

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 26, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647



**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)**

Número 26, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647

Dykinson S.L.

CONSEJO EDITORIAL

-Dirección / Editor

Dr. D^o IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Subdirección

Dra Dña MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED (Universidad Nacional a Distancia)

-Coordinación editorial

Dra. Dña CARMEN REQUEJO CONDE

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales de la Universidad de Sevilla

-Secretario técnico editorial y Coordinador de los equipos de revisión por pares externa

Dr. D^o JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor Contratado Doctor (acred.) de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. Doña TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. D^a MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia

Don IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado ICAM

Dra Dña VICTORIA GARCIA DEL BLANCO

Profesora Titular de Derecho penal. URJC

Dra Dña MYRIAM HERRERO MORENO

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Directora Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Sevilla

-Dr. D. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Profesor de Dereito penal Universidade Nova de Lisboa. Nova School of law

-Dr D. JAVIER LARENA BELDARRAÍN

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Deusto.

Dra Dña MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JUAN JOSÉ MEDINA ARIZA

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JOSE RICARDO PARDO GATO

Doctor en Derecho. Académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y
Legislación. Abogado

Dr Dº ALBERT RUDA FERNÁNDEZ

Professor Agregat. Dret Civil. Universitat de Girona

PRESIDENCIA DE HONOR DE LA REVISTA REDS

-Dº FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad de Deusto

-Dº OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Deusto

MIEMBROS HONORÍFICOS *AD HONOREM*

-Dº CARMEN CHACÓN PIQUERAS

Ex Ministra de Defensa de España

Dº MANUEL MARÍA ZORILLA RUIZ

Ex Presidente del Tribunal de Justicia del País Vasco

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto

Dº LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Granada

Ex Rector de la Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros del Comité:

Presidente

Dr. Dº BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático emérito de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Vocales:

PIERRE LUIGI MARIA DELL'OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia.
(Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática
Humana
Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI
Doctor y ex Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Camerino, Catedrático de
Derecho Civil y miembro de la "Escuela
Civilística" que agrupa a los más prestigiosos
catedráticos de derecho civil italiano.
Universidad de Camerino (Italia)

LUCIA RUGGERI
Profesora de Derecho civil y Decana de la
Facultad de Derecho de la Universidad de
Camerino

ANGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

JEAN-BERNARD AUBY
Ex decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad de París XII. Profesor de
Derecho Público en la Universidad de
Sciences Po Paris y director de la Acción
mutaciones de l'Publique Pública Droit et du
(cambios en el Gobierno y Derecho Público,
MADP) de Sciences Po Paris.
Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia.
Catedrático Derecho Civil y coordinador de
actividades de investigación de Derecho civil
de la Universidad de Perugia.
Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR
Cónsul General de España en Brasil

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

ENRIQUE GADEA SOLER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

LUZ MARTÍNEZ VALENCOSO
Catedrática de Derecho Civil Universidad de
Valencia

VANESA GARCÍA GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático emérito de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y Medicina
Universidad de Coimbra

ARNEL MEDINA CUENCA
Profesor Titular de Derecho penal de la
Facultad de Derecho de la Universidad de La
Habana.
Expresidente de la Unión Nacional de Juristas
de Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

VASCO PEREIRA DA SILVA
Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y
Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Portuguesa. Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Lisboa

MAYDA GOITE PIERRE
Profesora Titular de Derecho Penal,
Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias
Penales de la Unión Nacional de Juristas de
Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Lisboa.
Universidad de Lisboa

LEONARDO PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y de
Derecho Notarial. Notario.
Universidad de La Habana (Cuba)

RAÚL CERVINI
Catedrático de Derecho Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones Internacionales
Universidad Católica del Uruguay

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO
Decano Académico de la Facultad de Ciencias
Jurídicas de la Universidad Javeriana de
Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá

M^a JOSÉ CRUZ BLANCA
Catedrática de Derecho penal.
Universidad de Jaén

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris
Causa de la Universidad de La Sapienza
(Roma) y Doctor Honoris Causa por la
Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS
Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTÁZAR Y
RUÍZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la
Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO
Presidente Honorario y Fundador de la
Asociación de Abogados de Familia y Abogado
del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ
Catedrático de Derecho Civil y Consejero del
Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PEREZ
Ex Decano-Presidente del Colegio de
Registradores de la propiedad de España.

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL
Catedrático de Derecho Civil
Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA
Profesora Titular de Derecho Civil de la
Universidad Complutense de Madrid

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
Abogada en el Despacho Suarez y Sánchez.
Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA
Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Granada.

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de
Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA
Doctor en Derecho y Catedrático emérito
Derecho Económico. Director del Instituto de
Estudios Cooperativos de la Facultad de
Derecho. Vocal del Consejo Superior de
Cooperativas de Euskadi.
Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS
Doctora en Derecho y Catedrática Derecho
Mercantil. Consejera académica en Baker
& McKenzie.
Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Doctor en derecho por la Universidad
Autónoma de Madrid y Diplomado en
Sociología Política y en Administración de
Empresas. Catedrático de Derecho
Constitucional. Doctor honoris causa por las
Universidades de Messina (Italia) y Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Universidad Autónoma de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ
Abogado egresado en la (UFT),
Especialización en Criminología y Derecho
Constitucional).
Universidad Fermín Toro (Venezuela)

ALEJANDRO MIGUEL GARRO
Doctor en Derecho, Investigador Senior de la
Escuela Parker de Derecho Extranjero y
Comparado.
Universidad Columbia Law School NY

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica del Uruguay

GUILLERMO ALCOVER GARAU
Catedrático Derecho Mercantil.
Universidad Islas Baleares

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario, miembro de la Comisión General de
Codificación (coordinador) y presidente de la
Asociación para el Diálogo

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS
Profesor Titular de Derecho mercantil de la
Universidad de las Islas Baleares.
Universidad de las Islas Baleares

M^a CARMEN GARCÍA GARCÍA
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Granada

JAVIER VALLS PRIETO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

PEDRO MUNAR BERNAT
Catedrático Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

ANA HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho
Civil Universidad de Deusto

RAFAEL LINARES NOCI
Profesor Titular Derecho Civil
Universidad de Córdoba

JORGE BLANCO LOPEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País
Vasco y Profesor encargado de Derecho
internacional penal.
Universidad de Deusto

JAVIER BATARRITA GAZTELU
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del
Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES
Doctora en Sociología. Trabajadora Social en
Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la
Administración de Justicia Junta de Andalucía
Universidad Pablo de Olavide

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.
Presidente del Consejo General del Notariado

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Notario y Abogado del Estado

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO
Licenciado (1986), Master en Derecho (1991)
y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en
Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL
(1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL
(1987-2000). Profesor de Derecho penal en la
Nova School of Law de la Universidade Nova
de Lisboa

ASTOLFO DI AMATO
Licenciado en Derecho en La Sapienza
(Roma). Catedrático de Derecho Comercial en
la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado
de la Corte Constitucional.

LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares.
Catedrático de Ciencias de la Computación e
Inteligencia Artificial.
Universidad de Islas Baleares

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

MARIA JESUS CAVA
Catedrática de Historia Contemporánea.
Universidad de Deusto

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA
Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y
Abogada
Universidad de Córdoba

LÁZARO RODRIGUEZ ARIZA
Catedrático de Economía Financiera y
Contabilidad
Universidad de Granada

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal
de la Universidad de Granada.

MANUEL A. GÓMEZ
Professor of Law and Associate Dean of
International & Graduate Studies
Florida International University College of
Law

M^a ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Valencia

CRISTINA GIL MEMBRADO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil UCM.
Catedrática acreditada

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
Catedrática de Derecho penal UGR.
Directora del Instituto Andaluz
Interuniversitario de Criminología. Sección
Granada.

JAVIER VALLS PRIETO
Catedrático de Derecho penal UGR.
Ethics and Legal expert.

**SECCIONES PERMANENTES EN LA REVISTA: Derecho, Empresa y Sociedad
(REDS)**

Coordinador de Derecho Público, Sociedad Civil e Historia:

Dr Dº IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora de Derecho Privado, Bioderecho, IA y Tecnologías disruptivas:

Dr. Dª MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED

Coordinadora de Criminología e Igualdad:

Dra. Dª BÁRBARA SORDI STOCK

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla

Coordinador de las Relaciones Internacionales con Iberoamérica:

Sergio Alonso Garcia Long

Profesor Derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú

Coordinador de Nuevas formas de criminalidad y lucha contra la corrupción:

Dr Dº JESÚS MARTÍN MUÑOZ

Profesor de Derecho penal. UCM

Coordinadora de la sección de entrevistas en Derecho penal y Criminología:

Dra Dña Ana Belén Valverde Cano

Profesora Derecho penal UCM. Becaría Ramón y Cajal

Coordinadora de la Sección Jurisprudencial.

Dra Dña Mercedes Barragán López

Profesora de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora Sección Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional

Dra Dña EMILIA Mª SANTANA RAMOS

Profesora Titular (acred.) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Coordinador de Economía, Empresa, Estudios Financieros y Negocios

Dr. Dº JONATHAN TÉLLEZ TORRES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web: www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

REVISIÓN POR PARES

CONSIDERACIONES DE FUNCIONAMIENTO

1) PRIMERA FASE: REVISIÓN PRENSA

El secretario técnico presenta un informe de evaluación previa en el que justifica los criterios formales y sustantivos de aceptación para su publicación en la Revista

2) SEGUNDA FASE: EVALUACIÓN POR PARES

- El artículo se envía a dos evaluadores especialistas en a temática del autor del trabajo y que serán ajenos al centro universitario del autor del trabajo.
- Los evaluadores ad hoc examinarán la metodología, análisis, rigor dogmático sistemático, tratamiento bibliográfico, actualidad del tema y su aportación real a la trasferencia de conocimiento.
- Los evaluadores externos contarán un plazo de 4 semanas para enviar una plantilla de CRITERIO REDS para su análisis formal y material del trabajo presentado.
- La autoría de los informes no será revelada en ningún caso a los autores de los trabajos, ni estos conocerán la identidad de los informantes.
- Caso de divergencia o contradicción en el dictamen de los informantes decidirá el Consejo Asesor a propuesta del secretario técnico y responsable de la revisión de los evaluadores externos.
 - El Consejo asesor dilucidará con la mayor prontitud la idoneidad o no del trabajo objeto de publicación.

ÍNDICE

1. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA.....	17
<i>Diego-M. Luzón Peña</i>	
2. EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN EL ALZAMIENTO DE BIENES	37
<i>José Antonio Posada Pérez.</i>	
3. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANA: LA PERSPECTIVA DE UN PENALISTA.....	79
<i>Víctor García Sandoval</i>	
4. EL DELITO DEL ESTUPRO. ESPECIAL RELEVANCIA EN LAS FIGURAS TÍPICAS DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.....	93
<i>Ricardo William Sánchez Rocha</i>	
5. LÍMITES ÉTICO-LEGALES EN LOS SISTEMAS DE VIGILANCIA: SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL CHINO.....	121
<i>Ricardo Torralba Luzzy - Alberto Pintado Alcázar</i>	
6. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS. REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.....	139
<i>Iván Martín Gómez</i>	
7. ACUERDOS DE ÓRGANOS COLEGIADOS SOCIETARIOS COMO HECHOS O ACTOS JURÍDICOS, Y EL ACTA QUE LOS CONTIENE: SU EMISIÓN, VALIDEZ, EFICACIA E IMPUGNACIÓN EN EL PERÚ.....	165
<i>Max Salazar Gallegos</i>	
8. ANÁLISIS TEÓRICO DOCTRINAL DE LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJO. SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN CUBANA.....	193
<i>MSc. Ileana A. Díaz Kessell</i>	

9. EL GESTOR CULTURAL EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO COMO HERRAMIENTA INNOVADORA	203
--	-----

Manuel Recuero Astray - Borja del Campo Álvarez

10. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD MUSICAL MEDIANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y SU REGULACIÓN JURÍDICA: RETOS, TENSIONES Y PERSPECTIVAS MULTICISPLINARES.....	211
---	-----

Javier Miranda Medina

RENCENSIÓN

RECENSIÓN A JAVIER GONZÁLEZ MARTIN: LOS ELEMENTOS FORMATIVOS DE LA HISTORIA TIEMPO, MITO, GENERACIÓN. ILUSTRACIÓN, PROGRESO, CRISIS Y BARBARIE. CÓRDOBA ALMUZARA. 2025.....	233
---	-----

Julio César Muñoz Pérez

EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal (emér.), Universidad de Alcalá, Madrid, España.

