



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La tentativa inidónea.
Estudio doctrina y jurisprudencial

Presentado por:

Jorge Antonio Fernández González

Tutelado por:

Alejandro Luis de Pablo Serrano

Valladolid, 25 de noviembre de 2020

ÍNDICE.....	3
Resumen y Abstract.....	4
1. Introducción y planteamiento general.....	5
2. Origen de la figura, antecedentes y regulación legal vigente.....	8
2.1. Origen y antecedentes: hasta 1995	8
2.2. Regulación legal vigente.....	11
3. Interpretaciones doctrinales de la tentativa inidónea y su eventual sanción por el artículo 16.....	15
3.1. Posiciones de la doctrina científica.....	15
3.2. Fundamento punitivo de las tentativas inidóneas.....	21
3.2.1. Concepción subjetiva.....	22
3.2.2. Concepción objetiva.....	23
3.2.3. Concepciones mixtas o dualistas.....	25
4. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.....	27
4.1. Acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo, adoptado por el Pleno de la Sala Segunda, en fecha de 25 de abril de 2012.....	31
4.2. STS 9619/1992, de 30 de enero.....	32
4.3. STS 3740/2012, de 26 de abril.....	34
5. Conclusiones.....	40
6. Fuentes Bibliográficas.....	43
7. Anexos.....	47
7.1. Legislación empleada.....	47
7.2. Jurisprudencia consultada.....	47
7.3. Recursos virtuales.....	48

RESUMEN:

En el presente trabajo analizaremos la naturaleza y evolución en el derecho español de la institución jurídica de la tentativa inidónea, así como las diferentes teorías que buscan un fundamento para justificar su punición. También se expondrá tanto el debate surgido en la doctrina de nuestro país a raíz de la reformulación de la definición de la tentativa del art. 16 CP a causa de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, como de la repercusión jurisprudencial que ello produjo en relación a la sanción por parte del Tribunal Supremo de los supuestos inidóneos con ejemplos de casos concretos.

PALABRAS CLAVES:

Código Penal de 1995 – Artículo 16 CP – Tentativa - Tentativa inidónea - Idoneidad – Inidoneidad – Delito Imposible - Fundamentos de Punición – Doctrina – Jurisprudencia - Objetivamente – Peligrosidad

ABSTRACT:

The present aims to study the institution of the impossible attempted crime. We will analyse its nature and evolution in the Spanish Law, as well as the different theories that seek a basis to justify its punishment. We will also study the arising debate in the national doctrine as a result of the reformulation of the attempt's concept on the 1995 Criminal Code art. 16 CP and its jurisprudential influence in the Supreme Court doctrine accompanied with examples of concrete cases.

KEY WORDS:

Criminal Code of 1995 - Attempted crime - Impossible attempted crime – Punishment - Supreme Court – Unsuitable – Dangerousness -

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO GENERAL.

La tentativa inidónea o delito imposible, que será objeto del presente trabajo, viene cuestionando durante décadas su encaje en la institución del delito penal. La cuestión ha generado en la doctrina, tanto española como internacional, un intenso debate para su adecuado encuadre, englobando incluso su cuestionada, para algunos, punibilidad o necesidad de la misma. El *Diccionario Panhispánico de Español Jurídico* define este tipo de tentativa como la “*forma imperfecta de consumación que se produce cuando el sujeto activo principia la ejecución del delito pero no se produce el resultado típico por inidoneidad del objeto, de los medios empleados o del sujeto*”¹

Siguiendo a Vives Antón² en su concepción significativa de la acción, dejamos de percibir la misma como un mero hecho físico, fundado en concepciones ontológicas, para entenderla en función de su significado, lo que nos exige una posterior interpretación de acuerdo a las normas vigentes para determinar si es o no penalmente relevante, ya que como sabemos, para el Derecho no existe ninguna acción sino está previamente definida en un texto normativo. Así, no podríamos imaginarnos un ejemplo más inocuo que el de proveer a una embarazada de una taza de manzanilla, salvo que esta acción para el autor suponga una intentona de provocarle el aborto, y que por tanto dependerá de la regulación establecida para considerar la acción sancionable³.

Ahora bien, solo cuando el delito haya alcanzado la fase externa del *iter criminis*, cuando se ha exteriorizado la acción de una manera contraria a Derecho, imbuida de la voluntad criminal del sujeto, adquiere relevancia para el Derecho y puede llegar a constatarse como típica y punible. Hasta entonces, la fase donde discurre la ideación, deliberación y resolución por parte del sujeto, la denominada fase “interna”, queda fuera del alcance de la ley en virtud del principio de ofensividad. En la tentativa, la ejecución del delito llegará a iniciarse, esto es, el sujeto cambia de la fase interna a la externa y manifiesta su voluntad criminal para atentar o poner en peligro un bien jurídico, al menos en abstracto (algo que discutiremos más en profundidad avanzado el trabajo), pero el delito no llega a consumarse, no por la propia

¹ Diccionario Panhispánico de Español jurídico, consultado a 15 de octubre de 2020 en: <https://dpej.rae.es/lema/tentativa-de-delito-inid%C3%B3nea>

² Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L., *Compendio de derecho penal parte general*, 8ª edición, Tirant lo blanch, Valencia 2019, p. 217 y ss.

³ Caso de tentativa irreal, impune en la mayoría de ordenamientos, incluido en el nuestro.

representación que se crea el autor de cómo perpetrar el delito o por desistimiento, sino por no ser suficientes los medios que destina o emplea para ello (utiliza aspirinas en vez de veneno, el arma empleada está descargada, blande un cuchillo de goma...), o por ser medios supersticiosos o irreales (pide a un demonio que mate a alguien, pretende generar una enfermedad a otra persona rezando, acude al vudú...); o porque en el momento de la ejecución ya no existía el bien jurídico que pretende atacar (proporciona un abortivo a quien no está embarazada o dispara contra un cadáver, roba algo que es suyo...); o incluso podría aparecerse la inidoneidad, para algunos autores, en el elemento del sujeto⁴ (casos en los que el ordenamiento castiga en atención a la categoría o circunstancias personales del autor; - véase funcionarios públicos -: el sujeto creyéndose en esta condición trataría de ejecutar actos propios de funcionarios, por ejemplo, cohecho...).

La punibilidad de tales conductas dependerá de la política criminal que siga el legislador de cada Estado, optando algunos por la efectiva punición de la mismas, ya sea de manera expresa como lo hacía nuestro código anterior, o tácita, como veremos que interpreta el articulado vigente buena parte de nuestra doctrina y Tribunal Supremo; o también por su impunidad, al menos de los supuestos que no impliquen un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico. De las mismas políticas provendrá igualmente la cuantificación de las penas imponibles, expresando nuestro texto legal la reducción de la pena en uno o dos grados respecto a la establecida por la Ley para el delito consumado, atendiendo para ello al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado (art. 62 CP).

Tras la reforma de 1995 constatamos que en el Código Penal se abandona cualquier referencia expresa al castigo de la tentativa inidónea o delito imposible como sí lo hacía el de 1973 CP, en su art. 52 “*A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.*”

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.” Y se refuerza la definición objetiva de la tentativa, limitando la posible punibilidad de la caracterizada como inidónea. Actualmente tal concepto se ubica en el art. 16.1 CP el que entiende que “*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*”. La inclusión del adverbio

⁴ Algunos estudiosos opinan que esta categoría debería incardinarse dentro de los delitos putativos.

“objetivamente” respecto a los actos que deberían ocasionar el resultado, circunscribe el castigo, para muchos, a los actos que, aunque sean en abstracto, entrañen un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico relevante, si bien para otros tantos supone la determinación definitiva de la impunidad de los delitos imposibles o tentativas inidóneas.

En consecuencia, parte de la doctrina y jurisprudencia argumentan que habrá de discriminar entre dos categorías de delitos imposibles, las tentativas aquejadas de una inidoneidad relativa, donde los actos que se ejecuten, analizados desde una posición *ex ante* y objetivamente considerados, desde la postura de un hombre medio, puedan entenderse como aptos para la consecución del propósito criminal, que sí habrán de ser castigadas, aunque una vez resuelto el intento, por su propia naturaleza o circunstancias no se logre (realizar un botrón en una tienda en la que resulta que todos los productos habían sido previamente relocalizados por obras en el local, como caso de inexistencia de objeto; que la bomba colocada por el terrorista, por insuficiencia de material explosivo, no alcanza a derribar la pared tras la cual se hallaba la pretendida víctima, como caso este referente a los medios); y las que, por otra parte, adolecen de una inidoneidad absoluta, donde en ningún caso podría conseguir su objetivo criminal, y que por tanto, han de quedar impunes por tratarse de casos en los que el objeto o el medio empleado son completamente inadecuados en cualquier circunstancia. disparar con intención de matar a lo que resulta ser un cadáver, o tratar de asesinar con una pistola de fogeo.

A lo largo de las siguientes páginas analizaremos la naturaleza de la figura, su primera aparición en el ordenamiento español, así como su evolución a través del tiempo en los textos legales de nuestro país hasta llegar a nuestros días y el presente Código Penal de 1995, cuya nueva definición de tentativa ha alterado el tablero de juego al eliminar la referencia expresa a esta categoría penal y objetivar los requisitos requeridos para su apreciación. También se abordará la situación previa en la doctrina científica y el debate que tales modificaciones suscitó y viene suscitando en la actualidad, junto con una exposición de las diferentes posiciones y teorías que argumentan tanto a favor y en contra de su castigo, en qué ha de basarse este y bajo qué parámetros. Por último, se expondrá cómo ha sido tratada esta figura por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con análisis de supuestos reales sentenciados por nuestro más Alto Tribunal.

2. ORIGEN DE LA FIGURA, ANTECEDENTES Y REGULACIÓN LEGAL VIGENTE.

2.1. Origen y antecedentes: hasta 1995

La presencia de la tentativa inidónea en los códigos decimonónicos es nula en cuanto a su referencia expresa en los textos legales, sin embargo, para Belestá Segura⁵ sí puede observarse su localización, tácita, en los diferentes articulados.

Con una inicial postura subjetivista del legislador, el Código de 1882 define, en su quinto artículo, la institución de la tentativa como “la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio a la ejecución del delito o la prepare”, entendiéndose castigado pues, en virtud de la voluntad contraria a la norma del autor, el tipo inidóneo.

Posteriormente, se produce un giro en las concepciones para pasar a predominar el tablero político una postura más objetiva; así, en el artículo tercero de los Códigos promulgados en 1848 y 1850, la definición cambia entendiéndose que existe tentativa “cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no prosigue en ella por cualquiera causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”. De todos modos, observamos que mantiene su punición tácita, aunque únicamente sobrevive hasta el último de los Códigos de este siglo, el de 1870, donde finalmente el legislador opta, a mi entender como el de Belestá Segura, por su exclusión al quedar redactado ahora el concepto como sigue: “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el resultado, por causa o accidente que no sean su propio o voluntario desistimiento”.

