

Foro FICP

2024-1

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210
www.ficp.es

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático (emér.) de Derecho penal.
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

Coordinadora General: Prof. Dra. D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Secretaría del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Profesora Permanente Laboral. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:

Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.
Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas.
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.
Socio de la FICP. Prof. Contratado Doctor. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:

Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
D.^a Julieta Pellegrino Ruiz.
Investigadora de Derecho Penal y abogada. Buenos Aires, Argentina. Investigadora predoctoral. Socia de la FICP.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su otra revista predominantemente interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, y desde entonces viene funcionando como revista cuatrimestral, por tanto con tres números al año.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, o de escritos profesionales suyos como sentencias, dictámenes o informes, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes **en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es **estudios o artículos, siempre ajustándose a nuestras Normas de Publicación, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*En Foro FICP, como vínculo de relación entre socios penalistas de todo el mundo, pero especialmente de los países latinos de Europa y América, **se admite la publicación en su idioma original** de trabajos redactados **tanto en español como en portugués o italiano.***

*Foro FICP es una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP)	6
1. Tribuna de debate	6
<i>Prof. Dr. Julio E. Chiappini</i>	6
Facultad de amnistiar utilizada de manera inconstitucional	
2. Estudios	9
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i>	9
El comienzo de ejecución en la tentativa acabada y en la tentativa en autoría mediata	
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i>	39
El comienzo de la tentativa en la coautoría	
<i>Prof. Dr. Julio E. Chiappini</i>	65
Salustiano Olózaga y el delito de rebelión (art. 472, inc. 2 del Código Penal)	
<i>Prof. Dra. Susana Cuadrón Ambite</i>	73
Libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable: ¿realidad o mito?	
<i>Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid</i>	88
La detención preventiva de personas extranjeras en el contexto de las infracciones y sanciones en la LOEX (LO 4/2000, de 11 de enero)	
<i>Francesco de Angelis</i>	102
Il nuovo giudice: ¿il giudice robot?	
II. NOTICIAS DE LA FICP	105
1. Congresos, seminarios y cursos	105
(i) XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal	105
(ii) Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje).....	105
2. Publicaciones de la FICP	107
(i) Próxima publicación del Libro-Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario.....	107
(ii) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario	107
(iii) Libro-Homenaje a Claus Roxin.....	108
(iv) <i>Liber-Amicorum</i> a Jürgen Wolter.....	108
(v) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN.....	109
3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP	110
(i) Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo.....	110
III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	112
1. Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos	112
(i) Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje).....	112

(ii)	Obtención por la Prof. Dra. María José Cruz Blanca de la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Jaén	113
(iii)	Nombramiento por el Papa Francisco del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero como miembro fundador del Instituto Fray Bartolomé de las Casas.....	114
(iv)	Nombramiento del Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez como Vicedecano de Posgrado y Director del Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá	115
(v)	Obtención por la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz de una plaza de Prof. Permanente Laboral en la Univ. de Alcalá	116
(vi)	Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Lorena Alemán Aróstegui.....	117
2.	Publicaciones recientes de los miembros de la FICP	119
(i)	Miembros del Patronato	119
(ii)	Socios	125
3.	Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....	131
(i)	Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos	131
(ii)	Organización de seminarios, congresos y otros proyectos	134
▪	Convocatoria para el programa de Doctorado italo-español de estudios penales .	134
▪	Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar	135
▪	Curso de posgrado sobre “Derecho penal económico, Legal Tech y teoría del delito”	135
▪	Máster de Formación Permanente sobre “Neuroderecho Penal: el sistema penal ante el desafío de la investigación sobre el cerebro”.....	135
▪	Máster de Formación Permanente en Libertades y Derechos Constitucionales Online	135
▪	Congreso internacional sobre la jefatura del estado en la monarquía parlamentaria	136
▪	Seminario "El riesgo permitido en el Derecho penal económico: discutiendo la propuesta de Jesús Silva".....	136
▪	VII Seminario Anual de Derecho Penal UAM.....	136
▪	III Congreso de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas	137
▪	XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal	137

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Tribuna de debate

Prof. Dr. Julio E. Chiappini

Doctor en Derecho. Prof. Titular de Alemán Jurídico, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Socio de la FICP.

~Facultad de amnistiar utilizada de manera inconstitucional~

He leído en Tribuna de debate (ForFICP 2023-3) una comunicación de profesores españoles contraria a la ley de amnistía, que según entiendo, beneficiaría a políticos catalanes que tentaron una secesión, perpetrando en esos trajes diversos delitos y demás tropelías. En el mismo ejemplar de la revista, siempre pluralista, se invita a patronos y socios a allegar otro artículo sobre el tema con una posición divergente. Y ahora yo, abusando de esa hospitalidad, les envío esta nota. No con un criterio divergente, sino complementario. Y dije que abuso, pues siendo extranjero, alguien bien podría propinarme lo del pintor Apeles: “¡Zapatero a tus zapatos!”. Se trata simplemente de una reflexión constitucional desde la doctrina argentina.

La amnistía, que comparte etimología con amnesia: *olvido*, no encuentra sanción en la Constitución Española, a diferencia de lo que ocurre en la Argentina: “corresponde al Congreso... conceder amnistías generales” (art. 75, inc. 20). No importa, se dirá, pues la amnistía en este caso no borra los delitos en base a una ley superior, sino porque es *lex posterior*. Y además, el instituto cuenta con tradición en el Derecho español, vg. la amnistía de 1977. En el siglo XIX no faltaron tampoco las amnistías que favorecieron, a su turno, a liberales y carlistas.

Empero, si bien la Constitución Española nada refiere acerca de la amnistía, es bien clara al proclamar que “la soberanía nacional reside en el pueblo español”, que la “unidad de la Nación española” es “indisoluble”, que la patria es “indivisible” y muchas cosas más que la Corte Constitucional ya se ha encargado de reseñar.

En la Argentina, donde la facultad de amnistiar cuenta con rango constitucional, se ha reconocido que no todo es *amnistiable*, por ejemplo, los delitos del art. 36: “actos de

fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”. Así, como reconoce el constitucionalista Germán J. BIDART CAMPOS, habría un escalafón jerárquico dentro de la propia Constitución, al que llama “inconstitucionalidad *dentro* de la constitución”.

Explica:

“un fenómeno curioso que hemos de exponer brevemente se da en el caso de que, dentro de una misma constitución, se efectúa una gradación jerárquica de sus contenidos.

Hay doctrinas que dentro de la misma constitución efectúan una gradación o un escalonamiento de sus contenidos en planos subordinantes y planos subordinados.

Por ejemplo, cuando a los principios y valores que contiene la constitución se los erige por encima del resto de sus normas. Se habla, así, de relaciones *intrajerárquicas*.

El resultado es éste: si dentro de la constitución suprema hay cláusulas supremas o normas que prevalecen sobre otras de su mismo articulado, estas últimas son *inconstitucionales* (aunque formen parte de la constitución) cuando infringen a las superiores” (Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A, p. 403).

Y a continuación explora la doctrina española en este asunto, por ejemplo respecto a la colisión entre la igualdad como principio y como valor y el art. 57, apartado primero, de la Constitución Española.

De modo que, aun cuando la facultad de amnistiar se reconozca en la constitución, no puede amnistiarse cualquier cosa. Las facultades que la Constitución concede, entre ellas la de “ejercer la potestad legislativa”, ciertamente que no pueden esgrimirse contra la propia Constitución. La invalidez en este caso no sería por incompetencia del órgano emisor (como sería el caso, por ejemplo, si la amnistía la dicta el alcalde de Aranjuez), sino por el contenido de la norma.

Las amnistías suelen otorgarse como medio de pacificación y finalización de conflictos políticos, siempre entre bandos en pugna por la posesión del poder. Distinto es el caso de quien procura, no ya ocupar un trono o un despacho, sino el quiebre de la soberanía y la unidad nacionales. ¡Qué oposición más clara con la Constitución que pretender fulminar sus artículos 1 y 2! Principios que, incluso, preceden y son superiores a la Constitución misma: por algo se congregan en un *Título preliminar*.

Una antigua doctrina cristiana sostiene que Dios perdona cualquier ofensa, excepto las cometidas contra la Virgen María. Sin llegar a tamaña galantería, desde el Derecho puede afirmarse algo análogo: todo es *amnistiable*, excepto lo que sea contrario a las bases de la institucionalidad y del pacto constitucional español (el Derecho internacional público y de los derechos humanos trae por su parte otras excepciones que no vienen al

caso). La coyuntura política no puede ser más que el marco constitucional en que debe desenvolverse. Con razón advirtió Jaime BALMES: “¡Ay de los pueblos gobernados por un Poder que ha de pensar en la conservación propia!” (Obras completas, Barcelona, Balmes, 1925, t. XXIV, p. 149).

* * * * *

2. Estudios

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

Catedrático em. de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~El comienzo de ejecución en la tentativa acabada y en la tentativa en autoría mediata*~

Sumario.- I. Comienzo de ejecución en la tentativa acabada: el pretendidamente distinto comienzo de ejecución en la tentativa acabada de autor único. 1. Posiciones doctrinales mayoritarias ¿usuales? a) Finalización de la acción del autor. b) Dejar escapar ya el curso del acontecimiento fuera de su propio ámbito de dominio, de su control. c) Fórmula alternativa: o dejar escapar de su control o inmediata puesta en peligro con incidencia en la víctima. d) Entrada de la víctima en el círculo operativo del medio, incidencia de la acción sobre la esfera de la víctima e inmediata puesta en peligro. 2. El criterio correcto sobre el comienzo de la tentativa acabada. Crítica de las posiciones mayoritarias y posición propia. a) Comienzo en la tentativa acabada de un tipo de actividad (legalmente descrita) y resultado. b) Comienzo en la tentativa acabada de un tipo puro de resultado o de causación. 1) Tentativa acabada de delito puro de resultado mediante acto único y operatividad diferida. 2) Discordancia en la colocación del inicio de ejecución al final de toda la ejecución. 3) Explicación: según las posiciones criticadas, antes hay aún control como en la preparación y necesidad de intervención aún de otra persona. 4) Incorrección de tal fundamentación: poner en marcha un curso que avanza automáticamente hacia el resultado es un acto típico aunque falte tiempo para el resultado y por ello iniciar la ejecución para ese acto típico ha de ser comienzo de tentativa. 5) Comparación con la tentativa de delito puro de resultado mediante varios actos. 6) Estructura similar, pero no idéntica a la tentativa en la autoría mediata. 7) Conclusión: el comienzo de esta tentativa es, como siempre, disponerse de modo inmediato e inequívoco a realizar el acto típico único de causación diferida del resultado. c) Aplicación a casos.

II. Comienzo de ejecución en la autoría mediata. 1. Peculiaridad de la situación generalmente de la autoría mediata para el inicio de la tentativa: anterioridad de la conducta del autor mediato respecto de la conducta del instrumento o ejecutor directo. 2. Posiciones sobre el comienzo de la tentativa del autor mediato. 3 Valoración de los argumentos de las diversas posiciones. 4. Posición propia. a) En delitos puros de resultado o puramente resultativos. 1) ¿Quién puede realizar el acto típico: el autor mediato o sólo el instrumento? 2) Regla general: no puede ser muy grande la distancia temporal hasta la actuación del instrumento para que el autor mediato inicie la realización de la acción típica. 3) Supuestos de considerable distancia temporal hasta la actuación del instrumento en que puede cesar o disminuir mucho la influencia sobre el instrumento. 4) Excepción a la regla general: supuestos de larga distancia temporal en que no cesa la presión sobre el instrumento. b) En delitos de actividad y resultado. c) En delitos de pura actividad.

I. COMIENZO DE EJECUCIÓN EN LA TENTATIVA ACABADA: EL PRETENDIDAMENTE DISTINTO COMIENZO DE EJECUCIÓN EN LA TENTATIVA ACABADA DE AUTOR ÚNICO

1. Posiciones doctrinales mayoritarias ¿usuales?

En la doc. alemana mayoritaria se sostiene que es distinto del criterio general sobre el inicio de ejecución en la tentativa el momento del comienzo en una tentativa acabada

* El presente trabajo es un anticipo de los apartados correspondientes del Cap. 33 sobre Tentativa y consumación de mi Tratado de DP, PG, en preparación.

(y a veces se aclara expresamente que la que se discute es la tentativa acabada de un autor único¹, es decir, no la tentativa acabada de un coautor o de un autor mediato, en las que interviene otro sujeto: el coautor o el instrumento o ejecutor directo), en la que el autor realiza todos los actos que según su plan deben producir la consumación, frente al inicio en una tentativa inacabada. Y así se sostiene que la tentativa acabada es uno de los supuestos que presentan peculiaridades que hacen que no sirva exactamente el criterio modelo del comienzo de ejecución en la tentativa inacabada y que por ello hay que modificar o sustituir en estos casos la fórmula normal²; *muchos consideran que es un supuesto paralelo al de inicio de la tentativa en la autoría mediata*, donde tras la acción del autor mediato influyendo sobre el instrumento se afirma que aún es precisa la

¹ Así p.ej. lo aclara ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/192: es una relación de dos personas, autor y víctima, y no relación de tres personas como en el caso-regla general de la autoría mediata, autor, mediador del hecho y víctima.

² Así lo sostienen entre otros JESCHECK, 4.^a 1988 [PG, 1981], § 49 IV.6; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 49 IV.6; y *todos los cits. en las n. sigs.* que, *sobre todo en la doc. alemana desde los años 70*, sostienen posiciones peculiares modificando el criterio general para para el comienzo de ejecución en la tentativa.

En cambio, en la doc. de otros países es más frecuente encontrar este panorama: O sencillamente muchísimos autores no tratan la tentativa acabada como supuesto especial para el inicio de la tentativa: *en la doc. española a partir de los años 70* en que comenzaron esas posiciones en la doc. alemana (antes desde luego que no), p.ej. CUELLO CALÓN, PG, II, Cap. 39.III ss., 17.^a/18.^a 1975, 622 ss., 18.^a1981, 642 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado VII, 2.^a 1977, ni en nm. 2132-2152 (comienzo de ejecución en la tentativa) ni en nm. 2155-2165 (delito frustrado); GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 252 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 444 ss.; SAINZ CANTERO, Lecc PG, 3.^a 1990, 779 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a 1995, 783 ss.; BACIGALUPO, Principios PG, 5.^a 1998, 343-345; RODRÍGUEZ RAMOS, Comp PG, 4.^a 1998, 237 ss.; COBO/VIVES, PG, 5.^a 1999, 714 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, Art. 16, en: Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 780 ss.; POLAINO, Art. 16, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 813 ss., 818 ss.; Lecc PG II, 2.^a 2016, 243 ss.; CEREZO, Curso PG, III, 2001, 189 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Tratado PG, 2010, 867 s., 879-885; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, PG, 2.^a 2015, 331 ss.; QUINTERO/MORALES, PG, 5.^a 2015, 411 ss.; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 14/57 (donde se limita a considerarlo como caso dudoso, y en 14/60 ss. trata la tentativa acabada sin plantear el inicio de ejecución; y en cambio, en 14/72 ss. trata como autoría mediata el caso de la sopa envenenada); ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 191 ss.; GARCÍA RIVAS, en *Berdugo/Arroyo/et al.*, Curso PG, 3.^a 2016, 350 ss.; POLAINO, Lecc PG II, 2.^a 2016, 243 ss.; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 874-877; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 27.^a 2022, 190 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.^a 2022, 384 ss.; *en la doc. italiana* p. ej. BETTIOL, PG, 6.^a 1966 a 11.^a 1982, parte 2.^a cap. IV § II.2 ss.; BOSCARRELLI, PG, 1.^a 1973 a 8.^a 1994, cap. 5, nm. 126 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 1.^a 1985 a 8.^a 2019, parte 2.^a, cap. 5.3 ss.; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, PG, 12.^a 1986, parte 2.^a cap. IV § II.2 ss.; ANTOLISEI/CONTI, PG, 12.^a 2001 a 16.^a 2003, nm 161 ss.; FIORE/FIORE, PG, 1.^a 2005 a 6.^a 2020, parte 4.^a, secc. 2.^a, caps. 1.^o-2.^o; PETRINI, en GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, PG, 1.^a 2013 a 4.^a 2023, XXIII.2 ss.; MANTOVANI, PG, 9.^a 2015, nm. 132 ss., pp. 431 ss.; MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, PG, 11.^a 2022, cap. 10.3 ss., 553 ss.; *en la doc. portuguesa*: DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 695 ss.; *en la doc. iberoamericana*: p.ej. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, DP fund II, 1989, 385 ss.; PG, 2012, 735 ss.; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 428 ss.; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.^a 2010, 610 ss.; REALE JR., PG, 4.^a 2013, 10.2 ss., pp. 281 ss.; RUSCONI, PG, 3.^a 2016, 943 ss.; BUSATO, PG, 3.^a 2017, 631 ss.; NÁQUIRA, PG II, 2017, 112 ss., 197 ss.; ONTIVEROS, PG, 2017, 364 ss.; ZAMBRANO, PG, 2017, 538 ss.; MAÑALICH, RDer 8 2021, 1 ss. O algunos tratan el inicio de casos de tentativa acabada aplicando las reglas generales y sin criterios diferentes: así p.ej. LANDECHO/MOLINA, PG, 2020, 514, o MOLINA, PG, 2022, 496, consideran que envenenar el café que tomará otro es un acto inequívoco de inicio de tentativa.

actuación directa de éste para producir el resultado³. Por eso se mantienen diversos criterios, todos distintos del criterio aceptado para el comienzo de la tentativa inacabada, para que, según interpretan, la acción del sujeto no sea todavía un acto preparatorio en el que aún conserva plenamente el dominio sobre el suceso y si quiere pasar o no a la tentativa⁴. Pero todas estas fórmulas tienen en común que no atienden al inicio de la actuación del autor, sino a la finalización de su actuación (única) e incluso a algún efecto posterior a la misma:

a) ***Finalización de la acción del autor***

Según unos el comienzo de esta tentativa acabada requiere la ***finalización de la acción del autor***, de modo que para la causación del resultado no es precisa ninguna actividad ulterior del autor⁵; en los ejemplos más manejados, acabar el envenenamiento

³ Así entre otros ENGLÄNDER, JuS, 2003, 331; HILLENKAMP, LK, 12.^a 2013, § 22/139; FISCHER, StGB, 55.^a 2008 a 70.^a 2023, § 22/28; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.^a 2010 a 54.^a 2024, nm. 850; JÄGER, SK, 9.^a 2017, § 22/4; sosteniendo que hay una simetría estructural entre ambas ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, Madrid, Edisofer, 2001, 116 s.; DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata y la actio libera in causa, Granada, Comares, 2003, 104. Cfr. con ulteriores citas de autores que efectúan la equiparación entre ambos supuestos ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/192, 226-230. Algunos, como MIR, PG, 10.^a 2015/16, 14/72 ss., o KINDHÄUSER, AT, 7.^a 2015, 8.^a 2017, § 39/60-64 (que se limita a exponer todas las soluciones sin tomar posición), tratan directamente como autoría mediata la acción lesiva (envenenamiento de alimento) del autor si la propia víctima inconscientemente consume el alimento envenenado que le sirven. Matizando que hay similitud, pero no identidad: ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/192, 226, estructura similar: pero recalca en 192: similitud, estructura similar (así tb. BGHSt 43, 180), que se corresponde en buena medida a la de la autoría mediata, pero no es idéntico porque aquí hay relación bilateral autor-víctima, mientras que en los casos comunes de autoría mediata hay relación trilateral –autor-mediador-víctima–, y por eso las soluciones son distintas; igual JOECKS/JÄGER, StGB, 12.^a 2018, § 25/73 ss., y RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 34/54. En contra, ponen en cuestión tal equiparación DERKSEN, GA 1998, 601; WOLTERS, NJW 1998, 578; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 30.^a 2019, § 22/42 (i.f.).

⁴ DONNA, PG, VI, 2010, 91, considera en efecto que en la tentativa acabada la cuestión difiere del supuesto general y expone (91-93) los diversos criterios que a continuación se examinan, pero sin inclinarse por ninguno.

⁵ Así lo defienden, partiendo de una fórmula de FRANK, StGB, 18.^a 1931, § 43 IV, entre otros BUSCH, LK, 9.^a 1970/74, § 43/43a; HERZBERG, MDR 1973, 80; BLEI, JA 1975, 167 s.; ZAFFARONI, Tratado, IV, 1982, 459 s.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a, 2002, 830 (aunque en ZAFFARONI realmente no es inequívoco que para el inicio de la tentativa acabada exija que se haya realizado todos los actos de ejecución, sino que afirma que, “si se realiza todo lo que según el plan debería hacerse, es evidente que hay comienzo de ejecución”, frente a los criterios de Roxin que requieren más); VEHLING, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Frankfurt, Lang, 1991, 165 ss.; MORENO-TORRES, Tentativa de delito y delito irreal, Valencia, Tirant, 1999, 239 ss.; Tema 35, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 706 s. (aunque en esta autora sucede lo mismo que he precisado que ocurre en Zaffaroni); PUPPE, AT II, 2005, § 35/39; poniendo la restricción de que el autor finalice su acto decidido a no cambiar nada y no desviar el peligro TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 54.^a 2007, § 22/19; aún más restrictivo MEYER, ZStW 87 1975, 609, exigiendo que el sujeto finalice su acto convencido de que el curso causal que ha puesto en marcha conducirá al resultado en cierto modo con una seguridad mortal: cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/194, que afirma (igual que p.ej. RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 34/48) que antiguamente el criterio de la finalización de la actuación del autor era la doc. dom..

de la bebida o comida que va a ingerir la víctima, colocar en un auto o un local el explosivo dispuesto para estallar, enviar por correo la carta de chantaje o calumniosa⁶.

b) *Dejar escapar ya el curso del acontecimiento fuera de su propio ámbito de dominio, de su control*

Otros muchos, siguiendo a ROXIN, exigen como criterio que el autor haya *dejado salir, escapar ya el curso del acontecimiento fuera de su propio ámbito de dominio, de su control*, que lo haya dejado escapar de sus manos⁷, lo que, aunque ciertamente es la consecuencia del anterior criterio de que el sujeto haya finalizado su actuación, de modo que ya no es precisa otra actividad suya para causar el resultado⁸ (con lo cual en los ejemplos indicados ese sería también el comienzo de la ejecución), aquí se formula expresamente esa consecuencia; pero incluso se destaca que en algún caso pueden no coincidir ambos criterios, concretamente si se mantiene el curso causal primero paralizado en la esfera de custodia del autor, p. ej. si la mujer que ha envenenado la sopa que le prepara a su marido mantiene la sopera momentáneamente sobre la placa de calor hasta que el marido llega por la noche y se sirve él la sopa, o igual si ella le ha envenenado la botella de whisky o el frasco de café en polvo, pero tiene el recipiente bajo su custodia hasta que regresa el marido y echa mano a la botella o al bote de café para servirse, puesto que, pese a haber realizado la mujer su último acto, mantiene el curso del hecho bajo su

⁶ Ejs. usados entre otros muchos por ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/192, 194 ss.; HILLENKAMP, LK, 12.^a, 2006 ss., § 22/133 ss.; DONNA, PG, VI, 2010, 91; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.^a 2010 a 54.^a 2024, nm. 954 ss.; RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 34/45 ss. Manejan el de la colocación de un explosivo que puede ser activado por tercero por cortocircuito o accionando un interruptor, entre otros, SCHMIDHÄUSER, AT, 1970, 15/58, 2.^a 1975, 15/52; JESCHECK, 4.^a 1988 [PG, 1981], § 49 IV.6; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 49 IV.6; o KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 15/85a, caso que se trató realmente en el caso de la trampa explosiva (Sprengfallen-Fall) de BGH NSTZ 1998, 294 ss. Y el del envenenamiento de la bebida o comida, entre otros muchos, ZAFFARONI, Tratado, IV, 1982, 459 s.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a, 2002, 830; MORENO-TORRES, Tentativa, 1999, 239 ss.; Tema 35, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 706 s.; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 14/73 ss. (pero tratándolo como autoría mediata); JÄGER, SK, I, 9.^a 2017, § 22/40 s. (tratando detenidamente en 22/41 el caso del aguardiente envenenado Bärwurz, que se indica a continuación); KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 15/85a; efectivamente un supuesto de estos se trató en el caso “Bärwurz-Fall”, del aguardiente marca Bärwurz, por la sent BGHSt. 43, 177 ss., de 12.8.1997, donde un farmacéutico al irse a dormir envenena un botella de aguardiente ya abierta, que coloca bien visible para que lo beba si vuelve un ladrón que ya había entrado ilegalmente en el local.).

⁷ Así lo formuló ROXIN, FS-Maurach, 1972, 213 ss.; posteriormente en JuS 1979, 10 s.; AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/195 ss. Lo comparten SCHMIDHÄUSER, AT, 2.^a 1975, 15/52 (aunque añade la exigencia de que la víctima vaya a acercarse pronto y no dentro de mucho tiempo); RUDOLPHI, SK, 2.^a 1977 a 6.^a 1993 § 22/20; PUPPE, JuS 1980, 348 s.; BURKHARDT, JuS 1983, 430; KRATZSCH, JA 1983, 585 s.; HERZBERG, JuS 1985, 6 ss.; ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 320 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 21/105; WESSELS/BEULKE, AT, de 23.^a 1993 a 40.^a 2010, nm. 600 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 62 IV 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 30.^a 2019, § 22/42.

⁸ Destaca que generalmente ambos criterios coinciden ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/205.

control hasta que interviene la víctima⁹, y en esos casos –se argumenta–, dado que el sujeto aún tiene bajo su custodia el objeto lesivo (no sólo esos alimentos o bebidas con veneno, sino también p.ej. la carta chantajeadora que aún tiene que ser llevada a la mañana siguiente al correo por un empleado), no hay tentativa, “ya que el autor aún tiene en su mano el acontecimiento del mismo modo que en la preparación de una tentativa inacabada y el delito aún se encuentra en la etapa o estadio previo a la realización típica”; en el ejemplo de la sopa envenenada la mujer, hasta que aparece el marido, y éste toma la sopera y se sirve la sopa, aún tiene el curso causal completamente bajo control, pues en cualquier momento puede, sin esfuerzo alguno y sin que se note, tirar la sopa, con el resultado de que, cuando aparezca el marido, nada habrá sucedido, de lo que se extrae la conclusión de que en estos supuestos sólo existirá un acto preparatorio mientras la víctima se halle todavía fuera de toda posibilidad de verse afectada por el medio del delito, “pues, aunque al autor le sería bastante con dejar que los acontecimientos siguiesen su curso, todavía tiene la marcha de las cosas en sus manos, exactamente igual que en una tentativa inacabada”¹⁰.

c) ***Fórmula alternativa: o dejar escapar de su control o inmediata puesta en peligro con incidencia en la víctima***

Pues bien, pensando en estos casos ROXIN precisa más y defiende lo que denomina una “***fórmula alternativa***”: el comienzo de esta tentativa acabada lo marca la concurrencia de uno de estos dos criterios: ***o el ya indicado de dejar escapar*** por parte del autor (abandono, permitir la salida) el curso del hecho fuera del propio ámbito de dominio, ***o bien*** que con su voluntad se dé ***una inmediata puesta en peligro con incidencia en la víctima*** en estrecha conexión temporal con la realización típica¹¹. El

⁹ Así lo expone ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/205-208, y ya en 195.

¹⁰ Así ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/195 hasta el final del primer entrecomillado; y lo siguiente en 29/205 s.

¹¹ Cfr. ROXIN, FS-Maurach, 1972, 213 ss.; JuS 1979, 9 s.; AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/195, 205 ss. Siguiendo esa construcción MEYER, J., ZStW 87 1975, 609; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 18.^a 1975 a 28.^a 2010, § 22/42 (últ. parte); RUDOLPHI, SK, 2.^a 1977 a 6.^a 1993 § 22/20; PUPPE, JuS 1980, 348 s.; BURKHARDT, JuS 1983, 430; KRATZSCH, JA 1983, 585 s.; HERZBERG, JuS 1985, 1, 6 ss.; ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 320 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 25/74 (pero en 25/72 añade que junto a la comisión activa hay omisión de no revocación, y en 25/73 que el límite lo marca la necesidad de especiales esfuerzos para la revocación, y que lo socialmente usual excluye la tentativa), 21/105; WESSELS/BEULKE, AT, de 23.^a 1993 a 40.^a 2010, nm. 600 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 62 IV 1; KÖHLER, AT, 1997, 465; MURMANN, Versuchsunrecht, 1999, 16 ss., 20; TRÖNDLE/FISCHER, de 49.^a 1999 a 54.^a 2007, § 22/21; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.^a 2010 a 54.^a 2024, nm. 956; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct. Univ. Autónoma Madrid, 2014, 486-497; El delito de tentativa, Montevideo-Bs. Aires, BdeF, 2016, 476-486 (pero siguiendo a Jakobs, espec. en 484-486); ERB,

escape al dominio se produciría claramente si el autor deja libre y descontrolado el curso causal que ha puesto en funcionamiento, p.ej. marchándose de viaje; pero si acabada su acción peligrosa la mantiene aún bajo su custodia como en los ejemplos vistos, el agente tendrá que dar lugar voluntariamente a una inmediata puesta en peligro de la víctima, o sea tendrá que permitir que ésta a su regreso eche mano al recipiente de la bebida o comida envenenada para servirse del mismo¹². Pero, *si se observa bien*, realmente esto no es exactamente un empleo alternativo de criterios, sino que **la segunda hipótesis sigue siendo aplicación del criterio de dejar escapar el acontecimiento fuera de su control**: pues si el sujeto una vez acabada su actividad aún conserva bajo su custodia el objeto lesivo y el curso de los acontecimientos, será sólo en el momento en que aparezca la víctima y el autor le permita que actúe tomando en sus manos inconsciente el objeto peligroso cuando precisamente se podrá afirmar que en ese instante el autor deja escapar el curso del acontecimiento fuera de su dominio o control, y por tanto es indiferente que a ello se le quiera llamar ahora poner inmediatamente en peligro a la víctima, ya que eso mismo se puede predicar de todos los demás supuestos de dejar el curso del hecho libre de control.