Presidente de honor de la FICP. contacto@ficp.es

<https://orcid.org/0000-0003-3251-237X>

<https://doi.org/10.14679/4861>

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2025

Fecha de aceptación: 21 de noviembre de 2025

RESUMEN: Artículo dogmático de la parte general de Derecho penal que explica el comienzo de la ejecución de los coautores en supuestos problemáticos, explicando la solución global o conjunta donde el comienzo de la ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de la tentativa para todos los coautores y la solución individual donde el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución. Explicación de la solución global o conjunta y la premisa errónea de la solución global y los argumentos que hacen preferible la solución individual.

ABSTRACT: This article presents a doctrinal explanation of the commencement of the execution of co-perpetrators in problematic cases. It outlines the global or joint solution, where the commencement of execution by any co-perpetrator also constitutes the commencement of the attempt for all co-perpetrators, and the individual solution, where the commencement of the attempt by each co-perpetrator requires the commencement of their own execution. The article explains the global or joint solution, the flawed premise of the global solution, and the arguments justifying the preference for the individual solution.

PALABRAS CLAVE: Coautoria, tentativa, solución global, solución individual, errores, premisa.

KEYWORDS: Coperpetrators, attempt, global solution, individual, errors, premise.

* El presente trabajo es un anticipo del apartado correspondiente del Cap. 33 sobre Tentativa y consumación de mi Tratado de DP, PG, en preparación. Publicado por primera vez en ForFICP 2024-1, pp. 39-64 (www.ficp.es).

Sumario. 1. COMIENZO DE EJECUCIÓN DE LOS COAUTORES. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS. 2. LA SOLUCIÓN GLOBAL O CONJUNTA Y LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL. A) Solución global o conjunta: el comienzo de ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de tentativa para todos los coautores. B) Solución individual: el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución. C). Argumentos de la solución global o conjunta. 3. LA PREMISA ERRÓNEA DE LA SOLUCIÓN GLOBAL Y ARGUMENTOS QUE HACEN PREFERIBLE LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL. A) El error de la premisa de la solución global: el segundo sujeto que aún no ha actuado aún no es coautor y por eso no hay imputación recíproca. B) El sujeto concertado para la ejecución que aún no ha actuado no tiene dominio del hecho. C) El inconsistente argumento del azar o la casualidad D) Otros argumentos a favor de la solución individual. a. Desde la propia teoría de la tentativa. b. Argumentos adicionales desde la teoría de la autoría y participación.

1. COMIENZO DE EJECUCIÓN DE LOS COAUTORES. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

La coautoría, según la concepción restrictiva que me parece más correcta, es la realización conjunta y de común acuerdo del hecho (doloso, que es el que afecta a la tentativa, o también imprudente) por dos o más personas que por separado no lo realizan, determinan o dominan en su totalidad, sino que sólo la suma de sus actividades determina positivamente la producción del hecho¹. Pues bien, lo primero que hay que destacar, aunque no se suele hacer, es que la cuestión problemática en cuanto a cuándo comienza la ejecución y la tentativa de cada coautor surge cuando se trate, no de coautoría simultánea, o sea, cuando todos los intervinientes desde el principio ejecutan o comienzan a ejecutar el hecho –ya que en ese caso naturalmente no habría ningún problema especial–, sino de *coautoría sucesiva*², es decir, de *supuestos en que uno de los coautores interviene claramente antes que otro u otros, que actúa(n) después*, y concretamente fijándose en la hipótesis de que pese a su inicial conspiración el segundo sujeto por la razón que sea finalmente no puede intervenir tras el comienzo de ejecución del primero. Y se trata de saber cuándo se puede afirmar que comienza la tentativa este segundo sujeto o sujetos: si ya con el inicio de la intervención del primer coautor aunque el segundo aún no haya actuado³, o si únicamente con el comienzo de la propia intervención del siguiente (o siguientes). Pues si la intervención acorde de los coactuantes se va a producir simultáneamente y estando todos presentes en el lugar del hecho, p. ej. dando todos cuchilladas o golpes a la víctima para matarla, lesionarla gravemente o dejarla

¹ Así el concepto de coautor (requiriendo dominio positivo compartido o en la imprudencia determinación objetiva positiva del hecho compartida, concepto muy restrictivo frente al mayoritario del dominio funcional, que incluye el dominio meramente negativo y potencial de todos o al menos muchos cooperadores necesarios) que ya defendí esbozado, sobre todo para la coautoría imprudente, en LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss., 912 ss.; Curso PG I, 1996, 510, 507 ss., Lecc PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 18/51, 43 ss.; y más desarrollado junto con (y coincidiendo en lo sustancial) con mi discípulo M. Díaz en LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, FS-Roxin, 2001, (575 ss.), 591 ss. = Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA (Anuario Fac. Der. Univ. Alcalá), núm. extraord. 2000, (53 ss.), 70 ss., y en DPCont (Bogotá) 2 2003, (89 ss.), 108 ss., recogido tb. en ForFICP 2023-2, (115 ss.), 131 ss.

² Este término, que no es frecuente encontrar manejado en este contexto, es acertadamente usado como peculiaridad de estos supuestos por VALDÁGUA (SANTANA VALDÁGUA), ZStW 98 1986, 846; RFDL 1988, 19. Sin usar el término, sí destacan que los problemas se plantean precisamente cuando tras el acuerdo varios sujetos van a intervenir uno a continuación del otro RUDOLPHI, SK, desde 2.^a 1977, 6.^a 1994, § 22/19 a; KÜHL, AT, 8.^a 2017, 20/123. Sobre la coautoría sucesiva en general cfr. ampliamente ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 25/219 ss.

³ Éste es el supuesto en el que se centra la discusión. En cambio, en la doctrina no se trata el supuesto de que el segundo concertado comience unos minutos después del primero (o primeros) su parte de la ejecución, pero no la complete; y ello a pesar de que también en esta constelación de supuestos se puede discutir si el segundo coautor comete una tentativa ya con el inicio de ejecución por parte del primer coautor o si por el contrario sólo incurre en tentativa después, con su propio comienzo de ejecución.

inconsciente para otro ulterior propósito, entonces no se plantea problema de cuándo comienza la tentativa de cada uno, sino que comenzará en todos al mismo tiempo, ya que, aunque pueda haber una mínima diferencia de segundos entre la actuación de cada uno, ocurrirá que en cuanto uno arranque, tal como se ha acordado, el otro u otros se disponen inmediatamente a actuar simultáneamente.

2. LA SOLUCIÓN GLOBAL O CONJUNTA Y LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL

Al respecto se han defendido dos posiciones:

A) Solución global o conjunta: el comienzo de ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de tentativa para todos los coautores.

La llamada solución global, conjunta o unitaria⁴, claramente dominante en Alemania, sostiene que la consecuencia necesaria de la división del trabajo acordada es que cada coautor responde de cualquier acto previsto realizado por cualquier otro y por eso en cuanto un coautor comienza su acto ya ha comenzado la tentativa también para el otro o los otros coautores que actuarán posteriormente⁵; ya antes de esta fundamentación se llegaba a esta

⁴ En alemán *Gesamtlösung*. Esa denominación se la da SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters*, 1975, 59, 104, así como la de *Einzellösung* o solución individual para la posición contraria: v. n. ¿?? [2 después], y tal terminología es utilizada ampliamente por la doc. posterior.

⁵ Así en la doc. alem., que desde los años 60-70 se pronuncia casi toda al respecto, la opinión totalmente dominante: MEZGER, LK, 6.^a 1944, 8.^a, 1957 § 47/7; MAURACH, AT, 2, 1.^a 1954, § 49 III 3 [PG, II, 1962, § 49 III 3, p. 346]; SCHRÖDER, Anmerkung zu BGH 11, 268, JR 1958, 426 s.; en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.^a 1974, § 47/1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, de 18.^a 1975 a 26.^a 2000, § 22/55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, de 18.^a 1975 a 26.^a 2000, § 22/61; BAUMANN, JuS 1963, 85 ss.; AT, 8.^a 1977, 570 s.; ROXIN en su primera etapa: Täterschaft u. Tatherrschaft, desde 1.^a 1963, 452 ss., 454, fundamentándolo en su posición en 277 ss. de que cada coautor es titular o poseedor del (co)dominio sobre todo el hecho [las 10 eds. de la obra reproducen en esas pp. la posición inicial, pero ROXIN la abandonó en la 5.^a ed. 1990, 645 y, como indica en n. 335, siguiendo a (SANTANA) VALDÁGUA, cambia a la solución individual]; LK, 10.^a 1978, § 25/139 ss.; JuS 1979, 13 [posteriormente ROXIN se pasa a la solución individual: v. n. sig.]; BUSCH, LK, 9.^a 1970, § 47/20, 26; JESCHECK, AT, 3.^a 1978, 4.^a 1988 [PG, 1981], § 63 IV 1; VOGLER, GA 1977, 63; LK, I, 10.^a 1985, § 22/88 ss.; ZStW 98 1986, 330, 341; DREHER/TRÖNDLE, StGB, de 38.^a 1978 a 48.^a 1997, § 22/18; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, Heidelberg, Decker, 1978, 69 ss., passim; JZ 1979, 782, 785 ss.; STEINKE, *Krim (Kriminalistik)* 1979, 126 s.; OTTO, JA 1980, 641 ss., 646; AT, 7.^a 2004 [TG, 2017], § 21/125; MAIWALD, ZStW 93 1981, 883 ss. (pero con reservas en 884); STRATENWERTH, AT, 3.^a 1981, 237; 4.^a 2000, § 12/107 s.; GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 125; KÜHL, JuS 1983, 180 s.; JA 2014, 673 s.; AT, 8.^a 2017, 20/123 ss.; SCHMIDHÄUSER, AT StB, 2.^a 1984, 281, 351; SAMSON, SK, 4.^a 1985, § 25/55; KÜPPER, GA 1986, 446 s.; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a 1989 [PG 2, 1995], § 49/100, p. 330; STOFFERS, MDR 1989, 213; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 21/61 (pero en 21/118 para los delitos de infracc. de deber la soluc. individual); ERB, NStZ 1995, 424 ss.; HAUF, NStZ 1994, 263 ss.; JA 1995, 776 ss.; INGELFINGER, JZ 1995, 704 ss., 713; KÜPPER/MOSBACHER, JuS 1995, 488; ZIESCHANG, *Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium*, ZStW 107 1995, 361 ss.; AT, 6.^a 2020, nm. 512 ss.; AHRENS, JA 1996, 666; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 191 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996, § 63 IV 1; ROSSMÜLLER/ROHRER, MDR 1996, 988 ss.; KÖHLER, AT, 1997, 541, pero exigiendo mínima acción en el segundo como estar presente en el hecho; BUSER, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 16 ss., 83, 150 s.; KRACK, ZStW 110 1998, 611 ss., 621; WEBER, FS-Lenckner, 1998, 439 s.; RATH, JuS 1999, 144; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, de 49.^a 1999 a 54.^a 2007, § 22/21, 21a (FISCHER, StGB, desde 55.^a 2008); GORKA, *Der Versuchsbeginn des Mittäters*, Frankfurt, Haag, 2000, 135 ss. (pero en 153 para los delitos de infracc. de deber la soluc. individual); KREY, AT II, 1.^a 2001 a 3.^a 2008, nm. 439; BAUMANN/WEBER, AT, 11.^a 2003, § 29 IV 4 a; PRÜBNER, *Die von mehreren versuchte Tat*, Frankfurt/Bern, Lang, 2004, 147 ss., 169 ss., 189 s.; FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 90 ss.; HILLENKAMP, LK, 12.^a 2006/07, 13.^a 2019, § 22/173 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2010, 12/107 s.; WESSELS/BEULKE, AT, 40.^a 2010, nm. 611; BOSCH, Jura 2011, 909, 915; GEPPERT, Jura 2011, 30 ss.; HERZBERG/HOFFMANN-HOLLAND, MK, 1, 2.^a 2011, 3.^a 2017, § 22/139; HOFFMANN-HOLLAND, AT,

misma posición desde la teoría subjetiva de la autoría y participación⁶, que, dado que para ella lo único importante para la autoría es tener ánimo de autor y no de mero socio, lógicamente mantenía que todos los que han acordado obrar con *animus auctoris* en actos preparatorios o de auxilio responderán como coautores por tentativa en cuanto uno de los coautores comience un acto de ejecución⁷.

B) Solución individual: el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución.