⁵ Belestá Segura, L. “La Tentativa inidónea en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, N° 5595, Sección Doctrina, 25 de Julio de 2002, Año XXIII, , págs. 1558 y ss. Nota al pie 7ª

Se inicia el siglo con una perspectiva continuista en materia de tentativa. El Código Penal de 1928 se refiere a esta figura en el artículo 38 y mantiene la exigencia de “actos de ejecución que debieran producir el resultado”.

Las mismas conclusiones se obtendrán del análisis del Código republicano de 1932⁶, sin dejar de hacer mención a la Ley de Vagos y Maleantes, promulgada el 4 de agosto del año posterior, donde se recogía, en su artículo noveno, párrafo cuarto: “Los hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto(...), podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad”. Estableciendo la posible aplicación de medidas de seguridad en atención a la peligrosidad de los mismos.

Y es precisamente de aquí donde aparecen tanto la tentativa inidónea, debida a la falta de medios adecuados de ejecución, como el propio y peculiar delito imposible, por inexistencia de objeto o sujeto pasivo sobre los que recae la acción, equiparando ambos supuestos y sancionándolos con la calificación de la tentativa ordinaria en el nuevo artículo 52.2 del Código Penal de 1944, siendo la primera vez que se hacía referencia expresa a la tentativa inidónea en un Código Penal en España⁷. Con el mismo tenor y ubicación, el Código Penal de 1973⁸ hace suya la definición de tentativa rezando “*A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.*” De esta manera, ambos legisladores -1944/1973- facultan al juzgador para sancionar con la misma pena tanto la tentativa idónea como la inidónea. Destacando aquí que el propio Tribunal Constitucional se pronunció en mayo de 1985 en el sentido de que la construcción legal del delito imposible no contravenía el principio de presunción de inocencia.⁹

En el ámbito jurisprudencial de la época (SSTS de 24 mayo 1982, de 11 octubre 1983, de 5 diciembre 1985, entre otras), la tentativa inidónea suponía, entonces, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados

⁶ Una vez proclamada la Segunda República, el Gobierno provisional derogó la legislación penal previa, incluido el Código Penal de 1928, retornando al de 1870. Sirviéndose de este para la redacción del propio de 1932.

⁷ Vid. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 346

⁸ No es realmente tal, sino un Texto Refundido de obras previas.

⁹ STC 70/1985 de 31 de mayo, F J 5.

(imposibilidad de ejecución) o a la inexistencia del objeto (imposibilidad de producción) sobre el que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez.

Vemos, por tanto, cómo en estos dos últimos Códigos se admitía plenamente la punición de la tentativa imposible donde la inidoneidad aquejaba al objeto, al medio y, para algunos, el sujeto¹⁰. Esta postura vino a confirmarse por la STS de 30 de enero 1992, donde la Sala Segunda afirmó que esta figura constituía una realidad con sustantividad propia, configurándose el párrafo segundo del artículo 52 como una causa o norma imperativa de extensión de la pena que convertía en típicos comportamientos que propiamente no lo son a tenor del artículo tercero del mismo Código¹¹ (y así se sostuvo posteriormente en SSTs 25 de mayo 1994, 28 de septiembre 1994). La STS de 12 de marzo 1993 señalaba que se “distiende y amplía los límites normales de la punibilidad por razones de política criminal, aceptando criterios mixtos, subjetivos-objetivos, sobre los rigurosamente objetivos en que se asientan la tentativa y la frustración”

En la doctrina de la época, expone Cerezo¹², pueden distinguirse dos posiciones claras: por un lado, un sector minoritario compuesto, entre otros, por Rodríguez Devesa, Serrano Gómez o Antón Oneca, quienes sostenían la punición de únicamente las denominadas *tentativas relativamente inidóneas*, y abogaban, por tanto, por la impunidad de las absolutamente inidóneas y, con mayor razón, de las irreales. Por otro lado, la tendencia mayoritaria, acogida por el Tribunal Supremo, que contaba entre sus representantes con autores como Cerezo Mir, Córdoba Roda o Rodríguez Mourullo, incluía dentro del ámbito de punición no solo la relativa, sino que también la que adolecía de una inidoneidad absoluta, con exclusión de la tentativa irreal.

Así las cosas, nos adentraremos ahora en el cambio de paradigma que supuso la promulgación del Código Penal de 1995, en el que la reformulación de la definición de la

¹⁰ Vid. Sánchez Domingo, M. B. y Pérez Parente, J. A., “Acercas de la Punición de la Tentativa Inidónea”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, tomo 1. p.1. Ambos autores sostienen que el mencionado código excluye tácitamente los casos de inidoneidad del sujeto, discusión debatida por la doctrina de la época donde algunos llegaron a situar estos casos en sede de delito putativo.

¹¹ Art. 3 C.P. 1973 “*Son punibles: el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir. Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.*”

¹² Vid. CERREZO, «La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 1998, pág. 20.

tentativa de su artículo decimosexto causó verdaderos problemas a los estudiosos del derecho para encuadrar en él la punición de la tentativa inidónea.

2.2. Regulación legal vigente.

El Código Penal de 1995, en vigor, incorporó importantes cambios en lo que se refiere al estudio de la tentativa. Podemos destacar tres de las novedades más relevantes¹³:

- La unificación de los artículos tercero y quinto del predecesor Código, provocando de esta manera la extinción de la disparidad que venía existiendo en nuestro sistema entre la tentativa y la frustración. Ello no significaba la eliminación de la sanción propia correspondiente a la tentativa acabada o inacabada.
- Nueva regulación del desistimiento: se admite la existencia desistimiento en los casos de ejecución ya iniciada tanto inacabada como acabada, a través del impedimento de la producción del resultado, para pasar a responder únicamente por los actos ya ejecutados si estos fueran ya constitutivos de delito o falta.¹⁴
- La reformulación del concepto de tentativa, en la que ahora ahondaremos con mayor profundidad, siendo tal modificación el elemento más relevante para nuestro estudio.

El art. 16 del Código Penal define la tentativa, ahora sin referencias al delito imposible, como sí lo hacía su primitiva versión en el aludido párrafo segundo del artículo 52, que regulaba “*los casos de imposibilidad de producción o de ejecución del delito*”. Por la vía del delito imposible la doctrina hallaba justificación de la punición de la tentativa inidónea. Por ello, con el Código de 1995, un sector de la doctrina considera ahora que el legislador ha dejado fuera de la sanción penal la tentativa inidónea, al menos la modalidad que adolece de inidoneidad absoluta, aquella en la que es imposible de alcanzar la consumación en cualquier término.

Esta nueva redacción pone de manifiesto la clara voluntad objetivadora que se ha querido impregnar a la institución de la tentativa, declarando su existencia cuando “*el sujeto da principio*

¹³ Cfr. Beleta Segura, L. “La Tentativa inidónea en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, N° 5595, Sección Doctrina, 25 de Julio de 2002, Año XXIII, p.1.

¹⁴ Institución suprimida en la actualidad a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, donde se incorporaban los delitos leves.

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?

Las razones que se han esgrimido por parte de la doctrina y la jurisprudencia acerca del porqué de esta novación responden, en opinión de López Garrido y García Arán¹⁵, al principio de lesividad: se exige una afectación más elevada de , bienes jurídicos; por su parte, aboga Herrero Herrero¹⁶ por la pretensión de respeto al principio de proporcionalidad entre la pena y el grado de realización del delito, ya que, como señalábamos, dejaba en manos del juzgador la posibilidad de castigar con la misma severidad las idóneas como las inidóneas; aunque otros autores entienden simplemente que era superflua o innecesaria dicha mención por parte del legislador, y que el empleo del término “objetivamente” (el cual analizaremos profusamente en las siguientes páginas) serviría para discriminar del ámbito de punición a la tentativa irreal, no impidiendo con esto el sometimiento al mismo de los delitos imposibles no irreales. Finalmente el Tribunal Supremo manifiesta que con este paso se contribuye a un cambio de concepciones, donde aquella referencia “*contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si este fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva*”¹⁷

Ante esta nueva realidad encontramos, en muy resumidas cuentas, dos posturas en nuestra doctrina contemporánea¹⁸, que discute acerca de si la redacción actual justifica la punición de la tentativa inidónea, y en qué términos. La sección que cuenta con menores representantes sostiene su impunidad, basándose, por un lado, en la supresión de la referencia directa que establecía el art. 52 CP de 1973, y por otro, en la inclusión de la locución “objetivamente” en la vigente definición de tentativa, que parecería hacer alusión a la cualidad de la acción sin cuya concurrencia no podría considerarse sometida al castigo penal. En cambio, es el sector mayoritario quien sostiene una postura favorable, donde con matices dependiendo del autor al que acudamos se opta por una teoría mixta: la definición anterior descansaba sobremanera en la peligrosidad aislada de la voluntad contraria a la norma del autor, por lo que ahora se opta por el equilibrio al incorporar una mayor presencia de las posiciones objetivistas respecto a la efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos; y todo ello con exclusión de

¹⁵ Vid. López Garrido, D. y García Arán, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, op. cit., págs. 45 y 46.

¹⁶ Herrero Herrero, C., *Introducción al nuevo Código Penal (Parte General y Especial)*, 1996, págs. 143 y 144

¹⁷ STS 3740/2012, de 26 de abril, F J 8

¹⁸ Analizaremos con más detenimiento los postulados doctrinales acerca del art. 16 CP. en un apartado propio más avanzado el trabajo.

sanción para la tentativa irreal o supersticia¹⁹, sobre lo que sí que existe un consenso, podríamos afirmar, generalizado.

Respecto al citado adverbio (“objetivamente”), su interpretación supone otro de los elementos centrales del debate. Una apreciación estricta y restrictiva, ciñéndonos al tenor del articulado, nos avocaría prácticamente a la afirmación de que en nuestro sistema actual la tentativa inidónea ha dejado de ser punible. Esta opción es la menos secundada entre los operadores jurídicos: algunos aplican la objetividad a los actos objetivamente considerados; otros, al modo que ha de evaluar el juzgador la idoneidad de la conducta; el Tribunal Supremo entiende que la objetividad se refiere a la forma de considerar los actos del autor de modo que revelen su aptitud racional para poder ocasionar la consumación.

En el ámbito jurisprudencial, aunque el Tribunal Supremo emitió en los primeros años tras la promulgación del Código, algunas sentencias contrarias al castigo de supuestos inidóneos en base a la regulación sustantiva²⁰, es a partir de 1999 cuando asentó, de manera firme e inequívoca, la punibilidad de las tentativas inidóneas que se desarrollan objetivamente conforme al plan del autor²¹. Así se aprecia, entre otras, en las SSTS de 13 de marzo 2000, de 7 de junio 2004 o de 13 de abril 2006. Rechazaba de esta manera la interpretación más rigurosa del término y lo reinterpretaba en el sentido de que el plan o actuación del autor, objetivamente considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

A la hora de la determinación de la pena, encontramos la regla general de aplicación de la pena de tentativa en el artículo 62 CP: para “los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”. Esta previsión vino a sustituir la correspondencia necesaria que el Código derogado establecía entre la rebaja punitiva en un solo grado, o en uno o en dos, para el tipo de frustración o tentativa (párrafos segundo y tercero del art. 3) respectivamente²². Algunos autores entienden que, dado que el precepto omite referencias al delito imposible y a la tentativa inidónea y por mandato del art. 4.1²³, hay que afirmar la impunidad del delito

¹⁹ Ejemplo: tratar de matar con rezos o lesionar a través de conjuros.

