

Existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un 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 sujeto (arts. 15, 16.1, 62 CP). Esta definición de tentativa presupone que se realiza una conducta, es decir, que objetiva y subjetivamente hay un sustrato que puede imputarse como hecho. Sin embargo, en toda tentativa se da, también por definición, una divergencia entre la parte subjetiva y la objetiva (N.41). El agente ha realizado *menos* de lo que se representaba. Esto es lo que significa la afirmación de que la tentativa es un tipo incongruente: la incongruencia se da en la divergencia entre la representación del sujeto y lo producido en la realidad extramental. Pero dicha divergencia o error, a diferencia del error de tipo, no interrumpe la imputación. Lo anterior muestra cómo las estructuras de la tentativa y la imprudencia son situaciones de error (de divergencia entre lo conocido y lo realizado), pero inversas: en la tentativa el sujeto se representa algo que falta en la imprudencia (N.32). Esto, en cuanto a la faceta estructural de la tentativa.

En cuanto a la faceta político-criminal, la tentativa se prohíbe desde el momento en el que supone un peligro, percibido intersubjetivamente, para bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Es más, la tentativa comienza cuando se pone en peligro de manera inmediata y directa el bien jurídico del delito en cuestión mediante actos exteriores (N.41): inmediatez e inminencia del riesgo (C.47). La realización del tipo prosigue y, por definición, en la tentativa, no llega a producirse el resultado (o hecho típico completo) descrito en el tipo.

En función del grado de realización alcanzado y del peligro inherente al intento, distinguimos entre tentativa acabada e inacabada. La primera, la *acabada* existe con la realización de todos los actos que corresponde al sujeto activo del delito aportar para realizar el tipo (si el tipo es de resultado, ya no le queda sino esperar a que este se dé); mientras que en la segunda, en la *inacabada*, el sujeto activo del delito ha realizado sólo parte de los actos del tipo. Común a ambas formas de tentativa sigue siendo un elemento: que el resultado no se produce por causas diversas a la propia voluntad del agente. La atenuación de la pena prevista en el código penal español (descenso de la pena en uno o dos grados) se ha interpretado por la Jurisprudencia del siguiente modo: en casos de tentativa acabada, la rebaja lo es en un grado; y de dos en la inacabada. En tal interpretación ha influido el pensamiento de que el agente ha hecho menos en una tentativa que en otra, y sobre todo también el que la primera se ve como menos peligrosa que la segunda, por lo que merece pena menor. Sin embargo, conviene no confundir la decisión sobre el merecimiento de pena y la de la necesidad de sanción (N.44 y N.141).

Que la tentativa no vaya seguida del resultado, puede deberse a tres situaciones: i) que sea *fallida*, es decir, que algo –siempre algo diverso a su propia decisión– impide se dé el resultado (C.46); ii) que el resultado todavía no se ha dado, pero «está pendiente» (*pendencia* del resultado) y se acabará produciendo de seguir los acontecimientos su curso normal; y iii) que sea *inidónea*, es decir, que no se ha dado ni podría darse dicho resultado en tales circunstancias.

Para valorar si la tentativa es inidónea no es correcto adoptar la perspectiva *ex post*. Toda tentativa, por definición, siempre resulta *ex post* como no peligrosa, pues

entonces ya contamos con el dato de que el intento no fue suficientemente peligroso (la prueba está en que no se ha producido el resultado). Pero esto se afirma desde el punto de vista de la conducta ya realizada, y no es esa la perspectiva de la acción humana que nos interesa. La peligrosidad de cualquier tentativa –idónea o no– se ha de valorar *ex ante*. En efecto, es entonces cuando el agente y el contexto en esa situación perciben lo realizado como peligroso o no. Es entonces cuando ciertos casos de tentativas son de antemano peligrosas y así se perciben (la idónea: realización de parte o de todos los actos descritos por el tipo creando un peligro apto *ex ante* para la consumación); mientras que otras se perciben como peligrosas sin que lo sean realmente (la inidónea: situación en la que por inidoneidad del sujeto, objeto o medio, resulta imposible llegar a la consumación del delito iniciado: aunque la percepción intersubjetiva es de que existe peligro *ex ante*, en realidad no existía tal peligro).

Desde una perspectiva *ex ante*, la tentativa es pues percibida como peligrosa. La diferencia entre la idónea y la que no lo es se halla en la base de la percepción intersubjetiva del peligro. En la idónea la percepción es fundada, mientras que en la inidónea no tiene fundamento, sino que es muestra de una *errónea percepción generalizada de peligro* (por así decir, se equivocan «todos» en el contexto: C.42). Distinto es el caso de la percepción intersubjetiva como no peligrosa ya *ex ante*, salvo por parte del agente que es el «único» que ve como peligrosa su actuación: en estos casos hablamos de *tentativa irreal*, es decir, de peligro percibido no intersubjetivamente, sino *sólo* en la representación del agente (C.43, C.45). Así como esta última modalidad de tentativa no merece siquiera respuesta penal, hay dudas sobre cómo afrontar la inidónea (art. 16.1).

Las tentativas –idóneas o no– merecen reproche penal por cómo son percibidas en el momento de realizarse (es decir, *ex ante*). El agente las ve como peligrosas (necesariamente obra con dolo), y peligrosas las ve también el contexto en el que se producen. Así, el baremo de peligrosidad de la conducta recoge la impresión que la acción del sujeto causa en el medio social en el que se desarrolla, siempre dentro de cierta base racional (es decir, que no se vea como peligroso algo que la ciencia y la experiencia ya han demostrado ser inocuo). Esto hace que, en dicho contexto intersubjetivo, algunas tentativas se ven como peligrosas *ex ante*, aunque luego se constata que no podían producir el resultado por algún defecto previo. Así, si el contexto social intersubjetivo del momento, siempre que no sea irracional (supersticioso...), extrae la indubitada consecuencia de que se está cometiendo un delito, esa tentativa constituye una conducta valorada negativamente, y merecería sanción penal. Podría pensarse que la redacción del art. 16.1 impide considerar como tentativas punibles sucesos como éste, pues excluye aquellas en las que objetivamente no se puede producir el resultado («actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Pero eso sería correcto solo atendiendo a una perspectiva *ex post*, que identifica lo objetivo con lo que en efecto ha sucedido; pero si adoptamos la perspectiva propia del Derecho penal, la de las conductas en el momento en el que el agente las va a realizar, es decir, *ex ante*, el «objetivamente» puede entenderse como lo percibido en un contexto social intersubjetivo dentro de cierta racionalidad. Esto trae consigo que sea clave la percepción social del peligro propio de la acción: lo que en un contexto social concreto, en una época y lugar precisos, se entiende como peligroso es lo que será también peligroso a efectos del Derecho penal, siempre dentro de cierta racionalidad. Que *ex post* se compruebe que la conducta ni produjo el mal que cabía esperar, ni tampoco iba a poder producirlo de ninguna manera (una pistola descargada, por ejemplo), es un dato a tener en cuenta para la sancionabilidad de la conducta: ese menor

peligro –o incluso la ausencia de peligro– puede aconsejar una menor punición. Obsérvese que la conducta en sí fue (percibida) *ex ante* peligrosa, por lo que es antijurídica, y lo que disminuye es sólo la necesidad de sanción.