Frente a esto, la solución individual (*Einzellösung*) mantiene que sólo comienza la tentativa para cada coautor, por mucho que se haya acordado su intervención posterior, cuando él mismo inicia la realización de su acto de ejecución, y no basta que el primer coaligado haya comenzado su parte de ejecución⁸. No obstante, sus defensores destacan que el futuro

1.ª 2011 a 4.ª 2023, nm. 646; KREY/ESSER, AT II, 4.ª 2011 a 7.ª 2022, nm. 439; MYLONOPOULOS, GA 2011, 463 ss., 474, pero exigiendo que el 2.º sujeto, que responde de una omisión impropia (468 s.), esté presente y dispuesto a actuar; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.ª 2011 a 54.ª 2024, nm. 962 ss.; HOYER, SK, 8.ª 2012, § 25/147; HEGER, en Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2ª 2020, § 22/51; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 1.ª 2013 a 3.ª 2022, § 10/45; RÖNNAU, JuS 2014 109 ss.; GROPP, AT 4.ª 2015, § 10/91; KASPAR, AT, 1.ª 2015 a 3.ª 2020, § 8/57; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, AT, 12.ª 2016, § 29/104; HEINRICH, AT I, 5.ª 2016, 6.ª 2019, nm. 740-742; KINDHÄUSER, AT, 8.ª 2017, § 40/15; ZACZYK, NK, 5.ª 2017, § 22/67 (aunque exige un mínimo de acción en el segundo: estar presente en la ejecución o reforzar al primer actuante); LACKNER/KÜHL, StGB, 29.ª 2018, § 22/9; KUDLICH/SCHUHR, en Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4.ª 2019, §§ 22/50; MURMANN, GK, 5.ª 2019, 28/94; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH, StGB, 30.ª 2019, § 22/55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, StGB, 30.ª 2019, § 25/61; JOECKS, en MK, 4.ª 2020, § 25/267 s.; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 36/20, 22; AMBOS, en Dölling/Dutge/König/Rössner, GesStr: StGB, 5.ª 2021, § 22/34; CORNELIUS, en Heintschel/Heinegg, StGB, 4.ª 2021, § 22/61. Igualem. la jurisprud. mayoritaria: p.ej. RGSt 58, 279; RGSt 77, 172 s., 175; BGH NJW 1952, 430; BGHSt 11 [1958], 268 s.; BGH NStZ 1981, 99; BGHSt 36 [1989], 250; BGHSt 39 [1993], 236 ss., 237 s.; BGHSt 40 [1994], 301 s.; BGH NJW 1995, 142 ss.; BGH, StV 2001, 273; BGH NStZ-RR 2015, 372.

Fuera de la doc. alem., donde son muchos menos quienes tratan el tema, a favor de la solución global o conjunta: CORREIA, [Direito criminal: tentativa e frustração, participação criminosa, pena conjunta e pena unitaria](#), 1953, 136; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, DP fund II, 1989, 399 ss.; PG, 2012, 850 ss.; GONZÁLEZ RUS, CDJ 1994-39, 123; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 489; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 19/204 y n. 187 p. 246 (siguiendo –“convincentemente”– a Maurach/Gössel); REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 373 ss., 384 ss.; El delito de tentativa, 2016, 366 ss., 377 ss.; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 15/17. Aunque no trate expresamente el inicio de la tentativa del coautor, ha de estar a favor la solución global DONNA, PG V, 2009, 360 s., por sostener que por su dominio funcional es coautor “quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho”, lo que vale sobre todo para el jefe de la banda. En cambio, fuera de la escasa doc. no alemana no es tan numerosa la defensa de la solución global, pues proporcionalmente bastantes más voces defienden la solución individual: v. *infra* n. 8.

⁶ Sostenida al menos desde KÖSTLIN, System des deutschen Strafrechts, AT, 1855, §§ 93 s.; y sobre todo v. BURI, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860, passim; GA 17 1869, 233 ss., 305 ss.; GS 22 1870, 21 ss.; Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; y, como es sabido fue predilecta para la jurisprud. del RG y en inicio del BGH alemán. Cfr. ampliamente sobre la teoría subjetiva y quienes la han compartido ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, desde 1.ª 1963, a 11.ª 2022, 51 ss.; AT II, 2003 [PG, II, 2014], § 25/17 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 289 ss.

⁷ Así lo destaca, para criticarlo y rechazarlo, FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116.

⁸ En alemán *Einzellösung*, denominación que, igual que la de *Gesamtlösung* para la otra posición, le da SCHILLING, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Köln, Heymanns, 1975, 104. Comparten esta solución individual, ya antes de ese nombre FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116; después: SCHILLING, cit., 29 ss., passim (partiendo de una concepción puramente causal de la coautoría, aunque inclinándose a la teoría subjetiva para delimitar el comienzo de ejecución de cada uno y considerando por eso –112 ss.– que en algunos casos la mera participación en el acuerdo y plan común puede suponer ya comienzo de ejecución individual); RUDOLPHI, FS-Bockelmann, 1979, 369, 383 ss.; SK, desde 2.ª 1977, 6.ª desde 1994, § 22/19 a, considerando con razón inaceptable la amplitud con que Schilling quiere fijar el comienzo de ejecución de cada uno y exigiendo por eso una acción individual con comienzo

del dominio del hecho; MAIWALD, ZStW 93 1981, 884; GÜNTHER, GA 1983, 330, 332 s.; KRATZSCH, JA 1983, 420 ss., 587; Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1985; BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 265 ss.; STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, 383 ss.; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 870 ss., 849 ss. (aquí firmando sin el 1.er apellido SANTANA, el menos importante en portugués); RFDL, 1988, 15 ss., passim; Início da tentativa do co-autor, Lisboa, Danúbio, 2.ª 1993, 73 ss., passim; ROXIN en una segunda etapa tras abandonar la soluc. global siguiendo a (Santana) Valdágua, en: Täterschaft, 5.ª 1990, 645 (n. 335) s.; LK, 11.ª 1993, § 25/198 ss.; FS-Odersky, 1996, 489 ss., 492; AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/297 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, Barcelona, PPU, 1991, 136 n. 324 (adhiriéndose a [Santana] Valdágua y sus argumentos), 656 n. 386, 693 s. y 694 s. n. 487; Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, EJB, Civitas, 1995, 708; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG 1997], 21/118 para los delitos de infracc. de deber (pero en 21/61 para todos los demás delitos la soluc. global); BAUER, C., Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), München, VVF, 1996, 189 ss.; GORKA, Der Versuchsbeginn des Mittäters, 2000, 153, para los delitos de infracc. de deber siguiendo a Jakobs (pero en 135 ss. para el resto la soluc. individual); OLMEDO CARDENETE, Arts. 27, 28 y 29, en Cobo (dir.), Coment CP III, 2000, 236 s.: el sujeto no debe permanecer en un estadio puramente preparatorio (que le conduciría a la calificación de cooperador necesario una vez comenzada la ejecución por el otro sujeto, sino que para ser coautor debe traspasar el umbral del mismo, dando comienzo a la ejecución; ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, Madrid, Edisofer, 2001, 256 ss., tras una amplia exposición y valoración de las posiciones en 210 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, Valencia, Tirant, 2001, 522, 487 ss.; PUPPE, AT II, 2005, § 37/7, § 39 13, § 44/1; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006, § 25/204, 20/123: en cuanto comienza el primero, se le imputa al segundo “aunque él mediante su propio comportamiento aún no se haya dispuesto inmediatamente a la realización del tipo en el sentido del § 22” y “esté aún en el estadio de preparación”; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 821 s.; PUTZKE, JuS 2009, 1083. 20/123: en cuanto comienza el primero, se le imputa al segundo “aunque él mediante su propio comportamiento aún no se haya dispuesto inmediatamente a la realización del tipo en el sentido del § 22” y “esté aún en el estadio de preparación”; LUZÓN PEÑA, GA 2021 (FG-Roxin 90. Gbtg.), (283 ss.), 285 ss.. En la doc. griega lo sostienen (cits. por MYLONOPOULOS, GA 2011, 462 s. n. 3) ANDROULAKIS, Poiniki Nomozesia, Genikó Méros (= DP, PG), II, 2.ª 2005, 174 ss.; DIMAKIS, Poinikós Kódikas, Sjoliásmós (= CP, Coment), 1993, Art. 45 nm. 2, 58; BITZILEKIS, Fainoménu tes symmetojís (= El fenómeno de la participación), 1990, 179, 182; SYMENOIDOU-KASTANIDOU, en Yperáspisi (revista), 1997, 143; CHRISTOPOULOS, Poiniki Dikaiosýni (= Justicia penal), 2008, 231 ss. Aunque no mencionan expresamente el inicio de la tentativa del coautor posterior, cabe interpretar que cuando ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 787, sostienen que no hay autor que no sea causante y que no cabe “la atribución al coautor posterior de las conductas realizadas por otros coautores antes de su incorporación a la empresa común”, aquí encaja también el anterior comienzo de tentativa sólo por un coautor antes de que llegue a intervenir otro previsto coautor. Una posición intermedia en FRISTER, AT, 1.ª 2006 a 9.ª 2020, 29/8-14: el hecho común tiene que haber alcanzado ya el estadio de tentativa, pero desde entonces para cada coautor sólo comienza la tentativa con su respectiva actuación.

Sin mencionar expresamente los términos solución individual o global, muchos autores (PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA/PÉREZ ALONSO, PG, 2002, 740; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.ª 2010, 580; SÁNCHEZ LÁZARO, Cap. 11 en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 170 s.), sostienen que como coautor sólo puede responder quien intervenga en la fase de ejecución, desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación, pero no quien sólo ha intervenido en la fase preparatoria; pero con esa afirmación, corriente en la doc. dom., queda la duda, al no decirlo expresamente, de si asimismo sólo admiten comienzo de tentativa como coautor en el sujeto que actúa (inicia su acción) ya en fase de ejecución y lo excluyen para el que, aun habiendo acordado, no llega a intervenir, o si se refieren más bien al cointerviniente que sólo lo hace en la fase preparatoria y no se ha reservado actuación alguna en la fase de ejecución, negando que sea coautor, pero no al supuesto –que es el aquí debatido– de si para el sujeto que sí ha acordado intervenir en fase ejecutiva aunque no inicial, pero no llega a intervenir, el inicio de ejecución y por tanto de tentativa del primero de los otros sujetos lo convierte también en coautor de la tentativa.

interviniente que lo ha acordado pero no ha actuado no queda impune: puede responder como cooperador psíquico o moral⁹, frecuentemente necesario, a veces no necesario¹⁰, y en algunos delitos que la tipifican, podrá responder por conspiración o algún acto preparatorio (pluripersonal) punible¹¹.

C). Argumentos de la solución global o conjunta.

Prescindiendo del rechazable enfoque de la teoría subjetiva de la autoría y participación según el *animus auctoris* o *socii* con el que actúa el interviniente, hoy claramente superada, 1.º) el principal, cuando no el único, argumento manejado por la doc. dom. de la solución global o conjunta es que por la división acordada de funciones existe en la coautoría el principio de la *imputación recíproca* (*gegenseitige* o *wechselseitige Zurechnung*) o de la atribución de actividad (*Tätigkeitsanrechnung*) –sobreentendido: ajena, del otro–, o sea, que, como cada acto parcial de cada coautor no realiza la totalidad del hecho (del mismo modo que en la autoría única, cuando no basta un solo acto para producir el resultado, el sujeto tiene que realizar todos los actos parciales necesarios), sino que es la suma o unión acordada de actos parciales la que produce el hecho total, a cada acto parcial de un coautor jurídicamente se le imputan también como suyos el resto de actos parciales de otros coautores y cada acto parcial se imputa por tanto al resto; y por ello el inicio de actividad y tentativa de un coautor se imputa necesariamente al resto de sujetos puestos de acuerdo aunque aún no hayan actuado¹².

⁹ Así lo destacan, para advertir que el coaligado que no llega a intervenir no ha de quedar necesariamente impune, FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116 (hablando de su actividad de apoyo, sin especificar si es apoyo psíquico); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 656 n. 386, 694 s. n. 487; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175: cooperación psíquica o moral en la tentativa del otro (en esta última precisa que la cooperación casi siempre será moral o psíquica); ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/297: cooperación psíquica; igual SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006, § 25/204. En la doc. griega (cits. por MYLONOPOULOS, GA 2011, 462 s. n. 3) lo sostienen ANDROULAKIS, DIMAKIS, BITZILEKIS, SYMENOIDOU-KASTANIDOU o CHRISTOPOULOS (v. *supra* n. 8).

¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cit. en n. anter., en cuanto a esa posibilidad de calificarlo como cooperador en la tentativa de quien sí comenzó la ejecución, considera que en Derecho español –o, hay que añadir, en el de otros países, que tb. distinguen cooperación necesaria y no necesaria– podrá ser generalmente cooperación necesaria moral o psíquica en tentativa, sancionada con la misma pena que la coautoría. A mi juicio, si es necesaria o no esa cooperación dependerá de las circunstancias del caso concreto: ciertamente puede ser más frecuente –coincidiendo con Díaz– que sea una ayuda psíquica necesaria, porque la promesa de intervención final decisiva del segundo concertado completando la ejecución iniciada por el primero sea para éste un apoyo psíquico imprescindible para su actuación porque el segundo tenga medios de los que carece el primero y por eso se le ha encomendado la fase final de la ejecución; pero en otros casos en que el/los primer(os) actuante(s) cuente(n) con la posterior intervención del segundo concertado, pero sin considerarla totalmente imprescindible por tener la posibilidad de sustituirlo por otro si este segundo falla, entonces el acuerdo del segundo de intervenir será una cooperación psíquica no necesaria, una mera complicidad a la tentativa del primer(os) actuante(s).

¹¹ Así lo destacan, ya FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 656 n. 386, 694 s. n. 487; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/297.

¹² Formulándolo así con unas u otras palabras la mayoría de la doc. cit. *supra* n. 5 (excepto ROXIN, que rechazaba expresamente ese argumento: Täterschaft desde 1.ª 1963, 277 ss.): así p. ej. BUSCH, LK, 9.ª 1970, § 47/20, 26; MAURACH, AT 4.ª 1971, 662; SCHRÖDER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 11.ª 1974, § 47/1, 25; JESCHECK, AT, 3.ª 1978, 4.ª 1988 [PG, 1981], § 63 IV 1; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 63 IV 1; desarrollando especialmente esta fundamentación KÜPER, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, 44, 54 ss., 60 ss.; JZ 1979, 186 s.; MAIWALD, ZStW 93 1981, 884; STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, 231, 237; HAFT, AT, 2.ª 1984, 188, 213; KIENAPFEL, AT, 4.ª 1984, 554, 556; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 6.ª 1984, 266; SCHMIDHÄUSER, AT StB, 2.ª 1984, 281, 351; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, 526, 539; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 22.ª 1985, § 25/61; VOGLER, LK, 10.ª 1985, § 22/88, 94; WESSELS, AT 15.ª 1985, 169; INGELFINGER, JZ 1995, 707 ss.; KREY, AT II, 1.ª 2001 a 3.ª 2008, nm. 439; HILLENKAMP, LK, 12.ª 2006/07, 13.ª 2019, § 22/173 (aunque en nm. 174 quiere limitarlo a casos en que el primer acto ejecutivo de otro coautor es el último paso inmediatamente

A este argumento decisivo y común a prácticamente todos los partidarios de esta posición agregan otros algún argumento adicional: 2.º) Así desde Roxin en su primera época se ha querido fundamentar ese comienzo de la tentativa de un coautor para todos los demás sucesivos en que todos poseen el *dominio del hecho en su totalidad*: Roxin considera que en virtud de lo que denominó por primera vez “dominio funcional del hecho”, que tiene todo el que en virtud de acuerdo y plan conjunto va a prestar una contribución necesaria indispensable a la ejecución sin la cual el hecho fracasa¹³, cada coautor responde no por el hecho de los demás, sino por su hecho propio: porque el coautor posee su propio co-dominio del hecho, sobre todo el hecho, sobre el hecho total o global, en su totalidad¹⁴, y por eso sostuvo que los sujetos hasta ahora inactivos, que tienen que ejercer su función sólo en un momento posterior, mantienen en todo momento el suceso en su mano como mínimo tanto como los otros, y por ello pueden tener posesión o titularidad del co-dominio incluso sin cualquier actividad externa¹⁵ y que, “como cada sujeto individual mediante su función en el marco del suceso co-domina toda la realización del tipo y consiguientemente también ha participado en cada acto individual como co-portador o cotitular del dominio del hecho, necesariamente el ‘disponerse’ de un sujeto individual a la ejecución también es una tentativa de todos”¹⁶. Sin hacer esa matización de que el futuro coautor es “titular” del dominio sobre todo el hecho, otros sostienen simplemente que por el plan y el reparto de papeles, en cuanto uno inicia la tentativa, el futuro interviniente tiene asimismo el mencionado “dominio funcional”¹⁷, el “dominio del hecho global, conjunto o común”¹⁸, afirmándolo por tanto de todos y cada uno de los coautores, hayan ya actuado o aún no. O, con una argumentación matizada, Küper sostiene que al dominio positivo parcial de cada coautor sobre su propia aportación al hecho se suma su dominio negativo sobre el hecho total o global¹⁹.

anterior a la posterior actuación que debería realizar otro sujeto); ZACZYK, NK, 5.ª 2017, § 22/67; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 373 ss., 376, 384 ss.; El delito de tentativa, 2016, 366 ss., 370, 377 ss.; KÜHL, AT, 8.ª 2017, 20/123, 125; MURMANN, GK, 5.ª 2019, 28/94; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH, StGB, 30.ª 2019, § 22/55; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 36/20. Tb. BGHSt 39, 238. JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG 1997], 21/61 (y siguiéndole KÜHL, AT, 8.ª 2017, 20/124) lo explica con la imagen de una “persona imaginada” con muchas manos, pies y lenguas que realizara la conducta completa compuesta de las aportaciones individuales de los miembros.

¹³ ROXIN, Täterschaft, desde 1.ª 1963, 452 ss., 454, fundamentándolo en su posición en 277 ss. de que cada coautor es poseedor o titular del (co)dominio sobre todo el hecho; LK, 10.ª 1978, § 25/139 ss.; JuS 1979, 13.

¹⁴ En alemán: *die (Mit)Herrschaft über die gesamte Tat*; ROXIN, Täterschaft desde 1.ª 1963, 277 ss.; con ello rechaza expresamente la fundamentación de la imputación recíproca para los coautores, pues considera una extraña tesis no concordable con el principio de culpabilidad que alguien sea castigado como autor por lo que otro ha hecho con plena responsabilidad (277), sosteniendo por el contrario que el coautor responde no por el hecho de los demás, sino por su hecho propio: porque el coautor posee su propio co-dominio del hecho en su totalidad (pp. 287, 290); igual posición mantuvo luego en LK, 10.ª 1978, § 25/139 ss.; JuS 1979, 13.

¹⁵ ROXIN, Täterschaft desde 1.ª 1963, 454.

¹⁶ ROXIN, LK, 10.ª 1978, § 25/139; coincidente en JuS 1979, 13.

¹⁷ Así KÜHL, AT, 8.ª 2017, 20/123.

¹⁸ Así STRATENWERTH, AT 4.ª, 2000, § 12/107, pero en nm. 109 lo reconduce al aspecto subjetivo: “la responsabilidad por el comienzo de la tentativa ya es proporcionada o procurada por la resolución conjunta o común del hecho [*gemeinsamer Tatentschluss*], al que se reconduce aquél”. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 852 n. 75; RFDL 1988, 27, n. 75; Inicio da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 73 s., incluye junto con Stratenwerth en esta posición a JESCHECK; pero no está totalmente claro, ya que JESCHECK, AT, 3.ª 1978, 4.ª 1988 [PG, 1981], § 63 IV 1; JESCHECK/WEIGEND, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 63 IV 1, hablan realmente de que en virtud del reparto de papeles “los otros intervinientes hayan asumido aportaciones al hecho que les hubieran hecho participantes en el dominio del hecho”.

¹⁹ Así KÜPER, JZ 1979, 785 s., donde aclara que dominio positivo del hecho significa “poder sobre el transcurso” (*Ablaufsmacht*) del hecho y “poder de realización” (*Verwirklichungsmacht*), y que dominio negativo es “poder de inhibición” (o de impedimento, *Hemmungsmacht*). [SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 861 ss., 870 ss.; RFDL 1988, 40 ss., 52 ss.; Inicio da tentativa, 2.ª 1993, 147 ss., 93 s., comparte esa posición de Küper, pero la aplica precisamente a favor de la solución individual, afirmando que el

También se han ofrecido otros argumentos menos importantes o menos extendidos: 3.º) Así el argumento del azar, del acaso o de la casualidad²⁰: no es justo que, si opera el primer actuante, éste responda ya por tentativa y en cambio salga mejor parado el segundo interviniente comprometido, cuya actuación muchas veces será más importante o incluso la decisiva, porque, por alguna circunstancia como ser descubiertos antes, no ha podido hacerlo, lo que dependerá puramente del azar²¹. 4.º) O el de Maurach/Gössel, aduciendo que con el comienzo de tentativa de un coautor ya comienza el ataque al bien jurídico y esto rige para todos coautores²².

3. LA PREMISA ERRÓNEA DE LA SOLUCIÓN GLOBAL Y ARGUMENTOS QUE HACEN PREFERIBLE LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL.²³

A) El error de la premisa de la solución global: el segundo sujeto que aún no ha actuado aún no es coautor y por eso no hay imputación recíproca.

A la solución global de la doc. mayoritaria le han opuesto una serie de objeciones y contraargumentos los defensores de la minoritaria solución individual, indicando que lo lógico es que para el comienzo de la tentativa de cada sujeto se requiera que él mismo, y no otro independiente, comience a actuar y que además ello lleva a resultados más justos, como a continuación expondré con más detalle. Pero esos argumentos por sí solos *no serían contundentes frente a la réplica que puede seguir dando la solución global (si en su premisa fuera correcta esa réplica)*: que no se trata de discutir si es más convincente o no que el comienzo de la tentativa deba comenzar con la propia actividad de cada sujeto, ya que en la coautoría, sea de un hecho consumado o sea de uno sólo intentado, hay *imputación recíproca de lo que hace cada coautor al resto*²⁴, y por ello el comienzo de la tentativa y con ello el inicio de la conducta típica intentada por un primer coautor necesariamente ha de imputarse también al (a los) siguiente(s) interviniente(s) antes de que haya(n) actuado conforme a lo acordado, de modo que en la fase de tentativa también sucede que, aunque en el plano fáctico el segundo sujeto que no ha podido actuar ciertamente no haya iniciado (o ciertamente no tenga dominio del hecho), sin embargo jurídicamente este coautor habrá iniciado ya la tentativa con la conducta del primero. Con la mayor claridad y rotundidad lo afirma así expresamente Mir Puig²⁵ al referirse así al “el principio de «imputación recíproca» que caracteriza a la verdadera coautoría. Según éste, la ejecución empieza y termina para todos

coautor tendrá dominio negativo sobre el hecho global, y dominio positivo sólo sobre su propia actuación, por tanto sólo si la realiza, y no tiene dominio negativo sobre la actuación de cada otro coautor.

²⁰ El denominado por los alemanes “Zufallsargument”.

²¹ Argumento esgrimido en su primera etapa por ROXIN, Täterschaft, 1963 (10.ª 2019), 453; LK, 10.ª 1978, § 25/139; JuS 1979, 13 (lo reproduce, pero para criticarlo, en AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/296; crítica en nm. 307); lo manejan tb. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, desde la 18.ª 1975, 30.ª 2019, § 22/55; KÜPER, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, 68, 70; JZ 1979, 187; STEINKE, Krim 1979, 126 s.; STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, 231; 4.ª 2000, § 12/108; GORES, Der Rücktritt, 1982, 125; VOGLER, LK, 10.ª 1983, § 22/89; HILLENKAMP, LK, 12.ª 2006/07, § 22/173; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 375, 386 s.; El delito de tentativa, 2016, 368, 379 s.

²² Así MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª 1989 [PG 2, 1995], § 49/100: la inmediatez legalmente requerida ha de referirse a la relación del autor con la respectiva forma de menoscabo típico del bien jurídico “y por ello en la coautoría al ataque o agresión al bien jurídico llevado a cabo actuando conjuntamente”, por lo que cada coautor responde de cada acción ejecutiva planeada del otro coautor como si la hubiera efectuado él.

²³ Un avance muy sintetizado —por limitaciones de espacio en ese n.º de GA— de la crítica que sigue a la solución global (en III.1) y de mi argumentación a favor de la individual lo expuse ya para los lectores del mundo germánico en mi artículo: LUZÓN PEÑA, Bemerkungen zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft, GA 2021-5: FG-Roxin 90. Gbgt., (283 ss.), 285 ss.

²⁴ Es más, hay que rebatir en primer lugar este argumento, porque, como destaca (SANTANA) VALDÁGUA, (ZStW 98 1986, 852; RFDL 1988, 27) el criterio de la atribución de la actividad ajena o imputación recíproca es en la doc. alemana actual el fundamento más frecuentemente aducido, y en la doc. antigua y jurisprud. alemanas es incluso el único alegado, para la solución global.

