

La tentativa en la coautoría

Un acercamiento a la solución global e individual

Cecilia P. García Román [1]

Coautoría [arriba]

Desde que advirtió el ocaso del dominio del hecho[2], para Günter Jakobs habrá coautoría cuando un sujeto ejecute una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio de aquél, sino como inherente al comportamiento anterior. Su ejecución debe significar, no sólo ese comportamiento inicial, sino también el de su continuación realizado por el ulterior actuante y es, en ese sentido, en que deben serle atribuidos.

Así, el reparto de tareas vinculará a los intervinientes a punto tal que no sólo responderán por sus prestaciones, sino también por el ulterior desarrollo de los acontecimientos: "el interviniente quedara vinculado con quien actúa después si (y en la medida que) su contribución no solo ha causado esta conducta, sino también ostenta el significado objetivo de hacerla posible". De este modo el interviniente "tomará él mismo" la medida de la acción subsiguiente, determinando su contribución en función del posterior desarrollo delictivo.

En este punto, es fácil advertir la necesidad de diferenciar a quien ejecuta una conducta, per se, neutral, sin orientarse en un ulterior desarrollo delictivo (aun cuando posteriormente resulte desviada), de quien lo hace generando esa conexión, es decir, tomándola como punto de referencia.

Dado el último de los casos, los intervinientes conformaran, junto con el ejecutor, un ente colectivo cuya obra es la ejecución: el partícipe realiza por medio de la mano del ejecutor, cometiendo, en el acto de ejecución, un injusto propio. Así, cuanto más intenso sea el quebrantamiento del rol del ejecutor, menos serán las posibilidades del prestador de una contribución de mantenerse indemne.

No es ocioso remarcar que sólo serán imputables las consecuencias cuya producción debió tener en cuenta el sujeto en virtud del rol en el que actuó: en tanto la conducta posee un contenido comunicativo y el principio de autorresponsabilidad debe aplicarse a cuestiones de coautoría, los intervinientes responderán sólo por el contexto de significado de sus comportamientos.

Frente a tales postulados, se ubica, entre otros, Claus Roxin quien propone una concepción funcional del dominio del hecho, en tanto actuación conjunta con división de trabajo en faz ejecutiva. El dominio del hecho del coautor se deriva exclusivamente de su función en la ejecución, pues ese será el momento en que asuma una tarea esencial para la realización del plan que le posibilitará el dominio del conjunto del acontecimiento.

Habrá coautoría siempre que existe un plan común, una ejecución conjunta y una contribución esencial en la fase ejecutiva.

Plan común, acuerdo de voluntades... se trata, en definitiva, del requisito derivado de la división del trabajo por el cual se le asignara a cada interviniente su función en el hecho. Requiere algo más que una "autoría yuxtapuesta": las conductas deben estar sintonizadas entre sí, sin que ello implique acuerdo sobre los detalles de cada una.

No lo habrá cuando la colaboración se realice desconociendo el aporte del otro, o cuando existan conductas comunes realizadas en el marco del aprovechamiento de una misma situación. Tampoco cuando uno de los intervinientes se exceda del

plan, no siendo imputable dicho exceso a los demás. Si, en cambio, acepta la posibilidad de adhesión, durante o después del comienzo del suceso, al plan de otro, pues entiende que se genera así un acuerdo común.

Ejecución conjunta implica, por un lado, que la colaboración en la fase ejecutiva resulta un presupuesto de coautoría derivado, fundamentalmente, de su teoría del dominio del hecho. De ahí que exija que el aporte deba realizarse en el lapso transcurrido desde el principio de la ejecución hasta la conclusión del hecho, siendo por tal considerado como una “acción ejecutiva”. Quien no influya en absoluto durante la ejecución del hecho jamás podrá ser considerado autor, pues nunca dominará su ejecución[3].

En tanto la coautoría implica la realización del tipo en un sentido material, no podría considerarse como tal una conducta que no implique una realización individual o conjunta del tipo, siendo que, justamente, tal circunstancia es la que no se presenta en las acciones preparatorias.

Planificar un hecho no es lo mismo que cometerlo conjuntamente: la influencia de las contribuciones del inductor y el cómplice en el resultado no conllevan el dominio del hecho en tanto sigue siendo el ejecutante quien decide si hará uso de las planificaciones, consejos, medios, etc.