²⁰ Vid. STS 842/1999 de 25 de mayo.

²¹ Cfr. Caballero Brun, F. “Tentativa inidónea y su punibilidad en el Derecho Español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°13, 2010, p. 117.

²² Gili Pascual, A. “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado” *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, n° 2, 2012.

²³ Art. 4.1 CP 1995 “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”

imposible y la tentativa inidónea²⁴ ; otros afirman que la expresión “peligro inherente al intento” acogería entonces la tentativa relativamente inidónea.²⁵

Asistimos en los últimos tiempos al abandono de la distinción clásica, expuesta en la introducción, entre tentativas relativamente inidóneas y absolutamente inidóneas por parte de la doctrina mayoritaria. Como afirma Mir Puig²⁶, todo intento inidóneo, observado en particular, permanecerá siéndolo siempre que se den todas las circunstancias que lo hacen inidóneo imposibilitando su consumación, así como desde una perspectiva en abstracto, toda tentativa inidónea podría, hipotéticamente, llegar a producir el resultado²⁷, dependiendo al fin y al cabo del grado de abstracción con el que nos aproximemos al supuesto, siendo poco útil entonces la disyuntiva planteada. De todas formas, concluye Mir, la definición de tentativa del art. 16 CP no contiene ningún elemento que aconseje tal distinción: *no adopta un punto de vista abstracto o genérico, puesto que no se refiere a actos que en otros casos deberían producir el resultado.*”

²⁴ Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, T. II. Aranzadi, Navarra, 1997, págs. 221 y ss; Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T., *Derecho Penal, Parte General, falta editorial y ciudad*, 1996, pág. 656.

²⁵ Soto Nieto, F. “Tentativa Relativamente Inidónea. Punibilidad”, *Diario La Ley*, 2000, , tomo 7, p. 2

²⁶ Cfr. Mir Puig, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 1695-0194, N.º. 3, 2001

²⁷ Alcácer Guirao, R. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Ed. Comares, Granada, 2000.p.138.

3. INTERPRETACIONES DOCTRINALES DE LA TENTATIVA INIDÓNEA Y SU EVENTUAL SANCIÓN POR EL ARTÍCULO 16.

3.1. Posiciones de la doctrina científica.

A continuación, pretendemos hacer una exposición de las posturas de las mejores aportaciones de nuestra doctrina. La pregunta que queremos responder es ¿cómo encajan en la original definición de tentativa la punición de la tentativa inidónea y delito imposible. La cláusula del art. 16 CP según la cual “*todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*” puede interpretarse de modos bien distintos. Si partimos en primer lugar de la lectura más estricta posible del término, deberíamos tomar en consideración “*todos los elementos realmente concurrentes en el intento, tanto los que conocía el autor, como los que antes o después se pongan de manifiesto*”²⁸. Este planteamiento es de los menos perjudiciales para el autor del intento: provoca un análisis *ex post* de todas las circunstancias acaecidas que, por definición de la institución, nunca llevarían a la producción del resultado, sin embargo podría abocarnos a la peligrosa salida de la impunidad de todo tipo de tentativas. La predestinación de estas tentativas a la frustración sitúa en el mismo plano atentados claramente desiguales que habrían de tratarse con criterios distintos: no es lo mismo un homicidio frustrado por el empleo de lo que resultaría ser azúcar a modo de veneno vertido en la comida, que el supuesto en el que el fallo se halle en la cantidad de auténtico veneno ciertamente suministrado por no haber sido este suficiente de acuerdo con las condiciones físicas de la hipotética víctima.

En cambio, si acudimos a uno de los sentidos más laxos de la exigencia de objetividad en los actos ejecutivos, para Mir Puig solo puede entenderse en el sentido de la “intersubjetividad”.²⁹ Es decir, cualquier observador medio desde una posición *ex ante* hubiera considerado, con la diligencia debida, como plausible la consecución del intento observando la acción a ojos del autor, aunque del resultado posterior se apreciase su imposibilidad. Por tanto, existiría tentativa inidónea cuando una vez se conocen todas las circunstancias del hecho (*ex post*), la acción aparece como incapaz de lesión desde un primer momento.

²⁸ Mir Puig, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º. 3, 2001.

²⁹ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. PPU, Barcelona, 2008, págs. 347 y ss.

Discípulo del anterior, Silva Sánchez, uno de los autores que tampoco comparte la clásica distinción entre las tentativas relativamente inidóneas y las absolutamente inidóneas, abraza la tesis de su maestro, pero introduciendo en la ecuación la *teoría del consenso*, según la misma el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad es el consenso cultural.³⁰ En virtud de ella es capaz de distinguir cuatro clases de tentativas:

- La tentativa idónea, cuya peligrosidad *ex ante* compartirían todos y que *ex post* se seguiría estimando normalmente peligrosa.
- La tentativa inidónea, que se mostraría como peligrosa *ex ante* y *ex post* como no peligrosa.
- La tentativa *ex ante* no peligrosa. Aunque aquí distingue los casos más cercanos al grupo 1 y los más cercanos al grupo 2.³¹
- La tentativa irreal.

Este planteamiento parte de la tradicional *teoría de la impresión*³², que sostenía la punibilidad de la tentativa “porque la actuación de la voluntad contraria al derecho (componente subjetivo), posee la capacidad de perturbar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (componente objetivo)”³³. El inicio de ejecución de un delito de violación o de un homicidio produciría una sensación de reprobación social, aunque el ataque al bien jurídico no llegue a consumarse, es más, la alarma social se incrementaría si tales hechos no fueran merecedores de sanción penal.³⁴

Continuando con las propuestas de interpretación flexible de la objetividad, aquella que parte de la representación subjetiva de las circunstancias por parte del autor, merece apuntarse aquí la tesis de Gimbernat, cuya aportación destacada es la identificación del elemento objetivo con el conocimiento nomológico de las leyes causales generalmente aceptadas. La valoración del intento objeto de análisis habría de hacerse situándose abstractamente en el lugar de “un

³⁰ Silva Sánchez, J., *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 132.

³¹ Beleta Segura, L. “La Tentativa inidónea en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, N° 5595, 25 de Julio de 2002, p. 6

³² Que cosechó mucho respaldo en la doctrina alemana, no así en la española.

³³ Serrano-Piedecabras, J.R, “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal*, N°61, agosto 1999, p.16

³⁴ Sánchez Domingo, M. B. y Pérez Parente, J. A. “Acerca de la Punición de la Tentativa Inidónea”, *Diario La Ley*, 1998, tomo 1, p. 9

hombre medio con base en un conocimiento objetivo de las leyes de la naturaleza” y con el mismo conocimiento y desconocimiento parcial del autor³⁵. Para la determinación de la punibilidad del intento parte de la conducta del sujeto (tanto en su vertiente objetiva como subjetiva), y emplea, al igual que Ganzenmüller, Escudero y Frigola³⁶, criterios que radican tanto en la peligrosidad de la conducta, como en su potencial lesividad para el bien jurídico tutelado, todo ello desde una perspectiva *ex ante*³⁷. Precisa Muñoz Conde que “si con esta consideración objetiva *ex ante*, el agente podía razonablemente pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que, *ex post*, dicha consumación hubiera sido imposible”³⁸.

También Conde Pumpido Ferreiro se muestra favorable a la interpretación de que la voluntad del legislador en la exigencia de “los actos que objetivamente debieran producir el resultado” expresa su voluntad de que la evaluación de la idoneidad de la conducta se lleve a cabo objetivamente y *ex ante*. Arguye que los elementos esenciales que han de ser tenidos en cuenta en el análisis casuístico son la idoneidad de las acciones y los medios empleados. Sería de esta manera punible el caso del buzo que intenta matar a su compañero con un arpón que dadas las corrientes submarinas del momento y localización concreta le hacen errar el tiro. Para él encontrarían cabida en el art. 16 CP los supuestos de inidoneidad relativa y delito imposible en sentido estricto, excluyendo las absolutas. Concluye el magistrado que “se daría tentativa punible no sólo en el caso de utilización de medios aptos para producir el resultado, sino también siempre que un espectador objetivo situado en la posición del autor y valorando *ex ante* la conducta de éste, considerase tal conducta como susceptible de crear el riesgo o la lesión para el bien jurídico, aunque *ex post* resulte que no existió tal peligro”³⁹.

Sola Reche entiende que “objetivamente” hace referencia a todo intento *ex ante* peligroso en orden a la producción del resultado buscado, “aunque acabada la tentativa se compruebe, *ex post*, la inexistencia del objeto, la inidoneidad del medio o la inidónea utilización de medios

³⁵ Gimbernat Ordeig, E., “Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de Tecnos”, en *Código Penal*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 27 y ss.

³⁶ Ganzenmüller, C., Escudero, J. F. y Frigola, J. M., *Homicidio y Asesinato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 130 y 131.

³⁷ Sánchez Domingo, M. B. y Pérez Parente, J. A. “Acerca de la Punición de la Tentativa Inidónea”, *Diario La Ley*, 1998, tomo 1, p. 4.

³⁸ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 439 y 440.

³⁹ Conde-Pumpido Ferreiro, C., «La parte General del Código Penal», ponencia en el Curso sobre *El nuevo Código Penal: Algunos aspectos de la Parte General*, organizado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, Madrid, págs. 11 a 13.

idóneos⁴⁰. Concluida la acción, y por tanto desplegados los efectos, el hecho de que no se haya logrado la consumación efectiva no debería influir en la apreciación de la peligrosidad ya que esta resulta del juicio de peligro mentalmente anticipado al inicio de la acción, que es el momento en que se hace efectiva la infracción de la norma⁴¹. Por tanto, quedarían impunes desde su punto de vista aquellos actos que objetivamente no pudieran producir el resultado. Avanzando ahora a posiciones que rechazan la punición de la tentativa inidónea a partir de la entrada en vigor del Código de 1995 y su artículo 16, hemos de comenzar con la figura de Cerezo Mir, quien expresamente constató que “una de las grandes innovaciones del nuevo Código consiste en la impunidad de la tentativa inidónea o imposible”⁴². Pero este autor, a diferencia de la doctrina mayoritaria⁴³, sostiene un concepto particular de tentativa inidónea, definiendo esta como la acción que ya se representa como no peligrosa, de imposible producción del resultado *ex ante* para un hombre medio desde la posición del autor.⁴⁴ De este modo, irónicamente, acaba coincidiendo con la doctrina más popular que considera que únicamente quedan fuera del castigo las tentativas no peligrosas *ex ante* (las que generalmente conocemos como supersticiosas o irreales)⁴⁵ y sí las inidóneas en la concepción en la que se representan como ciertamente peligrosas *ex ante*.