²⁵ MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 15/17.

en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la tentativa o la consumación, ello vale para todos”. Lo que ocurre es que es incorrecta esta premisa básica de la que parte la solución global y dicho punto de partida es lo primero que hay que desmontar²⁶:

No es correcta, sino errónea la premisa de que, como el previsto interviniente posterior es coautor, en virtud de la imputación recíproca ha de imputársele ya la primera acción típica de inicio de tentativa del primer coautor. Y esa premisa es equivocada porque el sujeto que había acordado con el primero ser un interviniente posterior, pero que (aún) no ha actuado, aún no es coautor y por tanto no se le puede imputar ninguna actuación del primer actuante como coautor que inicia una tentativa, como es imposible imputar sus (aún) inexistentes acciones a otros que sí intervienen. En una palabra: el futuro coautor aún no es coautor. Como decía ya Frank: “la responsabilidad de las diversas personas como coautores comienza para cada una individual en el momento en el que precisamente ella emprende una acción de ejecución: pues sólo de ese modo ella se convierte en coautor”²⁷.

Es cierto que cuando varios, dos o más personas, intervienen de modo acordado realizando entre todos ellos el hecho, que cada uno realiza sólo parcialmente, no en su totalidad, sino que solamente la actuación conjunta es la que realiza totalmente el hecho (o para la formulación de la doc. dom. sólo la conjunción de actuaciones de los coautores tiene el condominio o dominio conjunto del hecho, y cada coautor tiene sólo dominio parcial del hecho²⁸),

²⁶ En cambio, otros partidarios de la solución individual exponen primero otros diversos argumentos contra la solución global y dejan para el final el acabar rechazando su premisa básica de que la obligada imputación ajena recíproca obliga a imputarle al concertado como coautor en un segundo momento el comienzo de tentativa de otro que actúa primero aunque el segundo no intervenga: así RUDOLPHI, SK, desde 2.ª 1977, § 22/19a; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 852-869; RFDL 1988, 27-51; ROXIN, (que en AT, II, 2003 con todo su peso ha cambiado, como ya he expuesto en notas anteriores, de la posición global o conjunta a la solución individual) AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/298-305; o JÄGER (realm. RUDOLPHI/JÄGER), SK, 9.ª 2017, § 22/35, dedican primero mucho espacio a dar otros argumentos tomados tanto de la teoría de la participación como de la propia tentativa a favor de la individual y contra la conjunta ([SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 854 s.; RFDL 1988, 30, al principio meramente apunta de pasada que sólo se podría hablar de imputación recíproca si el segundo coparticipante también hace a su vez algo que pueda ser imputado a los otros), y sólo después critican (RUDOLPHI, SK, desde 2.ª 1977, § 22/19a i.f.; [SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 870 ss.; RFDL 1988, 52 ss.; ROXIN, AT II/PG II, § 29/306; JÄGER –realm. RUDOLPHI/JÄGER–, SK, 9.ª 2017, § 22/35 i.f.), el argumento de la imputación o atribución de actividad al sujeto aún no interviniente (pero SANTANA VALDÁGUA ya da mucha más importancia a la crítica de este argumento en su monografía *Início da tentativa do co-autor*, 2.ª 1993, 73 ss., 142 ss., 164 ss., *passim*). A diferencia de éstos, el primer autor en defender una solución individual, FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, manejaba directamente como único y decisivo argumento frente a la tesis de la doc. dom. el de que el sujeto sólo se convierte en coautor si inicia su acción de ejecución: v. la cita *infra* en n. sig.

²⁷ FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116.

²⁸ Esto naturalmente para la inmensa mayoría de tipos que no son exclusivamente delitos contra deber o de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), sino que pertenecen a la categoría denominada a partir de ROXIN (*Täterschaft*, 1963) “delitos de dominio”: *Herrschaftsdelikte*. Sin embargo, hay que matizar que, según la interpretación que sostengo, es solamente para los tipos o delitos puros de resultado para los que, si son dolosos, que es lo que nos ocupa en la tentativa, rige el criterio del dominio positivo sólo parcial del hecho en cada coautor, resultando el dominio positivo total o completo del hecho únicamente de la adición de los dominios parciales, y si son imprudentes, lo mismo pero sustituyendo “dominio positivo” por “determinación objetiva positiva” parcial o total del hecho; mientras que en los delitos de mera actividad o de resultado pero con actividades legalmente descritas, tipificadas, es más preciso formularlo diciendo que la forma de dominar o determinar objetivamente y positivamente el hecho es precisamente realizar la totalidad de la actividad o las actividades típicas legalmente descritas (y el criterio del dominio será únicamente un medio auxiliar y complementario para confirmar en caso de duda si se realiza la actividad típica requerida, concluyendo que, si el sujeto actúa con dominio –o determinación objetiva– del hecho sobre esa clase de conducta realmente está realizando la actividad o conducta típica específica), pero eso no lo hace por separado ninguno de los coautores, que cada uno realiza únicamente en todo o en parte un acto típico, cualquier acto típico, pero no la totalidad de la actuación típica, que se produce por la suma de actos de todos los coautores. Para otra opinión sólo la realización conjunta de actos típicos nucleares (no

es plenamente coherente interpretar y afirmar que por eso mismo rige y se produce la atribución o “imputación recíproca” de la actuación de cada coautor al otro u otros, ya que cada uno sólo realiza parcialmente (sólo domina o determina en parte) el hecho y no lo realiza (domina, determina) en su totalidad, pero sumando o uniendo su intervención, como se acuerda en el reparto de actuaciones, a la del otro u otros sí resulta la realización (dominio, determinación) plena del hecho típico, y por eso jurídicamente el hecho conjunto se imputa o atribuye a la conjunción de actuaciones parciales de todos y la actuación y contribución co-determinante de A se le imputa también –para completarla en lo que le falta– a la intervención asimismo parcialmente co-determinante de A, y viceversa. Esto rige para el delito consumado, pero también para el caso de que los dos o más autores hayan llevado a cabo sus actuaciones en fase de tentativa sin que se llegue (aún) a la consumación. Y hay que destacar que en cada coautor hay una intervención cuya aportación parcial codeterminante del hecho se le puede sumar y atribuir a la otra aportación parcial codeterminante y es una intervención parcial a la que a su vez se le puede sumar y atribuir la intervención parcial del otro.

Por el contrario, si dos personas A y B acuerdan, previamente o en el mismo momento de comenzar, efectuar cada uno actos parciales y sucesivos de realización del hecho típico, v.gr. de robo con fractura de la caja fuerte de una entidad o de violar atando a la víctima, y A realiza efectivamente el primer acto parcial, de abrir con un soplete la caja fuerte o de atar a la víctima dejándola inmóvil, pero el segundo, B, por una circunstancia imprevista (como ser detenido o sufrir un desmayo o un accidente grave de circulación) queda impedido y no puede entrar a realizar el segundo acto parcial necesario que intentaría la consumación, si en estos ejemplos B no puede sacar de la cámara acorazada ya abierta las barras de oro a un transporte especial²⁹, o no puede entrar a la entidad con los envases o bolsas especiales en los que guardarán el botín, o no puede ni acercarse a la víctima atada para tener acceso carnal, este segundo sujeto B no es coautor de nada (en nuestros ejs., ni de robo con fractura ni de violación): *porque no realiza acto parcial codeterminante alguno que, sumándose al primer acto parcial de fractura de la caja o de violencia efectuado por A, pueda completar –o al menos intentarlo– el dominio positivo (doloso) del hecho por el primer sujeto y con ello pueda realizar, o intentar realizar, conjunta y totalmente el hecho típico* (por tanto B no realiza acto alguno cuyos efectos al menos de intento se puedan imputar al acto inicial de A³⁰), y porque *el segundo sujeto no realiza acto parcial alguno de carácter codeterminante (ni siquiera sin ese carácter) al que se le pueda agregar conforme a lo acordado y por ello imputar el acto típico que sí ha realizado el primero y de ese modo conjunto lograr o intentar el segundo dominar totalmente el curso del hecho y con ello realizar totalmente el hecho típico.*

bastando para ser coautor realizar algún acto típico periférico) produce el pleno dominio positivo del hecho propio de la coautoría: en nuestra doc. mantiene muy señaladamente esta opinión DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, desde su obra La autoría en DP, 1991, 513 ss., 532 ss. Pero esas diferentes posiciones ahora no tienen trascendencia para la cuestión que nos ocupa de si se le puede imputar la acción de comienzo de tentativa de otro sujeto como coautor tb. de tentativa al sujeto que había acordado intervenir en un segundo momento pero no llega a hacerlo.

²⁹ Ej. muy citado con ligeras variantes según los autores: así p ej. RUDOLPHI, FS-Bockelmann, 1979, 371; KRATZSCH, JA 1983, 587; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 842 s.; ROXIN, FS-Odersky, 1996, 491; AT II, 2003 [PG II, 2014], § 29/297; GUHRA, Das ...Verhalten beim beendeten Versuch, 2002, 154; HILLENKAMP, LK, 12.^a 2006/07, § 22/171 s.

³⁰ Al primer actuante A ciertamente no se le puede imputar un inexistente acto posterior de B, pero no obstante sí se le puede considerar por su actuación autor de una tentativa planificada como de coautoría, pero al final realizada en tentativa como autor unipersonal, en nuestros ejemplos autor de tentativa de robo con fractura o de violación: porque él sí ha dado comienzo a la ejecución del hecho, bien realizando el primer acto típicamente descrito o bien efectuando una acción con capacidad parcial de dominio positivo (o en la imprudencia, de determinación objetiva positiva) del curso del hecho, que puede completarse, o bien como está previsto con la segunda intervención de un coautor, en cuyo caso el primer actuante será ya coautor de tentativa, o bien, si la intervención ajena falla o no se llega a producir, a veces mediante su propia segunda actuación si le resultara factible, caso en el que será autor único inmediato de tentativa o incluso al final, autor único de delito consumado.

En una palabra: la imputación recíproca de la coautoría se da entre actuaciones o actos, con capacidades parciales equivalentes, que una se puede imputar a la otra para completar el hecho, pero no se da ni se puede dar entre un acto y un pensamiento o plan acordado de futuro acto que no llega a tener existencia real. Entre intervenciones reales equivalentes en capacidad (parcial) de producir el tipo sí puede haber imputación recíproca de una actuación a la otra porque efectivamente en la realidad cada una tiene la capacidad parcial de agregándose a la otra realizar totalmente el hecho típico: porque una realiza una de las acciones típicas y la otra intervención la otra acción típica que falta (en los ej. cits. un sujeto realiza la fuerza en las cosas o la violencia en la persona y el otro realiza, o intenta realizar, la segunda acción típica de apoderamiento del botín o de acceso carnal) o porque en delitos puros de resultado cada interviniente realiza un acto de dominio positivo parcial por sí solo aún insuficiente pero que sumándose al otro acto acordado logrará, o al menos intentará, el dominio total del hecho. En cambio, el plan de una futura segunda intervención de ejecución parcial que se sume a la primera, pero no puesto en práctica, no constituye jamás una actuación real que pueda realizar o intentar realizar la actividad típica descrita que falta –el apoderamiento del botín o el acceso carnal– o que pueda poseer el dominio parcial del hecho que se sume en lo que falta al dominio parcial del primer acto, para completar el tipo e imputársela a la primera actividad iniciada del primer coautor³¹; y precisamente por eso ese primer coautor lo es sólo de una tentativa inacabada, y no de una tentativa acabada ni de una consumación que se produciría solamente con la realización real de su parte de ejecución por el segundo coautor (que ahora sí sería coautor). Y por eso mismo, a la inversa, a ese plan o pensamiento de actuación no puesto en práctica tampoco puede imputársele el primer acto de inicio de ejecución sí efectuado para convertirlo de pensamiento en un acto de inicio de tentativa y para atribuirle unas cualidades y capacidades de dominio o realización parcial del hecho que no posee ni puede poseer mientras no se ponga en práctica³².

Lo que en el fondo *realmente están diciendo los defensores de la solución global*, con su argumentación de la imputación del comienzo de ejecución real de un coautor concertado al otro “coautor” comprometido a actuar posteriormente que no llega a hacerlo, es *que basta para ser coautor haber intervenido en la fase preparatoria en el plan común y en el acuerdo o concierto* (es decir, en una mera conspiración) para la ejecución aunque el sujeto no intervenga en ella³³, *y eso es totalmente inadmisibile*: Se podrá discutir, como hacen las

³¹ A éste se lo considera autor de tentativa porque ha iniciado la ejecución, y de tentativa de tal delito: robo con fractura o con violencia, violación, porque ese es el delito que con un posterior acto de ejecución pretende consumir, o bien realizando esa ejecución restante otro, que sería coautor, o bien él mismo, que sería autor único: v. n. 30.

