



Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo¹

Klaus Tiedemann

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Friburgo de Brisgovia*

I. Introducción

La Parte General del Derecho Penal tiene en Europa profundas raíces históricas, sin que podamos describir aquí detalladamente sus numerosos aspectos comunes, especialmente desde el renacimiento². Puede darse también por conocido que el desarrollo del modelo preponderante de teoría y legislación no impidió un progresivo alejamiento de contenidos y estructuras, en el proceso de codificaciones nacionales del XIX. Al finalizar el siglo, el llamativo balance provisional es el de una separación y bifurcación de la Ciencia penal europea, en el sentido, por una parte, de una dogmática penal, denominada así por su carácter técnico-jurídico, que se desarrolló tanto en Francia como en Alemania con un grado diferente de sujeción a la ley penal positiva, y, por otro, una Política criminal avocada a las consecuencias jurídicas aunque no limitándose a ellas, que se ocupó directamente de las cuestiones materiales y que en Inglaterra, aunque también en Francia, colocó el acento sobre los temas procesales. Esta antinomia no se produce solamente respecto de los Estados entre sí, sino que se manifiesta también en el interior de las concepciones del Derecho Penal de cada uno de los países.

Hoy, al finalizar el siglo XX, nos preguntamos qué cosas compartimos aún o de nuevo de la Parte General, qué principios, reglas y construcciones son susceptibles de ser consensuadas y, ante todo: hacia dónde hay que mirar para extraer los principios fundamentales de la Parte General del Derecho sancionador comunitario, que en cualquier caso sólo prevé sanciones administrativas; cómo

impulsar una solución común, es decir y de menos a más, o una armonización formal o por materias, o la formulación de sencillos *standard* mínimos con contenidos materiales, todo ello teniendo a la vista tanto la antigua diversidad en cuestiones claves en el Derecho positivo, en la filosofía y en la teoría del Derecho, en la escisión entre el pensamiento sistemático y el principialista, como de la sospechosa dirección que a la sombra del pragmatismo se encamina hacia un pensamiento procesal.

Las fuentes de conocimiento y el punto de partida de la solución son dos. De un lado, la jurisprudencia del T.J.C.E. de Luxemburgo, cuando se ocupa de sanciones administrativas, y la del T.E.D.H. de Estrasburgo, sobre todo cuando trata de las consecuencias materiales y garantías procesales de la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Y, de otro, las respuestas de los legisladores penales nacionales a las cuestiones fundamentales deducidas y sistematizadas a través de una comparación jurídica cuidadosa y ponderada. A su vez, las concepciones jurídicas comunes cristalizan frecuentemente en recomendaciones internacionales, similares al *soft law*, del Consejo de Europa o de la A.I.D.P. Tales declaraciones acerca de la Parte General del Derecho Penal son consecuencia de la cultura común jurídico-europea tanto en el ámbito de la dogmática penal como en el de las sanciones jurídicas. Estas últimas, esto es, la doctrina sobre las consecuencias jurídicas del delito, será dejada de lado, pese a su estrecha unión con la dogmática penal, como muestra el hecho de que en varios ordenamientos jurídicos, como el alemán

1. Versión reelaborada y completada parcialmente de la Relación General de la Sesión de la Sociedad para el Derecho comparado que tuvo lugar en Graz 1997. El trabajo es parte de un proyecto de investigación para la aproximación del Derecho Penal en la Unión Europea (Premio Max Planck 1995); la reelaboración se ha realizado a partir del *workshop* que tuvo lugar en Friburgo en 1998. Traducción realizada por Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla-La Mancha).

2. Fundamentalmente Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrecht* (1930) y *Die europäische Strafrechtswissenschaft* (1954).

o el español, sea necesaria la previa comisión de un hecho antijurídico para fundamentar la imposición de una medida de seguridad. El que esta exigencia no sea necesariamente requerida para un concepto puro de peligrosidad social o policial es algo tan evidente como el carácter unilateral de que adolece una orientación del conjunto de la dogmática basada tan sólo en el concepto "clásico" de autor culpable.

En cualquier caso debe indicarse que hoy en Europa la noción constitucional de proporcionalidad representa también para la imposición de sanciones un extendido principio general y una exigencia fundamental. El proyecto de *Corpus Juris* para la creación de un espacio penal europeo común en torno a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, creado por la Comisión europea sobre la base del artículo 100 del T.U.E. —en su redacción antigua— en respuesta a un encargo del Parlamento, subraya expresamente que el principio de legalidad, de culpabilidad y proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad son principios básicos del Derecho Penal europeo. Esta declaración es ciertamente compartida y corresponde a una valoración internacional, aunque en cada país subsistan innumerables restricciones y reservas respecto de los tres principios fundamentales mencionados.

En el mismo sentido habríamos de ocuparnos en otro momento de los trabajos conducentes a elaborar una Parte General limitada y correspondiente a un número muy concreto de delitos, elaborada con ocasión de la creación de un Tribunal internacional permanente de justicia penal. El comité preparatorio redactó, por encargo de la Asamblea General de la O.N.U., sobre la base del *draft Code of Crimes 1996 de la International Law Commission*, una serie de reglas que al lado del principio de legalidad y de culpabilidad contienen la punibilidad de las personas que dan las órdenes ("*command responsibility*"), determinadas causas de justificación, así como la prescripción.

La primera cuestión básica para la construcción de una Parte General común y fundamentada en criterios propios, no limitada a consideraciones ceñidas al sector económico o al del Derecho internacional, consiste en averiguar la procedencia de sus principios fundamentales y su contenido. Para ello se puede partir de los ordenamientos jurídicos europeos más avanzados y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales antes mencionados, que proclaman la aplicación de dichos principios inclusive a las sanciones adminis-

trativas, aunque sea con "ciertos matices", como ha proclamado el Tribunal Constitucional Español³.

Fomulado de un modo general se trata de aquellos principios o reglas de la Parte General que se encuentran en la mayoría de los ordenamientos penales europeos y que constituyen el "núcleo duro" del Derecho Penal, por representar principios irrenunciables del moderno Derecho Penal. Los principios susceptibles de consenso y por ello de armonización en determinados sectores del espacio europeo son, al lado de los ya mencionados principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, el reconocimiento de los derechos de necesidad (*Notrechte*) y de conflicto (*Konfliktrechte*), la doctrina de la autoría y participación, la del error y la tentativa y finalmente también la de los concursos. Estos sectores y principios deberían ser regulados expresamente en un C.P. modelo o en un Proyecto de modelo sectorial, especialmente si la autorización del artículo 280.4 del T.C.E. entra en vigor y se hace uso de ella: la aplicación similar de los tipos penales supranacionales por parte de los tribunales de los estados miembros condiciona necesariamente la positivización de estos principios, que de ninguna manera deben reducirse a un mínimo común a todos los países.

La visión hasta ahora más material debe ser completada y ampliada mediante la perspectiva formal del Estado de derecho, en cuanto que se trata de garantías correlativas tanto para las constituciones como la C.E.D.H. Desde el punto de vista formal, la exigencia fundamental de toda regulación positiva se refiere a la cuestión acerca de qué elementos de la Parte General deben ser regulados por medio de la ley y qué intensidad debe alcanzar dicha regulación. A partir de aquí surge una tercera exigencia fundamental, que podríamos denominar "consistencia", cuyo fin es que el posible modelo de regulación elegido (por ejemplo, en relación a la autoría y participación, concepto unitario de autor o modelo diferenciado) sea desarrollado de modo consecuente y roto sólo por excepciones razonables y en el menor número de casos posible. En cualquier caso, este tercer nivel es el más relativo de todos, pues como incluso admitió Welzel, el desconocimiento de las estructuras lógico-materiales no conduce ni a la nulidad ni a la inaplicabilidad del derecho positivo legitimado por un legislador democrático. En múltiples cuestiones veremos que la Parte General se configura atendiendo antes a las decisiones valorativas del legislador que a las estructuras ló-

3. Cfr. TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal económico* (1993), con referencias.

sa⁹. De existir una regulación positiva de las mismas, tal como ocurre en el C.P. español (art. 20 y 74), ambas figuras seguramente hubiesen sido mantenidas en su núcleo y no hubiese sido su restricción por vía jurisprudencial. Asimismo, en relación al ámbito de la autoría y la participación Pradel ha constatado críticamente las *formules larges* de los preceptos alemanes introducidos en 1975¹⁰. Naturalmente la dimensión extensiva de estas formulaciones es una consecuencia tendencial de la elevada abstracción que caracteriza a la P.G. en su conjunto. Pero frente a esa tendencia generalizada, debe recordarse que existen países con una orientación contraria, así la *Brottsbalk* sueca rechaza contar con una Parte General preliminar y prefiere regular al final de cada capítulo de la Parte Especial las cuestiones de la tentativa, preparación y conspiración, e igualmente ocurre en el *Strafflag* finlandés. También el *Straffelov* noruego regula la punibilidad de la cooperación en la Parte Especial y de modo frecuente el *Statute Law* inglés contempla el error al hilo de los singulares tipos penales. Por terminar con un ejemplo del extremo opuesto puede mencionarse la amplia generalización del criterio de evitabilidad del error de prohibición propuesto por el § 17 StGB, que, sin concreción de ningún tipo, es de aplicación a todos los tipos de la parte especial, lo que curiosamente se ha considerado adecuado amparado en la justificación constitucional respecto a las cláusulas generales.

En relación a la teoría del delito debe resaltarse finalmente que tanto los Estados que no siguen el sistema tripartito alemán (especialmente Francia e Inglaterra, pero también, por ejemplo, Suecia) como los que lo siguen, tienen en común el "tipo" como punto de partida. El *élément legal* de la doctrina francesa y el *legal element (actus reus)* de la inglesa anudan incluso más estrechamente que la tipicidad alemana, la descripción legal con la acción y el resultado. Dichas categorías comportan directamente la función de garantía del tipo, mientras que la función sistemática del tipo alemán, como tipo de injusto, se corresponde más con el "elemento material" de la doctrina francesa. Con esta renovada comunidad fundamentada en la idea de Estado de derecho, se dota a la teoría del delito en muchos países de la dimensión de una garantía constitucional, lo que permite rechazar de nuevo la objeción del *Goldschmidt*, combatida ya en su día por Beling, según la cual una ca-

tegoría constitucional no podría formar parte de la sistemática penal¹¹.

Resulta común también en la doctrina penal europea, que al tipo externo se contraponga una categoría dirigida más al interior del autor, mientras las causas de justificación y exculpación, conocidas en el derecho inglés como "alegatos de defensa", se remiten al campo del Derecho procesal. Esta situación encuentra paralelo en Francia, donde tradicionalmente la exclusión de la responsabilidad se aborda fuera de los elementos positivos del hecho punible. En lo que no existe hasta ahora un tratamiento común es en la atribución de la carga de la prueba respecto de las causas de exclusión de la responsabilidad. El sofisticado sistema alemán, en el que la carga de la prueba pesa sobre el acusador o el Estado, tanto en lo que se refiere a los elementos positivos como a los negativos del delito, constituye, desde el punto de vista internacional, una excepción. Así tanto en Inglaterra y Francia, como en España y en la jurisprudencia tradicional italiana, las causas de justificación y exculpación deben ser probadas o al menos alegadas por el acusado (aunque, por lo demás en el Derecho inglés es válido el principio *in dubio pro reo*, con la excepción de la *insanity defence*).

Salvo que se deseara elaborar una doctrina supranacional específica sólo para el Derecho penal económico, constituye una exigencia lógica fundamental, anudada a la teoría del tipo y al principio de legalidad y más atenta al contenido interno de justicia del Estado de derecho que a su aspecto formal, el que la teoría del delito y del tipo se desarrollen a partir de todas o al menos del mayor número posible de las figuras de la Parte Especial y del Derecho Penal accesorio, y no restringidamente sobre un reducido grupo de delitos, como, por ejemplo, los violentos. A esta aspiración de unidad se le hace mayor justicia en la doctrina francesa y española que en la alemana, desde la cual, en mi opinión, merece elogiarse y subrayarse el esfuerzo del legislador español, en el nuevo C.P., por integrar en la codificación central las materias penales más importantes, a través de la técnica de los tipos penales en blanco¹². Incluso en la doctrina italiana, especialmente en el ámbito del tipo, no se produce la restricción alemana a los delitos violentos, sino que abarca también los *Intelligenzdelikte*. Esto explica, por ejemplo, que la manualística francesa desde hace tiempo se ocupe de la relevancia típica de actos antijurídicos no pe-

9. BGHSI 40, 138 ff (GS); 42, 235 y ss. (4 StrS), vid. sin embargo BGH (3. StrS) JR 1997, 391 y ss. con anotación de Hirsch.

10. PRADEL, *Droit pénal comparé* (1995), p. 278, marg. 195.

11. Vid. TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht* (1969), p. 35 y ss.

12. TIEDEMANN, *JZ* 1996, p. 647 y ss.

nales (administrativos), cuestión que en Alemania sólo se empieza a discutir recientemente y en relación casi exclusivamente al Derecho Penal del medio ambiente. La preocupación por este problema ha llevado a incluir un precepto específico en el nuevo C.P. francés (art. 111-5), según el cual el juez penal tiene capacidad para comprobar la adecuación a derecho de los actos administrativos¹³. El fin más importante de esta regulación se encamina a otorgar a los jueces la capacidad de comprobar la adecuación legal del Derecho Penal contravencional, cuya promulgación es competencia del ejecutivo según la Constitución francesa. Este problema en Alemania solo existe de un modo parcial y distinto en relación a las leyes penales en blanco.

Resumiendo: se recomienda una expresa regulación de la interdicción de analogía en *malam partem* para la Parte Especial y la inclusión de un mandato dirigido al juez en la utilización de la ley penal semejante al criterio de "previsibilidad razonable" acuñado por la Corte de Estrasburgo. La retroactividad de la ley penal más favorable debería, igualmente, positivizarse expresamente, por ser expresión de un derecho internacional del ciudadano. Por el contrario, el problema político de qué órganos de los estados miembros o de la C.E. pueden crear tipos penales, debe quedar abierto. En el derecho sancionador administrativo de la Comunidad Europea podría resultar suficiente la competencia del Consejo conjuntamente con el Parlamento, en el marco del procedimiento de codecisión.

III. Estado de necesidad y legítima defensa

Más allá de la cuestión de prueba de la que ya nos hemos ocupado, existe amplia coincidencia entre los ordenamientos en lo que constituye el núcleo central de la justificación a través de utilización del estado de necesidad y la legítima defensa. Esta circunstancia ha permitido al T.J.C.E. formular los requisitos de la legítima defensa¹⁴ de un modo que puede ser aceptado por todos los ordenamientos europeos.