Conviene traer a colación la muy clarificadora conclusión a la que llega Gracia Martín del análisis de las posturas de Cerezo Mir y de Mir Puig, Gracia Martín: si bien ambos parten de conceptos diferentes, llegan a conclusiones parejas toda vez que “en ambos casos el criterio decisivo para la punibilidad de la tentativa es el de peligrosidad *ex ante* de la acción; la diferencia radica en que según la tesis de Mir Puig cabrá distinguir *ex post* entre tentativas idóneas e inidóneas, mientras que para Cerezo Mir todas las tentativas punibles vendrán ya calificadas como idóneas desde la perspectiva *ex ante* sin que quepa una ulterior distinción en perspectiva *ex post*”⁴⁶.

⁴⁰ Sola Reche, E., *La Llamada Tentativa Inidónea de Delito, Aspectos Básicos*, Comares, Granada, 1996. p. 229 y ss.

⁴¹ Cfr. Soto Nieto, F. “Nuevas Consideraciones sobre la Tentativa Relativamente Inidónea”, *Diario La Ley*, N° 6084, 13 de septiembre de 2004.

⁴² Cerezo Mir, J., “La regulación del “*iter criminis*” y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 2ª época, n° 1 (1998), pp. 20 ss.

⁴³ Que considera tentativa inidónea toda tentativa que *ex post* se demuestra como incapaz desde un principio de llegar a la consumación.

⁴⁴ Vid. Cerezo Mir, J., *Derecho Penal. Parte General*. UNED, Madrid, 1997, pág. 123.

⁴⁵ Cfr. Mir Puig, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 3, 2001.

⁴⁶ Gracia Martín L., «El *iter criminis* en el Código Penal español de 1995», *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal)*, n° 27, 1996, pág. 274.

Contrarios a la punición con base en la literalidad del artículo, también participan Rodríguez Devesa⁴⁷ y Rodríguez Mourullo⁴⁸. Este último sostiene que, debido a la exclusión de la referencia expresa en la reforma del ahora artículo 16 CP y a la omisión a las penas en el artículo 62, solo puede concluirse la impunidad de los casos de delito imposible. Sin embargo, realiza una apreciación: en determinados casos de tentativas inidóneas porque el medio es insuficiente, podría admitirse la punibilidad al haber practicado el autor, en origen, actos que objetivamente sí podían llegar a producir el resultado, poniendo en cierto grado en peligro el bien jurídico.

Gracia Martín es asimismo uno de los representantes de otro sector doctrinal, si bien minoritario. Para él, la terminología del vigente Código permitiría el castigo incluso de tentativas que no contasen con la calificación de peligrosas *ex ante*, no requiriendo siquiera la participación del peligro objetivo ni en lo referido al bien jurídico en juego, ni respecto a la propia acción llevada a cabo por el sujeto. No obstante, sí requiere que haya peligro desde la perspectiva de la particular representación del autor. En definitiva: si hay peligro desde la perspectiva del conocimiento nomológico generalmente aceptado y la del agresor, hay merecimiento de castigo con independencia de que posteriormente el error provenga de una de las concretas circunstancias del atentado⁴⁹.

Le acompaña en esta postura Bacigalupo Zapater⁵⁰, para quien dentro de su concepción de la tentativa (en sentido genérico) se engloba la de caracterización inidónea: una de las circunstancias ajenas a la voluntad del autor que impedirían alcanzar la consumación a la tentativa, sería la propia inaptitud de la acción para lograrlo. Así llega a la conclusión de que es posible el castigo de los supuestos carentes de peligrosidad *ex ante*, porque “peligro inherente no significa no punibilidad, sino que la ausencia de peligro permite reducir al máximo la pena”⁵¹ como hemos dicho, el peligro debería apreciarse desde el punto de vista del autor. “Objetivamente” es interpretado por el magistrado en el sentido de que la producción del resultado no puede hacerse depender exclusivamente de la imaginación del autor, sino que el plan representado debe tener un fundamento racional (objetivo). Quede

⁴⁷ Rodríguez Devesa, J. M. y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 791

⁴⁸ Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, T. II. Aranzadi, España, 1997, pp. 216 y ss.

⁴⁹ Gracia Martín, “Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995”, RDPC, 2ª época, n° 3 (1999), pp. 341 y ss.

⁵⁰ Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, págs. 339-340

⁵¹ Belestá Segura, L. “La Tentativa inidónea en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, N° 5595, 25 de Julio de 2002, p. 6.

decir que también participa del grupo doctrinal que abandona la añeja distinción entre tentativa relativa y absolutamente inidónea.

Por último, podemos resaltar brevemente otros dos enfoques. Primeramente, Polaino Navarrete otorga un papel decisivo a la adecuación objetiva de los actos ejecutivos propios⁵². Mantiene la exigencia de que se manifieste, *ex post*, una cierta peligrosidad para que la acción sea merecedora de sanción, excluyendo, por tanto, en un sentido objetivo, los que no apareciesen como adecuados para la consumación. Y, en segundo lugar, la interpretación colectiva de Berdugo/Arroyo/García/Ferré/Serrano⁵³: la expresión situada en el primer apartado del art. 16 CP (“deberían producir el resultado”) entraña una exigencia de idoneidad en los actos que, del mismo modo, debe originar necesariamente una situación de peligro -desvalor de resultado- que se identifica con la probabilidad de lesión del bien jurídico contra el que atenta la acción. Así, supuestos como el del intento de robo a un establecimiento que se encontraba vacío en su interior, habrían de quedar impunes dado que el desvalor de la acción es nulo y no habría ninguna posibilidad de afectar al bien jurídico.

A raíz de todo lo expuesto hasta ahora, podemos llegar a determinar con cierta perspectiva sobre el estado actual del debate, y haciendo nuestras las palabras de Mir Puig⁵⁴, que hoy en día la doctrina mayoritaria considera que el Código Penal vigente excluiría la punibilidad de las tentativas no peligrosas *ex ante* para la consideración de un hombre medio dotado de los conocimientos de la situación que tiene el autor al actuar, es decir, de las denominadas generalmente como tentativas irreales o supersticiosas. Mientras que sí reprimiría los casos donde observándose aquella -peligrosidad *ex ante*-, pese a revelarse como incapaz en el análisis *ex post*, estos reflejasen un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico, realizando el autor actos que el hombre medio entendería como aptos para la consumación del resultado tipo.

⁵² Cfr. Polaino Navarrete, M., en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp.841 y ss.

⁵³ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L. A., García Rivas, N., Ferré Olivé, J.C. y Serrano Piedecabras, J., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 281.

⁵⁴ Mir Puig, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 3, 2001.

3.2. Fundamento punitivo de las tentativas inidóneas.

Ahora bien, si definitivamente optamos por su punición, como así parece derivarse de la redacción del art. 16 CP, hemos de abordar las razones o fundamentos político-criminales que la justifican. Este sin duda ha sido uno de los mayores debates sustentados por la doctrina a lo largo de la evolución histórica de la figura, aun presente en la actualidad del Derecho.

La delimitación del fundamento, además, nos ayudará a esclarecer las diferencias existentes entre la tentativa con respecto a la tentativa inidónea, así como la diferencia entre su correlativo límite inferior, los actos preparatorios, y superior, delito consumado. De igual modo, aporta las claves para ajustar el ámbito funcional del desistimiento.

Es indudable el fundamento de las tentativas debe descansar en la prevención, como sucede con el Derecho penal mismo. Lo ejemplifica muy claramente Mir Puig situándose en el lugar de un hipotético agresor “Si obtengo la consumación, lo que era mi objetivo, puedo ser castigado, pues como mínimo he alcanzado lo que quería; y si mi tentativa no tiene éxito, cuando menos sé que no se me puede castigar”⁵⁵.

Su aproximación en la doctrina científica se ha abordado

- desde las conocidas como concepciones subjetivas, que sitúan el fundamento de la punición en la voluntad exteriorizada del autor contraria al derecho, prevaleciendo por tanto el desvalor de la acción;
- desde concepciones objetivas, situándose por el contrario el foco en el desvalor del resultado, requiriendo la puesta en peligro del bien jurídico;
- y desde las denominadas como teorías mixtas, o dualistas, donde el argumento punitivo es fruto de la conjunción de elementos objetivo-subjetivos, integrados de este modo por el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico y la resolución de cometer por parte del sujeto un hecho antijurídico.

Cada una de ellas conformadas por un complejo amalgama de particulares teorías, doctrinas y razonamientos propios de autores que abruman a cualquier investigador novel, dificultando incluso a los estudiosos una sistematización clara y sencilla.

⁵⁵ Mir Puig, S. FS für Roxin, 2001, p.747

3.2.1. Concepción Subjetiva.

Con pocos respaldos en nuestro país tanto ahora como en el pasado, es la seguida hoy mayoritariamente en Alemania, origen de las primeras apariciones a nivel jurisprudencial, por parte del *Reichtsggericht*⁵⁶ en 1880. Entonces, Von Buri afirmaría que “la evidencia de la abierta hostilidad hacia la ley, que se muestra en la voluntad dolosa, ha de ser castigada”⁵⁷

Como de ello se puede anticipar, las concepciones subjetivas basan el fundamento de la punición en la exteriorización de la acción contraria al ordenamiento jurídico por parte del autor. Se deja en segundo lugar la puesta en peligro del bien jurídico para ser lo determinante la expresión de la voluntad criminal, que constituyen sí misma el injusto. La mera manifestación de la voluntad criminal misma ya constituye una conducta merecedora del juicio de antijuricidad.

Jakobs, representante de esta concepción, que fundamenta el ilícito desde la perspectiva de la desautorización de la norma, asimila la tentativa a un quebranto absolutamente perfecto de la misma, y lo ilustra de la siguiente manera: “Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero 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”⁵⁸

Esta postura también acarrea importantes peligros. Una asunción estricta de la misma tendría severas dificultades para justificar la no extensión del ámbito de punición a los mismos actos preparatorios (reveladores de igual modo de la voluntad criminal). Así mismo veríamos diluidos los límites entre los intentos idóneos e inidóneos; y, finalmente, se extendería el castigo a las tentativas irreales y supersticiosas, en las que está ausentes toda lesividad y peligro abstracto o concreto para el bien.

⁵⁶ El Tribunal del Imperio, equivalente al Tribunal Supremo actual, con vigencia de 1879 a 1945.

⁵⁷ *Der Gerichtssaal*, Bd. 32, 1880, p. 321.

⁵⁸ Serrano-Piedecabras, J.R, “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal*, N°61, agosto 1999, p.2, citando a JAKOBS, ob. cit., § 25/15.

Por tanto, no todo dolo contrario a la norma en sí mismo considerado interesa al Derecho Penal, sino para que eso ocurra, afirma Serrano-Piedecabras⁵⁹, “se requiere de la intermediación de un juicio de imputación, de un juicio de deber ser, que permita la selección normativa de esas manifestaciones contrarias a la norma.”

