; ponente: Excma. Sra. Araceli Perdices López).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) núm. 448/2005, de 27 de mayo de 2005 (ECLI: ES:APB:2005:5587; ponente: Excmo. Sr. José María Assalit Vives).

## 2006

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) núm. 542/2006, de 26 de junio de 2006 (ECLI: ES:APB:2006:6635; ponente: Excma. Sra. María Dolores Balibrea Pérez).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) núm. 12069/2006, de 18 de diciembre de 2006 (ECLI: ES:APB:2006:12069; ponente: Excma. Sra. María Dolores Balibrea Pérez).

## 2007

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 289/2007, de 4 de abril de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:2284; ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García).

## 2008

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) núm. 33/2008, de 14 de enero de 2008 (ECLI: ES:APSE:2008:242; ponente: Excmo. Sr. José Manuel de Paul Velasco).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) núm. 18/2008, de 30 de junio de 2008 (ECLI: ES:APM:2008:9378; ponente: Excma. Sra. María Tardón Olmos).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) núm. 524/2008, de 21 de julio de 2008 (ECLI: ES:APB:2008:6906; ponente: Excma. Sra. Beatriz Grande Pesquero).

## 2009

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª) núm. 244/2009, de 13 de febrero de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:3011; ponente: Excma. Sra. María del Pilar Pérez de Rueda).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1002/2009, de 20 de abril de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6192A; ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21ª) núm. 181/2009, de 28 de julio de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:15016; ponente: Excma. Sra. Teresa de la Concepción Costa Vaya).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 963/2009, de 7 de octubre de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6530; ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

## 2010

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) núm. 2/2010, de 12 de diciembre de 2010 (ECLI: ES:APM:2010:352; ponente: Excmo. Sr. Alejandro María Benito López).

## 2011

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) núm. 243/2011, de 8 de junio de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:6952; ponente: Excmo. Sr. Francisco Jesús Serrano Gassent).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1100/2011, de 27 de octubre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:7301; ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1973/2011, de 15 de diciembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:13069A; ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez).

<b>2012</b>
-------------

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 29/2012, de 18 de enero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:397; ponente: Excmo. Sr. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 294/2012, de 26 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3740; ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 899/2012, de 2 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7838; ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 858/2012, de 6 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7270; ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta).

<b>2014</b>
-------------

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) núm. 4/2014, de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:APM:2014:566; ponente: Excmo. Sr. Ignacio José Fernández Soto).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 332/2014, de 24 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1927; ponente: Excmo. Sr. Candido Conde-Pumpido Touron).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 764/2014, de 19 de noviembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:5078; ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron).

<b>2015</b>
-------------

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) núm. 2043/2015, de 5 de febrero de 2015 (ECLI: ES:APSE:2015:2043; ponente: Excma. Sra. María del Carmen Barreiro Rodríguez).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª) núm. 431/2015, de 12 de mayo de 2015 (ECLI: ES:APB:2015:4635; ponente: Excmo. Sr. Andrés Salcedo Velasco).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) núm. 545/2015, de 29 de junio de 2015 (ECLI: ES:APB:2015:6191; ponente: Excma. Sra. María Dolores Balibrea Pérez).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª) núm. 590/2015, de 30 de setiembre de 2015 (ECLI: ES:APM:2015:14602; ponente: Excmo. Sr. Francisco Buenaventura Ferrer Pujol).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 701/2015, de 6 de noviembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4845; ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García).

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 693/2015, de 7 de noviembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4732; ponente: Excmo. Sr. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

## 2016

- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 441/2016, de 17 de marzo de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:2632A; ponente: Manuel Marchena Gómez).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 245/2016, de 30 de marzo de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1510; ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

## 2017

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 985/2016, de 11 de enero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:36; ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz).

## 2018

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª) núm. 106/2018, de 26 de febrero de 2018 (ECLI: ES:APB:2018:4426; ponente: Excmo. Sr. María José Trenzado Asensio).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 101/2018, de 28 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:650; ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª) núm. 385/2018, de 29 de junio de 2018 (ECLI: ES:APB:2018:9378; ponente: Excmo. Sr. Jesús Navarro Morales).

## 2019

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) núm. 353/2019, de 28 de mayo de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:16712; ponente: Excmo. Sr. Guillermo Benlloch Petit).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 431/2019, de 1 de octubre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:2954; ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet).

## 2020

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 22/2020, de 28 de enero de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:259; ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 86/2020, de 3 de marzo de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:924; ponente: Excmo. Sr. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) núm. 393/2020, de 6 de julio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:7064; ponente: Excmo. Sr. Ignacio de Ramón Fors).

## 2021

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 284/2021, de 30 de marzo de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:1159; ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez).