

Decimos de una conducta que es típica cuando se cumplen los elementos del respectivo tipo de delito: la tipicidad de la conducta realizada exige constatar que ésta colma el tipo tanto objetivo como subjetivo del delito en cuestión. Una vez que la conducta se exterioriza, recorre diversas fases. Comienza con la tentativa y conduce a la consumación, pasando por las diversas fases de su ejecución. Tras la consumación, puede hablarse todavía de la fase de agotamiento.

i) Antes de la tentativa, la conducta –a pesar de su posible peligrosidad– no es típica, salvo excepciones, por entenderse que prima entonces la libertad de actuación de las personas. Esta es la razón de que algunas conductas (por ejemplo, el agente sigue a la eventual víctima para conocer sus horarios y planificar un futuro homicidio), a pesar de su clara relevancia social, no sean todavía típicas, salvo excepciones: así, la tenencia de armas, prevista como delito, es una de esas excepciones. Otra excepción son los actos preparatorios punibles (N.133), previstos solo en algunos casos.

ii) La realización de la conducta típica se inicia propiamente con la *tentativa*. De hecho se ha generalizado la expresión «inicio de la tentativa» para referirse al punto en el que se da comienzo al tipo.

Una vez que el agente realiza todos los actos del tipo, se habla de tentativa *acabada*; de lo contrario, esto es, cuando da inicio pero no realiza todos los actos previstos en la descripción del delito, de tentativa *inacabada*. Obsérvese que lo que está en manos del autor no es realizar el resultado (este se produce como consecuencia de su actuar), por lo que la tentativa acaba cuando lleva a cabo todos los actos previstos en la descripción típica. Sólo falta que se produzca el resultado, pero eso ya no está en su mano. De ahí los problemas que viene a resolver la doctrina de la imputación objetiva (N.22).

La tentativa presenta diversas facetas de interés, de las que ahora prestaremos atención a dos. En primer lugar, la faceta (político-criminal) de la tentativa como inicio del tipo, o con otras palabras, cuándo se entiende que da comienzo la realización del tipo. A este respecto, cierta doctrina (v. BURI) alude a un criterio *subjetivo*, a merced de la opinión del agente sobre su plan de acción; pero esta posición ha sido ya abandonada porque el ámbito de lo típico debe objetivarse de alguna manera en la ley y no dejarse en función de lo que crea el sujeto. Una posición distinta es la *objetivo-formal*, que determina el comienzo de la tentativa en función de cuándo se inicia el verbo nuclear del delito en cuestión; pero esta posición incurre en una petición de principio, pues lo que deseamos saber es precisamente cuándo se inicia la realización del delito. Para evitar este defecto, el criterio *objetivo-material*, viene a valorar la relevancia de la conducta. En esa línea, y concretando más dicho criterio, la tentativa dará comienzo cuando se ponga en peligro inmediata e inminentemente el bien jurídico del delito en cuestión mediante actos exteriores (C.47).

En segundo lugar, la faceta (estructural) de la tentativa como un caso de error. Si la conducta presenta un aspecto objetivo y subjetivo que han de converger (N.32), en la tentativa hay divergencia entre ambos aspectos. En efecto, el agente se representa más de lo que se produce (se podría hablar de una divergencia «por exceso»: se representa estar desplegando un riesgo contra un bien jurídico, pero en realidad no se despliega o no se plasma en el resultado, por ejemplo, porque el arma está descargada o porque el

proyectil no da en el blanco...). Pero dicha divergencia no interrumpe la imputación, sino que el agente será responsable de lo realizado. De lo contrario, si la imputación se interrumpiese, saldría beneficiado quien nada ha hecho por evitar el resultado, sino que ha puesto de su parte mucho para que se realice; sólo el azar, la mala puntería o un factor ajeno... han evitado que se produzca el resultado. Por lo que sería incorrecto que tales factores interrumpieran la imputación. Que la legislación penal de diversos Estados acostumbre a atenuar la pena en casos de tentativa no puede llevar a pensar que se trata de un supuesto de no imputación o de imputación disminuida. Esta cuestión enlaza con la del valor del resultado en la teoría del delito (N.44 y N.141): la no producción del resultado prevenido en la norma penal no altera la antijuricidad de la conducta, sino que afectará si acaso a su punibilidad, en cuanto que socialmente puede ser menos necesario castigar con la pena del delito, y aconsejar en cambio una rebaja de la pena.