Sin embargo, como muestra la mayor o menor amplitud del círculo de los bienes susceptibles de ser protegidos a través de legítima defensa, así como la evidente necesidad de una ponderación de

intereses o del juicio de proporcionalidad, las cuestiones más importantes de la Parte General son decisiones valorativas de carácter político, que un parlamento soberano adopta con total independencia de la lógica material. En el ámbito de los "derechos de defensa" su extensión dependerá fundamentalmente de la dimensión que quiera otorgarse al monopolio estatal de la fuerza. Por todo ello resulta conveniente una construcción limitada a determinados bienes jurídicos fundamentales.

El estado de necesidad, que en Francia ha sido por fin expresamente regulado y en Inglaterra es reconocido nuevamente en el sentido de una *duress of circumstances*, debe limitarse, como señala el T.J.C.E., a los supuestos en que existe un peligro para la existencia del bien. En la mayor parte de Europa se desconoce, con la excepción de la doctrina española, la diferencia alemana entre causas de justificación y exculpación, en relación al estado de necesidad. Esta diferencia, en general, pierde su significado práctico procesal si la denominada prueba de la legítima defensa se configura como un experimento puramente teórico y se configuran de un modo diverso las exigencias en relación a la accesoriadad de la participación. Igualmente el *subjective approach* del Derecho inglés, que equipara tradicionalmente la aceptación errónea de una causa de justificación o exculpación a su existencia, además de simplificar la teoría del error, convierte la diferenciación entre justificación y exculpación en algo prácticamente irrelevante. Desgraciadamente no podemos discutir aquí la nueva tendencia que existe en el Derecho inglés de excluir el dolo en los casos de *unreasonable belief*. La necesidad de un elemento subjetivo en la justificación podría ser aceptada, igualmente, en el espacio europeo.

La figura de la fuerza mayor, procedente del Derecho civil, es ampliamente reconocida y aceptada por el T.J.C.E., debido a la influencia que sobre él tiene el pensamiento jurídico francés. En la concepción alemana en estos casos no existiría ya acción, sobre todo si se entiende la fuerza mayor en sentido estricto. Aunque es posible y puede utilizarse un concepto amplio de fuerza mayor, que tome en consideración la inexigibilidad de un comportamiento al autor, como demuestra la cambiante jurisprudencia del T.J.C.E. en relación a la pérdida de cauciones del Derecho agrícola comunitario¹⁵. No resulta conveniente la inclusión de esta desfasada figura en la regulación base o

13. En el mismo sentido, porque el juez penal no puede y no quiere anular, en Alemania, los actos administrativos, ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 280.

14. Sobre este tema WAGEMANN, *RECHTFERTIGUNGS- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der europäischen Gemeinschaften* (1992), p. 87 y ss.

15. Ampliamente WAGEMANN, op. cit., p. 111 y ss., con referencias.

modelo. En vez de la misma debe construirse el estado de necesidad.

Una especialidad internacional es finalmente la tradición española de las causas de justificación incompletas que conllevan una atenuación obligatoria de la pena cuando concurren los requisitos esenciales de una causa de justificación, aunque no los accidentales. Desde el punto de vista alemán esta idea puede ser aceptable, al hilo de la tesis de Kern sobre el injusto graduable¹⁶.

IV. Principio de culpabilidad y error

En el panorama internacional el principio de culpabilidad presenta mayores controversias que el de legalidad, y ello aunque tanto Jescheck/Weigend¹⁷ como el *Corpus Juris* entiendan que se trata de un fundamento básico del Derecho sancionador europeo y pueda concebirse como una concretización del principio de proporcionalidad. En Alemania, Italia y España el fundamento de la pena sobre un principio de culpabilidad con contenido jurídico material se asegura por la jurisprudencia constitucional y en muchos países europeos es además reconocido positivamente por la legislación ordinaria. No obstante, sobre todo en Francia e Inglaterra, se acepta que hay *infractions matérielles* y *strict liability*, que se corresponden con el antiguo delito formal alemán, y que pueden ser fundamentadas tanto como presunciones de culpabilidad, cuanto como mayores exigencias de cuidado en ámbitos relativos a la protección de intereses colectivos (por ejemplo, medio ambiente). El nuevo C.P. francés limita esta forma de responsabilidad a las contravenciones, que en otros ordenamientos, como Italia, fueron durante tiempo residuo de una responsabilidad penal independiente de la culpabilidad. Por su parte, el T.J.C.E. no pone reparos a los ordenamientos nacionales (en el caso: Dinamarca¹⁸) que incluyen estas figuras de un modo sistemáticamente coherente en el marco de su sistema penal. Con ello se sigue la jurisprudencia del T.E.D.H. sobre las presunciones procesales de culpabilidad (art. 6.1), a tenor de la cual al afectado le debe ser posible siempre la prueba en contrario de fuerza mayor, con lo que, tendencialmente, se convierten las excepciones materiales del principio de culpabilidad en presunciones procesales enervables de culpabilidad¹⁹. La

cuestión se reduce por tanto, y en esencia, al derecho procesal. En el derecho inglés, y desde un punto de vista material, se entiende que de los casos de *strict liability* son *criminal in form, but civil in nature*, lo que se tiene en cuenta en el ámbito de las sanciones. Estas excepciones se justifican en el Derecho inglés indicando que quien participa en los negocios debe aceptar los riesgos de la responsabilidad penal.

No vamos a detenernos en el tratamiento de la inimputabilidad pese a su importancia para la "única" o "doble vía" del sistema penal. De todos modos, resaltaría que la diferente tolerancia frente al alcohol y otras drogas se traduce en el distinto reconocimiento de sus efectos para la imputabilidad, a través del recurso a la *actio libera in causa*. De este modo, últimamente el artículo 20.2 del C.P. español y ya antes el artículo 92 del C.P. italiano rechazan toda alegación de falta de inimputabilidad cuando ha existido una causación imprudente de la embriaguez o situación análoga.

Las reglas del error constituyen un barómetro a la hora de calibrar la realización del principio de culpabilidad e igualmente para medir en el Derecho Penal el grado de consecuencia con que se sigue una concepción más liberal o más conservadora del Estado y del Derecho. Hoy, gracias al influjo del principio de culpabilidad, se reconoce en numerosos ordenamientos que el error de prohibición invencible debe conducir a la impunidad, si bien en el derecho inglés este resultado se obtiene a partir del artificial concepto procesal de *absolute discharge*. Igualmente se entiende, salvo la excepción de Italia, que el error sobre los elementos del tipo excluye generalmente el dolo. Con el fin de simplificar la teoría del error, en el marco de una regulación base o modelo, podrían regularse conjuntamente todos los casos de errores invencibles.

Los ordenamientos nacionales nos muestran además que el error sobre los elementos típicos no se reduce a hechos, de modo que el *erreur de fait* que el nuevo derecho francés describe como *erreur sur les éléments essentiels de l'infraction* se corresponde esencialmente con el error de tipo de la concepción penal alemana. En relación a la inevitabilidad existe también una amplia coincidencia de soluciones y de categorías²⁰, que ha encontrado expresión en el artículo 11 del *Corpus Juris*. Tras la nueva limitación del Derecho Penal inglés a la exclusión del dolo sólo en casos de error ra-

16. Kern, ZStW Bd. 64 (1952) p. 262 y ss.

17. Allgem. Teil § 4 I, p. 23 y ss.

18. T.J.C.E., Rec. 1990, p. 2911 (2935), caso Hansen.

19. Decisiones del T.E.D.H. Série A Nr. 141-A (Caso Salabiaku) y EuGRZ 1992, 472 y ss. (caso Pham Hoang).

20. TIEDEMANN, *Geerds-Festschrift* (1995), p. 111 con referencias.

zonal, se esconde naturalmente la valoración de que el actuar con "ceguera sobre los hechos" no resulta necesariamente menos reprochable que el actuar con conocimiento de los mismos.

De este modo, para la polémica queda sobre todo el error evitable de prohibición o, dicho de otro modo, el error de derecho no referido al tipo. Sin embargo pueden reducirse las diferentes soluciones existentes, ya que en no pocos ordenamientos (Dinamarca, Inglaterra y Austria) se reconoce como error de hecho el denominado error de derecho extrapenal de la antigua jurisprudencia del Tribunal del Reich y el C.P. italiano (art. 47.3) lo recoge incluso expresamente. Al igual que la jurisprudencia española, el legislador portugués se orienta tanto en el Derecho Penal como sancionador administrativo, por la diferenciación entre *delicta per se* y *delicta mere prohibita*. Como ha criticado la doctrina, esta distinción provoca gran inseguridad a la hora de definir una u otro ámbito, pero consigue mejores resultados en cualquier caso que la criticada fórmula vacía alemana del § 17 StGB relativa a la información y esfuerzo de la conciencia. Igualmente otros ordenamientos jurídicos europeos, que siguen al menos la estela sistemática del derecho alemán para el tratamiento de los errores de derecho, han conseguido elaborar soluciones a través de la elaboración de grupos de casos disculpantes, como especialmente la falsa información proveniente de una instancia competente, que generalmente resultan adecuados y que pueden servir de ejemplo para el Derecho Penal alemán. Asimismo resulta un ejemplo válido, y por ello debía ser incorporado al artículo 11.2.2 del *Corpus Juris*, la regulación del C.P. español, que obliga forzosamente en los casos de error de prohibición vencible a aminorar la pena, y ello porque siempre la culpabilidad del autor que yerra es menor que la de quien actúa con pleno conocimiento de la prohibición.

V. Autoría y participación

En el tratamiento de la autoría y la participación los Códigos penales de Austria e Italia y también en el Derecho Penal criminal de Dinamarca y Noruega adoptan el sistema unitario de autor, aunque con di-

ferentes consecuencias. Por el contrario, el resto de los países miembros de la Unión Europea y también el *Corpus Juris* (art. 12) siguen la diferencia fundamentada por la doctrina italiana de la alta Edad Media que considera relevante desde un punto de vista dogmático y no sólo para la medición de la pena el distinto grado de contribución al hecho. Puede resaltarse como un bien común del Derecho Penal europeo que la diferenciación entre autor único, coautor y autor mediato se sustituye sobre criterios de imputación unitarios, al menos en los dos últimos casos en los que tal vez falta una realización del tipo propiamente dicha²¹. Esto es evidente al menos en los casos de autoría mediata que desconocen cualquier forma de accesoriedad, por ello el Derecho Penal francés tiende a un tratamiento restrictivo de esta figura y sólo la reconoce, junto a los casos expresamente regulados del *auteur intellectuel* o moral, en los casos inequívocamente merecedores de pena, como la utilización de un error por el hombre de atrás, en los que imputa el hecho al autor mediato. Con el fin de proceder a una adecuada diferenciación respecto de la inducción se recomienda una regulación expresa de la autoría mediata.

Siguen siendo ampliamente discutidas las dos cuestiones más importantes del sistema de diferenciación, el grado de accesoriedad de la participación y el problema de la participación en delitos especiales, solucionado en Alemania de modo nítido a partir de 1975. Así, resulta en parte admitida en el derecho comparado la autoría de los *extranei* en los delitos especiales, lo que debe valorarse como un indicio de rechazo a la pretensión alemana de sujeción a la naturaleza de las cosas. También la generalizada admisión de la participación en un hecho principal imprudente obliga a aceptar que en el Derecho Penal europeo opera un concepto normativo de autor, con lo cual la autoría mediata resulta de un principio -el de dominio- de imputación, de tal manera que en los casos en que varios participan en un hecho, éste concierne solamente a los niveles de participación jerárquica superior. Este grado de imputación deviene en la actualidad especialmente importante a la vista de la criminalidad de empresa y gubernativa.

La siempre discutida autoría omisiva impropia del superior, favorecida en el derecho alemán por el § 357 StGB²² encuentra correspondencia en In-

21. Sobre este aspecto, y en lo que sigue, vid. TIEDEMANN, NISHIHARA-FESTSCHRIFT (1998), p. 499 y ss., con referencias.

22. Not. del traductor:

§ 357 Determinar a un subordinado a realizar un hecho punible.

(1) El superior, que determine a sus subordinados a realizar un hecho antijurídico en el ejercicio de sus funciones o que acepte su determinación o permita la realización de un hecho antijurídico por su subordinado, será castigado con la pena prevista para ese hecho antijurídico.

(2) Esta determinación será de aplicación a los funcionarios en quienes se delega la vigilancia o el control sobre los actos de servicio de otros funcionarios, en cuanto que el hecho antijurídico realizado se refiera a las actuaciones de vigilancia o control.

glaterra y Francia a través de las figuras no positivizadas que fundamentan la punibilidad en virtud de la *vicarious liability* o *du fait d'autrui*, y que como partes integrantes del "derecho judicial", y pese a ser objeto de constantes ataques doctrinales, muestran que es necesario reconocer este tipo de responsabilidad. A ello atiende el artículo 13 del *Corpus Juris* relativo a la responsabilidad del propietario de la empresa, como persona con capacidad de decisión y control, que declara merecedoras de pena entre otros comportamientos la omisión de impedir infracciones. La regulación expresa y limitada a un sector específico de este tipo de omisión impropia, complementada en el ámbito de los funcionarios y del gobierno, resulta necesaria y susceptible de consenso en Europa. La regulación legal, al menos de sus exigencias básicas, resulta esencial e irrenunciable mientras se soluciona la creación de figuras de omisión impropia, en general o en la Parte Especial, o la descripción del principio de dominio en la Parte General y/o se introduzca la responsabilidad imprudente, pese a las objeciones dogmáticas.

No puede abordarse aquí la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, que se abre paso en Europa desde su reintroducción en Francia, Finlandia así como Noruega y en Holanda, cuyo modelo se ha convertido ya en clásico²³. En el segundo protocolo adicional al Convenio de la Comunidad de 1995 se recomienda el castigo penal de las personas jurídicas, como alternativa similar a la responsabilidad sancionadora administrativa del modelo alemán. Esta cuestión fue expresamente tratada en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Atenas y desde entonces, a través de las iniciativas de la Comunidad Europea, es objeto de vivas discusiones en un gran número de Estados, en las que se tienen presentes los nuevos esfuerzos teóricos de los países del *Common Law*.

Resulta significativo el que el Tribunal Supremo alemán en los casos *Lederspray* y *Jenner-Bergbahn* parta de que la distribución de un producto peligroso o su almacenamiento no es una acción humana, sino de la empresa, que es imputado finalmente bajo puntos de vista normativos a las personas físicas y no a la inversa²⁴. Las contradicciones posibles con el principio de culpabilidad son susceptibles de solución a través del reconocimiento

de la imputación o de una culpabilidad propia de la empresa. De este modo, la introducción de una responsabilidad penal propia de la empresa constituye en la actualidad más una decisión valorativa que de lógica constructiva. El *Corpus Juris* (art. 14) apoya tal responsabilidad, aunque deja abiertos los criterios de imputación. El nuevo Derecho Penal francés elige como principio de imputación la culpabilidad del órgano (*théorie du reflet*), lo que exige la concreción de la persona física y la declaración de su culpabilidad. Por el contrario, el Anteproyecto suizo desea introducir la punibilidad de la persona jurídica sin requisito de culpabilidad.