ROXIN se da cuenta de que a su segundo criterio alternativo de producir inmediatamente una puesta en peligro de la víctima en esos casos en que el autor conserva el hecho bajo su custodia hasta la aparición de la víctima se le puede hacer el reproche de que acaba siendo una concesión al por él rechazado criterio del disponerse a actuar por parte de la víctima entrando así en el círculo operativo del autor (que se expone a continuación en d), y replica que no es así porque sostiene, coincidiendo con JAKOBS, que estos casos están compuestos de una comisión (en este ej. el envenenamiento de la sopa) y una omisión (de tirar la sopa), con lo que “el último comportamiento delictivo del autor es la omisión de eliminar el peligro”¹³. Prescindiendo de que es curioso que califique de “comisión” a la primera actividad (el envenenamiento) si sostiene que aún no es tentativa, sino mera preparación impune, si se parte de esa posición, entonces ciertamente la segunda fase pasiva u omisiva se convierte en penalmente relevante cuando aparece la

FS-Streng, 2017, 13 ss.; JÄGER, SK I, 9.^a 2017, § 22/40; AT, 9.^a 2019, nm. 305; HEINRICH, AT, 6.^a 2019, nm.736; KRELL, ZIS 2019, 62 ss.; RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 34/51.

¹² Así JÄGER, SK I, 9.^a 2017, § 22/40, coincidiendo con ROXIN, cit.

¹³ Así ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/208, siguiendo en la calificación de omisión a JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 25/72, que en “delitos con posibilidad de revocación” considera que junto a la comisión por la acción de tentativa hay que atender a la omisión (no revocación).

víctima¹⁴ y entonces tiene razón ROXIN en afirmar, aunque no lo explica más, que su posición no es una concesión que acaba dando la razón al criterio (*infra c'*) de que el comienzo de ejecución en estos casos no se da hasta que la víctima entra en el radio de acción, de operatividad de la conducta del autor. En efecto, en los supuestos en que la cosa peligrosa siga bajo custodia del autor, si este sector afirma que comienza la tentativa cuando aparece la víctima e inconsciente de la situación va a provocar el peligro decisivo para sí misma (en los ejs. manejados, cuando el marido regresa y se va a servir la sopa o tomar la bebida envenenada o cuando llega el conductor y va a poner en marcha el vehículo que tiene colocada la bomba, manteniendo allí su vigilancia el asesino), no es porque crea con carácter general que no hay comienzo hasta que la víctima entra ella misma en el círculo del peligro, sino porque precisamente en ese momento es cuando el autor pierde definitivamente el control sobre el suceso –para poder evitarlo sin delatarse–¹⁵ y precisamente por eso cabe decir, como hace ROXIN, que la omisión del autor está poniendo en peligro al sujeto pasivo, o más exactamente que lo está poniendo en peligro la conducta peligrosa de la actividad del autor, unida al mantenimiento de esa situación bajo custodia, pudiendo por eso impedir que terceros vayan a estropear el plan delictivo, y no cambiar de criterio ni avisar a la víctima cuando llega. En cambio, esas circunstancias no se dan en los demás casos en que tras realizar su actividad peligrosa el autor se marcha del lugar o, al revés, el curso causal peligroso se aleja de él y por ello pierde el control sobre el mismo (para asegurarse de que sea lesivo o a la inversa, si rectificara, para anularlo), la posición que estamos examinando afirma ya un comienzo de tentativa por esa razón, aunque el curso causal no haya llegado aún hasta la víctima, mientras que la posición (d), que ahora vamos a ver, niega que ya haya un comienzo de ejecución y exige esperar hasta la entrada de la víctima en el radio de acción del curso peligroso.

¹⁴ Pues si por el contrario la primera acción de envenenamiento se califica ya como comienzo de tentativa punible, la segunda conducta pasiva de mantener bajo custodia la cosa envenenada y no tirarla no sería sino una lógica conducta de no impedir los efectos de su propia tentativa activa ya comenzada y sería penalmente irrelevante por quedar absorbida o consumida (concurso de leyes por consunción o absorción) en la tentativa anterior y en su caso en la consumación de ésta. Critica también la argumentación de que por esta segunda parte se pueda concebir el plan ejecutivo como una omisión MIR, PG, 10.^a 2015/16, 14/74, diciendo que ello es insostenible porque pone el plan de ejecución incluye actos dolosos positivos como los de verter el veneno que determinan positivamente el resultado con lo que entra en juego el criterio de la causalidad para distinguir acción y omisión.

¹⁵ Por eso no se puede compartir la afirmación que para acabar su argumentación hace ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/208 i.f., de que “por tanto estructuralmente, dado que se trata de un caso de disponerse a o comenzar mediante omisión, el supuesto no se puede comparar con los casos de dejar escapar el suceso fuera del ámbito de dominio del autor”.

d) *Entrada de la víctima en el círculo operativo del medio, incidencia de la acción sobre la esfera de la víctima e inmediata puesta en peligro*

Otra posición requiere para el comienzo de esta tentativa acabada aún más que el simple escape del suceso al control del autor, lo que le parece aún insuficiente: exige que la conducta del autor ya haya incidido, operado, influido en la esfera o ámbito de la víctima, o, visto desde el ángulo de ésta, que la víctima entre en el radio de acción, en el círculo operativo o de operatividad (*Wirkungskreis*) del medio usado¹⁶, en el ámbito peligroso del curso causal desencadenado por la actividad ya acabada del autor; ello presupone que así y sólo así es como se dará el requisito de la inmediata puesta en peligro del objeto, que inmediatamente se vaya a poner en peligro el bien jurídico¹⁷, o que haya una inmediatez de la acción típica¹⁸, para que haya comienzo de ejecución. Por tanto en estos casos según estos criterios sólo comenzará la tentativa cuando la víctima toma ya para servirse la botella con bebida envenenada o ya el plato de sopa o el vaso con veneno que le sirven o cuando entra en el automóvil donde le han colocado el explosivo o cuando recoge de su buzón la correspondencia con la carta del chantaje o calumniosa¹⁹.

2. El criterio correcto sobre el comienzo de la tentativa acabada. Crítica de las posiciones mayoritarias y posición propia

a) *Comienzo en la tentativa acabada de un tipo de actividad (legalmente descrita) y resultado*

Lo primero que hay que objetar y advertir es lo siguiente: La tentativa acabada ciertamente no puede producirse en delitos de mera conducta, de pura actividad o de

¹⁶ Así GÖSSEL, JR 1976, 249 s.; OTTO, JA 1980, 644 ss.; NSTZ 1998, 243; AT, 7.^a 2004, § 18/33, 43; KUDLICH, JuS 1998, 596 ss., 600; BÖSE, JA 1999, 342 ss., 346; STRATENWERTH/KUHLEN, AT I, 6.^a 2010, § 12/106; KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 15/85d; ZACZYK, NK, 5.^a 2017, § 22/32; RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 34/50.; HOFFMANN-HOLLAND, AT, 4.^a 2023, nm. 645, 660, aunque todos considerando que hay que atender a la representación del autor sobre si su actuación va a incidir ya sobre la víctima.

¹⁷ Así los autores cits. en la n. anterior.

¹⁸ VOGLER, LK, 10.^a, § 22/, 58 ss., 74-76, exige una inmediatez específica de la realización típica; ya lo había formulado en FS-Stree/Wessels, 1993, 291 ss.

Se está trasladando aquí esas fórmulas mantenidas como criterio general del comienzo de ejecución (ya en general en la tentativa). Pero obsérvese que en cualquiera de estas dos últimas formulaciones no se exige ya la efectiva puesta en peligro ni la efectiva realización de la acción típica, sino que ambas sean inmediatas (*unmittelbar*), es decir, que sea inmediata la producción de la puesta en peligro o de la realización de la acción típica; mientras que en las primeras fórmulas sí se requiere que haya ya incidencia de la conducta del autor en el ámbito del sujeto pasivo, que la víctima, o el objeto de la acción o el bien jurídico entre ya en el círculo operativo o radio de acción de la conducta del agente, y por tanto ello implica que esto es inmediatamente anterior a la puesta en peligro o, en otra formulación, a la realización de la acción típica.

¹⁹ Así ilustra ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/193, la aplicación de este criterio a los ejemplos manejados.

omisión pura o propia, porque si se realiza toda la ejecución, se habrá consumado el delito, sino sólo en delitos de resultado; pero los delitos de resultado, en los que sí cabe la tentativa acabada, pueden ser o bien delitos puramente resultativos *o bien tipos de actividad* –legalmente, expresamente descrita– *y resultado*, p. ej. el robo mediante violencia o intimidación, en el que la actividad violenta o gravemente amenazante es el primer acto típico que se usa como medio para conseguir el segundo acto de producción del resultado, el apoderamiento libre y pacífico de la cosa durante al menos algunos momentos. Y en estos segundos naturalmente y sin la menor duda el comienzo de la ejecución será exactamente el mismo que en la tentativa inacabada, es decir, el acto inmediatamente anterior al primer acto típico: según el criterio que aquí se prefiere, el disponerse inmediatamente y de modo encaminado sin interrupción e inequívoco a realizar el primer acto típico, o sea, o sea en el ej. del robo, a usar la violencia o intimidación.

b) *Comienzo en la tentativa acabada de un tipo puro de resultado o de causación*

1) *Tentativa acabada de delito puro de resultado mediante acto único y operatividad diferida*

Por tanto hay que precisar aún más, analizando las características peculiares –lo que hasta ahora, por lo que se alcanza a ver, no se ha hecho– de los supuestos con los que se está trabajando en la discusión expuesta: los supuestos que se están discutiendo son todos no sólo de *tentativa acabada de un autor individual*, sino además: 1) de un *delito puro de resultado o de causación* o puramente resultativo, 2) que se produce *mediante un acto único*, y 3) de *operatividad no instantánea, sino diferida o prolongada un cierto tiempo* (característica esta última que sí suele ser destacada por los autores que defienden soluciones especiales)²⁰.

2) *Discordancia en la colocación del inicio de ejecución al final de toda la ejecución*

Pues bien, para el espectador sin prejuicios, imparcial, que se aproxima a esta cuestión sin una actitud preconcebida o disposición de ánimo previa, lo primero que resulta sumamente *extraño y chocante es que* para estas posiciones *el comienzo de la*

²⁰ GÖSSEL, JR 1976, 248 ss., 250; en MAURACH/GÖSSEL, AT/2, 7ª, 1989 [PG, 1995], § 40/48, § 45/101, llama a estos supuestos “delitos con distancia” (*Distanzdelikte*); siguiéndole REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct. Univ. Autónoma Madrid, 2014, 486 ss.; El delito de tentativa, 2016, 476 ss., aunque traduce el término alemán como “delitos a distancia”.

tentativa acabada de acto único que va a producir el resultado *no se encuentre al principio* –más o menos, pero al inicio– de ese acto único, *sino precisamente ya finalizado dicho acto único* e incluso después, eso sí, antes de que produzca el resultado. Porque **por definición el inicio o comienzo de ejecución de dicha tentativa acabada, como el de toda tentativa, ha de estar precisamente al principio y no al final de los actos de ejecución.**

Por eso, no se entiende cómo es que, si se quiere precisar el comienzo de la tentativa (acabada, pero que es tentativa) y no el fin de la misma, se está exigiendo la terminación de los actos del autor o incluso más, que, tras esa actividad se produzca un resultado ulterior: o bien que el curso causal escape ya al control del sujeto, que éste haya perdido el control sobre el mismo, o bien, aún más, que el curso causal llegue ya hasta, incida sobre la víctima y ésta caiga en su ámbito de influencia²¹ (¡o sea, que se exige la terminación o finalización de la ejecución desde cualquier perspectiva imaginable!); ni por qué, si en la tentativa inacabada basta para el comienzo un inicio de ejecución, es decir un acto inmediatamente próximo al acto propiamente típico, al primer acto parcial de realización típica y con eso ya es suficiente para entender rebasada la mera preparación, en la tentativa acabada para su comienzo no sólo no bastaría el acto inmediatamente anterior al primer acto típico, sino ni siquiera la realización completa de ese acto inequívocamente típico si no se dan otros requisitos adicionales, distintos según las diversas posiciones.

3) *Explicación: según las posiciones criticadas, antes hay aún control como en la preparación y necesidad de intervención aún de otra persona*

Para sostener estas posiciones ha pesado a mi juicio precisamente esa circunstancia de que el acto del agente que va a producir el resultado *aún tardará un cierto tiempo*, a veces bastante tiempo en producirlo, incluso *necesitando a veces* que lo facilite *otra intervención inconsciente* (la causación de la muerte o lesiones por la ingestión de la comida o bebida envenenada, por llegar alguna persona allí en el momento de explosión

²¹ Igual crítica a la posición de ROXIN (y otras) hace MIR, PG, 10.^a 2015/16, 14/74 ss., en relación con el comienzo de la tentativa del autor mediato, incluyendo los casos en que la propia víctima como en el caso de la sopa opera como instrumento, sosteniendo que la tentativa debe empezar cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento; así dice *Mir* en 14/74 que aunque la mujer que envenena la sopa se quede observando los hechos por sí es necesario asegurar activamente el resultado, “no por eso habrá dejado de finalizar su intervención ejecutiva al dejar dispuesta la sopa si no resulta precisa su ulterior intervención: sólo el marido habrá realizado los actos consumativos decisivos”; y en 14/75: “si la mujer terminó su parte de ejecución al dejar la sopa, no puede empezar después la fase ejecutiva”.

del artefacto con temporizador, la recepción y lectura por la víctima de la carta amenazante o calumniosa...), y sobre todo que en ese lapso de tiempo *el agente puede fácilmente, sin que se sepa, anular, revocar su acto*²² quedando todo como antes. Y por eso en los supuestos de intentar el resultado con un solo acto pero de efecto no inmediato, sino diferido un cierto tiempo hasta que vaya a alcanzar a la víctima, o hasta que otros sin consciencia de su contenido delictivo e incluso cumpliendo su función normal (de camarero o mesero que sirve el alimento o bebida envenenada, o de cartero que lleva la carta amenazante o difamante al destinatario) lo lleven hasta la víctima, o incluso hasta que ésta inconscientemente entre en el radio de eficacia del acto lesivo, como el autor aún tiene durante un tiempo en sus manos el control real o potencial, retirando o anulando lo actuado hasta ese momento, estas diversas posiciones doctrinales (en la doc. mayor. alemana y otros autores siguiéndola) que exigen más para el comienzo de ejecución que el simple inicio del acto de causación, que requieren como mínimo que el agente haya terminado toda su actuación, y otras posiciones más aún, que el curso causal haya escapado ya a su control o incluso que haya alcanzado la esfera de la víctima, lo están considerando un acto aún no inequívoco, un acto de mera preparación; consideran simple preparación el inicio de esa actuación, o incluso a todo el acto único que va a causar aunque más adelante el resultado, puesto que entienden que aún no ha comenzado la tentativa (y algunos incluso porque afirman que hasta que todo escapa al control del agente o hasta que el acto incide en la esfera de la víctima la situación para el autor es la misma que en un mero acto preparatorio²³).

4) *Incorrección de tal fundamentación: poner en marcha un curso que avanza automáticamente hacia el resultado es un acto típico aunque falte tiempo*

²² JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 25/72-75, 21/15, destaca reiteradamente en estos casos la “posibilidad de revocación” o revocabilidad y el momento omisivo (no revocación) junto con el comisivo en esa tentativa acabada; siguiéndole REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct. UAM, 2014, 486-497; El delito de tentativa, 2016, 476-486.

²³ V. *supra* en n. 10 y su texto las afirmaciones de ROXIN en este sentido: dado que el sujeto aún tiene bajo su custodia el objeto lesivo, no hay tentativa, “ya que el autor aún tiene en su mano el acontecimiento del mismo modo que en la preparación de una tentativa inacabada y el delito aún se encuentra en la etapa o estadio previo a la realización típica”; en el ejemplo de la sopa envenenada la mujer, hasta que aparece el marido, y éste toma la soperita y se sirve la sopa, aún tiene el curso causal completamente bajo control, pues en cualquier momento puede, sin esfuerzo alguno y sin que se note, tirar la sopa, con el resultado de que, cuando aparezca el marido, nada habrá sucedido, de lo que se extrae la conclusión de que en estos supuestos sólo existirá un acto preparatorio mientras la víctima se halle todavía fuera de toda posibilidad de verse afectada por el medio del delito, “pues, aunque al autor le sería bastante con dejar que los acontecimientos siguiesen su curso, todavía tiene la marcha de las cosas en sus manos, exactamente igual que en una tentativa inacabada”.

para el resultado y por ello iniciar la ejecución para ese acto típico ha de ser comienzo de tentativa

Sin embargo, esto es totalmente incorrecto: Lo cierto es que en esos casos: 1.º) realizar una acción (como envenenar una comida o bebida que ingerirá otra persona, colocar un explosivo activando un mecanismo retardador, introducir en el buzón postal un escrito dirigido a otro con amenazas, chantaje o calumnias redactadas tiempo atrás o por otro) que ya determina forzosa (automáticamente) y positivamente que se ponga en marcha un curso causal que ya va, solo o uniéndose a la eficacia de otras circunstancias normales, hacia el resultado, con independencia de si luego tiene éxito o no y si por tanto lo consuma o no, *es sin duda alguna realizar una acción típica única de (intentar) producir un resultado*, un acto típico de (intentar) matar, lesionar, dañar, amenazar o calumniar mediante un correo, etc.²⁴, puesto que tal acción es de autoría dolosa: hay dominio positivo del hecho basado en la determinación objetiva y positiva del curso causal. 2.º) Y a esa calificación de realización de la acción típica única *no obsta el que vaya a transcurrir aún un tiempo* hasta que se acerque al resultado –como no obsta a que sea un acto típico único de intentar matar el de poner a otro una inyección de una sustancia tóxica de capacidad letal, aunque vaya a tardar 24 horas o más en desplegar su efecto mortal–, tiempo durante el que el agente *podría intentar contrarrestar o anular activamente* su acto único (por cierto siendo preciso para impedir el resultado que el sujeto *contrarreste activamente* su acto típico único, como es propio de una tentativa acabada, y *no bastando el mero abandono o desistimiento pasivo*²⁵ como en un acto meramente preparatorio o en una tentativa inacabada, contra lo que se afirma en las

²⁴ Para su consideración y calificación social y normativa como acto típico único o acción típica única de intento de causar el resultado es indiferente si tal acto consta de un único movimiento, como verter el veneno en el plato de sopa o comida o en la bebida que algún tiempo después tomará algún otro, activar el mecanismo de explosión retardada con temporizador que previamente otro ha instalado y colocado, echar al buzón la carta amenazante o calumniosa redactada por otro (lo que realmente siempre se compondrá de varios movimientos musculares consecutivos), o si en el acto con su sentido de intento de causar el resultado el último movimiento decisivo va unido a previos movimientos instrumentales, como colocar el explosivo y colocarle un temporizador inmediatamente antes de activarlo, o como introducir el sujeto en el sobre y poner el franqueo. En los supuestos de escritos amenazantes o calumniosos, para que se pueda hablar de un acto *único* de intentar amenazar o calumniar a otro enviando el escrito al destinatario, tendrá que tratarse de unas amenazas o calumnias redactadas por escrito hace tiempo por el sujeto, pero que no envió y ahora, tiempo después decide enviar por correo, o redactadas en otro momento por otra persona y que el sujeto, conociéndolo o de común acuerdo, decide enviar por correo o mensajería para que el destinatario reciba la amenaza o calumnia. Si es el mismo sujeto quien redacta el escrito para acto seguido enviarlo él mismo por correo, se tratará de (intento de) producir el resultado de conocimiento de la amenaza o difamación *mediante dos actos* sucesivos de significado diferente, escribir el texto y enviarlo, y no con un acto único.

²⁵ Destacando igualmente ambas cosas CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIII/164, p. 91, para afirmar el comienzo de la tentativa acabada por mucho que el agente podría retirar la bebida envenenada.

posiciones criticadas: si el sujeto ha envenenado la sopa o la bebida que más adelante otro tomará o ha colocado escondida y activado la bomba con temporizador, y a continuación no hace nada más, el curso causal seguirá avanzando hacia el resultado), ni el que aún sea precisa la colaboración inconsciente de terceros o de la víctima para exponerse al alcance e incidencia lesiva del acto. 3.º) Pero además es *equivocado*, por ser *contradictorio con el plan y el intento delictivo* del autor, el argumento de que, si falta tiempo para producirse el resultado, el sujeto *aún tiene el control* del acontecimiento hasta no ha escapado de su mano el curso de los hechos (por marcharse él o porque llega la víctima al punto donde le va a afectar el curso lesivo): con esa forma de expresión se está *confundiendo el control o dominio positivo, para producir el resultado* dañoso, que es el que ha de tener la acción típica (de tentativa y hasta la consumación, control que lo tuvo el sujeto al principio, al poner en marcha el curso causal que ahora ya opera por sí solo), con un *hipotético y potencial control negativo, de intentar impedir el resultado*, y además no pasivamente, sino contrarrestando activamente el curso causal ya operante: y se dice que el autor aún tiene en sus manos el control (negativo y potencial) del hecho, como si fuera lo normal que el delincuente cambie de opinión e intente impedir el resultado, **¡cuando** salvo casos excepcionales de desistimiento **el agente precisamente no quiere impedirlo, sino que se produzca el resultado** que pretende conseguir con su intento doloso, es decir cuando no quiere para nada intentar ejercer un potencial control negativo de los hechos!

4.º) Si esto es así, *iniciar la ejecución de ese acto típico único ha de ser, como en cualquier delito*²⁶, iniciar, **comenzar a ejecutar** para intentar la realización de ese acto típico único de causación del resultado: ya sea –para la concepción aquí mantenida– disponiéndose inmediatamente a ello, o sea, con la conducta inmediatamente precedente

²⁶ También REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct. Univ. Autónoma Madrid, 2014, 486; El delito de tentativa, 2016, 475 ss., 485, mantiene que no hay que aplicar criterios distintos de los generales para el inicio de esta tentativa con distancia temporal o posibilidad de revocación, pero su criterio general es distinto del aquí mantenido: que la conducta sea ya peligrosa *ex ante*, que pueda ser apreciada como probabilísticamente apta para producir el resultado buscado, y por eso (a diferencia de mi criterio: *infra* I.2 c) en el caso de la cena envenenada opina (496/485 s.) que sólo habrá tentativa cuando la mujer al final pone los alimentos a disposición del marido, pero “verter veneno en una comida y observarla durante horas no puede ser externamente apreciado como una conducta capaz de generar (con alto grado de probabilidad) la muerte” (con lo que está admitiendo en este caso los criterios alternativos de Roxin para el comienzo de esta tentativa acabada: o que el autor abandone y deje escapar de su control el curso causal o que éste incida ya en la víctima). Por el contrario, creo que envenenar el alimento en el recipiente del que horas después – tras calentarlo en su caso– seguro se servirá la víctima, por mucho que la autora no haya abandonado el lugar y esté allí presente mirando lo que sucede sin tener nada más que hacer, sí es una conducta capaz de generar por sí sola muy probablemente la muerte y por ello ya un acto típico resultativo.

y unida al propio acto típico, o, para la concepción más restrictiva, iniciando el primer movimiento del propio acto típico único.

5) Comparación con la tentativa de delito puro de resultado mediante varios actos

La conclusión obtenida se refuerza aún más si *se observa y compara* con lo que ocurre si se trata de la *tentativa* de un *delito resultativo o de causación que el sujeto elige producirla mediante varios actos*, como puede ser querer matar a otro asestándole múltiples cuchilladas o disparándole todo un cargador en diversas zonas del cuerpo hasta que muera desangrado o por el efecto acumulado de todas las heridas, o querer envenenar a otra persona pero no con una sola dosis mortal sino poniendo pequeñas dosis sucesivas en su comida o bebida durante varios días hasta que surtan efecto mortal, ejemplos que pueden servir igual si el autor actúa con intención de causar lesiones muy graves en determinados órganos a la víctima (y en todos los ejemplos expuestos el autor puede dejarlo al final cuando cree que su intento va a tener éxito y puede ocurrir efectivamente que esas tentativas acaben en consumación o bien que pese a todo fracasen gracias a la eficaz intervención salvadora de terceros que logra impedir la muerte o las lesiones gravísimas pretendidas). En dichos supuestos de tentativas de varios actos sucede lo siguiente:

En las *tentativas de causación con varios actos* los primeros actos parciales efectuados por el autor –inmediatamente a continuación del inicio de ejecución, del disponerse inmediatamente a efectuar el primer acto parcial–, o sea las primeras cuchilladas o disparos o el primer envenenamiento parcial del alimento o bebida que ingiere la víctima, son ya sin duda *actos típicos parciales* de homicidio en sentido amplio o de lesiones graves, porque suponen la directa e intencional realización de actos que unidos a otros tienen capacidad mortal o lesiva grave puesta en marcha y por ello ponen en marcha y determinan objetiva y positivamente, aún más, con el dolo y el plan del autor dominan, el curso causal de un hecho que unido a los siguientes actos parciales se encamina a producir la muerte o las lesiones graves. Como actos de realización típica parcial son indudables actos de tentativa –*aquí inacabada*– aunque el curso del hecho aún no haya escapado a o se haya independizado del control positivo del autor, es decir, aunque tal acto parcial aún no sea decisivo, esto es, que en sí mismo implica ya peligro, pero menor que el del acto de ejecución única y en principio (casi) seguro ya por sí solo. Y por las razones expuestas, ya antes de este primer acto típico hay *comienzo de ejecución*

y por eso también tentativa (inacabada) con el disponerse inequívoca e inmediatamente a efectuar el primer acto típico parcial pese a que el mismo aún no va a ser por sí solo decisivo; o sea en nuestros ejemplos hay comienzo de tentativa inacabada con el acto de empuñar o blandir el arma blanca para lanzarse contra el otro a dar el primer golpe, o con el acto de apuntar para hacer el primer disparo acto seguido, o con el disponerse a echar la primera dosis tóxica en la bebida o comida que inmediatamente se va a servir. Y téngase en cuenta que en todos estos supuestos la tentativa, que aún es inacabada con la realización de los primeros actos parciales, llega un momento que se convierte en acabada cuando según el plan del autor (enjuiciado objetivamente si se añade este baremo) la suma de actos parciales de cuchilladas, hachazos, disparos o dosis de veneno suministradas parece que por sí sola ya va a ser suficientemente peligrosa para producir el resultado buscado de muerte o lesiones y por eso el autor ya no realiza más actos ejecutivos: *tentativa acabada mediante diversos actos parciales* de realización del tipo (tentativa que inicialmente era inacabada).

6) Estructura similar, pero no idéntica a la tentativa en la autoría mediata

Antes de concluir definitivamente mi toma de posición, hay que examinar por un momento nuevamente si no se opondrá a ella el argumento de que no puede ser igual al de la tentativa inacabada el momento del inicio de ejecución en la acabada, dado que la tentativa acabada, en que la propia víctima se expone inconscientemente al curso lesivo (toma la sopa o la bebida envenenada, abre y lee el correo amenazador o difamatorio) y por ello opera de modo inconsciente como instrumento del autor contra sí mismo, presenta un paralelismo estructural, incluso identidad estructural para algunos, con la autoría mediata²⁷ y en ella para el inicio de la tentativa no basta con el acto del agente, sino que es precisa además la actuación no libre o errónea del instrumento. Esta objeción se puede rechazar perfectamente: En efecto, en primer lugar, aunque hay cierto

²⁷ Las opiniones sobre si el paralelismo entre ambas es sólo similitud o identidad están divididas. Admitiendo solamente similitud, entre otros muchos ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/192, 226, estructura similar: pero recalca en 192: similitud, estructura similar (así tb. BGHSt 43, 180), que se corresponde en buena medida a la de la autoría mediata, pero no es idéntico porque aquí hay relación bilateral autor-víctima, mientras que en los casos comunes de autoría mediata hay relación trilateral –autor-mediador-víctima–, y por eso las soluciones son distintas; igual JOECKS/JÄGER, StGB, 12.^a 2018, § 25/73 ss., y RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 34/54. Totalmente en contra, ponen en cuestión tal equiparación DERKSEN, GA 1998, 601; WOLTERS, NJW 1998, 578; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 29.^a 2014, § 22/42 i.f.: cuestionable que haya un suficiente parentesco estructural. Consideran en cambio que estructuralmente concurre un caso de autoría mediata MIR, PG, 10.^a 2015/16, 14/72 ss.; FISCHER, StGB, 64.^a 2017, § 22/28; JÄGER, SK I, 9.^a 2017, § 22/40; BGH, NSStZ 2001, 475 ss.; KINDHÄUSER, AT, 7.^a 2015, 8.^a 2017, § 39/60-64; sosteniendo que hay una simetría estructural entre ambas ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, 2001, 116 s.; DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata, 2003, 104.

paralelismo, no hay identidad estructural entre la tentativa en la autoría mediata y la tentativa acabada de un delito puro de resultado, no sólo porque en esa tentativa acabada hay únicamente relación bilateral autor-sujeto pasivo y en la de autoría mediata relación trilateral autor-mediador/instrumento- sujeto pasivo, sino además porque por eso mismo en la citada tentativa acabada la operatividad del inicio del acto del agente sobre el curso del acontecimiento hacia la víctima es automática, mecánica, lo que no siempre ocurre en la autoría mediata con la necesaria intervención del instrumento humano, que, aun no siendo plenamente responsable (consciente o libre), podría no seguir automáticamente lo pretendido por el autor mediato, sobre todo si la actuación del instrumento va a ser tiempo después y podría cambiar de opinión y no seguir lo indicado por el sujeto de atrás; y en tal caso, como veremos *infra* II.4.a 3) con más detalle, ello podría justificar en algunos de estos supuestos de amplia distancia temporal hasta la actuación del instrumento que el comienzo de la tentativa el comienzo de la ejecución se posponga hasta inmediatamente antes de la actuación del instrumento/mediador, lo que no sucede ante el automatismo del curso causal creado por el inicio de la tentativa acabada de delito puro de resultado. Pero en segundo lugar, aquella objeción choca con el dato de que, como asimismo veremos *infra* II. 4.a 2) y 4), en muchas hipótesis de autoría mediata, tanto en las de efecto inmediato de la actuación del sujeto de atrás sobre el instrumento como en algunas de efecto diferido temporalmente, el comienzo de la tentativa ha de situarse precisamente al inicio de la actuación del autor, exactamente igual que sucede en el inicio de esta tentativa acabada.