También exige que la colaboración prestada en la fase ejecutiva sea esencial, esto es, actos ejecutivos significativos para el delito, concepto en el que incluye las acciones ejecutivas atípicas relevantes para la realización del tipo. El juicio de esencialidad debe realizarse ex ante por lo que el aporte no perderá su cualidad si se comprueba, posteriormente, que no era necesario. Le basta con que las contribuciones, en su conjunto, causen el resultado[4].

Günter Stratenwerth propone una teoría intermedia a las analizadas, en tanto para aquél la planificación y la organización de un delito ejecutado por varios fundamenta la coautoría aun cuando “el organizador ya no este durante la ejecución en comunicación telefónica con los autores”.

Es el plan el que predetermina la conducta del interviniente en la ejecución asignando los roles individuales y es por esa razón por la que hace intervenir al organizador en el dominio del hecho. Advierte que “... el suministrar los instrumentos, armas, etc., o indicar las oportunidades para cometer el delito por el contrario, no significa una decisión anticipada acerca de si será ejecutado el delito y, en su caso, de qué modo, por tanto, queda como mera complicidad”[5].

Para Helmut Frister la autoría debería definirse tomando en cuenta la competencia para tomar la decisión prevista en el plan del hecho común: exige entonces la intervención en la decisión interna de cometer el hecho.

Coincide con Jakobs y con Stratenwerth en cuanto a que quien no ejecuta el hecho por sí mismo puede ser coautor, pero lo hace en el entendimiento de que ello no depende del peso de su aporte, o de si éste es prestado en la ejecución, sino de su participación en la decisión sobre la comisión del hecho. De este modo, la decisión de cometer el hecho, tomada externamente por los ejecutores, puede atribuirse internamente a otros intervinientes en el plan común del hecho[6].

El principio de ejecución: teoría de la impresión vs. teorías normativas [\[arriba\]](#)

La teoría de la impresión establece que sólo podrá hablarse de tentativa cuando, de acuerdo con la representación del autor, se despierte en la comunidad social la impresión de que se ha traspasado la frontera de lo punible.

Así, fundamenta la punibilidad de la tentativa en el entendimiento de que el comportamiento del autor provoca un quebrantamiento de la paz social que exige castigo. De esta forma, motiva la punición, no sólo en la voluntad delictiva demostrada, sino también en la impresión causada sobre la generalidad, sin que exista, incluso, una efectiva puesta en peligro.

Roxin da cuenta de que esta teoría permite explicar la impunidad de las acciones preparatorias, pues éstas no dan lugar a una impresión perturbadora del Derecho o lo hacen de un modo tan fugaz que no merece sanción.

Subraya que la “impresión perturbadora” implica un juicio de valor que debe realizarse desde las impresiones de un “observador medio y sensato” que conozca todos los hechos externos e internos, pero alza sus críticas en contra de la teoría: es una herramienta ineficaz (“muy inexacta”) para delimitar actos preparatorios de tentativa, en tanto “las decididas disposiciones de preparación de un delito son adecuadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica”. De ahí que no sea posible determinar el límite entre impunidad y punición a través de los criterios de la impresión[7].

Distinta es la concepción de las teorías normativas, para las que habrá tentativa cuando, desde una perspectiva ex ante, una conducta pueda ser creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, entendida, no sólo como una infracción a las normas propias del ejercicio de un determinado rol social sino, como una forma de ataque a un bien jurídico penalmente protegido.

Yesid Reyes Alvarado recuerda que la creación un riesgo jurídicamente desaprobado no siempre conlleva la infracción a una norma penal, sino la inobservancia de directrices de conducta propias de un rol social que pueden estar contenidas en leyes penales o no. Por ello, su simple constatación no conlleva tentativa pues, a ello, debe sumarse la verificación de un sentido comunicativo de la acción, en tanto ataque a un bien jurídico protegido (entendido como apto para conseguir su efectiva lesión).

El inicio de la tentativa dependerá entonces, desde una perspectiva normativa, no de la creencia interna del autor sino, del desarrollo de su conducta en su sentido comunicacional desde el punto de vista objetivo. Así, habrá tentativa cuando con el riesgo jurídicamente desaprobado “se evidencie que el autor se niega a reconocer la vigencia de una norma penal concreta y esto ocurre cuando la conducta desplegada puede ser apreciada ex ante como apta en si misma (desde un punto de vista probabilístico) para lesionar el bien jurídico que a través de la norma se busca proteger”[8].