VI. Tentativa y actos preparatorios

En relación a los grados de ejecución del hecho punible podemos ser breves en lo concerniente a la doctrina de la tentativa y del desistimiento; en la completa relación general de Jescheck²⁵ al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Australia en 1986 puede encontrarse el estado actual de estas cuestiones. En lo que a acontecimientos posteriores a esa fecha se refiere debe reseñarse sobre todo, que el nuevo CP francés en el artículo 121-5 y el español en su artículo 16.1 recurren al criterio tradicional del "principio de la ejecución" para delimitar los actos preparatorios impunes de la tentativa punible, mientras que especialmente en Alemania, Italia y Austria al menos terminológicamente se ha renunciado a este concepto.

De hecho aparece susceptible de consenso el modelo alemán de interpretación dogmática, cuya fórmula de los "actos intermedios" se acerca a la jurisprudencia francesa. Lo mismo cabría decir en relación al desistimiento, a cuyos efectos el Anteproyecto no oficial de Reglamento de la Comunidad de 1995 (§ 5-2) quería orientar su regulación hacia el § 24 del C.P. alemán, el § 16 del C.P. austríaco y el artículo 16.2 del C.P. español²⁶. A pesar de todo en Europa continúa siendo discutido si la tentativa debe castigarse menos que el hecho consumado y si la tentativa absolutamente inidónea ha de ser castigada. Deben constatar en este lugar las diferentes valoraciones de las relaciones entre el desvalor de la acción y el del resultado y entre lo objetivo y lo subjetivo.

23. Para una panorámica Doelder/Tiedemann (ed.), *Criminal liability of corporations* (1996), en lo que sigue también TIEDEMANN, en Schoch/Stoll/Tiedemann, *Freiburger Begegnung* (1996), p. 30 y ss.

24. BGHSt 37, 106 (114) y NJW 1971, 1093 así como 1973, p. 1379.

25. JESCHECK, ZStW Bd. 99 (1987), p. 111 y ss.

26. Vid. BACIGALUPO/GRASSO/TIEDEMANN, en Schünemann/Suárez González (ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts* (1994), p. 466.

En lo que se refiere a la tentativa de participación la tendencia político criminal internacional es reconocible y así, al igual que en el derecho alemán, la complicidad en grado de tentativa se considera impune incluso en el sistema unitario de autor y se estima punible la inducción en grado de tentativa. La participación en la tentativa es también punible con carácter general²⁷. El acuerdo entre coautores (vid. § 30.2 del C.P. alemán) es regulado frecuentemente, como consecuencia, de un lado, de su carácter delictivo previo y, de otro, por su especial peligrosidad, a través de tipos especiales como la *conspiracy*, la *association de malfaiteurs* y la *associazione per delinquere*²⁸. En el Derecho Penal italiano como consecuencia de su carácter más objetivizado se equipara la impunidad de la inducción y la conspiración frustrada. El *Corpus Juris* contiene igualmente en su art. 8 un tipo especial similar, y en coincidencia con la jurisprudencia y doctrina sobre el art. 416 del *Codice penale* se exige un grado suficiente de organización y un "programa criminal".

VII. Resumen y tesis

Como resumen de mis anteriores reflexiones desearía formular a modo de tesis los puntos claves de las exigencias fundamentales de la P.G. y completarlas en parte para favorecer la discusión al respecto. Para ello, y tal como suele hacerse en las recomendaciones internacionales, indicaré expresamente lo que constituye forzosamente una exigencia fundamental, las regulaciones simplemente deseables y los detalles concretos más importantes:

1. El proceso de abstracción inmanente a la Parte General presupone que no sólo unos cuantos, sino tendencialmente todos los grupos de delitos constituyan el fundamento del modelo para el desarrollo de los principios y reglas de la P.G., sin perjuicio de que deban preverse regulaciones específicas para algunas materias concretas de la Parte Especial.

2. La Parte General del Derecho Penal necesita regularse legalmente en la medida en que sus reglas de imputación comportan una ampliación de la punibilidad respecto de lo previsto en la Parte

Especial (participación, tentativa, etc.). Las reglas de validez (§§ 2 y ss. del StGB) deben ser formuladas en cualquier caso por el legislador como consecuencia de las exigencias de especial claridad y de determinación; lo que se requiere especialmente respecto del concepto de ley temporal y del principio de retroactividad favorable²⁹.