³² Igualmente DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 821 s. Tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 854 s.; RFDL 1988, 30, apunta que sólo se podría hablar de imputación recíproca si el segundo coparticipante también hace a su vez algo que pueda ser imputado a los otros; pero no señala la perspectiva inversa, que es la decisiva: que, si el segundo sujeto no llega iniciar su planeada ejecución parcial, no hay nada, no hay acto alguno al que recíprocamente se le pueda imputar el acto parcial del primero. En cambio, ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/306, maneja precisamente este último argumento al decir que “mientras alguien no ha aportado su propia contribución, falta ese presupuesto para el co-dominio del hecho y con ello el fundamento para una imputación en régimen de coautoría” (imputación de la actividad sí realizada por el otro), pero no menciona expresamente el primer aspecto indicado, el de que no hay una aportación suya que se le pueda imputar al otro actuante.

³³ Así, en efecto, aduce KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 44, que es una cuestión abierta la de “qué requisitos de cualidad hay que plantear por principio a una aportación como coautor...: si para ello es necesaria la (planeada) coactuación en el estadio o fase de ejecución o si basta por ejemplo la intervención en el planeamiento y preparación” (similar en JZ 1979, 787), y responde (*Versuchsbeginn*, 1978, 60) que, como la imputación recíproca y atribución de la actividad (del otro), es el fundamento ineludible de la coautoría, no hay inconveniente en que “a todos los intervinientes que se han puesto de acuerdo en la ejecución común de un delito se les impute la contribución prestada por un coautor de modo acorde con ese plan, incluso si ella se plasma únicamente como tentativa”, es decir que basta haber participado en el plan y acuerdo común de intervenir después como coautores, o sea en un acto preparatorio de conspiración y planeamiento conjunto, para que, por la atribución recíproca de actividad ajena, la actuación de comienzo de ejecución e inicio de tentativa por uno se les impute igualmente a todos los

diversas concepciones, si para la coautoría es preciso realizar parcial y conjuntamente el tipo codominando (con dolo³⁴, que es de lo que se trata en la tentativa) positivamente el hecho – como sostiene la posición más correcta– o si es suficiente, como sostiene la teoría del dominio funcional, prestar en el reparto de funciones una colaboración necesaria, que supone el dominio meramente negativo del hecho porque la no prestación de la cooperación lo impide, y si basta que se realice esa colaboración imprescindible sea en la fase que sea o si ha de prestarse en la fase de ejecución y junto a la ejecución; pero en todo caso es absolutamente imprescindible para ser coautor que se haya realizado efectivamente esa actividad de codominio (positivo o negativo), y no se puede ser (co)autor de un hecho si solamente se ha planeado realizar esa actividad, pero no se realiza ni en su inicio. Como muy correctamente dice el art. 28, párr. 1.º CP esp. “son autores quienes realizan el hecho...”, los coautores “conjuntamente”, y por tanto (co) autor de tentativa sólo puede serlo quien realiza el hecho de la misma (ampliación de la tipicidad del delito consumado), o sea, quien (art. 16.1) “da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”, nunca quien ha planeado dar principio a la ejecución junto con otro(s): ese sólo realiza antes un acto preparatorio de planeamiento, que si es de común acuerdo con otros, será conspiración, que en la mayoría de los CP ni siquiera es punible en la mayoría de los delitos, y tras la conspiración sólo tiene el pensamiento, la voluntad de llevar a cabo su parte de intervención después del primer actuante. Y no haría ni falta mencionar que *en un Derecho penal del hecho el mero pensamiento no puesto en práctica no delinque* y por tanto *no puede ser comienzo de tentativa*³⁵, no hay en el segundo sujeto inicio de realización alguna parcial del hecho ni por ende (ya que autores son sólo quienes realizan el hecho: art. 28,1.º) puede ser (co)autor de nada: no ha realizado hecho alguno de principio de ejecución parcial al que se le pueda imputar el acto sí realizado de inicio de ejecución de otro sujeto.

Por eso tiene plena razón Roxin (en su segunda etapa) –como todas las voces que argumentan de ese modo– al exponer que, si bien es correcto, y lo confirma la regulación legal alemana, entender que a cada coautor le debe ser imputado el hecho en su totalidad y por lo tanto también la parte de los restantes, no realizada por él, “sin embargo, de ello naturalmente que no se puede deducir si alguien es o no coautor en un determinado momento de la ejecución. Así pues, inferir, a partir de la imputación recíproca de las contribuciones de los coautores, que deba hacerse valer la acción de tentativa de un tercero como propia, y en su contra, de alguien que aún no ha realizado ninguna aportación (o ninguna suficiente para la coautoría), constituye tan sólo una *petitio principii*. Esto presupondría su propia coautoría en la acción de tentativa, y para ello falta el co-dominio o dominio conjunto. Cuando, a resultas de un plan común, un delito es consumado mediante la cooperación y división del trabajo entre dos (o varios), el dominio conjunto del suceso justifica apreciar en cada uno coautoría e imputarle

meramente concertados. Por el contrario, rechazando que quien sólo actúa en la fase de preparación, de conspiración en su caso, pueda convertirse en coautor de tentativa por el inicio de ejecución de otro, RUDOLPHI, SK, 2.ª-6ª, 1977 ss., § 22/19a; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s., 869; RFDL 1988, 30-33, 51; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 167; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/300, 304; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006, § 25/204; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 822. También por esa razón, ZACZYK, NK, 5.ª 2017, § 22/67, aunque defiende la solución global, rechaza que pueda haber tentativa “sin el elemento de la acción” y exige un mínimo de acción en el segundo sujeto: estar presente en la ejecución o reforzar al primer actuante que comienza la ejecución; ya antes en esa línea KÖHLER, AT, 1997, 541, o MYLONOPOULOS, GA 2011, 463 ss., 474.

³⁴ O co-determinando objetivamente si sólo hay imprudencia en caso de consumación; pero aquí sólo estamos tratando hechos dolosos y por tanto con dominio voluntario del hecho, dado que lo que nos ocupa es la tentativa, que sólo es dolosa.

³⁵ Así lo destaca (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 866, 869; RFDL 1988, 47, 51; sin embargo, en Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 166 s., dice (coincidiendo con KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 69) que esta acusación de castigar por el pensamiento es exagerada, porque la solución global exige más que mero pensamiento un acuerdo con otros, que ya es un hecho, pero insuficiente, de preparación. V. mi crítica al respecto *infra* en n. 43.

el hecho en su conjunto. Pero mientras alguien no ha aportado su propia contribución, falta este presupuesto y con ello el fundamento para una imputación en régimen de coautoría”³⁶.

B) El sujeto concertado para la ejecución que aún no ha actuado no tiene dominio del hecho.

Como vimos *supra* (II.3, 2.^o), múltiples voces partidarias de la solución global la fundamentan también en que el sujeto concertado para actuar que tras la actuación de un primer coautor aún no ha intervenido tiene dominio del hecho en esa tentativa; generalmente se argumenta sin grandes explicaciones que ello se debe a haber intervenido en el acuerdo de voluntades y en el plan común o en que por ello el sujeto tiene “dominio funcional” del hecho, suficiente para considerarlo coautor³⁷. Otros han dado argumentaciones más detenidas:

Recordemos que Roxin en su primera etapa se conforma con el dato de que el coautor, aunque no ejerce material o físicamente todo el dominio (scil. positivo) sobre todo el hecho, según él es poseedor o titular, está en posesión o titularidad (*innehaben*) del dominio del hecho global: los coautores que sólo ejercerán su función en un momento posterior “pueden tener posesión o titularidad del co-dominio incluso sin cualquier actividad externa”³⁸ o, con otras palabras, le parece suficiente que sea “co-portador o co-titular” del dominio del hecho; y por eso afirma que “como... consiguientemente también ha participado en cada acto individual como co-portador o cotitular del dominio del hecho, necesariamente el ‘disponerse’ de un sujeto individual a la ejecución también es una tentativa de todos”³⁹. Küper indica que tiene dominio positivo sobre su propia aportación y dominio negativo sobre el hecho total⁴⁰. V. para más detalles *supra* II.3 2.^o).

Sin embargo, el sujeto que aún no ha actuado y no ha iniciado su ejecución parcial, por mucho que hubiera acordado y tenga el pensamiento de efectuarla, por eso mismo, por esa ausencia total de actuación no tiene en absoluto dominio del hecho⁴¹, ni siquiera dominio parcial y en su inicio.

Frente al argumento de que en virtud de la función esencial asignada en el plan conjunto *el futuro coactuante que aún no ha intervenido* adquiere por eso el dominio (funcional, que realmente es sólo dominio negativo) sobre el hecho total porque su no intervención lo impediría, se ha replicado con razón que es dominio negativo sólo lo tendría ese sujeto a lo sumo sobre la consumación del hecho, que es lo que su abstención podría evitar, pero *de ningún modo tiene dominio negativo del hecho sobre la tentativa iniciada por otro coautor concertado*, ya que el segundo no puede con su abstención evitar en absoluto que el primero

³⁶ ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/306. En este sentido, también BLOY, Die Beteiligungsform, 1985, 266: antes de la imputación el sujeto tiene que haberse mostrado como coautor; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 854 s.; RFDL 1988, 30 s.; Inicio da tentativa do co-autor, 2.^a 1993, 73 ss., 142 ss., 164 ss., *passim*.

³⁷ Así, además de ROXIN (cit. a continuación), STRATENWERTH, AT 4.^a, 2000, § 12/107; KÜHL, AT, 8.^a 2017, 20/123.

³⁸ ROXIN, Täterschaft desde 1.^a 1963, 452 ss., 454.

³⁹ ROXIN, LK, 10.^a 1978, § 25/139; coincidente en JuS 1979, 13.

⁴⁰ Así KÜPER, JZ 1979, 785 s., donde (como vimos *supra* n. 19) aclara que dominio positivo del hecho significa “poder sobre el transcurso” (*Ablaufsmacht*) del hecho y “poder de realización” (*Verwirklichungsmacht*), y que dominio negativo es “poder de inhibición” (o de impedimento, *Hemmungsmacht*).

⁴¹ Así desde RUDOLPHI, SK, 2.^a-6.^a, 1977 ss., § 22/19a; FS-Bockelmann, 1979, 369, 383 ss.; KRATZSCH, JA 1983, 587; BLOY, Die Beteiligungsform, 1985, 265 ss., 266; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 861 ss.; RFDL 1988, 39 ss.; Inicio da tentativa do co-autor, 2.^a 1993, 150 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, La autoría, 1991, 136 n. 324 (adhiriéndose a [Santana] Valdágua y sus argumentos), 656 n. 386, 693 s. y 694 s. n. 487; EJB, 1995, 708; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175; ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, 2001, 256 ss., tras una amplia exposición y valoración de las posiciones en 210 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Resp. penal del coautor, 2001, 522, 487 ss.; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/7 ss., 306; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 822.

inicie la tentativa⁴². Ahora bien, prescindiendo por un momento de que para ser (co)autor no basta nunca el dominio negativo del hecho (sino que hay que realizar el tipo con dominio positivo), hay que *añadir* que ese *futuro interviniente que no llega a actuar ni siquiera tiene dominio negativo sobre la consumación del hecho* (como sí admite la posición que acabamos de ver). En efecto, aunque fuera suficiente el dominio negativo del hecho, éste únicamente puede ejercerlo quien realiza un acto indispensable, totalmente necesario para la consumación del hecho, pero no quien sólo tiene el propósito de realizar ese acto y no lo pone en práctica.