7) ***Conclusión: el comienzo de esta tentativa es, como siempre, disponerse de modo inmediato e inequívoco a realizar el acto típico único de causación diferida del resultado***

Pues bien, exactamente igual que sucede en la tentativa inacabada (de varios actos según el concreto plan del autor), como son los supuestos vistos, también y con mayor razón aún en los supuestos de tentativa acabada de un delito puro de resultado que el autor va a intentar producir mediante un acto con esa cualidad determinante ya por sí solo y por ello más seguro, más peligroso que el primer acto típico parcial en la tentativa inacabada, el **inicio o comienzo de la ejecución** se produce ***ya con el acto ininterrumpida e***

inmediatamente anterior a la realización de ese *acto único igualmente típico*²⁸, *pero más decisivo y eficaz aún* que en las otras hipótesis cada acto parcial, el cual necesita agregarse a otros actos parciales sucesivos para lograr en su suma la misma eficacia buscada que la que tiene aquí el acto único: Por consiguiente, tanto la interpretación sistemática como la teleológica y axiológica que se desprenden de la comparación con la realización típica parcial en varios actos (tentativa inacabada en el primero) llevan a la **conclusión** de que **en la tentativa acabada con un acto único de causación del resultado el inicio de la tentativa** se produce por supuesto en cuanto *el autor se dispone de modo inequívoco (unívoco) e ininterrumpido a realizar inmediatamente ese acto único mucho más peligroso, determinante del curso del hecho* (de modo que al término del acto el curso del hecho ya se encamina independientemente al resultado), y **no precisa para nada** que el autor finalice su actuación, ni que el curso del hecho haya escapado a su control ni que la víctima haya entrado en el campo de incidencia del acto.

c) Aplicación a casos

Es decir, en los *ejemplos* que estamos manejando, si se mantiene el criterio aquí defendido del disponerse inmediata e inequívocamente a realizar el acto típico, el inicio de ejecución de la tentativa, si los movimientos van a ser todo seguidos y ponen en marcha un curso necesario del acontecimiento hacia el resultado, ha de ser: en el envenenamiento de la comida o bebida que tomará otra persona, el tomar el recipiente del veneno para a continuación verter o inyectar gotas o sustancia en la sopa, el alimento o la bebida que forzosa, necesariamente se consumirá tiempo después, o porque la propia víctima va a

²⁸ Igualmente MAURACH/GÖSSEL, AT/2, 7^a, 1989 [PG, 1995], § 40/48, sostiene para estos supuestos de “delitos con distancia” la aplicación del criterio de la inmediatez de la acción o “teoría del acto parcial”, según lo cual se inicia el estadio de tentativa con la conducta inmediatamente antes de la propia acción típica, pero no separada de ella por ningunos posteriores actos parciales, inicio que por ello no requiere ni una conexión o unión temporal ni una conexión o unión espacial y temporal, que precisamente no existe en los delitos con distancia. También FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 23/28 s., mantiene que en los delitos de resultado, aunque éste dependa de la colaboración inconsciente de otro o de la víctima, para el comienzo de la tentativa sólo cuenta cuándo el autor se dispone inmediatamente a realizar la resolución al hecho, y lo aplica (23/29) al caso “Bärwurz-Fall” de la botella de aguardiente envenenado; igualmente HILLENKAMP, LK, I, 12.^a 2006/07, § 22/134 ss., sostiene que el inicio en la tentativa acabada ha de ser, igual que en cualquier tentativa, la aplicación de la fórmula del disponerse a, pero la aplica (§ 22/135) siguiendo su “teoría modificada del acto parcial”, que requiere inmediatez de la acción de ejecución y peligro de realización del tipo, lo que le lleva a conclusiones diferentes de las aquí sostenidas. En la doc. españ. CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIII/164, p. 91, mantiene que en el caso de envenenar en el frigorífico la bebida que la cónyuge tomara días después al regresar de viaje, ya hay comienzo de actos claramente ejecutivos con el suministro de la dosis de veneno, pero realmente no dice que no pueda comenzar inmediatamente antes la tentativa, y en efecto más adelante: XIII/179, p. 96, parece inclinarse de modo general como comienzo de ejecución por el criterio de los actos inmediatamente anteriores a los claramente típicos.

ingerir inconsciente ese alimento o líquido envenenado que el autor le deja donde seguro lo tomará (y ahí es irrelevante si ello será de inmediato o aún pasarán horas, y si el autor se ha marchado o, si tras colocar el recipiente, plato o vaso donde seguro va a ser recogido y sin tener por tanto que hacer él nada más, se queda presente para contemplar cómo la víctima toma la comida o la bebida) o porque una persona de servicio, también inconsciente del veneno, le va a llevar el plato o la bebida a la víctima; en el del explosivo, que el sujeto se disponga a colocarlo oculto y con el temporizador, para acto seguido activar el temporizador, o a la inversa, que comience a activar el temporizador para inmediatamente a continuación colocar oculto el explosivo con ese temporizador adosado; en el de las amenazas o calumnias por correo, que el agente meta en el sobre franqueado el escrito redactado por otro o tiempo atrás sin enviar por él mismo si acto seguido va a echarlo en un buzón próximo o va a entregarlo y pagar en un servicio de mensajería (aunque otra interpretación más estricta dirá que el acto de disponerse inmediatamente anterior a mandar el envío es el acercarse ya sobre en mano al buzón o a entregarlo al servicio de mensajería). Y si se prefiriera el criterio más restrictivo del comienzo del propio acto típico, el inicio de ejecución será el de realizar ya el primer movimiento del acto típico único: en el envenenamiento comenzar a verter o inyectar en el líquido o alimento la primera gota o porción del veneno, en el caso del explosivo, una vez colocado oculto comenzar a activar el mecanismo del temporizador o, si éste estaba ya activado, empezar a colocar oculto el explosivo con el temporizador adosado, y en el del escrito amenazante o difamatorio, el primer movimiento de acercar el sobre con el escrito a la abertura del buzón o de entregarlo al encargado de la oficina de correos o mensajería. Pero el **inicio** de ejecución no puede ser el haber realizado ya todo el acto típico único, ni aún menos el que tras ello el agente haya dejado escapar el curso del hecho a su dominio o control ni que la acción incida ya sobre la esfera de la víctima, es decir, circunstancias posteriores o muy posteriores al comienzo del acto típico²⁹.

II. COMIENZO DE EJECUCIÓN EN LA AUTORÍA MEDIATA

1. Peculiaridad de la situación generalmente de la autoría mediata para el inicio de la tentativa: anterioridad de la conducta del autor mediato respecto de la conducta del instrumento o ejecutor directo

²⁹ V. además todo lo que he expuesto *supra* en n. 24 sobre cuándo hay acto típico único o actos sucesivos en estos supuestos y sus posibles variantes.

La autoría mediata, como es sabido, supone que el tipo objetivo lo realiza el autor mediato (indirecto), pero no directamente y de propia mano, sino a través de otra persona que lo ejecuta directamente pero opera de modo no responsable o no plenamente responsable como instrumento suyo; en el delito doloso, que es del que se trata en la tentativa, ello es así porque el autor mediato logra el dominio del hecho a través del dominio que ejerce sobre el instrumento –es decir, el autor directo o inmediato no responsable o no plenamente responsable³⁰– con la conducta del sujeto de atrás de crear o aprovechar la falta de conocimiento o error o la falta de (plena) libertad o responsabilidad del sujeto de delante, del autor inmediato que realiza o ejecuta directamente el tipo objetivo. Pues bien, la peculiaridad de la situación a efectos de fijar el comienzo de la tentativa del autor mediato consiste en que generalmente no hay coincidencia temporal entre el inicio de la conducta de ambos sujetos, sino que la conducta del autor mediato precede a la del inmediato. En efecto, serán pocos los casos de coincidencia total en el inicio de las actuaciones del autor mediato y del instrumento porque aquél cree el error o la presión etc. en el instrumento y por tanto cree su dominio del hecho controlando al instrumento justamente al mismo tiempo en que éste comience a actuar e incluso manteniéndolo durante su ejecución. Pero en la mayoría de los casos de autoría mediata dolosa el autor mediato realiza su acción de incidir sobre el instrumento controlándolo o dominándolo mediante coacción, orden, control sobre un inimputable o semiimputable, error etc. para que realice el delito con una clara antelación y distancia temporal, a veces bastante antes de que el instrumento comience a realizar la actividad que supone la realización directa del tipo; y por eso puede parecer dudoso si el

³⁰ Una gran parte de la doc. evita denominar “autor” directo al instrumento, o incluso le niega expresamente la cualidad de autor –en la actual doc. alemana ello sucede de modo absolutamente mayoritario, llamando al instrumento *Tatmittler* (término extendidísimo entre los autores alemanes: cfr. por todos *Roxin*, AT II, 2003 [PG II, 2014], §25/45 ss, § 29/226 ss.), o sea, intermediario o mediador en el hecho, “o “persona medio” como tradujo RODRÍGUEZ MUÑOZ en MEZGER, Trat II, 3.ª 1957, § 60, 309 ss.; o también empleando la imagen del *Vordermann*, el hombre (o sujeto) de delante, pero no *Täter*: autor–, admitiendo a lo sumo que es ejecutor del hecho, que lo ejecuta, pero sin la cualidad de autor. No se puede compartir en absoluto esa posición: autor es quien realiza el tipo objetivo de un delito, el tipo legal que lo caracteriza y diferencia de otros delitos, quien realiza el hecho, como correctamente dice el art. 28, 1.º, y eso es lo que hace siempre el “instrumento” (salvo en algún supuesto excepcionalísimo de ausencia de algún elemento del tipo objetivo en su conducta), ya que en algunos supuestos ciertamente no realizará el tipo subjetivo por ausencia de dolo e incluso a veces tb. de imprudencia (y faltará la parte subjetiva del tipo doloso), pero lo que hace basta para calificarlo en principio como autor de un tipo objetivo; y en el resto de supuestos fuera de los casos de error de tipo el instrumento actúa realizando él el hecho con dolo y por tanto es autor directo del tipo no sólo objetivo, sino también en su aspecto subjetivo de tipo doloso, aunque le falte por otros motivos la responsabilidad o la plena responsabilidad: y eso excluirá solamente su culpabilidad o su plena culpabilidad, o en algunos casos excepcionales la antijuridicidad por exclusión del desvalor de la acción (p. ej por ampararle un estado de necesidad creado por el autor mediato), pero no la tipicidad de su conducta con su consiguiente cualidad de autor directo del hecho típico.

sujeto de atrás ha iniciado ya directamente la ejecución, si se ha dispuesto inequívoca e inmediatamente a realizar el tipo o aún no (hasta que haga algo más o suceda algo más). Por ello no es pacífica la discusión sobre cuándo comienza realmente en estos supuestos la tentativa del autor mediato.

2. Posiciones sobre el comienzo de la tentativa del autor mediato

a) Para una gran parte de la doc. alemana hay que *distinguir según que el instrumento* o mediador del hecho (*Tatmittler*³¹: denominación que da idea de estar mediando su conducta entre el autor mediato y el hecho), o sea el autor directo, *actúe de buena fe*, de modo no doloso, *o por el contrario de mala fe, dolosamente* (*aunque no responsable y libremente* o en situación no plenamente responsable): si actúa de buena fe, en error, engañado, se considera que su actuación es igual a la del curso causal natural ciego, sin un propio control por su voluntad y por tanto la tentativa del autor mediato debe comenzar igual que en la tentativa del autor directo, es decir en cuanto se dispone inmediatamente a actuar e influir sobre el instrumento; por el contrario, si el instrumento actúa de mala fe, o sea dolosa, conscientemente aunque esté presionado y condicionado por el sujeto de atrás, para el comienzo de la tentativa del autor mediato se considera que no basta con que éste opere sobre el instrumento (ni menos que se disponga a operar o incidir sobre él), sino que, como aún falta una decisión voluntaria del instrumento, el comienzo de la tentativa del sujeto de atrás requiere que el de delante, el instrumento o mediador, se disponga inmediatamente a realizar el tipo, o sea comience su ejecución³².

b) Otra variante *exige lo más, o sea comienzo de ejecución del instrumento en todo caso*, tanto si éste actúa con dolo como si actúa de buena fe³³. Una fundamentación de

³¹ Terminología extendidísima, como ya he anticipado, en la doctrina alemana para denominar al instrumento o ejecutor directo: v. n. anterior.

³² Así MEZGER, *Strafrecht*, 4.^a 1954, 386 n. 10, 401 (no en la 2.^a 1933 = Tratado II, 1957, donde en § 52 III n. 10, decía únicamente que el comienzo de la intervención sobre el instrumento significa regularmente un principio de ejecución); KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 43.^a 1961, antes del § 43, II 3; WELZEL, 11.^a 1969, 184, 191; BUSCH, *LK*, 9.^a 1970-74, § 43/33 (con ulteriores citas); SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 15.^a/16.^a 1970/72, § 43/16; DREHER, *StGB*, 34.^a 1974, § 43 I B b; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *StGB*, 18.^a 1976, § 22/54; 29.^a 2014, § 22/54a; BLEI, *AT*, 18.^a 1983 261 s., calificándola de doc. dom. entonces; en la jurisprud. alemana *RG* 45, 285 ss.; 59, 1 ss.; 66, 141 ss.; 70, 212 ss.; *BGHSt.* 4, 270 ss.; 30, 365 s.

³³ Así v. HIPPEL, *D. Strafrecht II*, 1930, 475; EB. SCHMIDT, *FG-Frank*, II, 1930, 132; FRANK, *StGB*, 18.^a 1931, § 43/II 2 a; HEGLER, *FG-Rich. Schmidt*, I, 1932, 66 ss.; GÖSSEL, *JR* 1976, 250; KADEL, *GA* 1983, 299 ss., 307; KÜHL, *JuS* 1983, 183; *AT*, 8.^a 2017, § 20/90 s.; KÜPER, *JZ* 1983, (361 ss.), 366 ss.; J. MEYER, *ZStW* 87 1975, 609; VOGLER, *LK* 10.^a, 1985, § 22/101, 104; KÜPPER, *GA* 1986, 447; *GA* 1998, 521; MAURACH/GÖSSEL, *AT* 2, 7.^a 1989/8.^a 2014, § 48/115 ss.; PUPPE, *JuS* 1989, 363 ss.; *AT I*, 2002, § 35/47 ss.; FS-Dahs, 2005, 173 ss., 186 ss. (pero incluyendo su posición en la solución individual modificada); ESCHENBACH, *Jura* 1992, 645; KRÜGER, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft*, Frankfurt/Bern,

esta posición la da la “solución global” (o conjunta) (*Gesamtlösung*³⁴), que propone atender al estado de desarrollo del hecho global, en su totalidad, y por eso según ella el comienzo de ejecución depende de si el hecho global ha progresado tanto que inmediatamente va a desembocar en la realización del tipo, y para ello hay que atender no sólo a la acción del autor mediato sobre el instrumento, sino que tb. hay que co-considerar la conducta del instrumento, considerándose ambas como un todo, como una acción conjunta, por lo que el propio instrumento o persona medio ha de iniciar la ejecución³⁵ (o sea, para la extendida teoría aquí compartida disponerse inmediatamente el instrumento a realizar el primer acto típico, o para otras posiciones comenzar el instrumento el momento considerado de inicio de tentativa). Algún autor exige aún más, de modo que entre el inicio de actuación del instrumento y la realización del tipo ya no haya ningún acto intermedio más, pero si lo hubiera, como p.ej. que tenga que intervenir la víctima, seguirá habiendo sólo acto preparatorio³⁶.

En la situación alemana la cuestión se complica para esta teoría, porque la regulación legal requiere que el sujeto se disponga “según su representación” a realizar el hecho; y el autor mediato muchas veces no sabe cuándo va a actuar el mediador o intermediario, y algunos de los partidarios de esta solución global lo hacen depender entonces de la representación del mediador³⁷, lo que contradice frontalmente el tenor legal.

c) Entre esta posición de exigir el comienzo de actuación del instrumento y la opuesta llamada solución individual que atiende sólo al comienzo de influjo del autor mediato sobre el instrumento, existe una *posición intermedia*, iniciada por ROXIN y denominada “solución individual modificada”, que atiende asimismo a la conducta del

Lang, 1994, 176 ss.; KÖHLER, AT, 1997, 541 s.; KRACK, ZStW 110 1998, (611 ss.), 628; RATH, JuS 1999, (140 ss.), 143; STRATENWERTH, AT I, 4.^a 2000, § 12/105 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 189 n. 50 (con la excepción de que la acción del autor mediato esté tan íntimamente unida a la acción típica que en la concepción natural se la pueda considerar parte de ésta, como en presentarle al marido la sopa envenenada); HILLENKAMP, FS-Roxin, 2001, 708; LK, 12.^a, 2006 ss., § 22/153 ss., 158 s.; BUNG, JA 2007, (868 ss.), 870 s.; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 820 s. (pero con excepciones que reconoce lo aproximan a la solución individual conjunta); STRATENWERTH/KUHLEN, AT I, 6.^a 2010, § 12/105 s.; HOYER, SK, 8.^a 2012, 9.^a 2016, § 25/147; LACKNER/KÜHL, StGB, 28.^a 2014, § 22/9; MITSCH, en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, 12.^a 2016, § 22/78; KREY/ESSER, AT, 7.^a 2022, nm. 1239.

³⁴ Esa denominación se la da para la autoría mediata SCHILLING, Der Verbrechensversuch des Mittäters, 1975, 11 (igual que en 59, 104 para la coautoría), así como la de *Einzellösung* o solución individual para la posición contraria: v. n. 39, y tal terminología es utilizada ampliamente por la doc. posterior.

³⁵ Así los cits. desde GÖSSEL en n. 2 anteriores.

³⁶ Así GÖSSEL, JR 1976, 250; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a 1989/8.^a 2014, § 48/115.

³⁷ Cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 29/248 ss.

autor mediato y no la del instrumento, pero exige que el autor mediato haya soltado de sus manos y perdido el control o dominio sobre el curso del hecho³⁸.

d) En el extremo opuesto a la exigencia de actuación del instrumento, otra posición, llamada “*solución individual*”, exige menos incluso para el supuesto de instrumento consciente o no errado y considera que en todos los casos *lo único que cuenta para el comienzo de ejecución es la actividad del sujeto de atrás*, esto es, que el autor mediato empiece a operar, influir sobre el instrumento³⁹.

³⁸ Así ROXIN, FS-Maurach, 1972, 227 ss.; JuS 1979, 11; LK, 11.^a (desde 1996), § 25/152; AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/230, 244 s.; siguiéndole JESCHECK, 4.^a 1972, § 62 IV.1, p. 511 (distinto, sin exigir pérdida del dominio, ese mismo apartado hasta la 3.^a, p. 448); JESCHECK/WEIGEND, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 62 IV.1; J. MEYER, ZStW 87 1975, 608; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.^a 1975, 11/32; RUDOLPHI, SK, desde 4.^a 1984, § 22/20a; HERZBERG, JuS 1985, 1 ss., 6 s. (cambiando su anterior posición del comienzo de actuación del autor mediato en MDR 1973: v. *infra* n. sig.); JuS 1986, 931 ss.; FS-Roxin, 2001, 761 ss.; WESSELS/BEULKE, AT, 23.^a 1993 a 40.^a 2010, nm. 613; SALIGER, JuS 1995, 1009; HIRSCH, JR 1997, (391 ss.), 393; STRENG, ZStW 109 1997, 886 s.; KUDLICH, JuS 1998, (596 ss.), 600 s.; ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, 2001, 164 ss. (rechazando las otras teorías en 147 ss.); GUHRA, Das vorsätzlich-tatbestandsmäßige Verhalten beim beendeten Versuch, Berlin, Tenea, 2002, 143; DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, LH-Roxin (Córdoba), Univ. Nac. de Córdoba, 2001, 273 ss.; La tentativa en la autoría mediata, 2003, 120 s.; ENGLÄNDER, JuS 2003, 335; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 21/127; SCHÜNEMANN, LK, 12.^a 2006, § 25/151; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 820 s. (pero para excepciones, partiendo la solución global); KRAATZ, Jura 2007, (531 ss.), 534; FISCHER, StGB, 55.^a ed., 2008 a 71.^a 2024, § 22/26 ss., 31 ss.; KUDLICH/SCHUHR, en Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 1.^a 2009 a 4.^a 2019, § 22/58 s.; HEINRICH, AT I, 2.^a 2010 a 6.^a 2019, nm. 751, 755; BOSCH, Jura 2011, (909 ss.), 915; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.^a 2011 a 53.^a 2023, nm. 969 s.; BEULKE, FS-Kühl, 2014, 115 ss.; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct. UAM, 2014, 417 s.; El delito de tentativa, 2016, 409 s., aplicando su criterio de que el inicio de la tent. requiere que la acción pueda ser apreciada como probabilísticamente apta para producir el resultado, exige que el autor mediato que deje el curso del hecho a merced del instrumento inconsciente (la sopa envenenada, el interruptor de un aparato incendiario, la entrega de un veneno a unos ladrones que quieren dar un somnífero a la víctima); RÖNNAU, JuS 2014, (109 ss.), 112 s.; GROPP, AT, 4.^a 2015, § 10/64 s.; KINDHÄUSER, AT, 7.^a 2015, 8.^a 2017, § 36/41, § 39/50, 56; JÄGER, SK, 9.^a 2017, § 22/39; AT, 9.^a 2019, nm. 303 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH, StGB, 30.^a 2019, § 22/54 s.; RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 36/10, 14; HOFFMANN-HOLLAND, AT, 4.^a 2023, nm. 644, 650. Antes lo sostuvo WELZEL, Lehrbuch, 11.^a 1969, 192, pero sólo para el caso del instrumento de buena fe.

La denominación “solución individual modificada” (“*modifizierte Einzellösung*”) se utiliza en la doc. desde SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 18.^a 1975 a 26.^a 2000, 1 22/54, y la acoge el propio creador de la teoría, ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/230).

³⁹ Así BOCKELMANN, JZ 1954, 473; Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, 148; AT, 3.^a 1975, 172 s.; BAUMANN, JuS 1963, 92 ss.; AT, 8.^a 1977, 570 s.; MAURACH, AT, 4.^a, 1971 [PG, II,], § 41 II 5; HERZBERG, MDR 1973, 94 s. (cambiando esta posición a la 3) desde JuS1985, 1 ss., 6 s.); SCHILLING, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Köln, Heymanns, 1975, 32, 100 ss.; BAUMANN/WEBER, AT, 9.^a, 1985, 542 s.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.^a 1987, 183; PUPPE, JuS 1989, (361 ss.), 363 s.; FS-Dahs, 2005, 173 ss.; FS-Küper, 2007, (443 ss.), 453 s.; GA 2013, (514 ss.), 530 ss.; AT, 4.^a 2019, § 20/28 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 1997], 21/105; MERKEL, R., ZStW 107 1995, 545 ss.; FISCHER, 55.^a 2008 a 70.^a 2023, § 22/26; RG 53, 11 ss., 45; ZACZYK, FS-Krey, 2010, 485 ss.; FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 23/28; en la doc. hispanoparlante RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 424 s.; ZAFFARONI, Tratado, IV, 1982, 457, 459 s., aunque limita la autoría mediata al manejo de instrumento en error; igual ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a, 2002, 829 s.; FARRÉ, EPCr, XIII, 79 ss. (aunque en 80-82 con matices: plantea en 81 s. la posibilidad de exigir legalmente como condición objetiva de punibilidad la puesta en peligro inminente del bien jurídico; criticándola frontalmente ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, 2001, 147 ss., crítica que DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata, 2003, 115 s., considera excesiva); COBO/VIVES, PG, 5.^a 1999, 519; MORENO-TORRES, Tentativa, 1999, 239 ss.; Tema 35, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 706 s.; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 13/64, 14/74 ss.

3. Valoración de los argumentos de las diversas posiciones

a) Además de lo que a continuación se dice, más detalles de valoración crítica se desprenden de la exposición de mi propia posición según las diversas hipótesis de supuestos que desarrollaré después *infra* II.4.

b) Posiciones a) y d). 1): La distinción entre que el sujeto instrumento actúe de buena fe, o sea en error desconociendo el sentido de lo que hace, y el resto de supuestos en que actúa sabiendo lo que hace (de mala fe) pero coaccionado o dominado por el de atrás es en gran parte correcta, primero porque se fija en el momento temporal de inicio de influjo del autor mediato y no en el de actuación del instrumento, y en segundo lugar porque, como veremos, si actúa en error, su papel instrumental es más próximo al de un instrumento mecánico y por ello el dominio del autor mediato puede ser eficaz aunque vaya a haber mucha distancia temporal hasta la intervención del instrumento, mientras que si obra conscientemente pero presionado, esa presión puede disminuir o cesar con el curso del tiempo si hay bastante distancia temporal y ello puede justificar a veces que haya que situar el comienzo de la tentativa del autor mediato más próximo a la actuación del instrumento, pero ya veremos que hay supuestos de instrumento consciente en que sin embargo puede haber comienzo de ejecución en el autor mediato controlador al inicio de su presión aunque vaya a tardar aún bastante tiempo en actuar e instrumento. De modo similar, la posición d), que sostiene que el inicio de esta tentativa está en momento en que el autor mediato empieza a operar, influir sobre el instrumento, está en principio en un punto de partida correcto, pues es la aplicación a este supuesto de la regla general sobre el comienzo de ejecución, pero debe ser sometida a las matizaciones y reservas según las diversas hipótesis de supuestos que expondré después al desarrollar mi propia posición.

c) En cuanto a la posición b), que exige que el autor mediato haya escapar de su control el curso del hecho, p. ej. marchándose del lugar, ya he expuesto ampliamente frente a la misma posición en la tentativa acabada (v. *supra* I.2.b 4) que de lo que está hablando es de impedirse la posibilidad de un eventual control no meramente pasivo, sino mediante contrarresto o contrarrestamiento activo, y sobre todo, que es equivocada porque está *confundiendo el control positivo del curso causal para producir el resultado* -que lo que pretendía el autor (mediato) con su tentativa influyendo sobre el sujeto instrumento- *con un potencial e hipotético control negativo, de impedir el resultado*, que es lo que perdería si se marcha, pero que es la posibilidad *que el autor mediato*

precisamente no quiere, salvo que excepcionalmente desistiera⁴⁰. Pero además hay que criticar a esta posición b), igual que a la c), que requiere la actuación ya del instrumento/mediador, que ambas consideran aún insuficiente la sola actuación del autor mediato sobre el instrumento porque piensan que aún no se da el elemento esencial del peligro para el bien jurídico, lo digan explícita o sólo tácitamente⁴¹. Y así p.ej. en un ejemplo propuesto por *Schmidhäuser* de envenenamiento de alimento similar a los mencionados pero con un tiempo más largo previsto para la consumición, en que un marido envenena el envase con café en polvo que consume su mujer, que se encuentra de viaje y no regresará hasta días después⁴², que es un supuesto de autoría mediata utilizando como instrumento inconsciente a la propia víctima, partidarios de estas posiciones afirman que hasta el regreso de la esposa aún no hay ningún peligro y si la esposa decide no regresar, no ha habido peligro alguno⁴³ (con lo cual por cierto están contradiciendo lo que sostienen las posiciones b y c, porque para considerar que hay peligro no bastaría aún ni que se marchara el autor mediato ni que comenzara a actuar el sujeto instrumento, sino que sería precisa la entrada de la víctima y su bien jurídico en el alcance de operatividad del medio y su puesta en peligro inmediato, como exigen algunos en la tentativa acabada: v. *supra* I.1. d). Sin embargo, ello es *incorrecto*, porque lo que estas posiciones *están exigiendo* para el comienzo de la tentativa en un autor mediato es *que ponga ya en peligro*

⁴⁰ Por eso no se puede compartir en absoluto la afirmación de REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 417 s.; El delito de tentativa, 2016, 409, al defender que el inicio de tentativa de la cónyuge autora mediata con la sopa envenenada para el marido requiere o que ella abandone el hogar dejando la sopa en el lugar acostumbrado, o si por el contrario “permanece al lado de ella hasta que su esposo regresa al hogar y se dispone a tomarla, su comportamiento sólo se percibe como un peligro inminente para el cónyuge cuando éste se dispone a ingerir el alimento, ya que antes de ese momento existe todavía una alta probabilidad de que la mujer modifique un comportamiento que, hasta ese momento, luce como una simple acción preparatoria”. ¿Cómo va a haber en esta y en otras conductas encaminadas a matar, lesionar etc. una *alta probabilidad* de que el agente rectifique y anule su intento, que por cierto nadie conoce, si lo que quiere es precisamente consumirlo?; como acabo de indicar, el desistimiento activo o contrarrestamiento, voluntario o no, será en estos casos lo excepcional.