3. La amplitud de los conceptos dogmáticos y de las construcciones extralegales debería concretarse en sus contenidos a través de ejemplos típicos legales, como por ejemplo el artículo 87 del T.C.E., o mediante el enunciado de grupos de casos elaborados por la jurisprudencia (como ocurre respecto de la invencibilidad del error de prohibición en los casos de errores inducidos por falsas informaciones procedentes de instancias competentes).

4. Con el fin de incrementar la seguridad jurídica deberían incluirse definiciones legales en los casos en que se trata de describir un específico círculo de autores (por ejemplo funcionarios), el fundamento de la punibilidad o una profunda división en las categorías de la acción o la culpabilidad (dolo eventual).

5. Los elementos del hecho punible que fundamentan la pena deberían ser probados por la acusación pública, lo que vale especialmente para el dolo. Cuando se utilicen presunciones de culpabilidad ha de permitirse en todo caso la prueba en contrario por parte del inculpado.

6. Las sanciones administrativas de carácter punitivo, que tienen también un fin retributivo, deben imponerse fundamentalmente con las mismas garantías que las que se prevén para el Derecho Penal. Este principio puede admitir limitaciones en relación a la competencia para crear dichas sanciones, como consecuencia tanto de su carácter de bagatelas, como de la agilización de su imposición. En contra de la opinión jurídica alemana podrían admitirse inversiones de la carga de la prueba. Las limitaciones encuentran su barrera en los derechos fundamentales garantizados por el derecho nacional e internacional³⁰.

7. El principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) en lo referente a sus corolarios dirigidos al juez, constituye un punto de partida irrenunciable de los derechos penales europeos e igualmente en el plano supranacional³¹. Si la punibilidad de un comportamiento depende de las valoraciones ju-

27. JESCHECK, op. cit., nota a pie de página n. 23, p. 134.

28. Nuevamente sobre ello JESCHECK, op. cit. p. 139 y ss.

29. Vid. TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht* (1985), p. 13 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *Schünemann/Suárez González*, op. cit., p. 143 y ss.

30. Vid. recomendaciones del XIV Congreso Internacional de la AIDP, ZStW Bd. 102 (1990), p. 658 y ss.

31. Vid. sólo TIEDEMANN, NJW 1993, p. 28 con referencias.

risprudenciales, la modificación de la jurisprudencia debe ser previsible de un modo razonable. La aplicación analógica del derecho en la Parte Especial en perjuicio del autor no resulta admisible. En relación a los actos de la administración –leyes penales en blanco– que fundamentan la punibilidad, la decisión fundamental sobre su punibilidad debe partir del legislador democrático³².

8. Pertenece al ámbito de decisión del legislador democrático determinar en qué medida debe considerarse impune o atenuada la pena en las situaciones de conflicto y de necesidad así como en los supuestos de error. Sin embargo, debería ser reconocida en todo caso la posibilidad de legítima defensa y del estado de necesidad cuando se pone en peligro un bien jurídico fundamental. El error no culpable del autor, es decir, no evitable de un modo razonable, sobre los hechos o sobre cuestiones jurídicas excluye forzosamente la punibilidad y debería por ello tratarse conjuntamente. En lo que se refiere al error de hecho evitable se recomienda la regulación de la exclusión del dolo; además, debería indicarse expresamente que deben tratarse de igual modo los elementos normativos del tipo y los actos que complementan los elementos en blanco de un tipo penal.

9. Sólo se acepta el castigo de la tentativa si el legislador lo ha previsto expresamente. La decisión delictiva del autor debe darse a conocer a través de actos externos. Éstos pueden ser identificados porque representan el comienzo del hecho, esto es,

conducen inmediatamente –sin más actos intermedios– a su consumación, aunque eventualmente deba adoptarse el punto de vista del autor.

10. En caso de que varias personas tomen parte en un hecho se recomienda el modelo unitario de autor por su mayor sencillez en relación a las sanciones administrativas. En el modelo diferenciador debería definirse legalmente la participación, especialmente en lo que se refiere a la autoría mediata, y establecer el grado de accesoriidad de la mera participación. La participación a través de la omisión debe declararse punible mediante una regulación expresa y sectorial para la criminalidad de empresa, de funcionarios públicos y gobernantes. La omisión impropia, por lo demás, debería ser punible sólo cuando existe una regulación legal expresa.

11. Las personas jurídicas y otras agrupaciones deben ser reponsabilizadas por los hechos punibles cometidos en su interés por sus encargados a través de la imposición de sanciones, al menos, semejantes a las penales y no sólo mediante sanciones civiles o de carácter puramente administrativo (en relación a las garantías que les serían de aplicación, vid. supra. 6). Podría llegarse más lejos, hasta el castigo estrictamente penal de estos entes con el fin de poner fin a su organización delictiva, para lo cual bastaría que la regulación modelo mencionase de un modo general el modelo de responsabilidad y sus criterios u ofreciese modelos alternativos. ●

32. Para una análisis comparado, TIEDEMANN, p. 141 y ss. y Tatbestandsfunktionen, p. 239 y ss.; vid. además las relaciones nacionales de Arroyo y Schick Bd. (1988).