Solución global vs. solución individual [\[arriba\]](#)

La solución global es la posición dominante: para ella, si el acuerdo común impone que el hecho debe ser ejecutado por distintos intervinientes, todos ellos se encontrarán en tentativa cuando, al menos, uno de ellos haya iniciado su acción ejecutiva, sin importar si los demás ya han realizado su aporte ejecutivo.

Parte de una concepción de la coautoría que postula que debe imputarse a la totalidad de los intervinientes los aportes de los demás contemplados en el plan delictivo, consagrando así el principio de mutua responsabilidad por los actos de cada uno de los autores realizados conforme a un acuerdo común basado en la división de tareas.

Si alguno ejecuta acciones no enmarcadas en el acuerdo previo, éstas no serán pasibles de ser imputadas a los demás. Para la atribución recíproca, lo relevante siempre será el acuerdo. De este modo, el primer acto de tentativa desplegado en

el marco del acuerdo convenido por todos, extiende el estado de tentativa a los demás, aun cuando éstos últimos sólo hayan llevado a cabo actos que puedan considerarse, aislada y naturalmente, como actos meramente preparatorios. En efecto, el alcance del acuerdo (en tanto, fijación de parámetros del plan delictivo y división de funciones para alcanzar el objetivo final) resulta por demás relevante, en tanto será lo que permita extender el acto de uno a todos.

La punibilidad de todos se fundamenta en sus intervenciones en la “acción colectiva” creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y quebrantadora de la vigencia de la norma. Se trata de observar el actuar más allá del ámbito individual, esto es, en su faz comunicativa. Las conductas, desde un punto de vista normativo, deben ser interpretadas según el significado que comuniquen, dando así sustento a la significación de voluntades objetivadas que propone. Se realiza una valoración normativa del alcance social de la conducta colectiva.

Abona a sus argumentos la injusticia que significaría la impunidad de aquéllos a los cuales se les asignó una tarea que debía realizarse en una etapa más avanzada de la ejecución. Más aún cuando estos suelen tener los roles más importantes: los criminales más poderosos se asignarían las últimas tareas de ejecución o, incluso, tareas no ejecutivas para lograr su impunidad.

Respecto de las críticas realizadas por la solución contraria da cuenta de que una aplicación estricta del Derecho Penal de Acto, es decir, utilizando un criterio individual y naturalista, llevaría a que, en casos de delitos consumados, ninguno de los intervinientes responda por el todo sino sólo por su aporte (siempre y cuando haya sido penalmente relevante).

La postura de Hans Jescheck puede ser encuadrada dentro de la solución desarrollada, pues entiende que el inicio de la realización del tipo por parte de uno de los coautores en el marco del acuerdo común conlleva la imputación directa a todos los intervinientes. Exige también que éstos hayan asumido, conforme a la división de funciones acordada, la realización de aportes al hecho común que, en definitiva, son los que le permitirán compartir su dominio siempre que hayan sido “precisos para completar la acción de tentativa ya realizada”[9].

A diferencia de la global, la solución individual establece que el comienzo de la tentativa debe ser examinado de forma específica en cada uno de los coautores por lo que debe observarse el momento en que el sujeto, en concreto, entró en faz de tentativa.

En efecto, fue Schilling quien precisó que la delimitación de la tentativa no podía depender de la valoración de una supuesta conducta colectiva sino que debía hacerse respecto del comportamiento de cada uno de los intervinientes en el hecho, exigiéndose así que la intención delictiva sea objetivada en un comienzo de ejecución ejecutado por cada uno de los coautores para que adquieran dicha calidad: no se pueden trasplantar las intenciones de uno a otro ni puede “cederse” la ejecución a sus deseos.

Se observa así que, para esta teoría, la tentativa surge independientemente para cada uno de los coautores.

La importancia del acuerdo de voluntades respecto del comienzo de la tentativa difiere entre los autores. Algunos consideran que, al tener cada interviniente la decisión de ejecutar la conducta asignada, el dominio del hecho correspondería exclusivamente a él, pues, individualmente, decidirá cuándo dará comienzo a la ejecución de su conducta. Por el contrario, otros entienden que el acuerdo de

voluntades supone que entre los intervinientes exista un mutuo acuerdo de apoyo psicológico que implica, per se, la consecución de un resultado por cada autor[10].

