

La tentativa presenta una faceta estructural (como tipo divergente: N.41) y otra político-criminal (como puesta en peligro del bien jurídico: N.42). Esta faceta político-criminal, a su vez, ofrece dos aspectos. Por un lado, se refiere al *momento* en el que se da por comenzada la realización del tipo, a partir del cual puede intervenir ya el Derecho penal. Como excepción, en algunos casos, por su gravedad interviene antes: son los actos preparatorios punibles*, en los que el Derecho penal adelanta la intervención a una fase previa a la de puesta en peligro inminente e inmediato del bien jurídico (N.143). Por otro lado, se refiere a la relevancia de lo ya ejecutado y de la no producción del *resultado* a efectos de sancionar. Es decir, la cuestión de qué sanción merece la tentativa: si la del delito consumado o una pena inferior. ¿Es menos grave el intento de matar que la producción de la muerte? ¿Por qué?

A primera vista, no nos da igual que se mate a la víctima, o que se le hiera, o ni siquiera se le alcance. Socialmente se percibe que una conducta que no produce el resultado lesivo descrito en el tipo (la muerte, en el caso del homicidio, por ejemplo) tiene una entidad menor a la que sí lo produce. Pero que tenga una menor entidad en cada uno de esos casos no significa que la conducta sea necesariamente menos grave. La gravedad de la conducta no reside en el mayor efecto causado, sino en la dirección del agente contra el Derecho plasmado en concretas acciones que infringen las normas. No es correcto pensar que quien crea dolosamente un curso de riesgo contra un bien jurídico es menos criminal por el dato de que el resultado no se ha llegado a producir. De hecho, cuando no se produce el resultado, es a menudo cuestión de suerte, azar, o conductas de terceros: así, que la bala no dé en el blanco puede deberse a que la propia víctima se movió, a una ráfaga de viento, o cualquier otro factor distinto a una conducta del propio agente. Y afirmar que es menos grave por haber fallado el tiro, supondría «premiarle» por algo que no ha hecho (es la víctima quien se ha movido, es el viento y no el propio agente...), lo cual es absurdo. Por tanto, la conducta intentada no es menos antijurídica; se halla menos necesitada de sanción que la conducta consumada: esto sí es razonable. Se puede afirmar que la conducta no seguida de resultado de daño *no necesita* la pena del delito consumado: es cuestión de punibilidad (N.141) y no afecta a la gravedad en sí de la conducta, sino a consideraciones de proporcionalidad, de evitación de excesos al penar, de utilidad social de la pena... Dichas consideraciones podrían llevar a castigar menos al agente de un delito que queda en grado de tentativa que al de uno que produce un resultado de daño.

Sin embargo, se podría objetar que los tipos descritos por el legislador incluyen la producción de un resultado para que la conducta sea típica. Esta afirmación es correcta solo en parte, pues también existen delitos sin resultado (los de mera actividad*). Pero aun en los de resultado la descripción legal de los tipos no puede hacer pensar que la antijuricidad de la conducta se basa en el daño producido. Si así fuera, el resultado de muerte sería desvalorado por el Derecho penal en todo caso, cuando no es así, pues no todas las muertes han pasado a ser típicas, sino sólo las dolosas y algunas imprudentes; es decir, aquellas que el legislador puede prevenir mediante prohibiciones y prescripciones. Por eso es correcto afirmar (con matices) que «al Derecho penal no le interesan las muertes sino los homicidios». Son conductas lo que el Derecho puede evitar. Así como la conducta realizada marca el merecimiento de pena, pueden existir algunas razones de Política criminal que afectan a la conveniencia o no de castigar. Estos otros factores pueden determinar la necesidad o no de aplicar una pena. El primero de dichos factores que influyen en la necesidad de sancionar es la *producción*

del resultado descrito en el delito. La producción del resultado condiciona, no el merecimiento de la pena, sino su necesidad. Por eso se entiende la afirmación de que el resultado es una «condición objetiva de punibilidad»*, es decir, un factor que condiciona la punibilidad de la conducta (N.141), pero no su antijuricidad.

<i>Conducta típicamente antijurídica...</i>		<i>punible</i>
CONDUCTA.....	RESULTADO
(inicio de la) tentativa (inacabada + acabada)		condición objetiva de punibilidad

Estas mismas consideraciones, junto a otras de merecimiento de pena, pueden estar presentes cuando nos planteamos i) si la tentativa *acabada* merece y/o necesita mayor pena que la *inacabada* (N.42). En efecto, hay tentativas a las que falta poco para llegar a la consumación y el resultado: en concreto, en las *acabadas*, el agente ha hecho todo lo que produciría el resultado; mientras que en otras, las *inacabadas*, todavía le queda algo por realizar. La atenuación de la pena prevista en el código penal español (descenso de la pena en uno o dos grados, en función del «grado de ejecución alcanzado») ha sido interpretado por la Jurisprudencia en el sentido de que la rebaja en un grado ha de corresponder a los casos de ejecución completa, es decir, cuando sólo falta la producción del resultado (tentativa *acabada*). El descenso en dos grados ha de reservarse, según esa misma interpretación jurisprudencial, a la tentativa *inacabada*, pues le queda todavía al agente más por realizar. Si dicha interpretación se debe a la idea de que la tentativa es menos grave que la consumación (el resultado) no sería correcta, según se viene argumentando aquí. Pero es admisible esa doble escala de descenso de la pena si se entiende que en la tentativa *inacabada* no se ha demostrado aún toda la peligrosidad propia de la conducta típica, la que hizo que fuera conminada con tal penal por el legislador.

Pero dicho argumento no sirve para fundamentar que las tentativas ii) *inidóneas* (N.42) merecerían por sí mismas ya una atenuación de la pena mayor que la de las tentativas *idóneas*. Lo propio de las tentativas *inidóneas* es que van asociadas a su percepción como peligrosas en un concreto contexto histórico y social –es decir, la percepción intersubjetiva– en el que se da la conducta. Dicha percepción permite fundamentar la sanción de las tentativas *inidóneas*. Pero no significa que dichas tentativas *inidóneas* merezcan ya por ese dato una pena más baja que las *idóneas*. Con otras palabras, la percepción intersubjetiva del peligro determina la existencia de una tentativa, pero no es que deba llevar a una pena rebajada cuando se percibe como poco peligrosa (art. 62 CP). Esa rebaja de pena, mayor para las tentativas *inidóneas*, frente a las que sean *idóneas*, puede basarse en razones de punibilidad, es decir, de menor necesidad de sancionar *ex post*. Hay que observar cómo la conducta en sí fue (percibida) ya *ex ante* como peligrosa, y que disminuye sólo la exigencia de sanción, por ser menos necesario castigarla con la misma pena que las *idóneas*.

Para las tentativas consideradas *irreales*, iii) en la medida en que el riesgo se limite a un peligro existente únicamente en la visión del sujeto, es decir, en cuanto que sólo exista en la representación del agente, no hay un peligro suficiente como para intervenir el Derecho penal. Luego en estos casos falta ya el merecimiento de pena. Sólo a partir del momento en el que la representación del peligro sea compartida en un contexto intersubjetivo racional, podríamos hablar de que existe un peligro «objetivo», que haría aconsejable la intervención del Derecho penal.