Si se plantea un futuro acto, bien de clara co-ejecución de últimos actos típicos o bien solamente de cooperación necesaria, no de coejecución, que puede (y está pensando si hacerlo) realizar un sujeto si se suma a otro u otros que ya inicia(n) la tentativa, pero con posterioridad a ese inicio de la ejecución por el otro u otros (v. gr. si en un robo con fractura A y B ya han hecho un boquete que les ha dado acceso a la caja fuerte de un banco –comienzo de tentativa– y entonces antes de desvalijarla, o bien necesitan que un tercero C penetre con ellos en la caja para tener suficientes manos para apoderarse del dinero, o bien pensando en que antes de que abandonen el banco podría llegar la policía, alertada p.ej. por una alarma que ellos no hayan detectado, están esperando que un tercero C que no entra les preste un helicóptero del que carecen para poder, ya que uno sabe pilotar, huir rapidísimamente con el botín y apoderarse efectivamente del mismo), ello puede darse en dos supuestos: el de que el sujeto que aún no ha realizado su parte de ejecución o aún no ha prestado su colaboración necesaria haya acordado en un plan conjunto con otro u otros realizarla, o sea que haya sido parte de una conspiración (en nuestro ejemplo, entre A, B y C para el robo), o que no haya acordado nada en la previa conspiración, sino que tras el inicio de ejecución el otro u otros le pidan su intervención directa o su cooperación o ayuda que sería fundamental o necesaria para asegurar y este sujeto esté pensando en la posibilidad de prestar esa actividad, o bien dudando si darla o bien decidido ya a prestársela. Si se trata del segundo supuesto, el de que el posible ejecutor o posible colaborador no haya acordado nada en una previa conspiración, nadie afirmará que, como tiene la posibilidad de no intervenir en el apoderamiento o no prestar su ayuda necesaria y evitar así el éxito seguro de la consumación, ese potencial colaborador C tiene el dominio negativo del hecho del robo y, al haber ya un inicio de ejecución por A (o por A y B), es por ello coautor de la tentativa; y nadie lo afirmará si C duda aún y no ha decidido siquiera intervenir o ayudar (¡sólo faltaría si el sujeto no ha decidido delinquir!). Pero entonces tampoco se podrá afirmar ese dominio negativo del hecho y esa coautoría aunque el sujeto hubiera tomado la decisión de coejecutar o sólo colaborar (aquí o de entrar en la cámara para el apoderamiento o de prestarles el helicóptero o el vehículo especial), puesto que la situación objetiva de poder hacerlo o no es exactamente la misma y sólo variaría el que ahora el sujeto se ha inclinado a, tiene el pensamiento de colaborar, y evidentemente el simple pensamiento o voluntad que no se ha realizado no puede dar a nadie un dominio siquiera negativo del hecho ni convertirlo en coautor⁴³: *la posibilidad no ejercida de un futuro dominio negativo mediante una cooperación imprescindible no es aún dominio negativo real*.

Pues bien, siendo así es totalmente equivocada la posición de quienes sostienen que quienes han participado en el previo acuerdo y el plan común y van a prestar una colaboración esencial tienen por ello el dominio negativo sobre todo el hecho en cuanto otro sujeto comienza la tentativa y son por tanto coautores aunque aún no hayan actuado; y es errónea porque la única diferencia de este primer supuesto con el segundo (en la hipótesis de que sí piense

⁴² Así (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 862-864, 871 s.; RFDL 1988, 41-43, 52 s.

⁴³ KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 69, y (SANTANA) VALDÁGUA, *Início da tentativa do co-autor*, (1986), 2.^a 1993, 166 s., sostienen (el primero compartiendo la solución global, la segunda pese a rechazarla) que no se le puede censurar a la solución global por llevar a aplicar una *poena cogitationis* (una pena por el pensamiento), ya que tal solución requiere, además de un acto de inicio de ejecución por algún participante, un acuerdo de ejecución del delito entre los diversos concertados. Pero no tienen en cuenta todo lo que señalo en el texto (antes y a continuación de esta n.), o sea que, además del pensamiento o voluntad de delinquir (que sí sería dato diferencial, por lo que explico en el texto), el anterior acuerdo o concierto de voluntades por sí solo no se puede convertir en decisivo para castigar como coautor al aún no actuante, ya que no cambia la única situación objetiva existente: la mera posibilidad de actuación con un futuro dominio negativo (o positivo), que aún no es dominio del hecho alguno (ni siquiera negativo).

colaborar) es que el sujeto tomó parte en el acuerdo conjunto, en la conspiración, y ello podrá dar lugar a responsabilidad penal distinta en los contados casos en que algunos códigos castigan ese acto preparatorio pluripersonal, pero en lo demás es idéntica la situación objetiva de poder prestar el sujeto una aportación esencial sin la que el hecho puede no consumarse o no consumarse así, pero no haberla prestado aún. Y no puede ser que la sola participación en el acuerdo previo sea lo que convierta en dominio negativo del hecho y en coautoría una mera posibilidad de ejecución o de ayuda no puesta en práctica; ello no es sino coincidir con la criticable teoría jurisprudencial del acuerdo previo como base de la co-autoría. Que el sujeto ha ejercido dominio positivo o al menos negativo sobre el hecho sólo se podrá afirmar si y cuando haya puesto realmente en práctica –no antes– una colaboración esencial para el autor o autores sin la cual la consumación del hecho no se habría producido o no así y en ese momento. Y de todos modos, para la hipótesis de la posible mera cooperación sin ejecución, aunque sí la llegara a prestar el sujeto C, como ya he anticipado reiteradamente, al no haber realización del tipo (doloso de la tentativa) con dominio positivo, siquiera parcial, del hecho, ello es cooperación necesaria, una forma muy importante de participación, pero no coautoría.

Pero en todo caso, para ser coautor tanto de un delito doloso consumado como de la tentativa del mismo, no basta en absoluto el dominio negativo ni potencial, sino que es preciso realizar parcialmente el hecho típico –su inicio en caso de tentativa– y dominio positivo parcial del hecho. Como se explica en la teoría general de la autoría, esta supone “realizar el hecho” (como reconoce el art. 28, 1.º CP esp.), aunque sea conjuntamente con otros como en la coautoría, y ello a su vez requiere en el delito doloso, como es por definición la tentativa, dominio positivo del hecho⁴⁴, o sea que la conducta decida y determine forzosamente que se produzca el hecho, cuándo y cómo, y no basta el mero dominio potencial no efectuado ni el negativo sí operado con una cooperación necesaria, porque con ese meramente posible o potencial dominio positivo parcial de un futuro coautor aún no se ha realizado acción alguna que efectivamente posea tal dominio (y menos aún si lo que el futuro interviniente fuera a realizar es una simple colaboración necesaria, que de realizarse sólo supondría insuficiente dominio negativo). Y esa circunstancia totalmente insuficiente de un potencial y futuro dominio positivo no puesto en práctica (o incluso de un potencial futuro dominio meramente negativo para quienes se conforman con una acordada futura colaboración necesaria) es la única que concurre en los supuestos que nos ocupan del sujeto que ha prometido pero aún no realizado su intervención posterior a la del inicio de ejecución de un primer coautor, por lo que él no puede ser coautor en una tentativa que no realiza ni domina.

C) El inconsistente argumento del azar o la casualidad.

Frente a la contundencia y fuerza de las objeciones expuestas contra la solución global (o sea, que por muy concertado que esté un sujeto, si luego no interviene, no inicia coautoría alguna ni tiene dominio del hecho alguno) y a los argumentos adicionales que a continuación veremos a favor de la individual, no puede tener peso suficiente la argumentación del azar, el acaso o la causalidad: que no es justo que, si opera el primer actuante, éste responda ya por tentativa y en cambio salga mejor parado el segundo interviniente comprometido, cuya actuación muchas veces será más importante o incluso la decisiva, porque por alguna circunstancia no ha podido hacerlo, lo que dependerá puramente del azar. Además es una argumentación inconsistente por muchas razones: 1) Como se ha señalado con acierto, en nuestro Derecho penal del hecho no cuentan las solas malas intenciones si no se transforman en hechos y aunque a veces el que no se hayan plasmado en actos con la consecuencia de impunidad pueda depender en parte de la casualidad, el acaso o el azar, ello no es rechazable cuando opera *in bonam partem*⁴⁵, es decir, para que no se responda penalmente. 2) Nuestro Derecho penal se

⁴⁴ Recuérdese lo aclarado en n. 28 sobre cómo en los delitos puros de resultado el dominio positivo del hecho (o determinación objetiva si no hay dolo) es el único criterio para concretar quién realiza el tipo, y cómo opera ese criterio de modo complementario en los delitos de mera actividad o de resultado con formas de actividad descritas.

⁴⁵ Así (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 865 s.; RFDL 1988, 46 s.; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 158.

opone en efecto a que se pueda establecer una responsabilidad criminal derivada (de causar un resultado obra) de la casualidad o azar imprevisible e incontrolable, y por eso se ha creado la categoría de la imputación objetiva para que de entrada sólo se responda de resultados que sean obra precisamente de la peligrosidad *ex ante* y adecuación de la acción, y se destierra de las legislaciones la responsabilidad puramente objetiva o por el resultado. Pero nada hay que objetar a que la causalidad a veces se oponga a las malas intenciones del agente y evite la consumación pese a su intento o incluso evite que actúe para intentarlo: como no se ha producido el desvalor del resultado o incluso no se ha llegado a producir siquiera el desvalor objetivo de la acción, es justo y no injusto que no tenga tanta responsabilidad o incluso ninguna responsabilidad como autor, mientras que sí tengan esa responsabilidad básica o agravada quienes, a diferencia suya, sí han intervenido en la ejecución del delito, o han conseguido consumarlo (lo que no excluye, como ya hemos visto, que a veces la prometida actuación de quien finalmente no interviene pueda dar lugar a participación como cooperador moral de quienes sí intervienen, o a que en algunos delitos graves pudiera responder por previa conspiración punible en tales delitos). 3) Además la actuación de quien iba a intervenir en último lugar, pero no lo hace, muchas veces no será la principal ni decisiva, pero en todo caso si no se ha realizado, no puede generar responsabilidad por una coautoría que no se ha producido. 4) Finalmente, que el concertado no llegue a intervenir, frecuentemente no se deberá al puro azar o acaso, sino a su falta de habilidad, de eficacia o a su escasa planificación para evitar obstáculos o imprevistos; y entonces ello demostrará que no era tan valioso como codelincuente como creyeron él y el otro u otros concertados, con la consecuencia de no poder ser calificado de coautor.

D) Otros argumentos a favor de la solución individual.

Cabe añadir aún otros diversos argumentos que refuerzan la solución individual y el rechazo de la conjunta:

a. Desde la propia teoría de la tentativa.

Partiendo de la propia teoría de la tentativa ⁴⁶ se puede aducir:

1) Que los diversos *conceptos legales de tentativa requieren que el propio sujeto agente comience directamente la ejecución* (que ya sabemos que es inmediatamente anterior a la realización del primer acto típico) *y la practique él*, y no basta que la inicie otro cualquiera: así el art. 16 CP españ. declara inequívocamente que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos ...”, de modo muy similar a la fórmula del art. 3 de todos los anteriores CP españoles: “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores ...”; igual que en el § 22 StGB alem. se define así la “tentativa. (In)tentar un hecho punible quien conforme a su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo”, y lo propio ocurre en muchas otras definiciones legales de otros CP ⁴⁷. De modo que si el sujeto, por muy concertado que

⁴⁶ Así ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/303-305, considera los que se exponen a continuación “argumentos derivados o a partir de la teoría de la tentativa”.

⁴⁷ Otros muchos Códigos Penales requieren igualmente en su redacción el inicio de ejecución por el propio sujeto: con redacción similar a los CP españoles, art 7 CP chil.: “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”; art. 28 c) CP nicar.: “c) Hay tentativa cuando el sujeto, con la voluntad de realizar un delito, da principio a su ejecución directamente por hechos exteriores”. Pero tb. con otras redacciones, como el art. 56 CP ital.: “quien cumple (efectúa) actos idóneos, directos en modo no equívoco para cometer un delito”; CP franc. art. 121-4: “Es autor de la infracción la persona que... 2º (in)tentar cometer un crimen o... un delito”, en relación con lo que ha de entenderse la definición del 121-5: “La tentativa está constituida desde que, manifestada por un comienzo de ejecución, ...de la voluntad de su autor”; § 15, 2 StGB austr.: “El hecho es (in)tentado tan pronto como el autor pone en práctica (o activa) su resolución... mediante una acción inmediatamente precedente a la ejecución”; CP suiz. art. 22 Tentativa. 1: “Si el autor, después de que él ha comenzado con la ejecución de un crimen o de un delito, no lleva a su fin la actividad punible...”; art. 22 CP port.: “Hay tentativa cuando

estuviera, no lo hace, no hay tentativa suya por mucho que otro concertado inicie la ejecución⁴⁸.