⁴¹ Sí lo dicen expresamente p. ej., entre otros, ROXIN, FS-Maurach, 1972, 215; AT II, 2003 (PG II, 2014), § 29/257; ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, 2001, 147 ss., *passim*; HERZBERG, FS-Roxin, 2001, 749 ss., 756; DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata, 2003, 114 s. (exigencia de lesividad, peligro para el bien jurídico), 103; HEINRICH, AT, 2.^a 2010 a 6.^a 2019, nm. 751 (con muchas más citas en n. 116 p. 314); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.^a 2011 a 53.^a 2023, nm. 975; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 417 s.; El delito de tentativa, 2016, 409 s.; JÄGER, SK StGB, 9.^a 2017, § 22/39 s., todos ellos defensores de la solución individual modificada (a la que WESSELS/BEULKE/SATZGER, cit., llaman directamente “teoría de la puesta en peligro del bien jurídico”).

⁴² SCHMIDHÄUSER, AT, 1970/, 15/58, 2.^a 1975, 15/52 y n. 37 p. 613, en ésta más rotundamente que para el inicio de tentativa no basta concluir la acción típica, sino que el autor ya no ha de tener acceso al polvo de café y añade la exigencia de que la esposa vaya a regresar pronto, y no habrá tentativa si regresará dentro de mucho tiempo.

⁴³ Así ROXIN, FS-Maurach, 1972, 215; DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata, 2003, 103; JÄGER, SK StGB, 9.^a 2017, § 22/40.

concreto y próximo el bien jurídico atacado. Pero, aunque ciertamente el principio de ofensividad o protección de bienes jurídicos y su plasmación en la antijuridicidad material, en el ilícito o injusto material, exige como desvalor objetivo de la acción de tentativa peligro o peligrosidad para un bien jurídico (que además requieren expresamente las regulaciones de diversos CP como el español), *la tentativa no implica ni requiere siempre, en todas sus fases, ese peligro concreto*, de inseguridad total y alta probabilidad de lesión inminente del bien jurídico, que podrá producirse al final de la tentativa acabada si nada se tuerce y está a punto de producirse la lesión, pero desde luego no en el inicio de una tentativa con la acción dispuesta inmediatamente a la estricta realización de la acción típica, máxime si es tentativa inacabada: este **comienzo de la tentativa sólo requiere una peligrosidad, un peligro abstracto y general**, una relevante posibilidad *ex ante* de lesión, aunque todavía pueda no ser inmediata, para el bien jurídico que se intenta atacar⁴⁴: para el bien jurídico de esa pretendida víctima concreta o también para ese mismo bien jurídico de otros si el curso se desvía⁴⁵, *peligro que ya existe como lo demuestra que, si no hay obstáculos* y el curso de la tentativa avanza como quiere el autor, *irá siendo cada vez mayor hasta el peligro más próximo y concreto* justo antes de la consumación. En el ejemplo del café en polvo, con el comienzo del envenenamiento del polvo de café por el marido hay ya una peligrosidad o posibilidad relevante *ex ante* de daño para la integridad o la vida de quien inconsciente pueda tomarlo de ese recipiente, como lo prueba que se transformará en peligro concreto e inminente para la vida o salud de la esposa si ésta de pronto regresara antes de lo previsto y se sirviera de ese café, o también para la vida o salud de cualquier otra persona que entretanto pudiera servirse sin sospechar de ese recipiente envenenado.

⁴⁴ En el mismo sentido STS 1479/2002, 16-9: los actos ejecutivos “suponen ya una puesta en peligro siguiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalística con ella”. Tb. FARRÉ, EPCr, XIII, 1990, 77 ss., reconoce que en el comienzo de la tentativa en general y de la del autor mediato puede haber un peligro aún no inminente y que el grado menor o mayor de proximidad influirá en la determinación de la pena, pero entonces en 79-82. sugiere la posibilidad de regular la tentativa requiriendo como condición objetiva de punibilidad la puesta en peligro inminente del bien jurídico.

⁴⁵ Relevancia del posible peligro también para el bien jurídico de otro que es confirmada por el dato de ser punible su lesión, aunque no fuera la buscada por el sujeto en su tentativa, en los casos de *error in persona* (la misma pena por delito doloso consumado) o de *aberratio ictus* (concurso ideal de la tentativa con dolo directo contra la víctima buscada y delito consumado imprudente o doloso eventual contra el bien jurídico de otra persona efectivamente lesionado). Otra cosa es que ese peligro general para el mismo bien jurídico de otro que pudiera ser afectado, por ser normalmente imprudente a lo sumo, no se tenga también en cuenta en la fase de tentativa del autor mediato, salvo que excepcionalmente éste actuara con dolo (eventual) alternativo respecto de ese posible peligro concreto para otras personas.

4. Posición propia

a) *En delitos puros de resultado o puramente resultativos*

1) *¿Quién puede realizar el acto típico: el autor mediato o sólo el instrumento?*

Operamos de entrada con *delitos puramente resultativos* (luego se examinará lo que sucede en delitos de actividad y resultado o de pura actividad). El criterio rector ha de ser: como siempre, el inicio de la tentativa, del acto ejecutivo, ha de ser el del hecho de disponerse inmediatamente a realizar el (en su caso, primer) acto típico. Entonces la duda es si el acto típico (acto de matar, de lesionar, etc.) sólo lo puede realizar el instrumento o si, en virtud del dominio del hecho del autor mediato sobre el instrumento, se podrá decir, en todos o al menos en algunos supuestos, que el acto de incidir o influir el sujeto de atrás sobre el instrumento no consciente o no libre o no imputable ya es un primer acto típico de matar, lesionar, dañar, contaminar, que, eso sí, para llegar a la consumación tiene que ser seguido de actos materiales ejecutores del instrumento.

2) *Regla general: para que el autor mediato inicie la ejecución para la acción típica no puede ser muy grande la distancia temporal hasta la actuación del instrumento*

A mi juicio lo correcto es un paralelismo (aunque ya veremos que no puede ser total) con el comienzo de la tentativa en la actuación que incide ya, poniéndolo en marcha, en un curso causal no humano, de un aparato o sistema que por sí solo mecánicamente dará lugar a un curso de acontecimientos que acabará produciendo un daño: aquí, si ya se pone en marcha o se inicia la acción que inmediatamente va a poner en marcha el mecanismo, da igual que éste no vaya a operar de inmediato, sino que esté dispuesto para hacerlo tiempo más tarde (p. ej. un temporizador de un explosivo que funcionará horas, días, semanas o incluso años después), porque esa puesta en marcha del mecanismo va a determinar objetivamente de modo forzoso el curso del hecho. Y al actuar un autor mediato operando sobre la voluntad de un instrumento ejecutor, no deja libertad de reflexión y decisión a éste durante un tiempo indeterminado, sino que lo obliga a actuar (conscientemente o en error) de modo que producirá el resultado, y así pone en marcha un medio que va a determinar objetivamente de modo forzoso el curso del hecho, y por consiguiente *el autor mediato está poniendo en marcha el acto típico productor del resultado, está iniciada ya la tentativa* de producir el resultado de matar, lesionar, dañar, contaminar etc. Y si, como aquí, se defiende en general como comienzo de ejecución el

criterio de la inmediata anterioridad a la estricta realización del acto típico, el inicio de la tentativa del autor mediato será *cuando se dispone de forma **inmediata e inequívoca** a realizar el propio acto típico* resultativo, es decir, ***cuando intenta inequívocamente influir de modo forzoso sobre el instrumento humano para que cause el resultado***: y en los casos de presión o coacción el disponerse inmediatamente a determinar al instrumento a actuar no sólo requiere formular *precisa y completa la amenaza, coacción u orden*, sino que su *carácter inequívoco (unívoco)* exige igualmente que *indique claramente el acto delictivo que el instrumento ha de ejecutar*.

Como no es aceptable una fundamentación puramente subjetiva del ilícito o injusto material de la tentativa, o sea, en el desvalor de la pura intención -por no ser compatible con un Derecho penal del hecho-, tal inicio de ejecución ha de suponer como desvalor objetivo de la acción ya peligrosidad, peligro para el bien jurídico atacado (como además exigen expresamente el CP español y otros); pero, como ya he indicado al rechazar las posiciones que exigen siempre la actuación ya final del instrumento y por tanto la inminencia de lesión (o como en la tentativa acabada las que requieren que la víctima entre ya en el radio de influencia del curso lesivo): v. *supra* II.3.c), I.2.b)4)-7), *no es en absoluto necesario*, ni aquí, ni en general en el inicio de la tentativa, que haya *un resultado de peligro concreto, de concreta inseguridad o inminencia de lesión* para el bien jurídico de la víctima, sino que **basta con el peligro general y abstracto, con la peligrosidad *ex ante*** (alta posibilidad de daño) para ese bien jurídico, que luego se podrá concretar o torcer por otras circunstancias, y tal peligrosidad general sí concurre ya con el inicio de la actuación el sujeto de atrás de influencia forzosa sobre el instrumento humano para que realice por sí el acto típico resultativo.

Ahora bien, el paralelismo no es total: la diferencia con el operar sobre un instrumento u objeto mecánico no humano es que en la actuación humana del instrumento, por muy forzado, presionado, controlado etc. que esté, *si transcurre mucho tiempo* desde la actuación dominadora del autor mediato, *podría cesar la influencia determinante psíquica o psicofísica sobre el instrumento humano* (coaccionando o amenazando, presionando, controlando al inimputable o semiimputable, dando órdenes etc.) y podría éste sustraerse a tal influencia y no obedecer la voluntad del autor mediato. Por ello, **como regla general no puede ser muy grande** –a lo sumo seguramente días o semanas– **la distancia temporal** prevista desde la actuación presionante del sujeto de atrás desencadenante de la actuación del instrumento y el acto ejecutor por parte de éste.

Ello no es necesario si el acto de determinar al instrumento es engañando o aprovechando error, pues esa situación de error perdura y no disminuye con independencia de la distancia temporal hasta que actúe el instrumento⁴⁶.

Esto lo rechazarán quienes sostienen que sólo puede realizar el acto típico resultativo la actuación del instrumento. Pero, aun suponiendo que el primer acto típico estricto de un delito puramente resultativo sólo lo pudiera realizar el instrumento (lo que ya hemos visto que no es cierto), de todos modos el disponerse inmediatamente a realizar ese acto típico ya es comienzo de ejecución y por tanto de tentativa: Entonces el acto de influir, coaccionando o amenazando o dando órdenes etc., sobre el instrumento ejecutor directo, si no va a haber una cesura temporal grande con el inicio de actuación del instrumento, ya se puede considerar un disponerse inmediatamente a la realización (por el instrumento) del primer acto típico.

3) *Supuestos de considerable distancia temporal hasta la actuación del instrumento en que puede cesar o disminuir mucho la influencia sobre el instrumento*

Y en el caso de distancia temporal considerable entre la acción de presión (amenazas, coacción, orden de un superior o jefe, control sobre un inimputable o semiimputable) hasta que el instrumento comience su actuación (al día o días siguientes, más tarde incluso) cabe sostener: 1) o bien que aun así la acción del autor mediato de determinarlo ya por medios totalmente eficaces a actuar tiempo después es ya disponerse inmediatamente a que se realice (¡forzadamente! y con eficacia que puede perdurar pese al paso del tiempo –por tanto idoneidad–, no como cuando ha de seguir una segunda decisión libre del propio sujeto de actuar, que ya no es una decisión necesaria ni mínimamente segura si se va a demorar mucho en el tiempo) el primer acto típico y por tanto comienzo de tentativa; 2) o bien, por el contrario, en ese supuesto de gran distancia temporal, como con el paso de mucho tiempo aumenta la posibilidad de que cese o disminuya mucho el efecto coaccionante o controlante sobre el instrumento (ello no sucederá en los casos de engaño o error) y por tanto su actuación o negativa ya no sea un

⁴⁶ Es verdad que, si pasa bastante tiempo desde el error inicial que sufre el sujeto instrumento hasta que comienza a actuar, hay más tiempo para la posibilidad de que de pronto descubra su error y ya no actúe, pero ello no es comparable a la muy previsible disminución o agotamiento gradual de la influencia presionante sobre el instrumento conforme va pasando el tiempo: que se pueda producir ese descubrimiento repentino de su error por el instrumento sería un obstáculo sobrevenido y no probable desde el principio como cualquier otro que le pueda surgir y oponerse en su camino a la tentativa ya iniciada del autor mediato.

curso de acontecimientos determinado forzosamente y ello es objetivamente previsible desde el principio (con lo que el sujeto de atrás sabe que su coacción no va a ser un medio suficientemente eficaz para controlar el curso del hecho: inidoneidad conocida por el agente⁴⁷), seguramente es más plausible sostener que al principio no había aún comienzo de tentativa y que el inicio de la tentativa del autor mediato requeriría que este repita o refuerce la coacción poco antes de que el instrumento vaya a actuar.

4) *Excepción a la regla general: supuestos de larga distancia temporal en que no cesa la presión sobre el instrumento*

Pero esta alternativa no se planteará si se sabe (ésta es la *excepción a la regla general de no larga distancia temporal* entre la presión inicial y la actuación del instrumento) que la presión o coacción inicial del autor mediato va a mantener su eficacia coartante o controlante todo el tiempo sobre el instrumento/autor directo (p. ej. porque el autor mediato tenga ininterrumpidamente en su poder una situación amenazadora o coaccionante para el instrumento o porque vaya reiterando su presión durante ese tiempo prolongado), en cuyo caso para la tentativa bastará el comienzo de ejecución inicial por el autor mediato.

b) *En delitos de actividad y resultado*

En delitos no puros de resultado o *de actividad y resultado*: es decir, en tipos de resultado pero con modalidades de conducta activa legalmente descritas: el autor mediato que con diversos medios (fuerza, coacción, error, orden...) obliga al instrumento a llevar a cabo el primer acto típico legalmente descrito para producir un resultado (ej. usar intimidación en un atraco para apoderarse de la cosa), la cuestión es más complicada. A mi juicio la cuestión depende de la redacción típica: de que describa la realización personal de la actividad por el sujeto que quiere obtener el resultado (ej. en la administración desleal del art. 252: “los que, *teniendo facultades* para administrar un patrimonio ajeno ..., *las infrinjan excediéndose* en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”), o que, al contrario, sólo requiera el uso de una actividad sin decir quién ha de realizarla como medio para lograr el resultado (p. ej. en el robo del art. 237: “los que ... se apoderaren de cosas muebles

⁴⁷ La situación sería distinta si el sujeto que quiere controlar al instrumento, pese a conocer la gran distancia temporal hasta que éste ejecute, cree equivocadamente que su presión, coacción etc. va a conservar su eficacia e idoneidad, o quiere confiar en ello, en cuyo caso sí habría comenzado una tentativa inidónea, a la que se aplicarían las reglas de ella.

ajenas empleando ... violencia o intimidación). En el primer caso, por respeto al principio de legalidad y al tenor literal posible, no se podrá decir que el autor mediato realiza la actividad típica personal (en la admin. desleal el extraño que con coacción, engaño etc. logra que un administrador infrinja y se exceda de sus facultades de administración y produzca así un perjuicio patrimonial al administrado, no ha infringido ni se ha excedido de *sus* facultades) y por tanto tampoco habrá en su actuación sobre el instrumento inicio de ejecución de la actividad típica; en la segunda hipótesis, en el caso de obtener el resultado, sí se podrá decir que el autor mediato ha realizado el tipo consumado de resultado, lo ha conseguido mediante el empleo de la actividad típica (que el tipo legal no indica de quién): en el ej. del robo ha conseguido apoderarse del botín empleando como medio la violencia o intimidación practicada por su instrumento, y consiguientemente el hecho de operar sobre el instrumento sí puede considerarse como inicio de ejecución.

c) En delitos de pura actividad

En los tipos de pura actividad parece que no es posible decir que el autor mediato realiza la actividad típica legalmente descrita, p. ej. prestar falso testimonio, que es efectuada por el instrumento al que ha coaccionado, ordenado o engañado; y por ello no puede haber inicio de ejecución de la actividad típica en el sujeto de atrás.

* * * * *

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

Catedrático em. de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~El comienzo de la tentativa en la coautoría*~

Sumario.- I. Comienzo de ejecución de los coautores. Supuestos problemáticos. II. La solución global o conjunta y la solución individual. 1. Solución global o conjunta: el comienzo de ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de tentativa para todos los coautores. 2. Solución individual: el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución. 3. Argumentos de la solución global o conjunta. III. La premisa errónea de la solución global y argumentos que hacen preferible la solución individual. 1. 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. 2. El sujeto concertado para la ejecución que aún no ha actuado no tiene dominio del hecho. 3. El inconsistente argumento del azar o la casualidad. 4. 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.

I. 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–

* El presente trabajo es un anticipo del apartado correspondiente del Cap. 33 sobre Tentativa y consumación de mi Tratado de DP, PG, en preparación.

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 CONLEDO, 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.

, 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 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.

II. LA SOLUCIÓN GLOBAL O CONJUNTA Y LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL

Al respecto se han defendido dos posiciones:

1. 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

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.

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.

otro o los otros coautores que actuarán posteriormente⁵; ya antes de esta fundamentación se llegaba a esta misma posición desde la teoría subjetiva de la autoría y participación⁶,

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, 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, 2.^a 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/Duttge/König/Rössner, GesStr: StGB, 5.^a 2021, § 22/34; CORNELIUS, en Heintschel/Heinegg, StGB, 4.^a 2021, § 22/61. Igualm. 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, comparticipação criminosa, pena conjunta e

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 co-autores comience un acto de ejecución⁷.

2. 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

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.),

que el futuro interviniente que lo ha acordado pero no ha actuado no queda impune: puede responder como cooperador psíquico o moral⁹, frecuentemente necesario, a veces no

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, Sjoliasmós (= 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.

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).

necesario¹⁰, y en algunos delitos que la tipifican, podrá responder por conspiración o algún acto preparatorio (pluripersonal) punible¹¹.

3. 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.

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;

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

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 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.

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.

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.

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 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.

III. LA PREMISA ERRÓNEA DE LA SOLUCIÓN GLOBAL Y ARGUMENTOS QUE HACEN PREFERIBLE LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL²³

1. 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 en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la tentativa o la consumación, ello vale para

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. Gbtg., (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.

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 desmontar**²⁶:

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 co-dominio o dominio conjunto del hecho, y cada coautor tiene sólo dominio parcial del hecho²⁸), es plenamente coherente interpretar y afirmar que por eso mismo

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 Inicio de tentativa de 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

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

(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 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.

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 ej., 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 A** ³⁰), 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**.

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. cit. un sujeto realiza la fuerza en las cosas o la violencia en la persona y el otro

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 al menos 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.

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 si 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

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 a 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 si 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.

ejecución aunque el sujeto no intervenga en ella³³, **y eso es totalmente inadmisibile**: Se podrá discutir, como hacen las 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 co-dominio (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**

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 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; Inicio 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.

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 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.

2. 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;

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.

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.; *Início da tentativa do co-autor*, 2.ª 1993, 73 ss., 142 ss., 164 ss., *passim*.

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 cotitular” 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 inicie la tentativa⁴². Ahora bien, prescindiendo por un

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-6ª, 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 CONLLEDO, 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.

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

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 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

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).

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.

3. 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

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.

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 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.

4. Otros argumentos a favor de la solución individual

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

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 pratique 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)tenta 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

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)tenta 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 el agente practicare 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

muy concertado que 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 conciertan 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

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, Inicio 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

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

psíquicamente al principio para su resolución de delinquir el contar con que iba a coejecutar quien luego 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 Início 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).

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 actual de intervenir* no puesto en práctica⁵² (*ni* menos *a un anterior acto preparatorio de conspiración*⁵³ 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

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.

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 codelinuencia, 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

⁵⁴ Así tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 856-858, 869; RFDL 1988, 33 s., 50 s.; Inicio 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.

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 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.

* * * * *

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.

Prof. Dr. Julio E. Chiappini

Doctor en Derecho. Prof. Titular de Alemán Jurídico, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Socio de la FICP.

~Salustiano Olózaga y el delito de rebelión (art. 472, inc. 2 del Código Penal)~

Sumario: I. ¿Una intimidación a la reina? II. La rebelión por coacción al rey III. Conclusión.

I. ¿UNA INTIMIDACIÓN A LA REINA?

SALUSTIANO OLÓZAGA ALMANDOZ nació en España en 1805, y murió en Francia como muchos desafortunados de la política española del siglo XIX, en 1873. Le tocó en suerte desempeñarse en los tumultuosos tiempos de la época isabelina: “en veinticinco años (1833-1858) hubo en España 47 ministerios, 78 ministros de Hacienda, 87 de Guerra”¹. Si alguien resultaba demasiado moderado, era reemplazado por un progresista; y si el progresista a su vez se excedía, no faltaba motín o pronunciamiento que forzara su dimisión. No pudieron triunfar, así, ni la moderación del literato MARTÍNEZ DE LA ROSA; ni el laicismo y las habilidades financieras de MENDIZÁBAL; ni siquiera la espada de ESPARTERO, doblegado por NARVÁEZ y SERRANO. Los abrazos como el de Vergara eran actos excepcionales y pronto olvidados, a los que seguían conspiraciones de camarilla, cuando no la guerra abierta. Es una suerte que desde entonces la política haya progresado tanto.

Justamente luego del exilio (temporal) de ESPARTERO en Inglaterra, el liberal y progresista OLÓZAGA fue nombrado Presidente del Consejo de Ministros. Lo fue durante nueve días en noviembre de 1843, terminando su gobierno en uno de los mayores escándalos de la política española.

En un “folletinesco episodio”² orquestado por LUIS GONZÁLEZ BRAVO (o BRABO según la grafía de época), periodista, político y maestro de intrigas, el 1 de diciembre de 1843 se leyó en el Congreso el decreto de exoneración de OLÓZAGA y su reemplazo por el propio GONZÁLEZ BRAVO. Que por cierto fue el fundador administrativo de la Guardia Civil, así como NARVÁEZ lo fue en lo político y GIRÓN en lo técnico.

¹ SEIGNOBOS, Ch./METIN, A., Historia universal. Historia contemporánea desde 1815, Buenos Aires, Granda, 1967, t. VII, p. 65.

² NIETO GARCÍA, A., Los “sucesos de palacio” del 28 de noviembre de 1843, en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2007, fasc. I, p. 525, disponible en la biblioteca jurídica digital del BOE.

Hasta allí, nada de especial más que una simple aceleración de los cambios ministeriales, normal para el torbellino gubernativo de entonces. Pero el 3 de diciembre GONZÁLEZ BRAVO, como notario mayor de los reinos, dió a conocer un acta firmada dos días antes a las 11 y media de la mañana en palacio. Constaba allí una solemne declaración de la reina ante “supremas personalidades de las Cortes, Magistratura, Grandeza, Ejército y Palacio”. Transcribimos:

“En la noche del 28 del mes pasado próximo se me presentó Olózaga y me propuso firmase el decreto de disolución de Cortes. Yo respondí que no quería firmarlo, teniendo para ello, entre otras razones, la de que estas Cortes me habían declarado mayor de edad. Insistió Olózaga. Yo me resistí de nuevo a firmar el citado decreto. Me levanté dirigiéndome a la puerta que está a la izquierda de mi mesa de despacho, Olózaga se interpuso y echó el cerrojo a esta puerta. Me dirigí a la que está enfrente y también Olózaga se interpuso y echó el cerrojo de esta puerta. Me agarró del vestido y me obligó a sentarme. Me agarró de la mano hasta obligarme a rubricar. En seguida Olózaga se fue y yo me retiré a mi aposento.

“Hecha lectura por mí el infrascrito de la presente manifestación, S. M. se dignó añadir lo siguiente: Antes de marcharse Olózaga me preguntó si le daba mi palabra de no decir a nadie lo ocurrido y yo le respondí que no se lo prometía.

“Acto continuo invitó S. M. a que entrasen en su despacho todos los presentes y examinaran el lugar en que sucedió lo que acababa de referirles; así se hizo en efecto entrando todos en el real gabinete. En seguida puse la declaración en las reales manos de S. M., quien asegurando que aquella era su verdadera y libre voluntad la firmó y rubricó en presencia de los mencionados testigos, después de haber yo preguntado a los presentes si se habían enterado de su contenido, y habiendo respondido todos que sí estaban enterados; con lo cual se dio por finalizado el acto mandando S. M. que se retirasen los presentes y que se deposite su Real declaración en la secretaría del Ministerio a mi cargo, donde queda archivada. Y para que en todo tiempo conste y produzca los efectos a que haya lugar, doy el presente testimonio en Madrid el día 1 de diciembre de 1843. Luis González Bravo”.

La acusación parlamentaria no fue dirigida directamente por GONZÁLEZ BRAVO, sino por el diputado JOSÉ POSADA HERRERA, exsecuaz progresista de OLÓZAGA, devenido en moderado. En la misma sesión, OLÓZAGA defendió su reputación y negó ser “capaz de cometer un atentado que horroriza sólo el pensarlo”. Recordemos que ISABEL II contaba entonces con apenas 13 años. La retórica de OLÓZAGA, acompañada de sollozos de consternación, no fue suficiente y pocos días después partió, cómo no, para Francia. Regresó cuatro años después y terminó su vida como académico y diplomático. Lo cual comprueba la advertencia de MAURA acerca de que “la memoria es evidentemente una de las prófugas de la política”.

La historiografía española descrea, en general, de la acusación contra OLÓZAGA: el citado NIETO GARCÍA habla de “perjurio real”; VIGUERA RUIZ es de la misma opinión,

atribuyendo el episodio a una maquinación dolosa³; DELGADO IDARRETA recopila a su vez numerosas opiniones acerca de la personalidad de OLÓZAGA, todas halagadoras⁴. Pero la rehabilitación más emblemática del acusado no proviene de la investigación histórica, sino de la literatura: en el capítulo IX de Bodas reales, BENITO PÉREZ GALDÓS describe la acusación parlamentaria como “la espantosa lidia de Olózaga, soberbia res de sentido”, a GONZÁLEZ BRAVO como ambicioso y cínico, “de una conciencia insensible a todo escrúpulo”, “testaferro de moderados” que se inscribe con asco en los anales de la historia por haber jugado el “papel de defensor de la inocente Majestad ultrajada... firmó el acta de acusación con la referencia al desacato, y el testimonio de Su Majestad, arma terrible de justicia, con la cual se podía decapitar a media España y meter en presidio a la otra mitad”.

Desde luego que nosotros, por el tiempo y la distancia, mal podemos terciar en ese debate histórico. Sí recordar que OLÓZAGA había sucedido al venerable MANUEL JOSÉ QUINTANA como ayo instructor de la reina. Pese a cuyos esfuerzos, aunados a los “del obispo de Tarazona, al coronel Luján (hombre de reconocida cultura) y a otras personas”, los resultados en el progreso intelectual de la joven reina “fueron muy escasos”⁵. En su rol de ayo instructor, OLÓZAGA ocupó una posición de autoridad sobre ISABEL II, como también de confianza, que conducen a la idea de temor reverencial. De cualquier modo, aunque vagos indicios la hagan verosímil, para nada garantizan que la acusación sea veraz.

II. LA REBELIÓN POR COACCIÓN AL REY

La acusación contra OLÓZAGA, amén del bochorno social y político de intimidar a una reina adolescente, implicaba un grave delito. Podía interpretarse que se trató de una tentativa ilegal de disolver las Cortes, que de acuerdo con el art. 189 del Código Penal de 1822, merecía pena de muerte. Lo mismo si era traidor por maltratar de obra a la reina: art. 219. O si conspiraba para privarle de su legítima autoridad, o a despojarle de sus prerrogativas y facultades que le concede la Constitución: art. 221.

³ VIGUERA RUIZ, R., Olózaga, en OLLERO VALDÉS, J. L. (coordinador), Diccionario biográfico de parlamentarios de La Rioja, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 2008, p. 221.

⁴ DELGADO IDARRETA, J. M., Salustiano de Olózaga: coetáneos, prensa y opinión, en Cuadernos de Investigación Histórica de la Universidad de La Rioja, 34, 2010, p. 49, disponible en <https://doi.org/10.18172/brocar.num34>

⁵ ALTAMIRA, R., España, en Historia del mundo en la edad moderna, IX, Barcelona, 1952, Sopena, p. 281.

La protección a la persona y libre voluntad del rey perdura en el Código Penal de 1995, aunque felizmente no con tanta severidad. Bajo el encuadramiento que nos ocupa, el art. 472, inc. 2 declara “reos del delito de rebelión” a “los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 2. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad”.

La palabra *rebelión* significa por su etimología “volver a hacer la guerra”: *re-* y *bellum*. Su sentido proviene de quien, habiendo sido derrotado, renueva tiempo después las hostilidades contra su conquistador. No ya para conservar la independencia como la primera vez, sino ahora para independizarse. De allí la actual semántica de alzarse contra alguien a quien se debe obediencia: “sublevar, levantar a alguien haciendo que falte a la obediencia debida”. Y por eso también los delitos de rebelión se enmarcan bajo el título de los *delitos contra la Constitución*, ya los españoles le deben obediencia: “Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado... Juan Carlos” (parte final⁶ de la Constitución).

El art. 472 establece numerosas formas punibles de rebelión, “de manera tan casuística”⁷. Entre ellas nos interesa ahora la de compeler al rey: inc. 2 *in fine*. *Compeler* como “obligar a alguien, con fuerza o por autoridad, a que haga algo que no quiere”.