3.2.2. Concepción Objetiva

Podríamos considerar las concepciones objetivas como las predilectas de la doctrina española, que al igual que nuestro propio legislador, se han venido orientando por una versión objetivada del injusto del delito intentado. Sin embargo, estas concepciones también se caracterizan por ser las más estrictas, provocando una mayor dificultad para justificar la punición de la norma, ya que para ello requieren que la acción realizada sitúe en peligro al bien jurídico, mientras que serán impunes los intentos en los que el objeto, el medio o el sujeto no se consideren aptos para la realización del tipo.⁶⁰

Hemos de aclarar que de igual manera que hacíamos antes, aquí encontramos múltiples vertientes y teorías, y la dificultad que ello implica a la hora de sintetizarlas con el objetivo dar una imagen simple de la cuestión.

Podemos llegar a diferenciar, dentro de estas posibilidades, por un lado, la teoría objetivo formal o de la falta de tipo, que encajaría en mejores términos la reciente explicación, que excluye del castigo a aquellos supuestos en que no concurra algún elemento descrito en la ley. Por otro, las teorías objetivo-materiales que, como su denominación indica, se centran en criterios de naturaleza material, especialmente en la existencia de peligro, y debaten sobre cuándo se ha de considerar éste presente.⁶¹

59 Ibidem

60 Cfr. Sánchez Domingo, M. B. y Pérez Parente, J. A. “Acercas de la Punición de la Tentativa Inidónea”, *Diario La Ley*, 1998, tomo 1, p. 2.

61 Beleta Segura, L. “La Tentativa inidónea en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, Nº 5595, 25 de Julio de 2002, p. 3.

Un ejemplo de ellas es la defendida en nuestro país por Cobo del Rosal o Vives Antón⁶² que, en resumidas cuentas, diferencian entre inidoneidad abstracta y concreta, para identificar la primera con la virtualidad lesiva de la acción, en contraposición con la segunda, consistente en la aptitud específica del hecho para consumar el acto delictivo. Con ello alcanzan la conclusión de la impunidad de la que algunos denominan tentativa absolutamente inidónea, por la completa ausencia de peligro para el bien jurídico; sin embargo castigan la relativamente inidónea por engendrar ahora sí peligro para este. También es representante Mir Puig, para quien la punición ha de derivarse de la peligrosidad *ex ante* observada por un hombre medio, con los conocimientos del autor, si bien en lo relativo a la determinación de la cualidad de idoneidad o inidoneidad de la acción nos emplaza al análisis de la conducta desde una perspectiva *ex post*. Por su parte, Roxin entiende que la diferencia entre la idónea y la inidónea, es que en la segunda “ya desde el primer momento de la puesta en marcha de la acción queda determinada su no consumabilidad, sin embargo de aquella resulta en el trascurso de la acción”⁶³, diferencia que para el autor alemán carece de transcendencia en sede de peligrosidad y de punibilidad.

Históricamente es Feuerbach el primer autor en basar la punición de la tentativa en “la peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir el resultado”⁶⁴, alejándose de esta manera de la clásica posición subjetiva que fundaba el reproche en la voluntad del autor.

Como podemos observar, en esta postura el castigo proviene de la mayor o menor probabilidad de producción del injusto, de la peligrosidad engendrada (entendida esta por algunos como la causa adecuada para producir la consumación) que sirve al juzgador de criterio para valorar la gravedad del intento y, en consecuencia, la determinación de la pena.

Las consecuencias negativas que apreciamos de la aplicación práctica de una fundamentación objetiva rígida nos conducen a la impunidad de los actos preparatorios y de la cuestión central de nuestro trabajo, la tentativa inidónea, además de que si optamos por la tesis objetivo-formal, nos avoca a la conclusión - ya descartada- de la innecesaridad de castigo de toda clase

⁶² Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T., *Derecho Penal, Parte General, Editorial, Ciudad*, 1996, p. 656 y ss.

⁶³ Claus Roxin en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Mir Puig*, Ed. IB de F, Buenos Aires, 2017, pags. 843 y ss.

⁶⁴ Serrano-Piedecabras, J.R, “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal*, N°61, agosto 1999, p.2. citando a Feuerbach, *Lehrbuch*, § 42.

de tentativas, pues precisamente lo característico de la figura, sea cual sea su clase, es la ausencia de resultado.

3.2.3. *Concepciones mixtas o dualistas*

Por último, nos adentramos ahora en las posiciones denominadas como mixtas o dualistas, que combinan tanto la voluntad delictiva del autor -elemento subjetivo- como la puesta en peligro, en alguna de sus formas, del bien jurídico -elemento objetivo-. Como señala Serrano-Piedecabras⁶⁵ se trataría de “soluciones surgidas por la necesidad de operar con criterios útiles encaminados a fijar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos, y tentativas idóneas e inidóneas”

Es el enfoque seguido, entre muchos otros, por Sánchez Domingo o Pérez Parente⁶⁶ que nos permite formular, con el siguiente desarrollo, de una manera elegante, el fundamento de la punición de la tentativa inidónea: además de requerir la intención delictiva del autor, se necesita dar principio a la realización del tipo perseguido (elemento subjetivo) mediante actos ejecutivos considerados *ex ante* y objetivamente peligrosos, ya que solo de esta manera podrá constatarse la existencia de un riesgo, aun meramente en potencia, para el bien jurídico atentado (elemento objetivo). Con ello podemos descartar no solo la punición de la tentativa irreal o supersticiosa, sino también la denominada por algunos como *absolutamente* inidónea, en la que por sus características el acto nunca podría producir el resultado, mientras que los casos *relativamente* inidóneos podrían ser subsumidos en el art. 16 CP-

Dentro de las posturas mixtas también puede trazarse distinciones en virtud del grado de integración de ambas teorías de las que confluente, así tenemos las designadas como integradoras, que combinan aspectos objetivos y subjetivos, y las duales, que parecen una adición poco compacta de unos y otros.

⁶⁵ *Ibidem*, p.15.

⁶⁶ Sánchez Domingo, M. B. y Pérez Parente, J. A. “Acerca de la Punición de la Tentativa Inidónea”, *Diario La Ley*, 1998, tomo 1, p. 2.

La tesis integradora es la que más aval ha conseguido en Alemania. Con ella se califica la tentativa como punible porque “la actuación de la voluntad contraria a derecho posee la capacidad de perturbar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico”; así es entendida por Hirsch⁶⁷, que la encuadra como una deriva de las tesis subjetivas, dado que el fundamento se sigue sosteniendo en el ánimo del agresor y solo converge con un criterio objetivo en lo referido a la penalidad.

Así también es interpretada la teoría de la impresión como un complemento de las subjetivas, que les sirve como límite al incluir en la ecuación elementos objetivos derivados de las ideas de prevención general. El ánimo delictual sería digno de sanción solo cuando la conducción de la voluntad dirigida al hecho sacude la confianza de la generalidad en la vigencia del ordenamiento jurídico y con ello se menoscaba el sentimiento de seguridad jurídica y la paz social.⁶⁸ En España hemos visto su empleo en sentencias del Tribunal Supremo como en la STS 20 de diciembre de 1991 donde expresa “esta circunstancia encuentra revelada en la expresada animadversión a la norma penal y la conmoción colectiva y social que ello genera en el medio social, haciendo de sus actos “intolerables para el común y pacífico sentir de las gentes””

⁶⁷ Serrano-Piedecabras, J.R, “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal*, N°61, agosto 1999, p.2. citando a Hirsch: "Gefahr und gefährlichkeit", en *FS A. Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 560.

⁶⁸ Claus Roxin en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Mir Puig*, Ed. IB de F, Buenos Aires, 2017, p.850 citando a Hillenkamp, *Leipziger Kommentar StGB*, 12ª ed., 2007, previo § 22 Rn. n.m. 71.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La regulación precedente de la tentativa inidónea, localizada en el ya mencionado párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal de 1973, no dejaba lugar a dudas acerca de su interpretación y sanción. Muestra de ello es la jurisprudencia emanada del más alto de nuestros tribunales: solo se llegaron a plantear cuestiones circunstanciales acerca de casos en el límite de la punibilidad o que por razones concretas fuesen especialmente problemáticos.

Se llegó a emplear para la resolución de este tipo de casos la referenciada teoría de la impresión (SSTS de 20 de diciembre 1991 o 10 de marzo 1993), sentencias donde guía el fundamento de la punibilidad en base a la peligrosidad del autor, revelada ésta en la expresada animadversión a la norma penal y la conmoción colectiva y social que ello genera en el medio social, haciendo de sus actos “intolerables para el común y pacífico sentir de las gentes”⁶⁹

Una vez se publica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cambió, durante un breve espacio de tiempo, la situación en el ámbito jurisprudencial. Como resultado del nuevo sentido dado a la definición de la tentativa, muchas instancias consideraron como impunes los casos que se calificasen como tentativas inidóneas, ahora huérfanas de respaldo normativo en el Código. Así lo observamos en sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 24 de mayo de 1996, o en la emitida el 28 de mayo de 1999 por el Tribunal Supremo, en la que afirma con contundencia que ya no es posible su punición ya que “por imperativo del artículo 4.1 del nuevo Código, inadmitiendo éste la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva”.

Esta situación se mantendría hasta el 1999, cuando la postura de la doctrina mayoritaria, así como la del Tribunal, acabaría virando, para asentar de una manera clara y categórica la punibilidad de las tentativas inidóneas que se desarrollasen objetivamente conforme al plan del autor, como podemos apreciar, por ejemplo⁷⁰, en la resolución emitida el 13 de junio de 2001, o en la muy clarificadora STS de 21 de junio de 1999, que ubica dentro del paraguas de castigo penal los casos de tentativas inidóneas donde “los medios utilizados,

⁶⁹ STS 15518/1993, de 12 de marzo, F J 2

⁷⁰ Más ejemplos que ratifican la postura favorable a la tipicidad los encontramos en las SSTS de 15 de marzo de 2000, de 28 de enero de 2005 o de 13 de abril de 2006.

"objetivamente" valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)." Se trataría, pues, "de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.".

Transcripciones estas que encontraremos una y otra vez replicadas en las venideras resoluciones del Tribunal.

También se ha de destacar el nada desdeñable hecho de que una vez vigente el Código Penal de 1995, el Tribunal Supremo aplicase el castigo previsto para esta categoría de tentativas en su predecesor (CP 1973) a supuestos que tuvieron lugar previamente a su promulgación, resultado que, como afirma Barja de Quiroga⁷¹, solo es explicable, y admisible, asumiendo la tipicidad de la tentativa inidónea en el CP actual, ya que siendo de otra manera, hubiera tenido que ser de aplicación la ley penal más beneficiosa para el reo, que para el caso, implicaría la impunidad de la acción. El hecho contrario revela el reconocimiento tácito del Tribunal de que el articulado vigente continúa tipificando, y es punible, la tentativa inidónea. Encontramos ejemplos en las SSTS de 16 de diciembre de 1999 o de 10 de noviembre de 1997.