2) Que castigar por comienzo de tentativa al concertado aún no actuante porque otro la inicia sería una contradicción inexplicable con lo que rige en caso de consumación, en la que nadie sostiene que responda como coautor a un previamente concertado pero que no lleva a intervenir en absoluto. En efecto, si en una conspiración para un delito, luego lo ejecutan la mayoría de los concertados pero uno no llega a hacerlo, v. gr. si cinco sujetos se concertan para atracar un banco y el día convenido cuatro de ellos lo asaltan, dos amenazando con armas al personal y dos metiendo en bolsas el dinero o las barras de oro, pero no aparece el último sujeto que tenía que llevar aún más recipientes y el vehículo para salir con el botín⁴⁹ –y exactamente igual si se tratara de cometer otro delito, como un secuestro, una paliza o varias muertes o una agresión sexual–, este último no interviniente, pese a que en la fase preparatoria se hubiera concertado con los demás y hubiera prometido su intervención y por mucho que los otros coautores lo hayan realizado, no responde en absoluto como coautor del delito consumado, es decir, que no se le atribuye en virtud de imputación recíproca la ejecución de los coautores actuantes⁵⁰. Pero entonces es totalmente contradictorio que al

el agente praticare actos de ejecución de un crimen que decidió cometer...”; art. 26 CP parag.: Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que...”; art. 42 CP arg.: Tentativa. “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución,...”; art. 27 CP colomb.: “Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación”; art. 8 CP boliv.: “(Tentativa). El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad...”; art. 16 CP per.: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer,...”; art. 39 CP ecuat.: “Tentativa es la ejecución que no logra consumarse ... por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos ...”; art.12.2 CP cub.: “Se considera tentativa si el agente ha comenzado la ejecución de un delito...”; art. 5 CP urug.: “De la tentativa... Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos ...”; art. 80, 2.º CP venez.: “Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario...”; art. 35 CP portorr.: “Existe tentativa cuando la persona actúa con el propósito de producir el delito o con conocimiento de que se producirá el delito, y la persona realiza acciones inequívoca e inmediatamente dirigidas a la consumación...”; etc.

Minoritariamente el CP bras. en su art. 14 II sobre tentativa parece conformarse con que sea “iniciada la ejecución” de modo impersonal, pero al decir que hay crimen “-(in) tentado, cuando, iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente”, esta última referencia a su voluntad indica que es también el propio agente quien ha iniciado la ejecución; casi igual art. 14 CP guat.: “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”, art.24 CP costarr.: “Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente”, art. 48 CP panam.: “Hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito mediante actos idóneos dirigidos a su consumación, pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente” y art. 15 CP hond.: “Hay tentativa cuando, con la intención de cometer un delito determinado, se realizan actos inequívocos de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Lo propio ocurre en el art. 51 CP belg.: “Hay tentativa desde que la resolución de cometer un crimen o un delito ha sido manifestada por actos exteriores que forman un comienzo de ejecución” y no se consuma “más que por circunstancias independientes de la voluntad del autor”.

⁴⁸ Así lo destaca conforme a la exigencia literal del tenor del § 22 StGB ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/303; igual, conforme al art. 22 CP port., SANTANA VALDAGUA, Início da tentativa do co-autor, (1986), 2.ª 1993, 103 ss.

⁴⁹ Ej. manejado con alguna variante –modificando un ej. de RUDOLPHI, FS-Bockelmann, 1979, 371, de varios coautores de un robo a un banco en que todos realizan su parte– por (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s.; RFDL 1988, 31 s.; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/300, 304.

⁵⁰ Que pueda responder o no en virtud de su acuerdo con los otros para delinquir por conspiración, dependerá de si está tipificada como punible para el delito preparado. Y que pueda responder o no como cómplice moral en el delito consumado de los demás coejecutores, dependerá de si a éstos les ayudaba psíquicamente al principio para su resolución de delinquir el contar con que iba a coejecutar quien luego

idénticamente no actuante se le impute el comienzo de ejecución de otro(s) coautor(es) en la simple tentativa y se le haga responder de ésta⁵¹.

Ciertamente que, para salvar esa contradicción, se podría sostener que al concertado no interviniente en caso de consumación se le podría imputar, no la ejecución/consumación de los otros coautores, pero sí el comienzo de tentativa de cualquiera de ellos (que realmente es lo coherente aplicando la solución global a la fase de tentativa) y hacerle responder a éste por tentativa y en cambio a los demás por delito consumado; solución esta que sería coherente, pero no alcanzo a ver que alguien la mantenga. Pero si se trata de atribuir, en atención al reparto de funciones y papeles, a cualquiera que haya acordado en el plan conjunto su intervención (al menos con un papel importante, esencial, si se quiere imponer ese requisito para apreciar la llamada coautoría funcional, que cuando sólo supone dominio negativo no es sin cooperación necesaria) la actuación de los demás acordados en virtud de la imputación recíproca de la actividad ajena, entonces *lo auténticamente consecuente sería, si se llega a la consumación, imputarle al antes concertado pero luego no interviniente* en la ejecución, no el inicio del *iter*, la tentativa de los otros coautores, sino precisamente todo lo que los otros han hecho, es decir, *la ejecución completa y consumación por parte de los otros y calificarlo de coautor del delito consumado*.

Sin embargo, *nadie se atreve a sustentar esta posición*: porque, por mucho que un sujeto hubiera concertado antes con otros –en la conspiración– en el reparto de papeles y funciones su intervención en la ejecución, o como realizador de una parte del hecho o al menos como cooperador imprescindible, y por mucho que mantenga su voluntad de realizar esa función cuando algún otro(s) haya iniciado la tentativa, si luego por cualquier causa no puede intervenir en absoluto y hacer nada en la fase de ejecución, en un Derecho penal del hecho y no de la intención o el pensamiento ni aquella ya lejana participación en la fase preparatoria –*ni la concertación o acuerdo previo*– con otros *aceptando una función relevante ni mantener su pensamiento o propósito* de efectivamente delinquir una vez iniciada por otros la ejecución *podrían justificar* en absoluto *que a quien no ha hecho ni aportado absolutamente nada en la ejecución* –aunque sea contra su voluntad– *se le atribuya* responsabilidad como *coautor nada menos que un delito consumado* realizado total y absolutamente por otros y al que ni siquiera ha podido aportar a los otros una colaboración imprescindible sin la que no podrían haberlo efectuado (al menos en esa forma y momento). Como una vez en la ejecución no ha realizado acto alguno, ni acto de realización parcial del tipo ni siquiera de colaboración, no cabe imputación recíproca alguna, no hay acto o actividad a la que se le pueda imputar la actividad de ejecución parcial de los demás ni acto o actividad suya que se pueda imputar recíprocamente a los demás, que al iniciar la ejecución aún podían esperar ciertamente la actividad del sujeto, pero que al finalizar ya ven que éste no interviene para nada y realizan ellos solos completa la ejecución; y al no haber actividad de intervención alguna del previamente concertado, éste evidentemente carece por completo de dominio, ni positivo ni negativo y por tanto no realiza en absoluto el tipo ni siquiera en parte. Por esa razón nadie sostiene que un sujeto así sea coautor de un delito consumado.

Pero entonces, como ya he anticipado, esto que rige para negar la coautoría en la consumación, ha de regir exactamente igual en cuanto al inicio de la tentativa, puesto que los argumentos realmente son idénticos: Por mucho que el sujeto hubiera participado en un acuerdo previo o conspiración con reparto de funciones y que al iniciar algún otro la ejecución siga pensando en intervenir él en la fase final de la ejecución, si luego no puede hacerlo, *no hay acto suyo alguno al que se le pueda imputar el acto –ese sí– de inicio de ejecución por otro sujeto*, ya que un acto típico *no se le puede imputar al mero pensamiento o propósito*

no lo hizo (desde luego esa ayuda psíquica se plantearía como simple complicidad no necesaria para ellos, que se sentían en condiciones de actuar).

⁵¹ Argumento de (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s., 869; RFDL 1988, 30-33, 50, que destaca que es indiferente que haya sido involuntaria o voluntaria la no comparecencia del último, e invoca la decisión en la sent. RGSt 9, 3 ss. (6); tb. en su Inicio da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 142 ss., 167 ss., 172; siguiéndola ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/299 s., 304 (en nm. 299 s. lo trata como argumento derivado de la teoría de la participación, mientras que en 304 ya lo incluye entre los argumentos a partir de la teoría de la tentativa).

actual de intervenir no puesto en práctica⁵² (*ni* menos a un anterior acto preparatorio de conspiración⁵³ cuando ahora se trata de imputar recíprocamente actos de ejecución); al no actuar, ese sujeto no realiza ningún acto de realización parcial del tipo y no posee en absoluto dominio, ni aun parcial, del hecho, ni desde luego positivo, ni siquiera negativo porque no realiza acto alguno de colaboración imprescindible sin la que el hecho habría fracasado; por ello no es en absoluto coautor de tentativa, y sólo lo es quien(es) sí ha iniciado la ejecución, el cual, al ver a continuación que no va a intervenir el otro concertado, o bien realiza él mismo o logra que otro(s) realice(n) el resto de ejecución, o verá fracasar su tentativa.

3) *Argumento derivado del desistimiento*. Se ha aducido además con razón que la solución global trata a efectos de la exención por desistimiento absurda e injustamente peor al sujeto concertado (C en el ejemplo del atraco al banco) que aún no ha actuado que al otro coautor A que sí ha iniciado la ejecución, p. ej. la irrupción en el banco para el atraco de la caja fuerte: ya que, si al que aún no ha actuado se le considera ya coautor de una tentativa comenzada en cuanto actúa el primero, el aún no actuante C para poder desistir voluntariamente con efecto eximente tendrá que impedir la consumación no realizando su aportación (el apoderamiento y transporte de las barras de oro), pero si el primero A decidiera en cualquier estadio de la ejecución desistir y p.ej. avisa telefónicamente a C que abandona y por tanto C ya no tiene que esforzarse, este último ya no podrá desistir, porque ahora su tentativa es una tentativa fracasada, ni por tanto eximirse de pena, a pesar de que aún no ha hecho nada, mientras que el primero habrá tenido todo el tiempo disponible para desistir. Esa contradicción valorativa e injusticia sólo se evita si se considera con la solución individual que el último no comienza la tentativa hasta que él mismo va a actuar inmediatamente⁵⁴.

b. Argumentos adicionales desde la teoría de la autoría y participación.

Atendiendo a la teoría de la codelinquencia, a todas las consideraciones ya efectuadas sobre lo que se requiere para ser coautor, cabe añadir otros argumentos a favor de la solución individual. Así se aduce que, si en el delito consumado, con su resultado lesivo, los coautores han de dominar conjuntamente la fase de ejecución al menos con una aportación esencial a la misma, no puede ser de otro modo en la tentativa, también el sujeto habrá de realizar esa aportación positiva esencial para ser coautor en la fase de tentativa –con simple puesta en peligro–, pues no cabe alegar que el concertado en la fase preparatoria que aún no ha actuado tiene co-dominio del hecho porque para la consumación será esencial, incluso decisiva su aportación al final de la ejecución y por tanto tiene poder de impedir y dominio negativo del hecho; perspectiva –añade esta crítica– que es equivocada, ya que su no intervención no tiene dominio negativo de la tentativa, no puede impedir para nada el surgimiento de la tentativa con la actuación del primer coautor, que es independiente de si él actúa después o no, y sólo adquirirá dominio negativo para la consumación precisamente si el segundo realiza su aportación esencial que de no prestarse podría impedir la consumación⁵⁵, al menos de esa manera. Pero además hay que precisar e insistir en que desde la perspectiva correcta, para la autoría, y por consiguiente para la coautoría, ni siquiera basta (en un delito doloso) el dominio negativo del hecho o poder de impedirlo, sino que es preciso realizar –al menos

⁵² Así lo destaca (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 866, 869; RFDL 1988, 47, 51.

⁵³ Así tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s., 869; RFDL 1988, 30-33, 51; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 167; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/300, 304.

⁵⁴ Así tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 856-858, 869; RFDL 1988, 33 s., 50 s.; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 143 s., 167 ss.; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/305. En cambio KRACK, ZStW 100 1998, 618 s., aunque reconoce esta injusticia, le quita importancia por afirmar que en la regulación jurídica del desistimiento muchas conclusiones dependen en gran medida del azar. Más sorprendente aún es que (como señala [SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 845 s; RFDL 1988, 18) MEZGER, LK, 6.ª 1944, 8.ª 1951, § 47/7, ya destacó por primera vez este diferente trato a efectos de desistimiento para el primer actuante, que puede desistir y quedar impune, y para el segundo aún no actuante, que entonces ya no puede, pero le parecía perfectamente justificable por deber imputársele al segundo la actividad del primero.

⁵⁵ Así (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 862 ss.; RFDL 1988, 42 s.; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 150-152; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/299.

parcialmente– el hecho típico y para ello tener, al menos en parte, dominio o control positivo del hecho decidiendo y determinando que su curso se ponga en marcha y se efectúe en un determinado momento y modo, y en la fase de tentativa el concertado aún no actuante no podrá tener ese dominio positivo parcial mientras no realice él su acto de ejecución.