Siempre que nos mantengamos dentro de los órdenes compulsivos del comportamiento, que son la legalidad, la moral y el decoro, las personas tenemos el derecho a la libre determinación de nuestros actos. Esa libre determinación, desde el derecho penal, se ampara de común con el delito de coacción bajo el bien jurídico *libertad*: art. 172 del Código Penal. En caso del rey, como “Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia”, la libre determinación de sus actos recibe una tutela especial entre los *delitos contra la Constitución*. Y es que según ésta, “la persona del Rey es inviolable”: art. 56. Quien pretenda imponer su voluntad al rey, no viola simplemente la libertad individual del monarca, sino que se rebela contra una autoridad de la Constitución. Por eso no hay “reduplicación punitiva” con los *delitos contra la Corona*, como afirma POLAINO NAVARRETE⁸. En ese último título se protegen la persona y

⁶ GRETEL, La forma de las leyes, Barcelona, Bosch, 1986, p. 127.

⁷ POLAINO NAVARRETE, M., Lecciones de derecho penal. Parte especial, II, Madrid, Tecnos, 2011, p. 424.

⁸ POLAINO NAVARRETE, Lecciones, II, 2011, p. 427.

derechos del rey a título individual; mientras que en el caso de la rebelión, se ampara su voluntad como formadora de actos funcionales de acuerdo con la Constitución. Tal la diferencia entre el los arts. 472, inc. 2 y 489, además de otros elementos típicos particulares de cada uno, como el carácter *público* de la violencia en el caso de la rebelión. En ese sentido, SERRANO GÓMEZ: “en cuanto a los supuestos de obligar al Rey, Regente o miembro de la Regencia, a realizar un acto contrario a su voluntad, teniendo en cuenta la gravedad de las penas que se imponen en estos supuestos, habrá que entender se trata de actos que afecten a sus prerrogativas reales”⁹.

En tanto que dentro de los delitos contra la Constitución, los que se encuentran clasificados como delitos contra la Corona tienen un objeto de protección individual o por lo menos individualizable, como es la integridad de los miembros de la monarquía, tanto en su faz personal, del honor, de la libertad y la intimidad. En cambio, los delitos de rebelión son eminentemente supraindividuales y espiritualizados, desde que vg., “derogar, suspender o modificar la Constitución” no tiene afectación primaria alguna sino que influye en las “estructuras o instituciones básicas del funcionamiento del Estado o el sistema social”¹⁰. Ello así, si diferenciamos los bienes jurídicos según la titularidad de sus intereses¹¹.

La protección a las instituciones constitucionales no se otorga a causa de ningún “principio democrático que emana del pueblo”, ni porque la Constitución sea compatible con las “metas de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, respetando, al mismo tiempo, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, la ley y los derechos fundamentales” del derecho internacional¹². Una Constitución que no haga nada de eso, que sea autocrática e incluso totalitaria, estará igualmente o más protegida por el derecho penal que en su consecuencia se dicte. Se trata de una autoprotección del Estado a sus propios órganos fundamentales, cualquiera sea su cotización axiológica y ética. Desde luego que variando el régimen político, cambiará también el modo material de protección: no es lo mismo ser detenido

⁹ SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal. Parte especial, Madrid, Dykinson, 2003, p. 890.

¹⁰ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 160.

¹¹ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Legitimidad, 2019, p. 53.

¹² MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 679, edición revisada y puesta al día con la colaboración de López Peregrín, C.

este año por la *Metropolitan Police* en Londres, que por la Cheka bolchevique en 1919¹³. No todos los regímenes sostienen “una interpretación amplia del principio de proporcionalidad, que comprenderá materialmente -aunque con distinta terminología- el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de intervención mínima y el de proporcionalidad en sentido estricto”¹⁴.

Por eso estos delitos que procuran garantizar la obediencia al sistema político, al ser sancionados por hombres “y no por una autoridad sobrehumana” constituyen “valores relativos. Es decir: la validez de semejante norma, que instituye como debida una determinada conducta, y el valor constituido a través de ella, no excluye la posibilidad de la validez de una norma que instituya como debida a la conducta opuesta, constituyendo un valor contrario”¹⁵. Por ejemplo, la obediencia a una Constitución de corte nacionalsocialista puede ser obligada a la luz de la legalidad vigente en ese Estado, pero la desobediencia implica una norma de conducta debida desde la moral.

El derecho penal procura la interpretación esos tipos penales con prescindencia del contenido ético, bueno o malo, de la norma o autoridad constitucional protegida. Esa prescindencia se erige con el objetivo de lograr una pureza del método y “no confundir el derecho, con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política”¹⁶.

Estos delitos, por otra parte, guardan una continuidad histórica en la legislación española, “perfilándose con nitidez tanto respecto al que intentaba variar la monarquía constitucional y parlamentaria que regía en la Nación (Códigos de 1822, 1848, 1870), o bien reemplazar la República por una Monarquía o un Gobierno anticonstitucional”¹⁷. La esencia del sujeto tutelado es el Jefe del Estado; sus formas, en cambio, son variables: el rey, el presidente, el caudillo o cualquier otro título que se adopte. Se trata pues de un

¹³ Sobre las distintas formas de brindar “seguridad a los detentadores del poder” puede verse a LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 939. También debe distinguirse entre “seguridad interior del Estado” y “lesa Majestad”. Lo primero comprende a lo segundo, desde que implica “la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas”: STC del 8/4/1981, cit. por VIVES ANTÓN, T. S./BOIX REIG, J./ORTS BERENQUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 49.

¹⁴ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad*, 2019, p. 34.

¹⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 31, trad. de Roberto J. Vernengo.

¹⁶ KELSEN, *Teoría*, 1995, p. 15.

¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Carasa, 1971, p. 576.

bien jurídico “supraindividual dedicado a la tutela de las condiciones marco del Estado”¹⁸ cualquiera sea su forma gobierno.

Respecto a la concurrencia de personas en el delito (art. 27), no es del todo exacto que sea un caso de participación necesaria, “delito plurisubjetivo, de convergencia, es decir, que exige la concurrencia de más de un partícipe y, además, que todos cuantos participan lo hagan orientados al mismo fin”¹⁹. Tampoco es preciso que *alzarse* “equivale a levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien”²⁰. *Alzar*, como sinónimo de *sublevar*, es colectivo pues implica que uno alza al otro; pero *alzarse*, en su forma reflexiva, admite perfectamente la unidad en el sujeto.

Ciertamente que la mayoría de las veces existirá participación criminal, ya que una rebelión que pretenda ser exitosa, por la complejidad de la tarea, requiere por lo general de conspiración y premeditación. Pero bien puede una persona, pistola en mano y actuando sola, constreñir al rey a que haga o deje de hacer algo, todo escenificado en un colmado Congreso de los Diputados. Habría en ese caso rebelión individual.

Es cierto también que el tipo penal está estructurado en plural: “son reos del delito de rebelión los que se alzaren”. Pero también lo es que lo plural comprende a lo singular, tanto aquí como en otras figuras penales redactadas en plural (arts. 156 bis, 159, 173, 177 bis, inc. 5) que admiten la autoría individual. Y por ejemplo en el caso de los delitos sexuales, art. 181, se explica que son abusos “los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido”. Ciertamente que para delinquir basta con un solo abuso contra una sola persona.

El delito es de *mancato risultato*, es decir, se consuma con el solo alzamiento, aunque no logre arrancar de la real mano la concesión pretendida. LAMARCA PÉREZ apunta con astucia que en el caso del golpe de Estado victorioso, “si el ilícito llega a consumarse realmente, es decir si se consiguen los fines propuestos, dejaría de constituir un hecho delictivo al tomar los rebeldes el poder político”²¹. “Evidentemente, su consumación se anticipa a un momento anterior al de la obtención de los objetivos

¹⁸ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Legitimidad, 2019, p. 186. El objetivo de esta clase de bienes jurídicos, en orden a la prevención general, sería “el *respeto*: la comprensión por parte de los ciudadanos de que el Estado y sus instituciones necesitan de tales bienes jurídicos para mantenerse estables”.

¹⁹ GARCÍA RIVAS, N., en TERRADILLOS BASOCCO, J. M. (coordinador), Lecciones de derecho penal, Madrid, Iustel, 2016, t. III, p. 258. Lo mismo opina DÍAZ TORREJÓN, P., en ZÁRATE CONDE, A. (coordinador), Derecho penal. Parte especial, Madrid, Ramón Areces, 2017, p. 855.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Derecho penal, 2017, p. 680.

²¹ LAMARCA PÉREZ, Delitos, 2017, p. 942.

planteados, ya que si los mismos fueran conseguidos la experiencia manifiesta que los rebeldes pasarían a ser mecánicamente *heroicos patriotas* y los subyugados traidores al *legítimo* orden jurídico y político triunfante”²². Es *la fuerza normativa de lo fáctico* de la que hablaba JELLINEK.

III. CONCLUSIÓN

No nos atrevemos a concluir nada, sería una vanidad o hasta una prepotencia de nuestra parte. Se trató apenas de un episodio histórico que nos induce a un análisis jurídico. Si es necesario terminar con alguna frase ingeniosa, recordamos a LUIS VI “El Gordo”, rey de Francia, que en la batalla de Brenneville y al ser aferrada su montura por un infante inglés que se jactaba de haberlo tomado prisionero, lo despachó de un mazazo no sin antes aleccionarlo acerca de que “no se captura al rey en la guerra, como así tampoco en el ajedrez” (*on ne prend pas le roi à la guerre, pas plus qu'aux échecs*).

* * * * *

²² BUSTOS RAMÍREZ, J., Derecho penal especial, Bogotá, Leyer, 2008, p. 754.

Prof. Dra. Susana Cuadrón Ambite

Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Penal en la Universidad Pontificia de Madrid, ICADE, España. Profesora Tutora de Derecho de Extranjería e Inmigración en la UNED. Socia de la FICP¹.

~Libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable: ¿realidad o mito?²~

Sumario: I. Introducción. II. Marco legal. III. Naturaleza jurídica de la libertad condicional tras la reforma operada por LO 1/2015. IV. Problemas de aplicación de la libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Ha sido importante el número de artículos, libros y estudios que se han elaborado, tanto con carácter anterior, como posteriormente de la entrada en vigor de la importante reforma llevada a cabo por LO 1/2015 de 30 de marzo, que ha modificado sustancialmente nuestro Código Penal, y especialmente, en lo que nos ocupa, respecto del tratamiento penitenciario en la ejecución de la pena de prisión permanente revisable.

En este sentido, y tras ocho años de entrada en vigor, quedan muchos aspectos sin resolver. Uno de estos aspectos es el que se refiere al acceso a la libertad condicional del penado a PPR, así como las condiciones y requisitos para poder disfrutar de esta situación. Abordamos en este artículo, desde una posición humilde y desde una perspectiva básicamente objetiva, si la nueva configuración de esta figura jurídica supone una realidad y si gracias a ella la PPR se erige una como una pena que efectivamente pueda ser revisable o, si por el contrario, el establecimiento de condicionamientos y cumplimiento de requisitos convierte el acceso a la libertad condicional en una mera ilusión para el condenado a esta pena.

II. MARCO LEGAL

El artículo 90 del Código Penal³ regula la suspensión de la ejecución del “resto de la pena” y la libertad condicional estableciendo cuáles sean los requisitos de acceso, con carácter general, para la pena de prisión. Sin embargo, y tras la reforma operada por LO

¹ E-mail: susanacuadron@gmail.com.

² Comunicación realizada en el contexto del VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense: “El sistema penitenciario en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, celebrado en la Univ. de León, León, España, los días 2 y 3 de octubre de 2023.

³ Reformado por LO 1/2015 de 30 de marzo.

1/2015, se contempla, de forma específica en el artículo 92 del CP⁴, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y la concesión de la libertad condicional, estableciendo condiciones y requisitos particulares aplicables a los condenados a esta pena. Esta distinción de la libertad condicional aplicable a penas de prisión impuestas por la comisión de delitos que no llevan aparejada la pena de prisión permanente revisable de aquellos que la llevan aparejada conlleva una regulación, en palabras de CERVELLÓ DONDERIS, “compleja y de difícil comprensión”⁵ que, además, se encuentra diseminada en distintos preceptos penales, como podremos comprobar a continuación con la remisión de unos artículos a otros.

En cuanto a los requisitos para que se proceda a la suspensión, considerando la indeterminación en cuanto a la cuantía de la pena de la prisión permanente revisable, resultan claramente más restrictivos que los establecidos para la suspensión del resto de penas, y así:

- Se fija un mínimo de cumplimiento de pena de prisión de al menos veinticinco años, “sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo”⁶.

- Que el penado se encuentre clasificado en tercer grado. Para conocer los requisitos de acceso al tercer grado hemos de remitirnos al artículo 36 del CP, que nos indica que la clasificación en tal grado no podrá efectuarse bien, hasta el cumplimiento de 20 años de prisión efectiva en los supuestos de determinados delitos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, bien hasta el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva en el resto de los casos. Y ello, con previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias.

- Que exista un pronóstico favorable de reinserción social que deberá determinarse si concurre, tras haber valorado la personalidad del penado, sus antecedentes,

⁴ Se declara que los apartados 3, párrafo tercero y el apartado 4 del artículo 51 de la LO 1/2015, que modifica el artículo 93 del CP, no son inconstitucionales siempre que se interpreten en el sentido establecido en el Fundamento Jurídico 9 b) de la Sentencia del Pleno del TC 169/2021 de 6 de octubre (“presupuestos y efectos de la revocación de la suspensión condicional”) al que aludiremos posteriormente en este artículo.

⁵ CERVELLÓ DONDERIS V., *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 173.

⁶ Artículo 93.1 a) del CP. En cuanto al artículo 78 bis del CP, hace referencia a la progresión al tercer grado en supuesto de concurso de delitos: condenas por varios delitos cuando uno de ellos esté castigado con prisión permanente revisable, así como (en estos casos) al mínimo de tiempo de cumplimiento para proceder a la suspensión de la ejecución.

circunstancias del delito o delitos cometidos⁷, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas y, finalmente, deberá realizarse una previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine.

Respecto del procedimiento para acordar la suspensión de la pena, se contempla en el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 92, que “el tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado”.

En cuanto la duración del plazo de suspensión se fija el periodo de cinco a diez años y dicho plazo, así como la libertad condicional, se computarán desde la fecha de puesta en libertad del penado. Además, se contempla la aplicabilidad de las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91. Acerca de esta previsión legal, nos interesa especialmente hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 86 del CP en cuanto a la posibilidad de revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena, lo que nos lleva a cuestionar si, en este supuesto, esta pena se convertirá en una verdadera pena de prisión perpetua a menos que se tomen alguna o algunas de las medidas que se regulan en el artículo 83. Tal cuestionamiento se afianza aún más con la previsión contemplada, por un lado, en el último párrafo del apartado 3 ya referido⁸ al indicarse que el “Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará”, es decir, deberá revocarse de forma preceptiva, “la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieren dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”. Y, por otro lado, lo que nos parece aún más grave, lo regulado en el apartado 6 del artículo 90 que establece que “la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y

⁷ El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 92 del CP, indica que “en el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos”.

⁸ Y ello a pesar de que como se ha indicado anteriormente tal párrafo ha sido declarado “no inconstitucional”, y que analizaremos posteriormente en este mismo artículo.

libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena”⁹.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

Con carácter anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015 y a la introducción de la pena de prisión permanente revisable junto con la nueva regulación de la libertad condicional ya señalada en el apartado anterior, la doctrina, en cuanto a su naturaleza jurídica, mantenía dos posiciones discordantes, tal y como ha resumido REBOLLO VARGAS¹⁰: una de ellas, que podría considerarse como mayoritaria y que estimaba la libertad condicional como un “cuarto grado penitenciario”, es decir, como una forma de cumplimiento y ello, como consecuencia de lo contemplado tanto en el antiguo artículo 90 del CP como, principalmente, de la literalidad del artículo 72.1 de la LOGP, que establece que las penas privativas de libertad se “ejecutarán según un sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales, será la libertad condicional, conforme determina el Código Penal”. Y, la otra posición, con base en la ubicación de la libertad condicional en el propio Código, esto es, en el Capítulo III, del Título I: “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, consideraba que la libertad condicional era una forma de suspensión de la condena.

El Preámbulo de la LO 1/2015 refiere, por un lado, la posibilidad de, en los casos de imposición de la prisión permanente revisable, obtener la libertad condicional “tras el cumplimiento de una parte relevante de la condena (...), condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias (...)”¹¹; y por otro, afirma categóricamente que “la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena” y que a diferencia de “lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo de libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de la condena, sino que

⁹ El Preámbulo de la LO 1/2015, en su Apartado V, refiere que “el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

¹⁰ REBOLLO VARGAS, R., Otra vuelta de tuerca al Código Penal: La suspensión de la ejecución de la pena y la pena de prisión permanente (ir)revisable (Libertad condicional y prisión permanente (ir)revisable, en Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 668-707.

¹¹ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, Preámbulo, Apartado II.

la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado periodo de tiempo: si durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese periodo de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple las condiciones, impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir con toda la pena que restaba (...)”¹².

A nuestro entender, no deja, por tanto, lugar a dudas cuál ha sido la voluntad del legislador: la libertad condicional se erige como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y no solo por la afirmación contenida en el Preámbulo, sino también y principalmente, por el hecho de que, si por cualquiera de los motivos contemplados legalmente se revocara, el condenado deberá cumplir con la pena restante y el periodo de libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena. Y, es en esta última particularidad-imposibilidad de computar el periodo de libertad condicional- donde se confirma la verdadera naturaleza jurídica de la libertad condicional tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, a diferencia de la regulación anterior: en definitiva, la libertad condicional en palabras de CERVELLÓ DONDERIS, “resulta absorbida por la suspensión de la pena, perdiendo su autonomía y convirtiéndose en un supuesto de suspensión de ejecución”¹³. En este sentido, no debemos olvidar que, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, la imposibilidad de computar el periodo de libertad condicional como cumplimiento de la condena en caso de revocación se configuraba como una excepción aplicable tan solo a los condenados por determinados delitos de terrorismo (LO 7/2003). Actualmente tal distinción se ha eliminado, estableciéndose, en palabras de REBOLLO VARGAS, “un régimen común para todos los condenados sin diferenciar entre los penados por unos u otros delitos (...)”¹⁴.

Tal generalización junto con el hecho de entender la libertad condicional como una forma de suspensión, interrumpiendo la continuación del periodo de cumplimiento, con las consecuencias indicadas, además, incide en la figura de la libertad condicional como

¹² Apartado V del Preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo.

¹³ CERVELLÓ DONDERIS, V., Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2015, pág. 191.

¹⁴ REBOLLO VARGAS, R., Otra vuelta de tuerca al Código Penal: La suspensión de la ejecución de la pena y la pena de prisión permanente (ir)revisable (Libertad condicional y prisión permanente (ir)revisable, en Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

una institución con una clara finalidad retribucionista, acentuando de esta forma la prevención especial negativa e intimidatoria en detrimento de una finalidad de prevención especial positiva que, claramente responde a la tendencia restrictiva y punitiva, menos resocializadora que han venido caracterizando las reformas operadas de nuestro Código Penal en estos últimos años.

No queremos ahondar mucho más en esta cuestión si bien, por último, subrayar el hecho de que a fecha actual no se ha reformado ni la Ley Orgánica Penitenciaria ni el Reglamento de ejecución de esta, manteniéndose en esta legislación la consideración de la libertad condicional como una forma o grado de ejecución de la pena. Ello, tal y como apuntan tanto REBOLLO VARGAS¹⁵ como GUIASOLA LERMA¹⁶, genera confusión e incluso motivo de distintas interpretaciones en cuanto a su naturaleza jurídica al mantenerse un régimen dual, confusión que se acrecienta aún más por el desconcierto que genera la práctica equiparación terminológica de suspensión de la pena y la libertad condicional, tal y como se encuentra configurada y la remisión de la regulación de esta a lo establecido para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (artículos 80 y siguientes del CP).

A nuestro juicio, creemos que la voluntad del legislador ha sido clara y se mantendrá el régimen contemplado en el Código Penal. Desde una perspectiva de seguridad jurídica no resulta de recibo no haber abordado ya, tras ocho años desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, tal reforma, y si aún no se ha llevado a cabo puede deberse, aunque resulte una justificación carente de fundamento jurídico, a que en fechas próximas no surgirá la necesidad de aplicar la reforma habida cuenta los largos plazos de cumplimiento de condena y la cuasi imposibilidad de que un condenado a pena de prisión permanente revisable pueda acceder a la situación de libertad condicional.

IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

La incorporación de la pena de la prisión permanente revisable junto con la nueva regulación y la transformación de la naturaleza de la libertad condicional implica que sea

¹⁵ REBOLLO VARGAS, R., Otra vuelta de tuerca al Código Penal: La suspensión de la ejecución de la pena y la pena de prisión permanente (ir)revisable (Libertad condicional y prisión permanente (ir)revisable, en Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

¹⁶ GUIASOLA LERMA, C., La libertad condicional. Nuevo régimen Jurídico conforme a la LO1/2015 CP, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

prácticamente imposible cumplir con todos los requisitos exigidos para acceder a la vida en libertad. Analicemos los principales problemas que se plantean:

El primer obstáculo que nos encontramos es de carácter objetivo y hace referencia a la exigencia del cumplimiento de un periodo de tiempo para que el Tribunal pueda acordar la suspensión “del resto”¹⁷ de la condena, que en el caso que nos ocupa, puede llegar a ser insalvable, habida cuenta los largos plazos de cumplimiento y los efectos negativos que conlleva para los condenados una estancia en prisión tan extensa. Tal periodo de tiempo varía conforme a distintos supuestos: uno, general, que exige haber cumplido 25 años de condena; otro, que requerirá el cumplimiento de 30 años¹⁸, y un tercero¹⁹ que, según el número de delitos cometidos, se establece en 28 y 35 años de prisión.

Junto a este condicionamiento temporal, el condenado ha de haber sido clasificado en tercer grado y ello implica, a su vez, el cumplimiento de dos requisitos: uno de ellos, nuevamente cronológico y otro valorativo. En cuanto al cronológico, nos remitimos a lo establecido en el apartado II (artículo 36 CP: 15 o 20 años) y en cuanto al valorativo, merece la pena detenernos en la previsión contemplada en el párrafo segundo de dicho artículo, en tanto en cuanto se indica que la “clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social” que no podrá efectuarse sino hasta que se hayan cumplido los años de prisión efectiva señalados. Para conseguir tal pronóstico “individualizado y favorable de reinserción social”, no cabe ninguna duda de que los permisos de salida constituyen el instrumento adecuado para que, de forma progresiva, el condenado tenga contacto con el exterior y tienen como finalidad prepararle para la reinserción²⁰. Y en tal sentido se ha pronunciado nuestro TC: “Es obligado señalar, ante todo, que la posibilidad de conceder dichos permisos se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y reinserción social (artículo 25.2), al contribuir a lo que hemos denominado la corrección y readaptación del penado (STC 19/1988 de 16 de febrero FJ7), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento (...)”

¹⁷ El entrecorillado es nuestro para diferenciar, tal y como lo indica el CP, la diferencia entre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable de la suspensión del resto de las penas privativas de libertad (artículo 80 CP).

¹⁸ En caso de concursos de delitos contemplados en la letra c) del apartado del artículo 78 bis CP.

¹⁹ En los supuestos de concurso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y determinados delitos de terrorismo, artículo 78 bis.3 CP.

²⁰ De esta forma nuestra LOPG prevé legalmente el establecimiento y concesión de permisos de salida “para la preparación de la vida en libertad”.

estableciéndose en la legislación “(...) diversos mecanismos encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente el de la concesión de permisos (...)”²¹.

Considerando necesario disfrutar de permisos de salida a fin de que el penado pueda ser acreedor de un “pronóstico favorable de inserción”, hemos de analizar a su vez, cuáles sean los requisitos para que un condenado a PPR pueda disfrutar de tal beneficio. Una vez más, el legislador establece a tal efecto un régimen y unos requisitos específicos: cumplimiento de al menos 8 años de prisión y de 12 años en los supuestos de delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos terroristas y determinados delitos de terrorismo.

Soslayando lo contemplado en el artículo 76 del CP respecto del límite de la pena a imponer en situaciones de concurso de delitos y centrándonos en la cuantía máxima de pena contemplada en el artículo 36.2 CP, que la establece en 20 años, en este caso, es decir, penas de prisión distintas a las de la PPR, para disfrutar de un primer permiso de salida el penado debe cumplir una cuarta parte, esto es, 5 años como mínimo. Queda, por tanto, constatada la limitación y dificultad de acceso a tal beneficio penitenciario por parte del condenado a una pena de PPR (que debe cumplir como ya hemos indicado, al menos 8 años), lo que conlleva un endurecimiento claro en la forma de ejecución de esta pena. Endurecimiento que se mantiene incluso en el supuesto de que tenga que cumplir al menos 12 años, en comparación con la pena máxima a cumplir por delitos que no llevan aparejada la PPR: 40 años²², en cuyo caso la cuarta parte de la pena es de 10 años.

Retomando las condiciones para que el Tribunal pueda acordar la suspensión de la ejecución de la PPR, analizamos a continuación el resto de condiciones:

- Encontrarse en tercer grado, lo que requiere a su vez que, se haya beneficiado de permisos de salida²³, haber cumplido, además, 15 o 20 años de prisión y que exista un pronóstico favorable de reinserción. Es decir, el penado, en el mejor de los casos, va a estar disfrutando de permisos durante un periodo de al menos 7 años: un periodo que nos merece más que suficiente para determinar si efectivamente está preparado para la vida en libertad. Aun así, se le exige que cumpla esos 15 años lo que consideramos que es

²¹ STC, Sala Segunda, 115/2003 de 16 de junio de 2003. ECLI:ES: TC:2003:115. (BOE 17/07/2003).

²² Artículo 76.1d) CP.

²³ Debiendo haber cumplido 8 años de prisión efectiva.

claramente negativo para el reo que respeta y hace un buen uso de esos permisos no apreciándose en su conducta peligrosidad alguna. Estas condiciones para acceder al tercer grado suponen la imposibilidad de disfrutar de otros beneficios como pueda ser un adelantamiento de la libertad condicional (artículo 205 del Reglamento Penitenciario)²⁴.

- Cumplimiento mínimo de 25 años de prisión²⁵.
- Existencia de un pronóstico favorable de reinserción social siendo el tribunal (se entiende que el tribunal sentenciador) quien determine tal pronóstico favorable, atendiendo a distintos factores entre los que se incluyen la “personalidad” del penado, las circunstancias del delito o la relevancia de los vicios jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito o sus circunstancias familiares o sociales²⁶. No es este el lugar adecuado para abordar un análisis del tratamiento penitenciario individualizado, pero sí queremos incidir, una vez más, en los escollos que el legislador ha introducido para los condenados a la PPR a diferencia de los condenados a otras penas de prisión, al exigir que se valoren tantas variables frente a la exigencia de “observar buena conducta” que se contempla en el artículo 90 CP. Variables que, además, son tan subjetivas, como es el hecho de valorar la personalidad, y alejadas de la verdadera finalidad de tal pronóstico que no es otro que la reinserción y acreditar que podrá desarrollar su vida en libertad. De igual forma, entendemos que tampoco se sostendría una denegación de la suspensión de la ejecución en atención a que las circunstancias sociales o familiares no le sean favorables o no disponga de suficientes apoyos familiares.

Coincidimos con MAPELLI CAFFARENA, en el sentido de que el hecho de que el tribunal sentenciador sea el competente para tomar la decisión de suspender la PPR²⁷, lo hará tomando en cuenta, probablemente, “el pasado criminal” del penado, a diferencia de que si tal decisión la tomara el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que resulta más adecuado toda vez que valorará no solo la peligrosidad, sino también cuál haya sido conducta lo que quizá sea más correcto para justificar y fundamentar un pronóstico más

²⁴ SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M. I., Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, pág. 69.

²⁵ Que pueden llegar a ser 28, 30 o 35 años, conforme a lo establecido en el artículo 78 bis CP.

²⁶ Artículo 92 CP.

²⁷ Artículo 92.1, último párrafo del CP.

apropiado e individualizado cuya finalidad sea, en definitiva, la reinserción del condenado²⁸.

Pues bien, una vez cumplidos todos estos requisitos, se suspenderá le ejecución del resto de la pena y el condenado a PPR podrá acceder a la libertad condicional, aunque a la vista de lo manifestado, no tengamos ninguna certeza de si tal circunstancia se producirá y, si se produjera, tampoco tenemos la seguridad de cuándo se producirá.

Otro problema que surge es la previsión contenida en el apartado cuarto del artículo 92 CP: tanto la suspensión como la libertad condicional concedida quedarán revocadas en el caso de que “se ponga de manifiesto un cambio de circunstancias que (...) no permitan mantener el pronóstico de falta de peligrosidad en el que se fundaba la decisión adoptada”. No obstante, tal previsión ha sido declarada constitucional siempre que el cambio de circunstancias se circunscriba a alguno de los supuestos contemplados en el artículo 8.1 del CP. Y así, tal y como se pronuncia el TC²⁹, dicha regulación es “susceptible de generar (...) la sensación insuperable de incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva (...) pues podrían integrar el fundamento de la decisión revocatoria circunstancias personales (...) completamente desconectadas con el fundamento de su condena y de su ulterior liberación (...) e incluso ajenas a su voluntad-la pérdida de su puesto de trabajo, o de un apoyo familiar o institucional. La consecuencia asociada a estos supuestos, el retorno a prisión resulta manifiestamente desproporcionada”. Para atemperar tal desproporción e incertidumbre el TC restringe “la eficacia revocatoria del aludido cambio de circunstancias” a los supuestos en los que se produjera el incumplimiento de algunos de los deberes jurídicos que conllevara la revocación conforme contempla el artículo 86.1 Cp, concluyendo que esta falta de proporcionalidad se encuentra con tal remisión “sanada”.