iii) Se entiende por *consumación* la completa realización de la conducta descrita en el tipo por el legislador. Los actos del agente que quedan más allá de la consumación no forman parte del tipo. Si el tipo exige además un resultado separado espacio-temporalmente, la producción de éste es la consumación. La realización parcial del tipo, esto es, la no consumación, da lugar a apreciar tentativa. En aquellos delitos que pueden considerarse de resultado instantáneo, la consumación coincide con la producción de dicho efecto. En los llamados delitos de mera actividad (allanamiento de morada, por ejemplo), la consumación del tipo se produce con la realización de la conducta, sin que sea precisa la producción de un resultado separado espacio-temporalmente, que no se exige (suele afirmarse que en los delitos de mera actividad no cabe la tentativa; en realidad, sí es posible, pero resulta muy difícil distinguir el comienzo del tipo, o intento, de la realización completa: C.47).

iv) En ciertos delitos, *tras la consumación* de la conducta, quedan todavía momentos posteriores que pueden ser de interés. Algunos tipos admiten diferencias entre la completa realización de la conducta (o consumación formal) y la finalización de la lesión del bien jurídico en cuestión (consumación material o terminación). Así, en algunos casos, tras la consumación formal, suficiente para entender consumado el delito, se aprecia todavía la consumación material, que llega hasta que el agente hace cesar el estado antijurídico creado con su propia conducta antijurídica: la terminación del delito. La terminación tiene interés en delitos permanentes*, aquellos que dan lugar por voluntad del agente a un estado antijurídico como afectación del bien jurídico: por ejemplo, las detenciones ilegales (estas se consideran consumadas desde el primer momento de realización del tipo, pero prolongan la lesión al bien jurídico mientras dura la detención, hasta que cese con la terminación). Igualmente, puede distinguirse una fase de terminación tras la consumación en aquellos delitos en los que el legislador ha anticipado la consumación (delitos de peligro*, de resultado cortado*, por ejemplo) y sea posible apreciar todavía relevancia típica a los actos del agente. En otros casos, el legislador ha definido como delito conductas postdelictivas (N. 133).

En otros tipos, aunque se hallan descritos ciertos actos ulteriores, lograr éstos no pertenece al delito. Así, en el delito de hurto, el lucro efectivo por el agente con el objeto sustraído no forma parte del tipo, pero se deriva de la conducta de apropiación típica, que exige ánimo de lucro (N.33). Dichos actos, que quedan más allá de la realización de la conducta y que por eso no forman parte del tipo, pertenecen a la denominada fase de *agotamiento** del delito: los actos del agente en dicha fase no excluyen ni disminuyen la responsabilidad. Sin embargo, en ocasiones son tomados en cuenta por el legislador actos o efectos posteriores, para agravar o atenuar la

responsabilidad. En particular, hay delitos –los denominados «delitos *cualesificados por el resultado*»*– en los que la pena se agrava en función de los efectos derivados de la conducta del autor, como sucede con la producción de un grave quebranto de un servicio público, o perjuicios de especial consideración, en el delito de hurto (art. 235.1.2.º-3.º), o el grave daño para la causa pública o un tercero, derivado del abuso de información privilegiada por particular (art. 418). Respecto a estos casos, la vigencia efectiva del principio de culpabilidad, impedirían aplicar una pena por conductas en las que el sujeto no obre con dolo (o imprudencia, en su caso) respecto a dichos efectos que trascienden a su conducta (N.54).