Una vez asumida su punición, el Tribunal recurre en multitud de ocasiones, para fundamentar sentencias recientes, a un conjunto de condicionantes que han de observarse para la apreciación de la tentativa inidónea, enumerados por la Sala 2ª en su fallo de 10 de noviembre de 1997 en base al estudio de resoluciones previas de la misma sala (SSTS de 30 de Enero 1992, 10 de marzo y 5 de julio 1993, 17 de mayo 1994, entre otras). Aquella entendía la misma como la tentativa en la que la imposibilidad de resultado trae causa de la inidoneidad de los medios utilizados por el autor, en la ausencia de objeto o en la convergencia de ambas. Estos requisitos serían:

⁷¹ Barja López de Quiroga, J. "La tentativa inidónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista del Poder Judicial*, N° 59, 2000, p. 148.

- 1- Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual.
- 2- Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado.
- 3- Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos por su propia naturaleza con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo buscado, bien porque no pueda producirse el resultado deseado por carencia íntegra y total del delito.
- 4- Antijuricidad: puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido.

En otras palabras, se exige que el autor manifieste su intención patente de cometer el crimen, dando comienzo a actos ejecutivos que inequívocamente se revelen encaminados a tal fin antijurídico, viéndose frustrado su intento por la inidoneidad que padecían los medios o el objeto (sino ambos), alumbrando con ello un grado mínimo de peligro para el bien jurídico, siendo este suficiente para ocasionar la conmoción colectiva que produce en el medio social esta conducta.

Como expone el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 2003: que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia del art. 16.1 CP, lo que tiene como resultado que la tentativa se acabe vertebrando alrededor de la propia idoneidad de los actos iniciados por el autor. De esta manera, afirma que existe tentativa en los casos en los que se aprecie adecuación de los medios para el fin procurado, con lo que, a diferencia de sus pasadas posiciones a favor la impunidad de la por inidoneidad relativa, no lo considera ya así. Aseverando por tanto, que en nuestro presente ordenamiento se mantiene la situación del anterior, sólo que tras una modificación de la sistemática.

En sentencias como las del 24 de octubre de 2004 o 4 de abril de 2007, concluye que serían las tentativas irreales, imaginarias o absolutamente inidóneas las que se situarían extramuros

del Código, así como los denominados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los "delitos" absolutamente imposibles por inexistencia de objeto. No obstante, la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración ex ante y desde una perspectiva general.

De esta manera se ha seguido pronunciando el Tribunal, consolidando ya una sólida doctrina reciente acerca de la célebre expresión, interpretada, reiteramos una vez más, en la que el sentido que ha de darse a "objetivamente" significa que "el plan o acción del autor, objetivamente considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado" planteando de igual manera la necesidad de que "la realización del tipo no se haga depender de la imaginación o fantasía del autor, sino de un plan racionalmente fundamentado" (STS de 18 de mayo de 2004).

Igualmente vemos ratificada su postura en el acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo, adoptado por el Pleno de la Sala Segunda el 25 de abril de 2012 que analizaremos a continuación, donde asevera que el art. 16 CP "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"

Ya que en la propia redacción del artículo no se estipula por parte del legislador, nosotros no podemos olvidar hacer referencia a quien debe ser el sujeto que, para determinar la punibilidad o no del intento, valore la objetividad del plan del autor. En opinión del Tribunal, necesariamente será el juzgador, según el plan de aquel. En este sentido se pronuncia en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de 18 de mayo de 2005: "si dicha aptitud objetiva se establece según el plan del autor, será claro que el error del mismo sobre la posibilidad de consumar el delito con la acción proyectada determinara la impunidad solo en el caso en el que el autor haya estructurado su plan pretendiendo la consumación mediante los medios que la doctrina designa como irreales o supersticiosos. El criterio del plan del autor es, por otra parte, el más adecuado a la ley vigente, dado que no es posible justificar político-criminalmente la impunidad del agente que exterioriza en la acción una voluntad racional claramente delictiva, que no ha alcanzado la consumación simplemente por el error del autor"

En conclusión, el Alto Tribunal estima como válido y respalda el criterio seguido por la doctrina mayoritaria: la aptitud racional -objetiva- del plan del autor. Como se desprende de lo visto, en la medida que sea racionalmente apto para la consecución de la consumación para él propuesta, determinará la necesidad de la punibilidad de su intentona, valorada esta por el juzgador, situándose en la postura del autor.

4.1. Acuerdo de la Sala general del Tribunal Supremo, adoptado por el Pleno de la Sala Segunda, en fecha de 25 de abril de 2012

Previo al estudio de la Sentencia 3740/2012 del Alto Tribunal, consideramos necesario referirnos al acuerdo de Sala que tuvo lugar el día inmediatamente anterior a la emisión de dicha resolución. En él, ante la cuestión suscitada sobre la punibilidad de la modalidad de tentativa que nos ocupa, donde se emplea por parte del autor un medio inidóneo para la consumación del delito de homicidio, como es el uso de un arma de fuego (una pistola) sin munición en el momento de ser accionada, entiende el Pleno de la Sala Segunda que la redacción actual del art. 16 CP “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.” Se vuelve del todo evidente para cualquier observador ajeno que atestigüe el incidente que tales hechos son perfectamente idóneos, *ex ante*, para la consumación del homicidio, y que la conducta, en abstracto, es de una manera objetiva y racional, peligrosa para el bien jurídico protegido.

Estas notas destacadas por el Supremo representan, como hemos ido viendo a lo largo de la exposición, el sentir de la doctrina mayoritaria, así como de la propia jurisprudencia del Tribunal y del aparente sentido que ha querido imbricar el legislador en la nueva redacción de nuestro Código Penal de 1995 para la punición exclusiva de la tentativa inidónea que adolezca de inidoneidad relativa, donde el análisis previo de las circunstancias arrojen visos de su capacidad óptima para la consumación, aunque posteriormente se revele que, por circunstancias ajenas a la voluntad y conocimiento del autor, la misma se hacía imposible.

4.2. STS 9619/1992, de 30 de enero.

Atendemos ahora a un caso particularmente llamativo. Hemos de retrotraernos hasta bien entrada la década de los 80, años antes de la consabida reforma del Código Penal 1995 tantas veces referenciada en el presente trabajo, cuando todavía guardaba vigencia el artículo 52 del anterior cuerpo legal que recogía, en su apartado segundo, la punición expresa de las tentativas de producción o ejecución imposibles.

La Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha de 23 de febrero de 1988, dicta sentencia conteniendo, como hechos probados, el incidente ocurrido entre D. Rodolfo y D. José Augusto en la tarde del 12 de diciembre de 1986, tras una maniobra irregular de tráfico realizada por parte de D. José Augusto, quien fue increpado por aquel. Escalando los agravios, ambos conductores se apearon de sus respectivos vehículos enzarzándose en una reyerta física donde tras unos iniciales golpes mutuos, D. Rodolfo, acudiendo a su bolsillo del pantalón, extrajo del mismo una navaja de seis centímetros de longitud, asestando dos puñaladas hasta el mango, al demandante en la zona deltoidea derecha (hombro) y en la región precordial (corazón), lo que hizo necesaria intervención quirúrgica de urgencia, precisándose hasta ochenta y dos días para su sanación.

En el fallo de instancia, se condena a D. Rodolfo “como autor responsable de una tentativa inidónea para cometer un delito de homicidio” a la pena de un año de prisión menor, además de una indemnización pecuniaria y costas. No quedando ninguna de las partes satisfecha, se interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. Ambos se referían, si bien con distinto propósito, a la calificación de los hechos como tentativa inidónea.

El interpuesto por la representación procesal de D. Rodolfo, con un único motivo, alega aplicación indebida de los arts. 52 y 407 del CP e inaplicación del núm. 4.º del art. 420 en su anterior redacción. Es decir, considera que la agresión acaecida corresponde a un delito de lesiones, revelándose de sus actos, a falta de una clara determinación del ánimo homicida, un *animus laedendi*. El Alto Tribunal desestima el motivo aplicando al caso los diferentes criterios de inferencia del ánimo homicida que venía sentando en su jurisprudencia para la constatación de tal, entre ellos, y a modo expositivo, podemos destacar: la dirección, número y violencia de los golpes; circunstancias conexas con la acción; manifestaciones realizadas

por el autor; o la causa para delinquir. De su aplicación al supuesto se pone de manifiesto, para cualquier observador objetivo, que el condenado era consciente de sus actos y, pudiendo no hacerlo, emplea el arma que portaba, asestando ambas puñaladas en zonas vitales con la evidente intención de acabar con su contrincante.

Por su parte, en el recurso de D. José Augusto nos interesa la fundamentación empleada la Sala para la contestación conjunta tanto del primer como del segundo motivo, siendo el primero, al amparo del núm. 1º. del art. 849 LECrim, la alegación de aplicación indebida del art. 3 CP. entendiendo la parte que el delito que debe deducirse de los hechos probados obtenidos del sumario es el de homicidio en grado de frustración, y no en el de tentativa inidónea. Afirma que D. Rodolfo efectivamente realizó todos los actos necesarios para la producción del resultado pero que este no se produjo por causas ajenas a la voluntad del mismo. Asevera en respuesta el Tribunal que la tentativa inidónea, si bien es considerada una excepción asistemática y opuesta al concepto clásico de tentativa, constituye una institución con sustantividad propia y que el art. 52.2 supone “una causa imperativa de extensión de la pena convirtiendo en típicos comportamientos que no lo son a tenor del art. 3 CP”. Esto que pudiera sorprender a ajenos, es fruto de la introducción y conservación de esta figura en los textos legales desde la lejana Ley de Vagos y Maleantes de 1933, además de su ratificación por el Tribunal Constitucional como no vulneradora del derecho a la presunción de inocencia en su Sentencia de 31 de mayo de 1985.

Expone a continuación que esta figura se halla integrada por la resolución para delinquir del sujeto, que exterioriza su intencionalidad contraria a derecho dando principio a la ejecución, realizando actos propios de la órbita del tipo que persigue y quiere, colocando en peligro, al menos en abstracto, el bien jurídico aludido, no consiguiendo aun así la efectiva consumación por adolecer de inidoneidad, sea en los medios empleados, sea en el objeto por su inexistencia, o sea en una combinación de ambas.

Ahora bien, cuando enunciábamos al inicio del comentario que se trataba de una sentencia singular o llamativa, aludíamos al fallo emitido por el Tribunal, el cual concluye que efectivamente se trata de una tentativa inidónea, con la consiguiente rebaja ratificada ahora de dos grados, y no de un delito frustrado como sostenía la acusación, posición que personalmente respaldo. Partiendo de que, habiéndose demostrado por parte del mismo Tribunal Supremo en su fundamentación el “*animus necandi*” de D. Rodolfo, quien asestó,

recordemos, dos puñaladas dirigidas a zonas vitales, necesitándose de intervención quirúrgica urgente para salvar la vida a D. José Augusto. No se entiende cómo convierte en el elemento decantador de la condena la mera consideración, no fundamentada en el cuerpo de la resolución, de que la longitud de la navaja empleada, seis centímetros, no es la idónea para causar la muerte. Hecho que, atendiendo a las consecuencias producidas a la víctima, casi tres meses de curación, es al menos cuestionable.