Ya adelantábamos el cambio que se ha producido en cuanto a la naturaleza jurídica de la libertad condicional conforme a la nueva regulación dada por la LO 1/2015 que la configura como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Tal modificación se refleja en lo regulado en cuanto a los efectos de una posible revocación de la suspensión de la ejecución y la libertad condicional que “dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento”, y además, que “el tiempo

²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., Política criminal y prisión permanente revisable en Estudios Político-Criminales, Jurídico Penales y Criminológicos. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés, VVAA, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2023, págs. 1119-1120.

²⁹ STC del Pleno TC 169/2021 de 6 de octubre, Fundamento Jurídico 9 b).

transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena”³⁰. Ciertamente es que el artículo 92 del CP, no remite expresamente al artículo 90 del CP, pero el Apartado V del Preámbulo de la LO 1/2015 es contundente y claro a la hora de determinar que la libertad condicional se configura como una modalidad de suspensión de la ejecución y que el régimen de libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Nos llama la atención que el artículo cuarenta y nueve de la LO 1/2015 que modifica precisamente el artículo 90 del CP, no haya sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, y especialmente, en cuanto a su aplicación para la PPR. Nos cuestionamos cuál sea el resto de la pena a cumplir si se revocara la libertad condicional de un condenado a esta pena, cuando precisamente estamos ante una pena de duración indeterminada y, además a quién le correspondería determinar cuál sea la cuantía del resto de la pena: ¿el Tribunal sentenciador que es quien acuerda la suspensión o el Juez de Vigilancia penitenciaria que es el competente para revocar la suspensión? Sea como fuere, lo que tal previsión evidencia, es una gran incertidumbre sobre la ejecución de esta figura que se traduce en una clara falta de seguridad jurídica y una vulneración del principio de legalidad.

Y, por último, debemos incidir en el hecho de que en el Código Penal anterior a la reforma del 2015, en cuanto al cómputo del tiempo que el penado haya estado en libertad condicional se establecía que, en caso de revocación de la libertad condicional, el penado reingresaría a prisión, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad³¹, ya se contemplaba la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional exclusivamente para aquellos penados que lo fueren por la comisión de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo³²; sin embargo, actualmente, la pérdida del cómputo del tiempo transcurrido en libertad condicional se contempla como norma general para la totalidad de la población penitenciaria³³. Nos planteamos si ello no supone una “sanción adicional”³⁴, en el sentido de que no solo tendrán que cumplir el resto de la pena, que en el caso de una PPR es indeterminada, sino que, además, al no considerarse la libertad condicional como una fase de cumplimiento, se le “castiga” al penado, con la

³⁰ Artículo 90.6 CP.

³¹ Artículo 93.1 CP, conforme a la redacción dada por LO 5/2010 de 22 de junio.

³² Artículo 93.2 y.3 CP, conforme a la redacción dada por LO 5/2010 de 22 de junio.

³³ UCELAY, P., La libertad condicional tras la LO 1/2015, Recurso electrónico disponible en <https://juristadepresiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015/>, fecha de la consulta 30/09/2023.

³⁴ El entrecomillado es nuestro.

imposibilidad de computar el tiempo transcurrido en tal situación. En cualquier caso, ello no supone más que un tratamiento punitivo, reactivo y restrictivo que sustenta una vez más que la PPR es una pena que, a pesar de su supuesta posibilidad de revisión, se podrá convertir en una pena de prisión perpetua.

V. CONCLUSIONES

1. Existencia de obstáculos graduales que van a dificultar gravemente que la PPR pueda ser revisable y que se concretan en:

- a) Establecimiento de plazos amplios de cumplimiento efectivo de prisión para acceder al disfrute de permisos de salida: 8 y 12 años.
- b) Necesidad de acceder a tales permisos de salida a fin de que el penado pueda acreditar que podrá reinserirse socialmente.
- c) Encontrarse clasificado en tercer grado, lo que supone, a su vez el cumplimiento de un mínimo de prisión de 15 o 20 años.
- d) Cumplimiento mínimo total 25 años, lo que supondrá que no necesariamente se va a revisar llegado ese plazo porque, además, se requiere de la existencia de un pronóstico favorable de reinserción.
- e) Previo informe que contenga un pronóstico favorable de reinserción social, en atención a la valoración discrecional de circunstancias por parte del Tribunal sentenciador y que, en definitiva, se trata de constatar no si el penado tiene la capacidad de reinserirse sino si realmente ha eliminado su peligrosidad social³⁵. Además, no todas esas circunstancias dependen exclusivamente del reo, como puedan ser las circunstancias familiares y sociales habida cuenta de que “una cosa es que el penado quiera-o no-y pueda-o no-superar las condiciones que se le exigen-aunque no sea fácil- y otra muy diferente que las exigencias impuestas por el legislador sean de difícil cumplimiento”³⁶, como ocurre en el caso de la PPR.

³⁵ ALCALÉ SÁNCHEZ, M. M., Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario en *Contra la cadena perpetua*, VVAA, Coordinadora RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, pág. 167. Recurso electrónico disponible en <https://ruidera.uclm.es/server/api/core/bitstreams/3430ade7-9f10-400a-924a-9d6d4b162ad9/content> Fecha de consulta: 30/09/2023.

³⁶ SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M. I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, pág. 70.

- f) Si llegado el plazo de cumplimiento de los 25 años, no existiera tal pronóstico favorable, no se acordará la revisión de la PPR, dejando nuevamente en manos del Tribunal sentenciador la determinación de si existe o no un pronóstico favorable de reinserción social, debiendo revisar y verificar el cumplimiento del resto de requisitos, al menos cada dos años. En el caso de que la revisión de la PPR y la solicitud de libertad condicional haya sido solicitada por el propio condenado, en caso de denegación, esta no podrá volver a ser revisada sino transcurrido el plazo de un año³⁷.

Todo ello entraña, no solo la existencia de verdaderas dificultades de que se revise la PPR y que el penado pueda acceder a la libertad condicional, sino que prácticamente la hace inviable desde un punto de vista objetivo y dejando al margen todas las valoraciones negativas que son consecuencia del cumplimiento de penas de prisión excesivamente largas y que ya han sido puestas de manifiesto en multitud de estudios y que de alguna forma impiden la verdadera resocialización de los condenados³⁸.

2. El cambio de naturaleza jurídica de la figura de la libertad condicional que se ha operado de forma definitiva tras la reforma operada por LO 1/2015, pone de manifiesto el carácter retributivo, punitivo y restrictivo en la ejecución de la PPR y la confirmación de la definitiva tendencia del carácter represivo al que han venido respondiendo las distintas reformas de nuestro Código Penal con un endurecimiento de las penas y de la forma de ejecución de las penas y, especialmente, de la pena de prisión.

3. La falta de regulación de la ejecución de la PPR en la LOPG y en su Reglamento de ejecución y el desinterés del Estado en modificar tales normativas que se hacen necesarias y de obligado cumplimiento a fin de dar una mayor seguridad en la forma de ejecución de esta pena.

En definitiva, las previsiones legales contempladas en el CP con respecto de la forma de ejecución de la PPR hacen prácticamente imposible que un condenado a esta pena pueda acceder a la libertad condicional. Ello no hace más que afianzar la postura de

³⁷ Artículo 92.4 CP.

³⁸ En tal sentido ya NISTAL BURÓN, Javier aludía a que “la orientación resocializadora de la pena privativa de la libertad que establece la Constitución española en su artículo 25 (...)”- aunque no haya sido considerado por nuestro TC como un Derecho constitucional sino un mandato en cuanto a la finalidad de la pena- requiere el establecimiento “(...) de unas limitaciones en la duración máxima de las penas privativas de libertad para evitar que una persona pueda pasar tantos años en prisión que al salir en libertad resulte ya totalmente irrecuperable”, en La duración del cumplimiento efectivo de la “pena de prisión permanente revisable” introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, Revista Aranzadi Doctrinal, Número 6, 2015, págs. 27 y 28.

esta parte en cuanto a que no basta con que se prevea legalmente que la PPR sea revisable y que nuestro TC haya mantenido su constitucionalidad, sino que además se hace necesario que tal revisión sea real y efectiva, lo que entendemos no sucede tal y como está contemplada su forma de ejecución. Y, respondiendo a la cuestión formalizada en el título de esta publicación, hemos de contestar en el sentido de que efectivamente, la libertad condicional en la ejecución de la PPR no es una realidad. En el contexto del Congreso en el que se desarrolla este artículo hemos de concluir igualmente que desde la perspectiva abordada, el sistema penitenciario se dirige claramente hacia un nuevo modelo o sistema, claramente restrictivo y retributivo alejado del mandato constitucional contemplado en el artículo 25 de nuestra Constitución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- ALCALÉ SÁNCHEZ, M., Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario en *Contra la cadena perpetua*, VVAA, Coordinadora Cristina Rodríguez Yagüe, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.
- BURÓN NISTAL, J., La duración del cumplimiento efectivo de la “pena de prisión permanente revisable” introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 2015.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G., Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, *Revista Penal* Número 44, Julio 2019.
- GARCÍA RIVAS, N., *Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable en Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, VVAA, Coordinadores: DE LEÓN VILLALBA y LÓPEZ LORCA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- GUIASOLA LERMA, C., *Libertad condicional: nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015 CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Política criminal y prisión permanente revisable en Estudios Político - Criminales, Jurídico Penales y Criminológicos. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, VVAA, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.
- REBOLLO VARGAS, R., *Otra vuelta de tuerca al Código penal: la suspensión de la ejecución de la pena y la pena de prisión permanente (ir) revisable. (Libertad condicional y prisión permanente (ir)revisable) en Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, VVAA, Coordinadores: DE LEÓN VILLALBA y LÓPEZ LORCA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional, en Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal, VVAA, Coordinadores: DE LEÓN VILLALBA y LÓPEZ LORCA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M. I., Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación, Madrid, Dykinson, 2016.
- UCELAY, P., La libertad condicional tras la LO 1/2015, Recurso electrónico disponible en <https://juristadeprisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015/>, fecha de la consulta 30/09/2023.

2. Jurisprudencia

- Sentencia del TC, Pleno 169/2021 de 6 de octubre (BOE 9/11/2021).
- Sentencia del TC, Sala Segunda, 115/2003 de 16 de junio (BOE 17/07/2003).

* * * * *

Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid

Prof. Ayudante Doctora (acred. Contratada Doctora) de Derecho Penal, Univ. de Vigo, España.
Socia de la FICP.

~La detención preventiva de personas extranjeras en el contexto de las infracciones y sanciones en la LOEX (LO 4/2000, de 11 de enero) ¹~

Sumario: I. Introducción: La privación de libertad extrapenal de personas extranjeras dentro de las tesis de la *crimmigration*. II. Las infracciones de extranjería y las sanciones en la LOEX: el raro caso de la expulsión como sanción alternativa a la multa. III. Las modalidades de detención administrativa de personas extranjeras en España: de lo raro a lo particularísimo. IV. Una (des)valoración preliminar a la detención preventiva en los CIE: la criminalización procesal de las personas extranjeras. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EXTRAPENAL DE PERSONAS EXTRANJERAS DENTRO DE LAS TESIS DE LA *CRIMMIGRATION*.

En 2006 fue acuñada la expresión *crimmigration* por la profesora STUMPF², una ingeniosa contracción de las palabras *criminalization* e *immigration*. En español ha sido traducida como “crimigración” por algunas/os autores³, aunque sigue siendo prevalente el uso del neologismo inglés, también en nuestro contexto científico, para denominar las prácticas de control migratorio mediante la criminalización de personas extranjeras⁴.

¹ El presente trabajo se inscribe en los siguientes proyectos de investigación: a) “La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ‘ius puniendi’” (MINECO, PID2019-108567RB-C21), del que son investigadores principales el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales; y b) “Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI (MINECO, RTI2018-101401-B-I00)”, del que son investigadores principales el Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña y la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas; de cuyos equipos investigadores formo parte.

² STUMPF, J., *The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power*, *American University Law Review*, vol. 56, n.º 2, 2006, pp. 367-419.

³ GUIA, M. J., *Crimigración securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal*, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña – AFDUC*, 16, 2012, pp. 591-613; QUINTEROS ROJAS, D., *¿Nueva ‘crimigración’ o la vieja economía política del castigo? Dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo de la migración en Chile*, *Astrolabio*, n.º 17, 2016, 81-113; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á./FERNÁNDEZ BESSA, C., *La crimigración en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio*, en: LÓPEZ SALA, A. M./GODENAU, D. (coords.), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, *Anthropos*, Barcelona, 2017, pp. 119-143; BOZA MARTÍNEZ, D., *El CP español como paradigma del derecho de la “crimigración”*, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *et al.* (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1173-1181.

⁴ La bibliografía en esta materia hoy en día es amplísima, también en el contexto español. Cabe destacar, los siguientes trabajos (además de los referidos en la nota al pie anterior), también para ulteriores referencias, BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., *Inclusión, resocialización e infractores migrantes. Reflexiones desde el sistema penal español*, *Nuevo Derecho*, vol. 4, n.º 5, 2009, pp. 9-29; FERNÁNDEZ BESSA, C.,

Dentro del ámbito de la *crimmigration* se pueden diferenciar prácticas de creación y aplicación de normas que privilegian la expulsión de las personas extranjeras que cometen delitos⁵, por ejemplo, la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 89 CP; así como la implementación de políticas que vinculan estrechamente el control de fronteras con el sistema penal⁶, por ejemplo, la utilización de la detención en los Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante CIEs) cuando una orden de devolución (personas extranjeras rechazadas en frontera) no ha podido hacerse efectiva o cuando una orden de expulsión no se ha podido llevar a cabo en un proceso sancionatorio administrativo: la expulsión administrativa o deportación puede ser impuesta por las autoridades de inmigración españolas a raíz de algunas de las infracciones migratorias de la LOEX.

En este sentido, ha sido señalado ya por STUMPF, las similitudes que tienen, en abstracto, el Derecho penal y el Derecho de extranjería: a) ambas regulan la relación entre Estado e individuo; b) están diseñadas para definir cuándo y cómo deben ser incluidas o excluidas las personas como miembros de una sociedad, ambas crean *insiders* y *outsiders*; y, en general, c) funcionan con una lógica dualista, inocentes vs culpables, admitidos vs

Movilidad bajo sospecha. El conveniente vínculo entre inmigración y criminalidad en las políticas migratorias de la Unión Europea, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana – REMHU, n.º 35, 2010, pp. 137-154; LA MISMA, Los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Una introducción desde las ciencias penales, Iustel, Madrid, 2021; TOMÉ GARCÍA, J. A., Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE, COLEX, Madrid, 2014; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Internamiento de extranjeros en España: Análisis crítico sobre sus condiciones materiales y tratamiento legal, en LAURENZO COPELLO, P./DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), Colectivos en los márgenes del Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 137-181; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Centros de internamiento para extranjeros. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-23, 2016, pp. 1-37; LA MISMA, La criminalización de la solidaridad, Revista Crítica Penal y Poder, n.º 18, 2019, pp. 8-18; FERNÁNDEZ BESSA, C./BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación, InDret, 4, 2016, pp. 2-25; LARRAURI, E., Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, InDret, 2, 2016, pp. 1-29; BARBERO, I./BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, C., La construcción de la ‘deportabilidad’ de las personas extranjeras en situación irregular: análisis de las detenciones producidas en el País Vasco y sus procesos de defensa jurídica, en LÓPEZ SALA, A. M./GODENAU, D. (coords.), Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España, Anthropos, Barcelona, 2017, pp. 169-196; GARCÍA ESPAÑA, E., Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19-15, 2017, pp. 1-28; BOZA MARTÍNEZ, D., New migrant detention strategies in Spain: short-term assistance centres and internment centres for foreign nationals, Paix et Sécurité Internationales. Journal of International Law and International Relations, n.º 7, 2019, pp. 261-277; RÍOS MARTÍN, J. C., Garantías jurídicas frente al maltrato en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), Revista Crítica Penal y Poder, n.º 18, 2019, pp. 50-67; GARCÍA GARCÍA, S. *et al.*, Metropolice. Seguridad y policía en la ciudad neoliberal, Traficantes de sueños, Madrid, 2021.

⁵ Cfr. BRANDARIZ, J./DUFRAIX, R./QUINTEROS, D., La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de *Crimmigration*?, Revista Política Criminal, vol. 13, n.º 26, 2018, pp. 741.

⁶ BRANDARIZ, J./DUFRAIX, R./QUINTEROS, D., *op.cit.*, 2018, pp. 741.

excluidos, legales vs ilegales⁷. Esto explicaría por qué (por lo menos en parte) en la práctica se llevan tan bien.

En este trabajo se analizará un problema concreto: la detención preventiva de personas extranjeras (en un CIE) cuando hace parte del proceso de expulsión, como sanción impuesta en un procedimiento administrativo. Por lo tanto, estaremos en el contexto de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸ (la llamada LOEX) y, por su parte, en el ámbito de un poder sancionador ejercido por la Administración pública, regido por el Procedimiento Administrativo Común⁹. En consecuencia, estamos hablando, formalmente, de Derecho Administrativo *de Extranjería* y no de Derecho Penal.

La hipótesis que se procurará probar es que es que este tipo de detención preventiva de personas extranjeras en un CIE por las autoridades administrativas en España (es decir, estrictamente, por fuera del sistema penal) no es una mera medida procesal accesoria a una sanción principal (la expulsión), sino que es, en sí misma, la aplicación de un castigo (con rasgos propios del castigo penal) que funciona como parte del conjunto de medidas de control migratorio en las fronteras nacionales españolas y comunitarias de la Unión Europea, en el contexto de las tesis de la *crimmigration*. Para intentar probar esta hipótesis, se pretende explicar cuáles son las infracciones y las sanciones de extranjería, las clases de detención administrativa previstas y sus condiciones de aplicación. Para terminar con una desvaloración de esta medida.

II. LAS INFRACCIONES DE EXTRANJERÍA Y LAS SANCIONES EN LA LOEX: EL RARO CASO DE LA EXPULSIÓN COMO SANCIÓN ALTERNATIVA A LA MULTA.

Las infracciones de extranjería se clasifican en leves (art. 52 LOEX), graves (art. 53 LOEX) y muy graves (art. 54 LOEX) y, efectivamente, parecen estar clasificadas por la intensidad del

⁷ STUMPF, J., *American University Law Review*, vol. 56, nº 2, 2006, p. 380.

⁸ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> (última consulta 4/11/2022).

⁹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565> (última consulta 4/11/2022). Esta Ley contiene: a) los derechos y libertades de los extranjeros en España; b) el régimen jurídico de entrada y permanencia regular o legal en territorio español; c) los delitos relacionados con la inmigración y el régimen sancionador; y d) las normas sobre coordinación de poderes públicos en materia de inmigración.

desvalor de la conducta¹⁰. Hay previstas 5 infracciones como leves, 12 infracciones como graves y 10 infracciones como muy graves.

Por su parte, el art. 55 LOEX (“Sanciones”) regula precisamente las sanciones imponibles a dichas infracciones, indicando, en su primer apartado lo siguiente, que transcribo de forma íntegra:

“1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes:

a) Las infracciones leves *con multa de hasta 500 euros*.

b) Las infracciones graves *con multa de 501 hasta 10.000 euros*. En el supuesto contemplado en el artículo 53.2.a) de esta Ley, además de la sanción indicada, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje.

c) Las infracciones muy graves *con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros*, excepto la prevista en el artículo 54.2.b), que lo será con una multa de 5.000 a 10.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 750.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados. La prevista en el artículo 54.2.a) en relación con el artículo 66.1 lo será con una multa de 10.001 hasta 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente, con independencia de que la Autoridad gubernativa pueda adoptar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación”.

Por lo que, pareciera que la única sanción que sigue a estas infracciones es la multa y que, precisamente, en coherencia con el art. 55.3 LOEX (que dice para la graduación de las sanciones el órgano competente en imponerlas se deberá ajustar *a criterios de proporcionalidad*, “valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia”) los límites mínimos y máximos de cada una de los grupos de sanciones son proporcionales también, ya desde su previsión legal, con la graduación de las infracciones. Cabe también señalar que el art. 55.4 LOEX dice que para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor. Una cláusula adicional

¹⁰ Sobre las infracciones y las sanciones en materia de extranjería véase, MEANA CUBERO, M. T., Infracciones en materia de extranjería y régimen sancionador: especial referencia a la expulsión gubernativa de extranjeros, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea, Laborum, Murcia, 2008, pp. 189-213; ARENAS GARCÍA, R./PÉREZ FRANCESCCH, J. L., Los extranjeros en situación irregular y los menores extranjeros, infracciones y sanciones en materia de extranjería, derechos de los extranjeros en España y situaciones singulares, en GETE-ALONSO CALERA, M. d. C./SOLÉ RESINA, J. (eds.), Tratado de derecho de la persona física, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 537-592; PUERTA VÍLCHEZ, J. M., Infracciones y sanciones, en IMBRODA ORTIZ, B. J./RUIZ SUTIL, C., Extranjería, 2.ª, El Derecho, Madrid, 2019, §5150-5400.

que también intenta mantener la proporcionalidad, dependiendo del/de la infractor/a, de la sanción¹¹.

Es por esto que causa sorpresa encontrarse dos artículos más adelante, después del artículo que se refiere a la prescripción de las infracciones y de las sanciones (que suele ser la cláusula de cierre), en el art. 57 LOEX (“Expulsión del territorio”)¹², la siguiente previsión:

“1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, *la expulsión del territorio español*, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”¹³.

Esto quiere decir, pues, que la expulsión del territorio es también una sanción, que podrá aplicarse en sustitución de la multa, mediante una resolución administrativa motivada que valore los hechos que integran la infracción¹⁴. Eso sí, pese a la solicitud expresa de que sea en atención del principio proporcionalidad, de hecho, *solamente puede aplicarse en 5 de las 12 infracciones graves* del art. 53.1 LOEX y *en la totalidad de las 10 infracciones muy graves* del 54 LOEX. A saber:

De las *infracciones graves*, a las siguientes:

“1. Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada

¹¹ ARENAS GARCÍA, R./PÉREZ FRANCESCH, J. L., en GETE-ALONSO CALERA, M. d. C./SOLÉ RESINA, J. (eds.), Tratado de derecho de la persona física, 2013, pp. 537 ss.; PUERTA VÍLCHEZ, J. M., n IMBRODA ORTIZ, B. J./RUIZ SUTIL, C., Extranjería, 2.^a, 2019, §5250 ss.

¹² En los arts. 57 y 58 LOEX se prevé toda la regulación relativa a la expulsión del territorio, sus modalidades y sus condiciones de aplicación. Sobre la expulsión, en general, se recomiendan, las obras colectiva VV.AA. en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2007, *ibidem.*; VV.AA. en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (ed.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras, Repositorio E-Prints Universidad Complutense, Madrid, 2015, *ibidem.* También, FERNÁNDEZ BESSA, C./BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., InDret, 4, 2016, pp. 2-25; LARRAURI, Elena, InDret, 2, 2016, pp. 1-29; CONTRERAS ROMÁN, M., La expulsión administrativa como excusa de inacción penal, Revista Crítica Penal y Poder, n.º 18, 2019, pp. 319-332.

¹³ Las cursivas son mías.

¹⁴ En concreto, sobre la sanción de expulsión del territorio, véase: MEANA CUBERO, M. T., en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea, 2008, pp. 189 ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., Nuevo Derecho, vol. 4, n.º 5, 2009, pp. 9-29; GONZÁLEZ SAQUERO, P., La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva ‘Retorno’. Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14 Zaizoune, REDE, Revista Española de Derecho Europeo, 55, 2015, pp. 133-158; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Marco comunitario e internacional, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (ed.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras, Repositorio E-Prints Universidad Complutense, Madrid, 2015, pp. 55-80.

autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador.

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

e) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

Y de las *infracciones muy graves*, a todas las siguientes:

“1. Son infracciones muy graves:

a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.

d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.

e) Realizar, con ánimo de lucro, la infracción prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior.

f) Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

g) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

2. También son infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el artículo 66, apartados 1 y 2.

b) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.

c) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada”.

Ahora bien, sólo podrán ser expulsadas, como dice expresamente el art. 57.1 LOEX, las personas extranjeras. Y por personas extranjeras, en este contexto, se entiende personas nacionales de un estado no perteneciente a la Unión Europea, distinción de *clase* que ya queda establecida desde el art. 1 LOEX, referente al ámbito de aplicación de la ley¹⁵. También, merece la pena tener en cuenta que el apartado 5 del art. 57 LOEX establece algunas excepciones a la posibilidad de imponer la sanción de expulsión (los que la doctrina ha denominado “inexpulsables”¹⁶); el

¹⁵ A los ciudadanos de los países miembros de la UE y a sus familiares se aplica el llamado régimen comunitario, previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184> (última consulta 4/11/2022).

¹⁶ Un análisis detallado sobre la categoría de las personas “inexpulsables” puede encontrarse en: DURÁN ALBA, J.F., La interdicción de la expulsión y de la prohibición de entrada en el Estado a los propios nacionales (art. 3 P4), en SANTOLAYA MACHETTI, P./GARCÍA ROCA, F. J. (dirs.), La Europa de los derechos:

apartado 6, prevé excepciones a la ejecución de la sanción de expulsión (cuando conculque el principio de no devolución o afecte a las mujeres embarazadas) y los apartados 10 y 11 imponen requisitos adicionales en relación con la ejecución de la medida en relación con personas extranjeras residentes de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea o beneficiarias de protección internacional reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea¹⁷.

III. LAS MODALIDADES DE DETENCIÓN ADMINISTRATIVA DE PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA: DE LO RARO A LO PARTICULARÍSIMO.

La detención de personas extranjeras bajo la autoridad de los poderes administrativos de extranjería puede ser¹⁸:

- a) una *detención cautelar*, por un máximo de 72 horas, previa autorización judicial de internamiento preventivo o de judicialización; o
- b) un *internamiento preventivo en un CIE*, por un máximo de 60 días, que procede cuando se ha emitido una orden de retorno (personas extranjeras rechazadas, conforme el art. 60 LOEX) o se ha impuesto una sanción de expulsión o deportación (infractores de la ley de extranjería, según los arts. 57 y 58 LOEX) y aún no se ha podido llevar a cabo. Este internamiento requiere autorización judicial previa.

Dentro de la tipología objeto de este trabajo (internamiento preventivo en un CIE cuando se ha impuesto una sanción de expulsión) es preciso llamar la atención sobre lo altamente selectiva que resulta la privación de libertad: no siempre que se ha emitido una orden de expulsión y no ha sido posible llevarla a cabo, se puede imponer una medida preventiva de internamiento a un extranjero. El art. 62 LOEX sólo permite que se

el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 881-884; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, N., *Inexpulsables. Un análisis jurídico y social de su realidad en España*, Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar, 8, 2020, pp. 1-16.

¹⁷ Sobre las condiciones de aplicación de la expulsión y sus excepciones, véase: VV.AA. en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007, *ibidem.*; VV.AA. en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (ed.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, 2015, *ibidem.*

¹⁸ Sobre las modalidades de detención de personas extranjeras, véase: BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., *Nuevo Derecho*, vol. 4, n.º 5, 2009, pp. 9-29; TOMÉ GARCÍA, J. A., *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, 2014; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., en LAURENZO COPELLO, P./DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), *Colectivos en los márgenes del Derecho*, 2016, pp. 137-181; BOZA MARTÍNEZ, D., *Paix et Sécurité Internationales*, n.º 7, 2019, pp. 261-277.

imponga el internamiento preventivo en relación con algunas infracciones que dan lugar a la sanción de expulsión. De manera expresa, el art. 62.1 LOEX regula lo siguiente:

“1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero”.

Por lo tanto, sólo excepcionalmente las siguientes infracciones podrán dar lugar a internamiento en el CIE.

De las *infracciones graves* (art. 53.1 LOEX) las siguientes:

- a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, por carecer de autorización de residencia o por haber transcurrido más de tres meses la autorización sin solicitar su renovación en el plazo establecido legalmente.
- d) Incumplir las medidas impuestas por razones de seguridad ciudadana, presentación periódica o alejamiento de fronteras o núcleos de población específicamente señalados, de conformidad con lo establecido en esta Ley.
- f) La participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

De las *infracciones muy graves* (art. 54.1 de la LOEX):

- a) La participación en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicado en actividades contrarias al orden público consideradas muy graves en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- b) Introducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o como parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a territorio español o su permanencia en el mismo. Cuando tales infracciones no sean constitutivas de delito.

Además, se puede aplicar el internamiento preventivo cuando “el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”, según el art. 57.2 LOEX¹⁹.

En todo caso, dicho todo esto, podríamos pensar que no hay problemas con el internamiento preventivo, si tenemos en cuenta que todas las normas están previstas en la LOEX, que el internamiento preventivo está autorizado por un/a juez/a y que los CIE no son centros penitenciarios. Trataré de argumentar en el siguiente apartado que el internamiento preventivo *no* es solo una parte de un procedimiento: práctica simple, aséptica y neutral, si no, por el contrario que hace parte de la práctica que ha sido denominada *criminalización procesal*.

IV. UNA (DES)VALORIZACIÓN PRELIMINAR A LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LOS CIE: LA CRIMINALIZACIÓN PROCESAL DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS.

Dentro del ámbito de la *crimmigration* algunas/os autoras/es han señalado que existe una clase de criminalización de las personas extranjeras que se denomina “la criminalización procesal”, según la cual el procedimiento administrativo al que son sometidas las personas extranjeras (en general, pero para lo que aquí importa) para la ejecución de una orden de expulsión cuando sigue a una infracción de extranjería es en sí

¹⁹ Este supuesto no es objeto de este trabajo. Se recomienda, en todo caso, para su estudio la siguiente bibliografía: VV.AA. en DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, 2007, *ibidem.*; VV.AA. en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (ed.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras, 2015, *ibidem.*

misma una práctica punitiva, es decir, es la aplicación de un castigo²⁰. La detención preventiva en los CIEs podría encuadrarse en esta práctica de criminalización, pudiéndose afirmar que funciona como un largo brazo del Derecho penal (pero sin sus garantías) y es manifestación del llamado “Derecho penal de autor”, por las siguientes razones²¹.