Claus Roxin, exponente de la postura, se apoya en distintos argumentos para sostener su solución.

Entre ellos, su compatibilidad con las exigencias de la coautoría en relación a la participación de los intervinientes, en tanto si para la consumación se exige un aporte personal en la faz ejecutiva, lógico es, en casos de tentativa, el requerimiento de un aporte efectivo en el inicio de la ejecución, entendido como puesta en peligro próximo al bien jurídico protegido por la norma

La solución también es congruente con los postulados del desistimiento pues, si se imputa tentativa a quien aún no ha realizado actos ejecutorios, se le estaría exigiendo para desistir la evitación del desarrollo delictivo y, con ello, una conducta de mayor intensidad respecto a quien sí ha realizado actos ejecutivos. Quien no ejecutó se vería en la obligación de evitar el desarrollo delictivo del hecho que no ejecutó, en tanto no le alcanzará con “dejar de hacer algo”.

Por último, entiende que la solución global violenta el Derecho Penal de Acto, en tanto propone imputarle tentativa a quien aun no han llevado adelante ningún acto penalmente relevante.

El jefe de la banda como muestra de las consecuencias de aplicar las distintas soluciones [\[arriba\]](#)

A los fines de graficar las posturas, es interesante observar el abordaje que los distintos autores realizan respecto del harto conocido “jefe de la banda”.

Se advierte de las concepciones detalladas hasta aquí que Jakobs y Stratenwerth admiten que el jefe de la banda pueda ser considerado coautor, pues creen que una participación en el estadio preparatorio puede fundamentar el dominio del hecho, en la medida que el momento en el que se produce el aporte no es lo decisivo. La importancia, en el caso del jefe de la banda, radica en que el organizador es quien diseña el hecho delictivo, configurando los roles individuales con antelación, brindándole así un significado a la conducta de los que intervienen en el estadio ejecutivo. De este modo, su minus de intervención se compensa por el plus en la planificación y configuración del hecho.

Para Frister, si el jefe de la banda reparte los roles a cumplir para la comisión del hecho, los ejecutores actuarán confiando en que cada uno de los demás brindará su aporte al hecho. Pero la causa de esta confianza no es una acción anterior de los demás, sino el “creer en la autoridad del jefe de la banda” que es, en definitiva, lo que justifica la coautoría.

En cambio, si se aplica la Teoría del Dominio del Hecho propuesta por Roxin, el jefe de banda sólo será coautor en la medida que intervenga en la ejecución del hecho pues, sólo así, podrá dominar su acontecer. Es que quien sólo participa de la preparación del hecho común no dominará objetivamente su ejecución y, por ello, no podrá ser considerado coautor. Ello vale, incluso, si ha sido quien planeó el hecho, en tanto mientras no siga teniendo influencia en el estadio ejecutivo, quedará en manos de los ejecutores la determinación de si el hecho se comete o no.

Sea cual sea la teoría que se adopte, no podrán perderse de vista las consecuencias que su toma acarrearán que, en franca protección de la ciencia penal, sus operadores no podemos obviar.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Magister en Derecho Penal. Profesora ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

[2] JAKOBS, Günter. "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000

[3] Pese a que, en determinadas circunstancias, podrá ser autor mediato

[4] Relevante al momento de evaluar la coautoría imprudente

[5] STRATENWERTH, Günter. "Derecho penal. Parte general I. El hecho punible", 1era. ed., Buenos Aires., Ed. Hammurabi, 2008, págs. 404 y 405

[6] FRISTER, Helmut. "Derecho Penal. Parte general", 1era. ed., Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pág. 570 y ss.

[7] ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito", 1era. ed., Buenos Aires, Ed. Arazandi S.A., 2014, T. II, pág. 449 y ss.

[8] REYES ALVARADO, Yesid. "El delito de tentativa", 1era. ed., Buenos Aires, Ed. B de F, pág. 338

[9] JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal", 4ta. ed., España, Ed. Comares, pág. 621

[10] En este sentido, ver Rudolphi y Schilling.