Se observan por otra parte aquí, de manera clara, los requisitos exigidos para la consideración del delito como frustrado: hacer todo lo necesario para consumar y la existencia de un peligro real para el bien jurídico. Pero, sin duda, la afirmación que más sorprende al lector es la que afirma que tal medio no puede producir el resultado como se demuestra con la observación *a posteriori* de los hechos; “difícilmente puede causarse la muerte (...), como se describe en el *factum*, no ocasiona la muerte del sujeto pasivo.” Lo anterior sería equivalente a afirmar hipotéticamente que, como en un caso particular, un disparo en el pecho no produjese la muerte a la víctima (nada descabellado, pues así ha sucedido en múltiples ocasiones) no es un medio idóneo para ello, cuando resultaría patente su efectividad para cualquier tercero observador. Con esta posición del Tribunal Supremo, a mi ver discutible, podría llegarse a tesis ya desechadas como las que argumentaban que las tentativas, al no alcanzar, por definición, en ninguna ocasión el resultado buscado, adolecen todas de una inidoneidad innata, algo del todo reprobable y muy alejado de las posiciones que hoy rigen nuestro ordenamiento jurídico.

4.3. STS 3740/2012, de 26 de abril.

En esta resolución de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo atendemos a dos recursos de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional interpuestos por D. Gumersindo y D. Landelino frente a la sentencia con fecha de 28-10-2011 emitida por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2ª.

En la misma, se condena, por un lado, a D. Landelino como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa (concurriendo las atenuantes cuatro y cinco del art. 21 CP) a la pena de

dos años y ocho meses de prisión, así como a la correspondiente inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y por otro, a D. Gumersindo como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa en concurso ideal en atentado, concurriendo agravantes de reincidencia, a una pena de ocho años de prisión por un delito de lesiones, a la pena de dos años de prisión por un delito de atentado a funcionario público, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, con sendas inhabilitaciones especiales para el ejercicio de sufragio pasivo y, por una falta de lesiones a la pena de diez días de localización permanente. También se les condena al pago de indemnizaciones por montantes de 60.895,68€ y 4.392,35€, respectivamente.

El relato fáctico se desarrolla en la madrugada del 27 de Julio de 2008, en la que ambos sujetos, Gumersindo y Landelino, se enzarzaron en una disputa empleando sendas armas blancas (navajas), alcanzando, el primero, en la mano al otro, y este “con intención de dar muerte a Gumersindo” (expresión que será luego eliminada en el fallo del Tribunal Supremo, al rebajar la pena a un delito de lesiones), le alcanzó con su navaja en el borde axilar izquierdo, requiriendo ser intervenido quirúrgicamente dado el peligro que, de no haberse atendido, hubiese supuesto la herida en órganos vitales, tales como corazón y pulmón. Tras el incidente, D. Landelino se entregó a la policía y confesó los hechos.

Por su parte, D. Gumersindo fue ingresado en el Hospital Xeral de Lugo, apenas dos horas después de los altercados (4:30 AM), custodiado en su habitación por un Policía y un celador, se arrancó las vías venosas que tenía colocadas y, desmontando el aparato portasueros con intención de hacerse con uno de los tubos metálicos que componen su estructura, escondió el mismo para a continuación pulsar el botón de emergencia para avisar al personal médico. A su llamada acudieron tanto la enfermera D^a. Zaida, la auxiliar D^a. Ariadna, como el agente del Cuerpo Nacional de Policía, el que, por protocolo de seguridad, portaba su arma reglamentaria sin su correspondiente cargador, hecho desconocido por D. Gumersindo, y que devendrá central para la resolución del caso y la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la tentativa inidónea. Al acercarse la enfermera para asistir al acusado, este la agarró súbitamente, y le colocó el tubo metálico en su cuello, expresando su intención de darle muerte si el agente no tiraba la pistola, ya que su voluntad, por él manifestada, era la de fugarse bajo la amenaza de matar a los tres presentes. Una vez tiró la pistola al suelo el policía, fue recogida por D. Gumersindo, quien, apuntando inmediatamente al propio agente, expresó “y ahora qué”, para accionar hasta tres veces el gatillo. Viendo que el arma no

disparaba, sin haberse percatado todavía de la ausencia del cargador, montó mecánicamente el arma, accionando su corredera, y quitó el seguro de la misma para arremeter nuevamente contra el agente sin fruto alguno. Aprovechó entonces el agente de policía para abalanzarse sobre Gumersindo, quien tras un breve forcejeo, agrediéndole con el tubo metálico que todavía portaba, consiguió zafarse y con ánimo de fugarse, se arrojó por la ventana intentando acceder a un muro próximo, no lográndolo y precipitándose, por tanto, al vacío, para quedar tendido en el suelo, donde fue detenido definitivamente momentos más tarde.

Ambos sujetos ingresaron en prisión por Auto judicial, mientras que el policía implicado en los hechos tuvo que ser asistido por lesiones y ansiedad, así como la enfermera D^a. Zaida por un trastorno de estrés postraumático.

Entre los distintos extremos que se aducen en ambos recursos, nos centraremos en el que a nosotros nos resulta más relevante para exponer la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la tentativa inidónea, el quinto motivo del recurso de casación de D. Gumersindo. Alegando su representación, infracción de ley, art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los arts. 16 y 62 CP en relación con la tentativa de homicidio, “por cuanto aun afirmando que el recurrente desconocía el hecho de que el arma no estaba cargada, no es jurídicamente aceptable que se le condene por un homicidio en grado de tentativa, dada la inexistencia de riesgo para el bien jurídico protegido (vida) y la ausencia de medios objetivamente idóneos para causar la muerte”

Como hemos ido viendo a lo largo de la exposición, explica el Tribunal que el debate sobre la punición de la tentativa inidónea es uno de los más recurrentes entre la doctrina penalista española desde la promulgación del Código de 1995. Básicamente encontramos dos posturas en la actualidad, una cada vez más minoritaria, que defiende la impunidad de este tipo de tentativas con los dos argumentos vistos en la exposición doctrinal, a saber: la eliminación del art. 52 CP 1973 en su nueva redacción, donde se hacía explícita referencia al castigo de las mismas, y la inclusión del tan conflictivo adverbio “objetivamente” en la reformulación de la definición de la tentativa en nuestro actual artículo 16 CP; posición esta altamente peligrosa ya que, de hacerse extensiva, podría alcanzarse la postura a favor de la impunidad de todas las tentativas, dado que desde una perspectiva ulterior a los hechos, siempre se revelaría una inidoneidad de la acción por error del autor en su plan, ya que por definición, una tentativa nunca llegará a consumarse. La posición contraparte es la mayoritaria en nuestros días y apuesta por su sanción en los mismos términos antes existentes, si bien el

cambio de formulación responde a la consideración de esta, por parte del legislador, como superflua o innecesaria, además de entender que la anterior volcaba en demasía el punto de mira en la peligrosidad de la voluntad contraria a derecho manifestada por el autor, y no en la auténtica puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, elementos que han de guardar un debido equilibrio a la hora de emitir juicios por parte del tribunal. En cuanto a la objetivación de la definición, simplemente entienden que es la forma elegida para excluir la punición de la tentativa irreal o supersticia, sin que ello suponga que también queden fuera las que hoy tratamos aquí. Así, interpretan que el autor, con la realización de su intento, sí vulnera una norma reguladora del tipo correspondiente, salvando la imposición del art. 4.1 CP, entrando acto seguido el artículo 62 CP para la cuantificación de la pena correspondiente (inferior uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado) en función de la estimación que haga el juez del peligro inherente al intento que considere que entrañaba y al grado de ejecución que alcanzó.

Recalca la Sala la existencia de una considerable doctrina jurisprudencial (STS de 21 de junio 1999, 13 de marzo 2000) que afirma la punibilidad de la tentativa inidónea en el marco de nuestro Código actual, acogiendo las posturas doctrinales mayoritarias, entendiendo que el tan apelado “objetivamente” infiere que la representación del plan del autor “objetivamente” considerado es racionalmente apto para ocasionar el resultado perseguido, y que atendiendo a las circunstancias particulares, ese plan puede mostrar una ineficacia temporal o momentánea, pero no excluye su posible virtualidad en otras ocasiones. Entendida como aquella en la que la inviabilidad de consumación obedece a la inidoneidad bien de los medios empleados (en ejecución), bien a la ausencia de objeto, afectando a la misma producción o, incluso, ambas opciones simultáneas (STS 24 de mayo 1982, 5 de diciembre 1985), la sentencia del Alto Tribunal con fecha de 10 de noviembre de 1997 recopila y sintetiza los condicionamientos exigidos por la Sala hasta la fecha en relación a la tentativa inidónea: “1º) *Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4º) Presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido.*“

Estaría, por tanto, justificada la intervención penal dado que el autor, a pesar de errar accidentalmente con su acción, decide conscientemente conculcar un bien jurídico, a través de medios que, por lo general, no son ajenos a la órbita del tipo y podrían en abstracto alcanzar la consumación. Es decir, está justificada en los casos, como ya se ha reiterado, donde se adolece de idoneidad relativa, donde el intento revela un mínimo de peligrosidad criminal, “*no pudiendo fundamentarse la tentativa en criterios objetivos o subjetivos puros*” sino que ha de conformarse alrededor de la idoneidad de los actos iniciados y los medios empleados por el autor, reveladores, desde una perspectiva general y, objetivamente valorados “*ex ante*”, de una abstracta y racional aptitud para la consecución del resultado típico. Manteniéndose de esta suerte la situación previa a la promulgación de nuestro actual CP, se excluyen únicamente los casos aquejados de idoneidad absoluta, que abarcan desde las tentativas irreales, imaginarias o supersticiosas (donde de ninguna de las maneras hubiese practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, careciendo por parte del autor de cualquier fundamento racional), el error inverso de prohibición del tipo, hasta los delitos putativos, en los que el ejecutor cree realizar una acción típica, sin serlo. (SSTS 28 de mayo 1999, 5 de diciembre 2000, 27 de octubre 2011)

Si bien la Sala desarrolla la consiguiente argumentación en respuesta al motivo primero del recurso de D. Landelino, nos resulta de interés exponer aquí lo que exige el Tribunal Supremo a la hora de determinar el *ánimo homicida*, cuestión siempre complicada. En su jurisprudencia viene estableciendo unos criterios complementarios para que el tribunal competente, en su labor inductiva, pueda recrear el ánimo o intención que pretendía el sujeto respecto a la víctima de sus actos. Partiendo de los datos empíricos y materiales de los que disponga el juzgador, ha de jugar un papel fundamental el elemento subjetivo, la voluntad del agente, deducida de sus propios actos, desvelándose de estos su dolo homicida, muestra de su completa conciencia del alcance que puedan tener, que “*por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo invisible coincidente a la realización del hecho*”. Algunos de estos criterios de inferencia, reiterados por la jurisprudencia (SSTS 11 de noviembre 2002, 3 de octubre 2003) son: antecedentes de hecho y naturaleza de las relaciones existentes entre autor y víctima (amistad, enemistad, indiferencia...); causa o razón para la comisión del acto; comportamiento y manifestaciones del agresor antes, durante y después de la agresión; tipo de arma empleada; zona del cuerpo afectada y gravedad de la lesión... Resulta evidente tal ánimo en el caso de D. Gumersindo, observándose tanto en sus propias

palabras amenazadoras, en el medio empleado, un arma de fuego y su reiterado empleo, como en su fin último, el homicidio del agente de la ley y la fuga de la custodia policial.