En primer lugar, como se ha explicado, en teoría la detención debería ser autorizada por el/la juez/a únicamente como procedimiento para facilitar la expulsión pero, como revelan los informes del Defensor del Pueblo (véanse los informes 2012-2019)²², más o menos el 60% de los detenidos en CIEs no pudieron ser deportados, teniendo que ser dejados en libertad en territorio español tras los 60 días de internamiento. Situación que convierte la detención preventiva en una forma de castigo en sí misma, es decir, tras la comisión de una infracción grave de los literales a), d) y f) del art. 53.1 LOEX o de una infracción muy grave de los literales a) y b) del art. 54.1 LOEX, se puede imponer como sustitutivo a la multa un internamiento en un CIE por 60 días; y, en algunos casos, le seguirá una expulsión.

En segundo lugar, las condiciones en los CIE españoles son duras²³ y *de facto* limitan la libertad de locomoción (por definición), pero también el ejercicio de otros derechos fundamentales (la libertad de expresión, la salud física y mental, al no tener

²⁰ La criminalización procesal de las personas extranjeras ha sido común en España y podría considerarse parte de prácticas de inmigración más amplias. En este sentido, cfr. VILLAGOMEZ MONCAYO, B., Immigration Detention in Spain: Law Acting as a Gatekeeper Amidst Bureaucratic Justice, Border Criminologies Blog, Oxford University, 8/11/2016. Disponible en: <https://blogs.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/10/immigration> (última consulta: 30/11/2022).

²¹ Soy consciente de que las siguientes razones requieren un desarrollo mayor, por razones de espacio, sólo podrán ser enumeradas. La idea de denominar el trabajo una desvaloración preliminar, se refiere, precisamente a este hecho, a la promesa de un próximo trabajo más extenso.

²² Es importante señalar que en 2020 España vació sus CIE en respuesta al Covid-19, pero ahora las operaciones de detención y expulsión han comenzado a volver a las operaciones normales. Cfr. las noticias aparecidas en GLOBAL DETENTION PROJECT, disponible en: <https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/spain#country-updates> (última consulta: 30/11/2022); EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, disponible en: <https://ecre.org/spain-release-of-people-in-immigration-detention-but-rights-still-at-risk/> (última consulta: 23/11/2022).

²³ Sobre los CIEs y sus condiciones duras durísimas, véase, JARRÍN MORÁN, A./RODRÍGUEZ GARCÍA, D./DE LUCAS, J., Los centros de internamiento de extranjeros en España: origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales, Documentos CIDOB, Migraciones, 26, 2012, pp. 1-16; BARONE, S., Los centros de internamiento de extranjeros (CIEs) entre control migratorio y control social: una frontera interna y polimorfa, Revista de Dialectología y Tradiciones Populares, vol. LXX, n.º 2, 2015, pp. 325-330; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., en LAURENZO COPELLO, P./DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), Colectivos en los márgenes del Derecho, 2016, pp. 137-181; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., RECPC, 18-23, 2016, pp. 3 ss.; SOLANES CORELLA, Á., Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 19, 2016, pp. 37 -76; GONZÁLEZ BEILFUSS, M., Los CIE: una realidad controvertida y compleja, en Anuario CIDOB de la Inmigración 2017, CIDOB, 2017, pp. 298-316 FERNÁNDEZ BESSA, C., Los centros de internamiento de extranjeros (CIE), 2021, *ibidem.*; VILLAGOMEZ MONCAYO, B., Border Criminologies Blog, 8/11/2016.

acceso pleno al sol, al aire limpio...), lo cual *materialmente* coincide con las condiciones y efectos que tiene la detención en prisión, por lo que se podría afirmar que *sustancialmente* su naturaleza es penal. Aunque bien es cierto, que esta medida no cumple *formalmente* con todos los fines que tradicionalmente se le atribuyen a la pena y al Derecho penal. De aquí que su regulación y aplicación sea calificado como un auténtico *fraude de etiquetas*, tenemos medidas penales que se aplican sin las garantías propias del Derecho penal, con el objetivo de facilitar el control de la migración²⁴.

En tercer lugar, la detención preventiva en CIEs es experimentada como un castigo por las personas extranjeras detenidas²⁵.

En cuarto lugar, como se señalaba antes, la normativa que regula la detención preventiva es intrincada, con sucesivas implicaturas que pueden generar indefensión en las personas extranjeras y que puede ser vista como la regulación arbitraria de una medida punitiva, en cuanto altamente selectiva y no proporcional con la infracción. En el caso concreto que es analizado en este trabajo, como se señalaba antes, la sanción de expulsión no mantiene una relación de proporcionalidad entre infracción y sanción porque se aplica indistintamente a supuestos de infracciones graves e infracciones muy graves. Y, más aún, el internamiento preventivo no se aplica en todos los casos de sanción de expulsión, sino exclusivamente en algunos casos.

En quinto lugar, las infracciones que llevan a cabo una sanción de expulsión que permite el internamiento preventivo son particulares: todas las 5 infracciones están relacionadas, principalmente, con las características de la persona, y no con el hecho cometido. Los motivos que conducen al internamiento de personas extranjeras son la estancia irregular en territorio español, la ayuda a la inmigración clandestina (cuando no

²⁴ Cfr., por todos, SILVEIRA GORSKI, H. C., Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea, en: FERNÁNDEZ BESSA, C., *et al.* (eds.), Contornos bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social, Anthropos, Barcelona, 2010, pp. 140; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., El uso de los CIE como extensión de la prisión, en GARCÍA ESPAÑA, Elisa (ed.), Razones para el cierre de los CIE: del reformismo a la abolición, Observatorio Criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración – OCSPI, Universidad de Málaga, Málaga, 2017, pp. 29-32; BRANDARIZ, J./DUFRAIX, R./QUINTEROS, D., Revista Política Criminal, vol. 13, n.º 26, 2018, pp. 741 ss.; BARBERO, I./ILLAMOLA DAUSA, M., La insuficiencia de mecanismos de denuncia efectiva ante la vulneración de Derechos fundamentales en los procedimientos de deportación de extranjeros, Revista Catalana de Dret Públic, n.º 57, 2018, pp. 113-127; RÍOS MARTÍN, J. C., Garantías jurídicas frente al maltrato en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), Revista Crítica Penal y Poder, n.º 18, 2019, pp. 50-67.

²⁵ Cfr. ZANÓN BAYÓN-TORRES, L. M., La privación de libertad como instrumento de gestión y control de la inmigración irregular. Análisis de las consecuencias psicosociales y administrativas derivadas del internamiento de personas extranjeras extracomunitarias en Centros Penitenciarios y Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), Tesis, Universidad Pontificia Comillas, 2020; VILLAGOMEZ MONCAYO, B., Border Criminologies Blog, 8/11/2016.

es delito), o la participación en actividades contrarias al orden público²⁶ o a la seguridad pública (cuando no es delito). Lo que significa que estamos hablando de conductas que no tienen la entidad o gravedad para ser consideradas un delito y que tienen una multa como consecuencia legal (como regla general). Pero el simple hecho de ser una persona extranjera implica la posibilidad de ser detenida en un CIE. Por ello podríamos decir que son manifestación del llamado “Derecho penal de autor”, basado únicamente en la clasificación de tipos de autores (clases de delincuentes) y su adecuado tratamiento o represión, independientemente de que hayan cometido o no un delito específico²⁷.

En sexto lugar, para cerrar, si bien el internamiento preventivo de extranjeros está expresamente permitido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 5.1.f)²⁸, normativamente no es igual de claro su encuadramiento en el sistema constitucional español si no, en cambio, una clara ruptura de la garantía contenida en el art. 25.4 de la Constitución Española que dice: “La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Lo cual parece ser, exactamente, lo que prevé el art. 62 LOEX.

V. CONCLUSIONES

El internamiento preventivo en CIEs se impone cuando se ha dictado una orden de retorno (personas extranjeras rechazadas) o una orden de expulsión o deportación (infractoras/es de la ley de inmigración) y no ha sido posible ejecutarla. Tiene una duración máxima de 60 días; tiene que ser autorizado por un/a juez/a y los centros de detención no son centros penitenciarios.

La sanción de expulsión se aplica “arbitrariamente”. En el sentido de que su aplicación no se corresponde con la gravedad de la infracción: la sanción de expulsión o

²⁶ Según la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3442> (última consulta: 20/11/2022).

²⁷ Sobre el Derecho penal de autor y su diferencia con el Derecho penal del hecho, LUZÓN PEÑA, D.-M., Lecciones de Derecho penal, Parte General, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 89 s. También ha sido estudiado por GUIA, M. J., AFDUC, 16, 2012, pp. 593 ss. la relación entre la percepción de las personas inmigrantes y el denominado Derecho penal del enemigo.

²⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Council of Europe, Estrasburgo. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (última consulta: 30/11/2022). Sobre la aplicación de este convenio a las personas extranjeras, véase: BOZA MARTÍNEZ, D., Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, *ibidem.*; URÍA GAVILÁN, E., Pena de prisión e inmigración irregular: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-290/14, European Papers 1(1), 2016, pp. 299-306; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security, Council of Europe, Estrasburgo, 31/08/2022. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf (última consulta: 30/11/2022).

deportación procede en relación con algunas infracciones calificadas como graves y otras calificadas como muy graves.

El internamiento preventivo es altamente selectivo porque no siempre que se ha emitido una orden de expulsión y no ha sido posible llevarla a cabo, se puede imponer una medida preventiva de internamiento a una persona extranjera. La Ley sólo permite que se imponga el internamiento preventivo en relación con algunas infracciones que sí resultan en la sanción de expulsión.

El internamiento preventivo de extranjeros en los CIEs *materialmente* coincide con las condiciones y efectos que tiene la detención en prisión y es percibido por las personas detenidas como un castigo, por lo que se podría afirmar que *sustancialmente* su naturaleza es penal, aunque no cumple *formalmente* con los fines del Derecho penal. De aquí que su regulación y aplicación sea calificado como un auténtico *fraude de etiquetas*. Es una medida penal que se aplica sin las garantías propias del Derecho penal, con el objetivo de facilitar el control de la migración. Y además, contraviene la garantía constitucional del art. 25.4 CE que dice que la Administración Civil no puede imponer sanciones que impliquen privación de libertad.

Los motivos que conducen al internamiento de personas extranjeras son: estancia irregular en territorio español y participación en actividades contrarias al orden público. Lo que significa que en la mayoría de los casos, el simple hecho de ser una persona extranjera puede ser la razón principal para ser detenida en un CIE. Esto es manifestación del Derecho penal de autor.

* * * * *

Francesco de Angelis

Abogado del Foro di Napoli, Italia. Socio de la FICP.

~Il nuovo giudice: ¿il giudice robot?~

L'intelligenza artificiale impatta la nostra vita quotidiana in una miriade di modi.

Nel campo della giustizia criminale si identificano diverse possibilità di decisioni fondate su algoritmi. Esse possono essere dispiegate per la prevenzione, detenzione, ricerca e persecuzione di crimini, nei procedimenti giudiziari e l'esecuzione delle pene.

Lo scopo della giustizia criminale è di punire colui che ha commesso un crimine cioè ha violato le regole della coesistenza civile e di impedire che egli o altri ne commettano ancora, oltre che mirare alla sua riabilitazione.

La condanna dell'imputato e le misure coercitive si impernano sulla presunzione che la decisione presa è conforme alla verità cioè che il crimine è stato commesso dall'imputato secondo la ricostruzione processuale. E' ovvio però che la giustizia criminale non è capace di ricostruire i fatti come essi realmente accaddero. Così la sentenza si fonda sull' 'intimo convincimento' nei sistemi di tradizione romano-germanica e 'al di là di ogni ragionevole dubbio' in quelli anglosassoni.

Benché si tenda con i diversi strumenti disponibili alla professione a minimizzarne il rischio, la possibilità di errori è inerente al sistema. Ciò è dovuto da una parte ai limiti della percezione del passato e dall'altra al procedimento di valutazione in cui gli elementi emozionali possono svolgere un ruolo preponderante.

A tal riguardo alcuni considerano positivamente lo sviluppo in corso di una giustizia automatica, resa dall'intelligenza artificiale che non sarebbe guidata dall'emozione. Non è il solo argomento avanzato in favore di una giustizia automatizzata ma ne è uno costantemente reiterato. Si presume dunque che una non emozionale intelligenza artificiale potrebbe essere il rimedio in quanto si raggiungerebbe una maggiore "equità". Il ragionamento è quindi fondato sulla considerazione che l'emozione nel processo decisionale giudiziario sia deleteria. Cioè l'emozione produrrebbe distorsione, irragionevolezza e ragionamento erroneo. Il diritto sarebbe il tempio della ragione e l'emozione nemica della ragione. Le emozioni sono descritte come impulsive, imprevedibili e irrazionali che sfocerebbero in lacunose argomentazioni.

Il fronte opposto della dottrina sostiene che queste supposizioni date per acquisite, non riflettono la realtà e la conoscenza generata dalle scienze sociali ed in particolare dallo sviluppo della psicologia cognitiva e dalla neuroscienza. La teoria dell'emozione ci insegnerebbe che le emozioni possono essere considerate razionali nella maggior parte dei casi e che esse sono cruciali nel trattamento dell'informazione.

Il giudice, essi affermano, deve essere capace di riconoscere l'emozione come parte degli elementi di un'offesa, distinguere tra diverse emozioni, esaminarle, tematizzarle con i vari attori del processo e i loro testimoni al fine di rendere un verdetto equo. Per essere capace di realizzare un tale complesso procedimento, gli si richiede un'intelligenza emozionale (IE). Va da sé che l'intelligenza artificiale (IA) non possiede l'IE quindi non è capace della razionalità emozionale richiesta per un processo decisionale complesso e socialmente coinvolgente che sfocia in una sentenza. Sostituire quindi agenti umani con processi decisionali automatici significherebbe scombussolare molte strutture e procedure che confidano nelle emozioni o un emozionalmente intelligente trattamento delle informazioni. D'altra parte la presenza fisica, gli incontri tra persone e l'interazione umana sono considerate centrali per un processo equo. Gli individui, specialmente quelli considerati vulnerabili o svantaggiati socialmente, si sentono più ascoltati durante colloqui in presenza ed incontri personali. Avere la sensazione di essere ascoltati costituisce una parte importante del procedimento giudiziario e suscita un senso di legittimazione dell'autorità.

Insomma il dibattito è ancora vivace quanto all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel procedimento giudiziario. Per ora sono più numerosi quanti sostengono che gli umani non possono essere sostituiti da agenti automatizzati senza un significativo avverso impatto sui diritti individuali ed il concetto di 'giustizia' come la conosciamo, nel senso dell'interazione umana durante il processo e la deliberazione giudiziaria. Affidarsi pesantemente su algoritmi farebbe più male che bene.

Tuttavia anche gli oppositori si accordano nel dire che il loro ancestrale timore quanto ai mutamenti tecnologici, non deve impedire ai sistemi e alle tecniche di intelligenza artificiale di essere presi in considerazione allorquando possono significativamente e positivamente giovare ai procedimenti umani ivi compresi quelli della giustizia criminale.

Si conclude quindi che il processo di automatizzazione della giustizia penale è inarrestabile ed in alcuni Paesi, proni all'incarceramento agevole, già avviato, magari in

base alla configurazione della nostra scatola cranica. Insomma si torna agli studi craniologici del Lombroso!

* * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

(i) **XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

Julio de 2024. Sobre “**Problemas de Derecho penal general y especial**”. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Vigo y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*. Coordinadores generales: Profs. Dres. Marta García Mosquera*, Virxilio Rodríguez Vázquez*, Raquel Roso Cañadillas*, José-Zamyra Vega Gutiérrez* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco*. Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, Vigo, España.

El evento tendrá como ponentes invitados especiales al Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Buenos Aires, Argentina, y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Luigi Foffani* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. degli Studi de Modena e Reggio Emilia, Italia, y socio de la FICP).

A este acto, por su propio carácter de Seminario, que es restringido, y por la capacidad organizativa, sólo es posible la asistencia presencial de los invitados. Pero, como ya sucedió en la convocatoria anterior de 2023, los patronos que no puedan asistir y los socios no invitados presencialmente podrán seguir online solicitando su inscripción y el enlace del Seminario hasta el 18 de julio mediante correo dirigido a seminario.penal@uvigo.gal.

(ii) **Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje)**

El próximo **martes, 23 de julio de 2024**, tendrá lugar la Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, sobre “**Relaciones entre la ciencia jurídico-penal española y la de otros países europeos y americanos**”. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Directores: Profs. Dres. h.c. mult.

Diego-M. Luzón Peña* y Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedráticos de las Univ. de Alcalá y León, Profs. Honorarios de la Univ. de Vigo, 2006 y 2022), Profs. Dres. Marta García Mosquera* y Virxilio Rodríguez Vázquez* (Profs. Titulares, Univ. de Vigo).
Lugar: Edificio Redeiras de la Universidad de Vigo, c/ Ribeira do Berbés, 11. Vigo.

El evento culminará con la entrega solemne del Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*. El cartel y programa del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es, en la sección de [Próximos eventos](#).



2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Próxima publicación del Libro-Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario

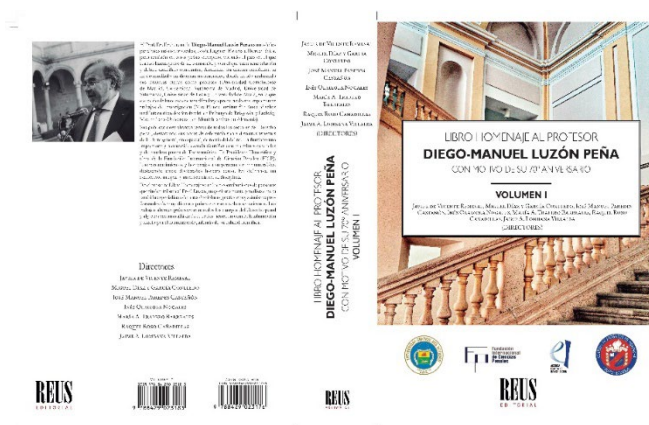
LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/GARCÍA MOSQUERA, Marta/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado/Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, 2024 [en prensa].

La obra será entregada al homenajeado el próximo 23 de julio, en la Jornada Internacional en su honor que se celebrará en la Univ. de Vigo (v. la sección II.1. dedicada a los Congresos, seminarios y cursos organizados por la FICP, así como la sección III.1. Distinciones, cargos y puestos profesionales).

(ii) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario

VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

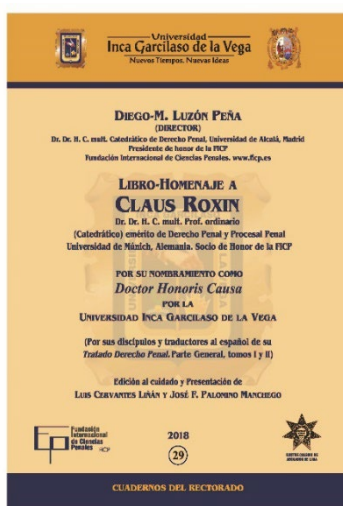
El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en [Otras publicaciones de la FICP](#).



Portada y contraportada del vol. I

(iii) Libro-Homenaje a Claus Roxin

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado Universidad Inca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.



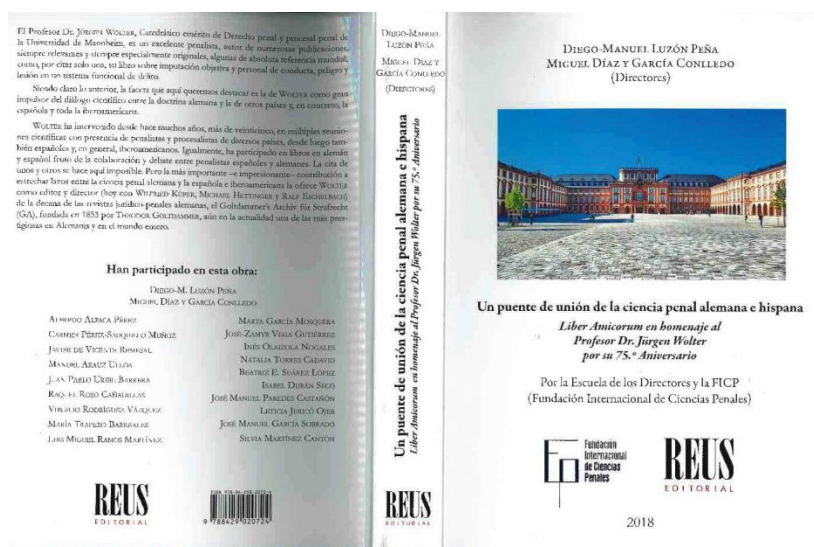
Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de [Otras publicaciones de la FICP](#).

Para recibir un ejemplar impreso del *Libro-Homenaje a Claus Roxin*, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado *Derecho Penal, Parte General, tomos I y II* (dir.: Diego-M. Luzón Peña), Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018 (previsiblemente abonando solo los gastos de envío), pónganse en contacto con el encargado de la distribución de la obra, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego (Prof. Ordinario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, la Univ. Nacional Mayor de San Marcos y la Univ. San Martín de Porres, Perú; email: palominomanchego@gmail.com), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

(iv) Liber-Amicorum a Jürgen Wolter

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al

Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizosa Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de [Otras publicaciones de la FICP](#).

(v) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

Se recuerda que la FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de congresos y seminarios](#):

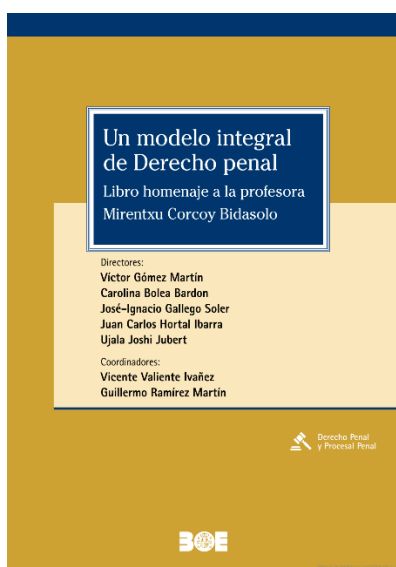
- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP

(i) Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*

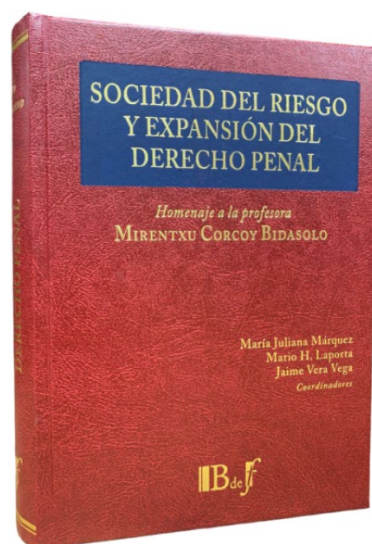
GÓMEZ MARTÍN*/BOLEA BARDON*/GALLEGO SOLER*/HORTAL IBARRA*/JOSHI JUBERT (dirs.), Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Disponible electrónicamente [aquí](#).

La obra se entregó a la homenajeada el pasado 17 de junio de 2022, al finalizar la “Jornada en homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo*: un modelo integral de Derecho Penal”, organizada por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP, y dirigida por los directores de la referida obra. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, España.



MÁRQUEZ/LAPORTA/VERA VEGA (coords.), Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal: homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Buenos Aires, B de f, 2023.

La nueva obra se entregó a la homenajeada el pasado 8 de junio de 2023, al finalizar la “Jornadas internacionales: sociedad del riesgo y expansión del derecho penal”, organizadas por el el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires. Lugar: Cyan Hotel de las Américas, Buenos Aires, Argentina.



III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos¹

(i) Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje)

El próximo **martes, 23 de julio de 2024**, tendrá lugar la Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, sobre **“Relaciones entre la ciencia jurídico-penal española y la de otros países europeos y americanos”**. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Directores: Profs. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* y Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedráticos de las Univs. de Alcalá y León, Profs. Honorarios de la Univ. de Vigo, 2006 y 2022), Profs. Dres. Marta García Mosquera* y Virxilio Rodríguez Vázquez* (Profs. Titulares, Univ. de Vigo). Lugar: Edificio Redeiras de la Universidad de Vigo, c/ Ribeira do Berbés, 11. Vigo.

El evento culminará con la entrega solemne del Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*. El cartel y programa del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es, en la sección de [Próximos eventos](#).



¹ Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

(ii) Obtención por la Prof. Dra. María José Cruz Blanca* de la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Jaén

El pasado **19 de enero de 2024** nuestra socia la **Prof. Dra. María José Cruz Blanca***, socia de la FICP, que ya estaba acreditada como catedrática, ha obtenido en el correspondiente concurso una Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Jaén. El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. Guillermo Portilla Contreras* (presidente) y los Profs. Dres. Fátima Pérez Ferrer*, Nuria Castelló, Jaime Peris Riera y José Manuel Palma Herrera. Nuestra más calurosa felicitación por el éxito de la Prof. Dra. Cruz Blanca*.



Exposición de la Prof. Dra. Cruz Blanca* durante el concurso. Arriba: tras el concurso la nueva catedrática con el tribunal. De izda. a dcha. los catedrs. Profs. Dres. Fátima Pérez Ferrer* (Almería), Nuria Castelló (Granada), Cruz Blanca* y el presidente Guillermo Portilla* (Jaén), Jaime Peris (Murcia) y José Manuel Palma Herrera (Córdoba).



Posado tras el concurso la nueva Catedrática con el tribunal y otros Catedráticos asistentes al acto. De izda a dcha. los Profs. Dres. Castelló Nicás (Granada), Pérez Ferrer* (Almería), Ignacio Benítez Ortúzar*, su esposa M^a José Cruz Blanca*, G. Portilla* (Univ. Jaén), Peris (Murcia), Juan J. González Rus (Córdoba), Lorenzo Morillas Cueva* (Granada) y J.M. Palma (Córdoba).

(iii) **Nombramiento por el Papa Francisco del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero* como miembro fundador del Instituto Fray Bartolomé de las Casas**

El pasado 28 de febrero tuvo lugar en Buenos Aires la inauguración del Instituto de Investigación y promoción de los derechos sociales “Fray Bartolomé de las Casas”, creado por el Papa Francisco el pasado 15 de agosto de 2023.

El Instituto cuenta con 14 miembros fundadores, de los cuales 3 son europeos: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*, Rector honorario de la Universidad y presidente de la Academia de Ciencias Sociales y Humanidades de Castilla-La Mancha, el Prof. Dr. Dr. h.c. Mauro Palma, el más importante responsable de las garantías de las personas privadas de libertad en Italia y el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jose Luis de la Cuesta, catedrático de San Sebastián (UPV), anterior presidente de la Asociación Internationale de Droit Pénal.

El Prof. Arroyo Zapatero* ha colaborado estos años en los trabajos del Papa Francisco por la abolición de la pena de muerte, que condujo a su completa abolición en la última reforma del Catecismo.

El Instituto está vinculado a la Academia Pontificia de Ciencias Sociales y financiado por el “Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana” (COPAJU), cuya sede estará en Brasilia y que contará con sedes locales.



El Prof. Arroyo atiende telemáticamente al acto de inauguración.

(iv) Nombramiento del Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez* como Vicedecano de Posgrado y Director del Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá

El pasado 7 de marzo de 2024, el Prof. Dr. José-Zamyra Vega Gutiérrez*, Prof. Contratado Doctor de la Univ. de Alcalá y socio de la FICP, ha tomado posesión del cargo de Vicedecano de Posgrado y Director del Máster en Acceso a la Abogacía y la Procura de la Univ. de Alcalá, en un acto celebrado en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la citada universidad. El Prof. Vega* pasa a formar parte del equipo decanal de la Sra. Decana de la Facultad de Derecho, la Prof. Dra. Isabel Garrido Gómez.



Izq.: Toma de posesión del Prof. Dr. Vega* en el Salón de Grados de la Fac. Derecho. Dcha.: El nuevo Vicedecano junto a su Maestro, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luzón Peña*.



En la Escalera Imperial de la Fac. Derecho, posado de Rector, Secretario General, Decana de la Fac. y el equipo decanal con el Prof. Dr. Vega*.

(v) **Obtención por la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* de una plaza de Prof. Permanente Laboral en la Univ. de Alcalá**

El 3 de abril de 2024 obtuvo la plaza de Profesora Permanente Laboral de Derecho Penal en la Univ. de Alcalá, Madrid, España, la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*, Secretaria del Patronato de la FICP, tras superar los tres ejercicios del concurso. La comisión de selección del concurso, a la que se presentó como candidata única, estuvo presidida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* y compuesta además por los Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón* (vocal), Inés Olaizola Nogales* (vocal), Raquel Roso Cañadillas* (secretaria) y Carmen Figueroa Navarro (vocal). Lugar: Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá, Madrid, España.



Diversos momentos de los ejercicios presentados por la Prof. Pérez-Sauquillo* ante el tribunal, compuesto, de izq. a dcha., por los Profs. Roso*, Paredes*, Díaz y García Conlledo*, Olaizola* y Figueroa.



Asistentes al acto



Posado tras la superación del concurso, con la candidata, los miembros del tribunal y miembros del Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá. De izq. a dcha., los Profs. Mestre, Roso*, Paredes*, Luzón*, Pérez-Sauquillo*, Díaz*, Figueroa, Olaizola* y Vega*.

(vi) Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Lorena Alemán Aróstegui*

El pasado viernes 1 de marzo de 2024 tuvo lugar, en la Sala Ada Byron, del Edificio Las Encinas, de la Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Navarra en Pamplona, el acto de defensa de la tesis doctoral de la Prof. Lorena Alemán Aróstegui*, titulada “La ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva de los límites al *ius puniendi*”.

La dirección estuvo a cargo de las Profs. Dras. Inés Olaizola Nogales* (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra y patrona de la FICP) y Soledad Barber Burusco* (Profesora Titular de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra y patrona de la FICP).

El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP) y fueron vocales el Prof. Dr. Massimo Donini* (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad “La Sapienza” de Roma y socio de la FICP) y por la Prof. Dra. Vicenta Carvelló Donderis (Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Valencia). La tesis, con mención europea, obtuvo por unanimidad la máxima calificación de sobresaliente cum laude.



Diversos momentos de la defensa de la tesis doctoral de la Prof. Lorena Alemán Aróstegui* ante el tribunal. En pantalla, el Prof. Dr. Massimo Donini*, junto a los Profs. Díaz y García Conlledo y Cervelló Donderis. Abajo, imágenes del público, entre quienes destacan el Prof. Luzón Peña*, las directoras de la tesis Profs. Olaizola Nogales y Barber Burusco, y el Prof. de Vicente Remesal*. A la dcha., la Prof. Olaizola dedica unas palabras a la doctoranda.

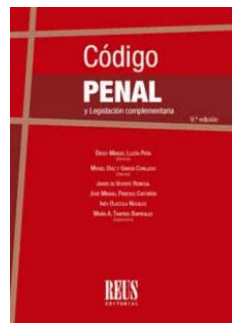


Arriba, de izq. a dcha., los Profs. Olaizola*, Ramos*, Martínez *, Luzón*, de Vicente*, Barber*, Jericó* y Paredes*. Abajo: asistentes al evento.

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

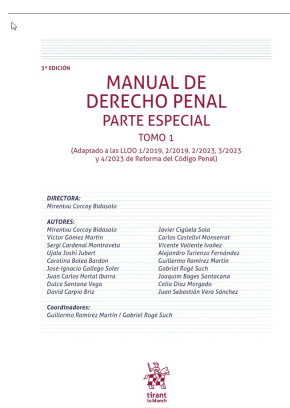
- de Vicente Remesal, Javier*, Las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido: su tratamiento jurídico penal, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 12, 2023, pp. 240-327.
- de Vicente Remesal, Javier*, El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, en: *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1691-1704.
- Luzón Peña, Diego-Manuel* /Díaz y García Conlledo, Miguel* (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.* (coords.), *Código Penal y legislación complementaria*, 10.^a ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid, Uribe Barrera, Alpaca Pérez, Cardona Cardona, Serrano Suárez, Ramos Martínez, Cantillo Arcón, Molina Álvarez, Alemán Aróstegui, Barrientos Pérez. Madrid, Reus, 2023.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Autoría o participación en delitos omisivos impropios o comisivos por omisión, en: *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 881-897.
- Luzón Peña, Diego-M.*, *Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 12, 2023, pp. 33-130. También en *Foro FICP*, 2023-2, pp. 27-114.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de*

- Ciencias Penales, 12, 2023, pp. 131-164. También en Foro FICP, 2023-2, pp. 115-147.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El concepto de acción en Derecho penal, Foro FICP, 2023-1, pp. 9-60.
 - Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida justificante y obediencia debida exculpante o atenuante, Revista brasileira de ciências criminais, 194, 2023, pp. 55-76. También en Foro FICP, 2023-1, pp. 61-82.
 - Luzón Peña, Diego-M.*, El consentimiento hipotético, una figura rechazable, Revista General de Derecho Penal, 40, 2023. También en Foro FICP, 2023-2, pp. 6-26.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Patient autonomy and criminal law: A Spanish perspective, en: Paweł Daniluk (ed.), Patient Autonomy and Criminal Law. European Perspectives, editorial Routledge, Londres *et al.*, 2023, pp. 315-331.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity, en: Tatjana Hörnle (ed.), Sexual Assault. Law Reform in a Comparative Perspective, editorial Oxford University Press, Oxford *et al.*, 2023, pp. 215 a 234; version española, reducida (La reforma de los delitos contra la libertad sexual), en: Lascurain Sánchez/Peñaranda Ramos (coord.): *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2023, pp. 105-121.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Tentativa y desistimiento; en: Cuerda Arnau (dir.)/Raga i Vives (coord.), Comentarios al Código Penal, t. I, Tirant lo Blanch, València, 2023, pp. 221-229.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Actos preparatorios, en: Cuerda Arnau (dir.)/Raga i Vives (coord.), Comentarios al Código Penal, t. I, Tirant lo Blanch, València, 2023, pp. 230-237.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Delitos contra la Administración de Justicia y contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, en: Cuerda Arnau (dir.)/Raga i Vives (coord.), Comentarios al Código Penal, t. II, Tirant lo Blanch, València, 2023, pp. 2772-2855.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Reforma y estado actual de los delitos sexuales en España (conferencia transcrita), en: Romero Castilla *et al.* (eds.), Soberanía, Modernidad y Derecho: Aciertos y desaciertos del ordenamiento jurídico desde la visión local, regional, nacional e internacional, Amachaq editora, Lima, Perú, 2023, pp. 105-126.
 - Cancio Meliá, Manuel*, Estudio preliminar a la segunda edición, de Albin Eser y Björn Burkhardt, en: Derecho penal. Problemas fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias (Studienkurs Strafrecht I. Schwerpunkt allgemeine Verbrechenselemente), ed. BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2023, pp. XXXI-XLVII.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos, El principio de responsabilidad por el hecho, Madrid, BOE, 2024.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Principio de culpabilidad ¿responsabilidad objetiva en determinados delitos?, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 569-590.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Gómez Martín*/Cardenal Montraveta/Joshi Jubert/Bolea Bardon/Gallego Soler/Hortal Ibarra/Santana Vega/Carpio Briz/Cigüela Sola/Castellví Monserrat/Valiente Iváñez/Turienzo Fernández/Ramírez Martín/Rogué Such/Bages Santacana/Díaz Morgado/Vera Sánchez, Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de reforma del Código penal), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.), Comentarios al Código penal (adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de reforma del Código penal), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Cuerda Arnau, María Luisa (dir.)/Raga Vives (coord.)/Acale Sánchez/Borja Jiménez/Camarena Grau/Cancio Meliá*/del Caso Jiménez/Díaz y García Conlledo*/Dopico Gómez-Aller/Faraldo-Cabana/Feijoo Sánchez/González Cussac/Gutiérrez Azanza/Hernández García/Hernández Rueda/Luzón Cánovas/Olaizola Nogales*/Rueda Soriano/Sánchez Melgar/Silva Castaño/Tejada de la Fuente/Tomás-Valiente Lanuza/Vercher Noguera/Zaragoza Aguado, Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, 2023.



- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A. *, La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja [arts. 180.1.4ª y 181.4 d) CP], en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1341-1375.
- García Amado, Juan Antonio*, Cuando los jueces son árbitros de equidad, Almacén de Derecho, 15 de mayo de 2024. Disponible [aquí](#).
- García Amado, Juan Antonio*, Reglas y principios, Revista Cubana de Derecho, Vol. 4 Núm. 01, 2024, pp. 44-72. Disponible [aquí](#).
- Gómez Martín, Víctor*, Die strafbarkeit des Handels mit menschlichen Organen im spanischen Strafgesetzbuch, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 32 (2023), pp. 1–12, Duncker & Humblot, Berlin, 2024 = Crónica de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico de órganos humanos en el Código penal español, en libro colectivo a publicar en la editorial Marcial Pons, 2024).
- Gómez Martín, Víctor*, Transitando la senda del Derecho penal de autor. Manifestaciones históricas y consideraciones críticas a la luz del principio del hecho, en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos, El principio de responsabilidad por el hecho, Madrid, BOE, 2024.
- Gómez Martín, Víctor*, La ruleta de la (in)fortuna: algunas notas críticas sobre la determinación del "dies a quo" en los delitos con víctima menor de edad, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 833-847.
- Greco, Luís*/Peláez Mejía, José María, El interviniente en el Código Penal colombiano, Tirant lo Blanch, 2024.
- Greco, Luís*, A culpabilidade penal diante das neurociências - um balanço, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 655-672.

- Greco, Luís*, Strafrechtliche objektive Zurechnung als System, JuS 2023, pp. 993-1001.
- Greco, Luís*, Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung, ZStW 135, 2023, pp. 378-432.
- Greco, Luís*, Beweisverbote in Deutschland - eine kritische Bestandsaufnahme, in: Guzik-Makaruk/Laskowska/Filipkowski (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie. Liber amicorum für Emil Plywaczewski, Prokuratura Krajowa, Warschau, 2023, pp. 153-166.
- Greco, Luís*/Leite, Alaor, Esfera nuclear da vida privada e medidas ocultas de investigação criminal, en: Machete/Almeida Ribeiro/M. Canotilho (Hrsg.), Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade, Almedina, Lissabon, t. 2, 2023, pp. 147-189.
- Greco, Luís*, Pornografía punível no estado liberal: fundamentos e limites dos §§ 184, 184a-d do Código Penal alemão, en: Corrêa Camargo/Renzikowski (eds.), Questões fundamentais do direito penal sexual, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2023, pp. 189-218.
- Greco, Luís*, La dogmática del hecho punible con base en la teoría de las normas: ¿desde arriba o desde abajo?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2023, 25-4, pp. 1-13. Disponible [aquí](#).
- Jericó Ojer, Leticia*, Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de protección a la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal, RECPC 25-08, 2023, pp. 1-55.
- Jericó Ojer, Leticia*, La figura del arrepentido y la justicia penal negociada: a propósito de la reciente incorporación de nuevas cláusulas premiales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP), Revista Penal, N° 52, 2023, pp. 109-135
- Paredes Castañón, José Manuel*, Derecho y conflicto político: el retorno de Puigdemont, en: Miró Llinares/Aguerrri (dirs.), Derecho penal *trending topic*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp.183-200.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Orden económico y Derecho penal bancario, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1565-1581.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Veredicto final, en: Fernández Carballo Calero/Velasco Fabra (dirs.), Clásicos del cine jurídico, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 293-308.
- Paredes Castañón, José Manuel*, La función de las ciencias empíricas en la imputación del injusto penal: el caso de los juicios de valoración, Revista Penal (México), 22, 2023, pp. 171-182.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Recensión del libro de Fernando Miró Llinares,

El progreso de la dogmática (y sus problemas), Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 25, 2023.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Orden económico y Derecho penal bancario, en: Muñoz Sánchez, Juan/ García Pérez, Octavio/ Cerezo Domínguez, Ana Isabel/ García España, Elisa (dtors.): Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés (ISBN: 978-84-1169-092-8): 1575-1591, 2023.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Dolo y psicología de sentido común, Revista Foro FICP, 2023-1, pp. 111-121.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Recensión a Cornelius Prittwitz, Derecho penal y riesgo, Marcial Pons, Madrid, 2021, 373 páginas, InDret, 3/2023, 2023, pp. 735-739.

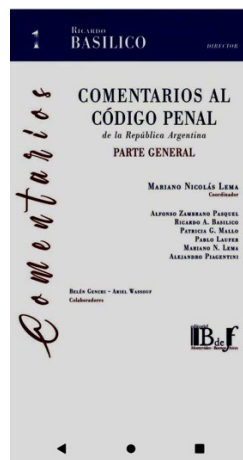
Las publicaciones del Prof. Paredes Castañón* pueden encontrarse de manera completa y descargarse en su página web ([aquí](#)).

- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?, Anuario de la Fac. Derecho de la Univ. de Alcalá, XVI, 2023, pp. 199-225.
- Sanz Morán, Ángel*, Sobre la racionalidad de la ley penal: un apunte, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 391-404.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto*, Reformas legales y "eficientismo" penal en Colombia, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 439-451.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 101, 2023 (accesible [aquí](#)).

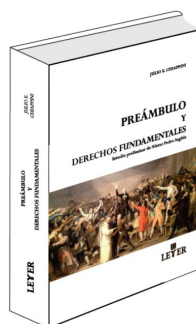


(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Acale Sánchez, María* (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico), 3ª ed., Iustel Publicaciones, Madrid, 2023.
- Alastuey Dobón, M.ª Carmen*/Boldova Pasamar, M. Ángel*, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Basílico, Ricardo A.*(Dir.)/Lema, M. N. (Coord.)/Zambrano Pasquel, A.*/Basílico, R. A.*/Mallo, P. G./Laufer, P./Lema, M. N./Piagentini, A. Comentarios al Código Penal de la República Argentina. Parte General, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de f, 2023. ISBN 978-9915-650-70-8.



- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco*/Bartoli, Roberto (Dirs.), Modernidad y transformación del Derecho penal (Modernità e trasformazione del Diritto penale), Dykinson, Madrid, 2023.
- Chiappini, Julio E.*, Preámbulo y derechos fundamentales, Bogotá, Leyer, 2024.



- Chiappini, Julio E.*, El sicariato. Homicidio por precio o promesa remuneratoria. Aspectos legales, criminológicos y de investigación (prólogo de Jorge Luis Villada), Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2023.
- Chiappini, Julio E.*, El delito de abuso de autoridad (prólogo de Edgardo Alberto Donna), Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2023.



- Coca Vila, Ivó*, Pena y vínculo político: sobre el castigo no paradigmático en el Derecho penal del ciudadano, Barcelona, Atelier, 2023.
- Conal, Christian*, Ciberseguridad y Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 2023.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Gómez Martín/Cardenal Montraveta*/Joshi Jubert/Bolea Bardon*/Gallego Soler*/Hortal Ibarra*/Santana Vega*/Carpio Briz*/Cigüela Sola/Castellví Monserrat*/Valiente Iváñez/Turienzo Fernández/Ramírez Martín/Rogué Such/Bages Santacana/Díaz Morgado/Vera Sánchez, Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de reforma del Código penal), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



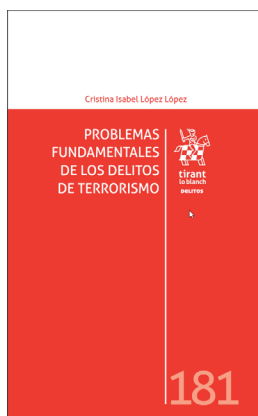
- Cuerda Arnau, María Luisa (dir.)/Raga Vives (coord.)/Acale Sánchez*/Borja Jiménez/Camarena Grau/Cancio Meliá/del Caso Jiménez/Díaz y García Conllado/Dopico Gómez-Aller*/Faraldo-Cabana*/Feijoo Sánchez*/González Cussac*/Gutiérrez Azanza/Hernández García/Hernández Rueda/Luzón Cánovas/Olaizola Nogales/Rueda Soriano/Sánchez Melgar/Silva Castaño/Tejada de la Fuente/Tomás-Valiente Lanuza/Vercher Noguera/Zaragoza Aguado, Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, 2023.



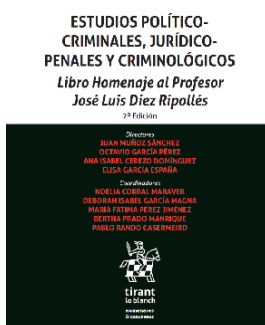
- Gómez Colomer, Juan Luis*, El juez robot: la independencia judicial en peligro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.



- González Cussac, José Luis* (coord.), Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- López López, Cristina*, Problemas fundamentales de los delitos de terrorismo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.



- Manes, Vittorio*, Justicia mediática: los efectos perversos sobre los derechos fundamentales y el proceso justo, Madrid, Dykinson, 2023.
- Martínez-Bujan Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 7ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Montero Zendejas, Daniel A.*, Hacia un Derecho cuántico punitivo frente al fenómeno del zombi digital, Revista DERECOM, 15 de octubre de 2023. Disponible [aquí](#).
- Muñoz Conde, Francisco*/López Peregrín, Carmen, Derecho Penal, Parte Especial, 25.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Muñoz Sánchez, Juan/García Pérez, Octavio/Cerezo Domínguez, Ana Isabel/García España, Elisa (dirs.)/Corral Maraver, Noelia/García Magna, Deborah*/Pérez Jiménez, Fátima/Prado, Bertha/Rando Casermeiro, Pablo (coords.), Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



La obra contiene numerosos artículos publicados por patronos y socios de la FICP. Puede encontrarse un índice de la obra [aquí](#).

- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Tentativa y desistimiento en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Ortega Matesanz, Alfonso*, Práctica y procedimiento de la acumulación de penas, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 7.^a ed., Madrid, Dykinson, 2023.
- Rodríguez Ramos, Luis*, La atípica situación del documento mercantil, Diario La Ley, 10335, Sección Tribuna, 25 de julio de 2023.
- Roig Torres, M.*, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la lo 11/2022, de 13 de septiembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Roig Torres, M.*, El delito de acoso del artículo 172 ter del código penal. las reformas de las leyes orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre y 1/2023 de 28 de febrero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Roig Torres, Margarita*, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la LO 11/2022, de 13 de septiembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



- Roig Torres, Margarita*, El delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal. Las reformas de las Leyes Orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre y 1/2023, de 28 de febrero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- Rosal Blasco, Bernardo del*, Derecho penal de Sociedades Mercantiles, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2023.
- Santana Vega, Dulce M.^a, Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Silva Sánchez, Jesús María* (dir.)/ Ragués i Vallés, Ramón* (coord.), Lecciones de derecho penal. Parte especial, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.
- Silva Sánchez, Jesús María* (dir.)/ Ragués i Vallés, Ramón* (coord.), Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.
- Solari Merlo, Mariana N.* , La identidad digital ante el Derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- Torrez Peralta, William*, ¿Es posible ejecutar provisionalmente los pronunciamientos sobre responsabilidad civil de la Sentencia penal en Nicaragua?, Revista General de Derecho Público Comparado, 34, diciembre de 2023, pp. 373-409.
- Torrez Peralta, William*, Denegación de exequátur por tribunal francés de una sentencia extranjera dictada por juez no competente: el caso «nemagón» de Nicaragua. Cuadernos de Derecho Transnacional, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 16, n.º. 1, marzo 2024, pp. 930-953.
- Trapani, Mario*, Il reato e le sue conseguenze: punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato, Roma, Roma Tres-Press, 2022, 516 pp. El ebook puede descargarse [aquí](#).

Resumen. Il lavoro ha ad oggetto la ricostruzione, alla luce del diritto vigente, di un “sistema del diritto criminale” “integrale” e “integrato”. “Integrale”, in quanto ricavato dall’interpretazione delle disposizioni del diritto penale non solo sostanziale, ma anche processuale e dell’esecuzione penitenziaria, passando per le misure di prevenzione ante e praeter delictum; in una prospettiva quindi tanto repressiva che preventiva. “Integrato”, in quanto basato altresì sulle interferenze e interrelazioni tra tutte le “fattispecie di responsabilità” che hanno fra i loro requisiti costitutivi la commissione di un “fatto di reato”; non solo quindi la fattispecie di responsabilità per la “pena criminale”, ma anche quella per la “misura di sicurezza”, quella “civile da reato” e “amministrativa dell’ente” per il reato commesso dai suoi vertici. In questa logica ricostruttiva, momento centrale è la formulazione di una “teoria del reato” sviluppata attraverso una analisi degli elementi che compongono la struttura di questo “tipo di illecito”; analisi che prende le mosse da una “teoria della norma incriminatrice”, vista nei suoi quattro aspetti “temporale”, “spaziale”, “personale” e “materiale”.



- Valverde Cano, Ana Belén*, Más allá de la trata: el Derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Problemas de tipicidad en el delito de blanqueo de capitales: especial referencia al autoblanqueo y a la defraudación tributaria como delito previo, La Ley Penal (Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario), n.º 164, 2023.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Ejercicio legítimo de la profesión de abogado, honorarios maculados y blanqueo de capitales: entre la atipicidad y la justificación, en Gorjón Gómez, J./Zaragoza Huertas, J., La justicia penal en Iberoamérica. Un estudio multidisciplinar, México, tirant lo blanch, 2024, pp. 85-124.
- Villa Sieiro, Sonia*, Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Viveiros, Carlos*, Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Zaffaroni*, E. Raúl*, La cuestión criminal, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2023.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos¹:

- 16 de enero de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre “Derecho penal empresarial y responsabilidad penal de las personas jurídicas en la teoría y en la práctica: casos importantes y desarrollos particulares para la teoría del delito”. Curso de Postgrado “Derecho penal económico, *legal tech* y teoría del delito”, organizado por la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), sede Toledo, España.
- 20-27 de enero de 2024. Impartición por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* de docencia de la asignatura “Nuevos enfoques de la teoría del delito”. Maestría de Derecho penal de la Universidad de las Américas (UDLA) en Quito, Ecuador.
- 31 de enero de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares sobre “Legislar y juzgar en tiempos de Twitter, ahora X: Lo que sabemos (y lo que aún no) sobre el impacto de las redes sociales en el Derecho penal”. Sección de Derecho Penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid.
- 14 de febrero de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Leopoldo Puente López sobre “Error de prohibición y Derecho penal económico”. Sección de Derecho Penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid.
- 16 de febrero de 2024. Seminario web gratuito del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* sobre “Teoría del Derecho, una introducción práctica”. SíLex Formación Jurídica. Disponible [aquí](#).



- 13 de marzo de 2024. Ponencia del Ilmo. Sr. Dr. D. Pablo Sánchez–Ostiz Gutiérrez sobre “Las teorías del delito desde la doctrina clásica de la imputación. Una

¹ En esta sección, los miembros del Patronato de la FICP están identificados con un asterisco, y los socios, sin él.

revisión”. Sección de Derecho Penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid.

- 14 de marzo de 2024. Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* sobre “Determinismo, responsabilidad moral y culpabilidad jurídico-penal”. IV Seminario del Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo. Lugar: Sala de reuniones del Área de Derecho Penal, Oviedo, España.



El Prof. Paredes* durante la impartición de su ponencia.

- 1 de abril de 2024. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* en el seminario web gratuito sobre “Técnicas de litigación oral penal”. 2.ª edición. SíLex Formación Jurídica.

- 12 de abril de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre “El Derecho penal ante la protección justa de los ciudadanos y los límites y

garantías”. Curso de Actualización Jurídica de la Facultad de Derecho de la Univ. de Vigo, campus de Orense, España. Postpuesta al 2 de mayo, en sesión online, por incidencias con el transporte ferroviario a Orense.

- 16 de abril de 2024. Entrevista al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá en el diario Público relativa a la Ley de Amnistía. Disponible [aquí](#).
- 17 de abril de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.^a Silva Sánchez sobre “La relevancia dogmática actual de la distinción clásica entre delitos «mala in se» y delitos «mala quia prohibita»”. Sección de Derecho Penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid.
- 23-25 de abril de 2024. Con motivo de la celebración del Congreso internacional sobre la jefatura del estado en la monarquía parlamentaria, organizado por la Univ. de Las Palmas de Gran Canaria y la Univ. Carlos III de Madrid, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
 - Moderación por la Prof. Dra. Dulce M.^a Santana Vega (codirectora asimismo del evento) de la mesa sobre “Corona y Derecho penal”.
 - Comunicación del Prof. Dr. Carlos Castellví Monserrat, titulada “El testimonio del Rey”.
- 4 de mayo de 2024. Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez sobre “El delito precedente en el blanqueo de capitales: especial referencia a la defraudación tributaria”. Diplomado de certificación como especialista en cumplimiento regulatorio ALA/CFT-FP (14.^a ed.), organizado por PLECA Consultores/Univ. Internacional para el Desarrollo Sostenible (UNIDES). Evento online.
- 7 y 8 de mayo de 2024. Masterclass del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* sobre “Interpretación, Ponderación y Argumentación en la Práctica Jurídica”. Tirant Formación. Sede de la Editorial Tirant lo Blanch Colombia Calle 11 No. 2-16, Barrio La Candelaria – Bogotá, Colombia.
- 9 de mayo de 2024. Ponencia de Andrés Payer titulada “Die Beurteilung von Straftaten zum Klimaprotest in der Schweiz”. Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín, Alemania.
- 23 de mayo de 2024. Con motivo de la celebración del Seminario "El riesgo permitido en el Derecho penal económico: discutiendo la propuesta de Jesús Silva", organizado por el proyecto de investigación “Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción”, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:

- Presentación de su propuesta por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.^a Silva Sánchez*.
- Intervenciones del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá y de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*.
- 13-14 de junio de 2024. Con motivo de la celebración del III Congreso de Derecho Penal de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
 - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Carlos Carbonell Mateu sobre “Autodeterminación personal y ley penal: de la tutela a los límites”
 - Participación del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* y de la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello en la mesa sobre “*Ius puniendi* y derechos fundamentales”
 - Moderación del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares de la mesa sobre “Acreditaciones, sexenios y proyectos internacionales”, en la que participará también el Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller.
 - Participación del Prof. Dr. Nicolás García Rivas en la mesa sobre “Amnistía”

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos²:

- **Convocatoria para el programa de Doctorado italo-español de estudios penales**

A partir del 31 de agosto de 2023. Programa de doctorado organizado por el Istituto di studi penalistici "Alimena" de la Univ. de Calabria, Italia, y la Univ. Internacional de la Rioja (UNIR). Director: Prof. Dr. Caterini*. Más información en la página web de la FICP, en [Noticias de las Ciencias Penales](#).



² Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

- **Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar**

Semestre de verano, curso académico 2023/2024. Evento organizado por el Prof. Dr. Luís Greco*, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranjero y Teoría del Derecho Penal, y patrono de la FICP. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania. El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en [Noticias de los patronos](#).

- **Curso de posgrado sobre “Derecho penal económico, Legal Tech y teoría del delito”**

8 – 24 de enero de 2024. Organizado por la Univ. de Castilla – La Mancha. Directores: Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo* y Ágata M.^a Sanz Hermida. Puede obtenerse más información sobre el programa y profesorado, así como sobre los plazos e inscripciones, en este [enlace](#). Matrícula abierta.

- **Máster de Formación Permanente sobre “Neuroderecho Penal: el sistema penal ante el desafío de la investigación sobre el cerebro”**

A partir del 22 de enero de 2024. Máster online, organizado por la Univ. Pablo de Olavide. Directores: Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo*, Agnès Gruart i Massó y José M.^a Delgado García. Puede obtenerse más información sobre el programa y profesorado, así como sobre los plazos e inscripciones, en este [enlace](#). Matrícula abierta.

- **Máster de Formación Permanente en Libertades y Derechos Constitucionales | Online**

A partir del 4 de marzo de 2024. Título propio de la Univ. de León, España. Directores: Profs. Dres. Juan Antonio García Amado* y Francisco Javier Díez Revorio. 20 meses de duración. El objetivo general principal de este máster propio es el de brindar una esencial formación complementaria y más profunda en materia de derechos fundamentales a quienes se han licenciado o graduado en Derecho o materias afines. Se pretende formar juristas y otros expertos capaces de resolver los problemas prácticos que, en diferentes contextos y ordenamientos, plantea la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Más información aquí. Más información en el siguiente [enlace](#).

- **Congreso internacional sobre la jefatura del estado en la monarquía parlamentaria**

23 a 25 de abril de 2024. Evento organizado por la Univ. de Las Palmas de Gran Canaria y la Univ. Carlos III de Madrid. Directores: Profs. Dres. Aranda Álvarez, Rodríguez-Drincourt Álvarez y Santana Vega*. Lugar: Sede Puerta de Toledo, Univ. Carlos III de Madrid, Madrid, España. Más información sobre el evento en el siguiente [enlace](#).

- **Seminario "El riesgo permitido en el Derecho penal económico: discutiendo la propuesta de Jesús Silva"**

23 de mayo de 2024. Evento organizado por el proyecto de investigación “Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción”. IP: Profs. Dres. Íñigo Ortiz de Urbina y David Carpio Briz*. Lugar: Aula Polivalente II, Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, España. El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web www.ficp.es en la sección de [Noticias de los socios](#).



- **VII Seminario Anual de Derecho Penal UAM**

29 y 30 de mayo de 2024. Sobre “El sistema de consecuencias jurídicas del delito a examen”. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid. Coordinadores: Profs. Dres. Marina Mínguez Rosique y David Gallego Arribas. Seminario celebrado en el marco del proyecto de investigación “Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación

sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)” (SI3/PJI/2021-00222, IIPP: Daniel Rodríguez Horcajo* y Gonzalo J. Basso*), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (VPRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid a través de la Convocatoria 2021 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad Autónoma de Madrid. El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web www.ficp.es en la sección de [Noticias de los socios](#).

▪ **III Congreso de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas**

13 y 14 de junio de 2024. Evento organizado por la Facultad de Derecho, el Departamento de Derecho Penal y el Instituto de Criminología y Ciencias Penales de la Univ. de Valencia y la Asociación de Profesorado de Derecho penal de las Universidades Españolas (presidida por el Prof. Dr. José Luis González Cussac*), en colaboración con la editorial Tirant lo Blanch. Lugar: La Nau, Valencia. Más información sobre el evento en el siguiente [enlace](#).

▪ **XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

Julio de 2024. Sobre “Problemas de Derecho penal general y especial”. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Vigo y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*. Coordinadores generales: Profs. Dres. Marta García Mosquera*, Virxilio Rodríguez Vázquez*, Raquel Roso Cañadillas*, José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco*. Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, Vigo, España.

El evento tendrá como ponentes invitados especiales al Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Buenos Aires, Argentina, y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Luigi Foffani* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. degli Studi de Modena i Reggio Emilia, Italia, y socio de la FICP).

A este acto, por su propio carácter de Seminario, que es restringido, y por la capacidad organizativa, sólo es posible la asistencia presencial de los invitados. Pero, como ya sucedió en la convocatoria anterior de 2023, los patronos que no puedan asistir y los socios no invitados presencialmente podrán seguir online solicitando su inscripción y el enlace del Seminario hasta el 18 de julio mediante correo dirigido a seminario.penal@uvigo.gal.