Entroncando con ello, hemos de mencionar el cuarto motivo del recurso de casación de Gumersindo, alegando un error en la aplicación de la prueba por parte de la Audiencia Provincial, al amparo del art. 849.2 LECr., en lo que hace a la prueba de que “el acusado desconocía que el arma estaba descargada”, en relación con la tentativa de homicidio del agente de policía, ya que, alega la defensa del recurrente, la ausencia del cargador en el arma dejaba en ella un holgado hueco y D. Gumersindo era una persona con conocimientos previos de armas de fuego que se hubiese percatado de ello al momento. El motivo es desestimado y recuerda que la Sala de instancia llegó a la conclusión, cumpliendo las garantías exigidas a la hora de interpretación de las pruebas de que, D. Gumersindo no fue consciente del estado del arma, de las declaraciones de los tres presentes en la habitación del hospital y, sobre todo, del hecho que cuando no consiguió disparar la primera vez, accionó la corredera del arma y le quitó el seguro, reincidiendo en los disparos al agente de la ley.

Resuelve finalmente el Tribunal Supremo condenando como culpable del delito de homicidio en grado de tentativa inidónea a D. Gumersindo, fruto del análisis de los hechos probados, demostrativos de su voluntad criminal, determinación de ejecución, y clara aptitud de los medios elegidos, objetiva y abstractamente examinados, los cuales un observador objetivo que hubiese asistido al plan del autor consideraría idóneos y suficientes para la consumación según una “concepción natural y normal” de los hechos, no habiendo sido necesaria para su sanción la creación de un auténtico peligro concreto para el bien jurídico, la vida del agente de policía, congruente con la aplicación de la doctrina jurisprudencial hasta aquí expuesta.

5. CONCLUSIONES

I. No será hasta el Código Penal de 1944 donde encontraremos por primera vez explicitada el castigo a la tentativa inidónea en nuestro país, de cuya redacción se servirá el mismo Código de 1973. Resulta destacable la opción punitiva adoptada por ambos legisladores que permitía al juzgador la posibilidad de equiparar la pena para las tentativas idóneas e inidóneas. Se admitía entonces la plena punición de los delitos imposibles, incluso, de las caracterizadas como absolutamente inidóneas, exceptuándose únicamente las irreales.

II. La entrada en vigor del Código Penal de 1995, con la redefinición de tentativa llevada a cabo en el artículo 16 del mismo, objetiva los requerimientos para su apreciación y abandona la expresa referencia al delito imposible ubicada en el art. 52.2 de su antecesor. Tal modificación provoca una gran conmoción en la doctrina, obligándola a reformular sus tesis para el encaje del castigo de la tentativa inidónea en el nuevo mandato de que los actos ejecutados objetivamente debieran producir el resultado. Para algunos de ellos supuso la definitiva exclusión de la tipicidad de la misma, mientras que, para otros, la simple acotación de casos en los que la exigencia de peligro ha de acentuarse para su apreciación.

III. Entendiendo por consiguiente las tentativas inidóneas como aquellas en las que el sujeto, dando principio a la ejecución del delito, no alcanza la consumación del resultado típico por él pretendido dada la inidoneidad de la que adolecen el objeto o los medios que para ello decidió emplear. Podemos aseverar que en nuestro ordenamiento son punibles las que entrañen un cierto grado de peligrosidad *ex ante*, objetivamente valoradas desde el plan del autor por un observador imparcial, que muestren una adecuada competencia para alcanzar el fin propuesto. Debiendo ser castigadas, en caso de su apreciación, y en virtud del art. 62 CP, con la rebaja de uno o dos grados respecto al fijado por la Ley para el delito consumado, en atención al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Consecuentemente, tanto aquellas denominadas como absolutamente inidóneas, en las que no hay ningún atisbo de peligrosidad del análisis *ex post* de la acción, como las irreales, caracterizadas por su imposibilidad total de dañar el bien jurídico bajo cualquier circunstancia, quedarían impunes de acuerdo a la regulación normativa de nuestro ordenamiento.

IV. En la doctrina científica podríamos afirmar la consolidación de dos grupos contrapuestos: el minoritario que con la aprobación de autores de la talla de Cerezo Mir, Rodríguez Devesa o Rodríguez Mourullo rechazan la punición de la tentativa inidónea en el nuevo código, bastándose con el argumento de la exclusión en la definición de la tentativa de las referencias a la misma.

Por su parte, el mayoritario, con figuras como Mir Puig, Silva Sánchez, Sola Reche o Conde Pumpido, que si bien admite su sanción, discute entre si acerca de la interpretación de la nueva terminología y de extremos tales como el sentido que ha de darse a la expresión “objetivamente”, el grado de peligrosidad intrínseca que ha de requerirse de los actos, el momento de su toma consideración, ya sea *ex ante* o *ex post* (o una combinación de ambas), y si esta valoración debe ser realizada por el juzgador u observador independiente, con todos los datos por ellos conocidos una vez finalizada la intentona o bien desde los que exclusivamente poseía el autor en el momento de la ejecución.

V. Donde parece claro que no hay discusión doctrinal es en la no punición de los casos tradicionalmente denominados como tentativas irreales o supersticiosas; y el consenso favorable a la sanción orbita a los casos donde se aprecie la peligrosidad desde una perspectiva *ex ante* para un hombre medio dotado de los conocimientos de las circunstancias con los que contaba el autor, que aun mostrados a la postre como incapaces, llevase a cabo actuaciones no alejadas de la órbita del tipo que sí arrojasen cierto peligro para el bien jurídico en abstracto.

VI. La resolución acerca de la punición acabará dependiendo de la política criminal tomada por el legislador, el que conjuga para nuestro sistema concepciones subjetivas y objetivas, teniendo en consideración para el castigo de la tentativa inidónea tanto la voluntad contraria al derecho manifestada por el autor como la necesaria puesta en peligro en algún grado del bien jurídico.

VII. Por último, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo apreciamos una línea continuista, con doctrina bastante asentada a partir el cambio de postura que tomó en 1999, acogiendo desde entonces las tesis mayoritarias que se volcaban favorablemente hacia la punición. Sintetizando la postura del Tribunal, esta afirma que el sentido que ha de darse a

la redacción del art. 16 CP es que el plan y actos del autor, objetivamente considerados desde una perspectiva *ex ante*, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

6. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Alcácer Guirao, R. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997.
- Barja López de Quiroga, J. “La tentativa inidónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista del Poder Judicial*, 1139-2819, N° 59, 2000.
- Belestá Segura, L. “La Tentativa inidónea en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, N° 5595, 25 de Julio de 2002.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L. A., García Rivas, N., Ferré Olivé, J.C. y Serrano Piedecabras, J., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1999.
- Caballero Brun, F. “Tentativa inidónea y su punibilidad en el Derecho Español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°13, 2010.
- Cerezo Mir, J., *Derecho Penal. Parte General*. UNED, Madrid, 1997.
- Cerezo Mir, J., “La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 2ª época, n° 1, 1998.
- Claus Roxin en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Mir Puig*, Ed. IB de F, Buenos Aires, 2017.
- Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T., *Derecho Penal, Parte General*, 1996.

- Conde-Pumpido Ferreiro, C., «La parte General del Código Penal», ponencia en el Curso sobre *El nuevo Código Penal: Algunos aspectos de la Parte General*, organizado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, Madrid.
- *Der Gerichtssaal*, Bd. 32, 1880.
- Farre Trepas, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Bosch, 1986.
- Ganzenmüller, C., Escudero, J. F. y Frigola, J. M., *Homicidio y Asesinato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- Gili Pascual, A. “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado” *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, 2012.
- Gimbernat Ordeig, E., «Diatriba del nuevo Código Penal», *La Ley*, 1996.
- Gimbernat Ordeig, E., “Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de Tecnos”, en *Código Penal*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- Gracia Martín L, «El *iter criminis* en el Código Penal español de 1995», *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal)*, nº 27, 1996.
- Gracia Martín, “Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995”, *RDPC*, 2ª época, nº 3, 1999.
- Herrero Herrero, C., *Introducción al nuevo Código Penal (Parte General y Especial)*, Dykinson, Madrid, 1996.

- López Garrido, D. y García Arán, M., *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Diego López Garrido y Mercedes García Arán, Madrid, 1996.

- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. PPU, Barcelona, 2008.

- Mir Puig, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 3, 2001.

- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1996.

- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L., *Compendio de derecho penal parte general*, 8ª edición, Tirant lo blanch, Valencia 2019.

- Polaino Navarrete, M., en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999

- Rodríguez Devesa, J. M. y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995

- Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, T. II. Aranzadi, España, 1997.

- Sánchez Domingo, M. B. y Pérez Parente, J. A. “Acerca de la Punición de la Tentativa Inidónea”, *Diario La Ley*, 1998, tomo 1.

- Serrano-Piedecasas, J.R, “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal*, N°61, agosto 1999.

- Silva Sánchez, J., *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

- Sola Reche, E., *La Llamada Tentativa Inidónea de Delito, Aspectos Básicos*, Comares, Granada, 1996.

- Soto Nieto, F. “Nuevas Consideraciones sobre la Tentativa Relativamente Inidónea”, *Diario La Ley*, N° 6084, 13 de septiembre de 2004.

- Soto Nieto, F. “tentativa Relativamente Inidónea. Punibilidad”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, tomo 7.

7. ANEXOS

7.1. Legislación

- Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se «prueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944», según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944

- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

7.2. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1985, de 31 de mayo de 1985.

- Sentencia del Tribunal Supremo 13096/1991, de 20 de diciembre de 1991.

- Sentencia del Tribunal Supremo 9619/1992, de 30 de enero de 1992.

- Sentencia del Tribunal Supremo 15989/1993, de 10 de marzo de 1993.

- Sentencia del Tribunal Supremo 15518/1993, de 12 de marzo de 1993.

- Sentencia del Tribunal Supremo 3775/1994, de 17 de mayo de 1994.

- Sentencia del Tribunal Supremo 6692/1997, de 10 de noviembre de 1997.

- Sentencia del Tribunal Supremo 3742/1999, de 28 de mayo de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4373/1999, de 21 de junio de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5063/2001, de 13 de junio de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo 183/2003, de 20 de enero de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3373/2004, de 18 de mayo de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3191/2005, de 18 de mayo de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo 7153/2007, de 24 de octubre de 2007.
- Acuerdo de la Sala general del Tribunal Supremo, adoptado por el Pleno de la Sala Segunda, en fecha de 25 de abril de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo 3740/2012, de 26 de abril de 2012.

7.3. Recursos virtuales.

- Diccionario Panhispánico de Español jurídico, consultado a 15 de octubre de 2020 en: <https://dpej.rae.es/lema/tentativa-de-delito-inid%C3%B3nea>