



## *La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo<sup>1</sup>* ...

Klaus Tiedemann

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

### I

El Derecho Penal de los Estados miembros de la Unión Europea hasta el momento ha quedado en gran medida al margen del amplio movimiento de armonización que caracteriza al Derecho de la Unión en muchos campos. Respecto de la parcial aproximación de los ordenamientos penales europeos que últimamente parece abrirse paso cabría decir brevemente y con carácter previo lo siguiente:

A lo largo de varias décadas, los tipos penales nacionales únicamente se han encontrado sometidos *de modo negativo* al control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E.), en orden a determinar si la correspondiente norma de conducta o de sanción contraviene libertades fundamentales del Tratado de la Comunidad Europea (T.C.E.), por ejemplo, al vulnerar una prohibición legal nacional la libertad de establecimiento de los trabajadores (art. 48 T.C.E.) o al limitar de modo desproporcionado una amenaza de pena la libre circulación de bienes y servicios (arts. 30, 59 T.C.E.)<sup>2</sup>. Ya en el libro en homenaje al profesor japonés *Miyazawa*<sup>3</sup> indicamos que desde la sentencia del Tribunal de Justicia en el así llamado escándalo del maíz griego de 1989<sup>4</sup> ha sido desarrollada de manera adicional una obligación *positiva* de los Estados miembros de proteger los

intereses (financieros) de la Comunidad de modo efectivo y, con ello, también mediante amenazas de pena. De ello deriva en la Parte Especial del Derecho Penal una *armonización mínima* de los sistemas jurídico-penales nacionales en relación con la protección de intereses comunitarios<sup>5</sup>, armonización en la cual, sin embargo, una limitación estricta a los intereses financieros ni resulta obligada ni tan siquiera convincente<sup>6</sup>. En virtud de la sentencia en el caso del maíz, y ahora del artículo 280 T.C.E., a los Estados miembros les compete, más allá de ello, proteger jurídicamente los intereses (financieros) de la Comunidad de igual modo que se protegen los correspondientes intereses nacionales, es decir, deben *asimilar* ambos ámbitos de protección en el respectivo Derecho nacional, así como se prevé en el Derecho Penal alemán ya desde los años setenta en el § 264, párrafo 6.º St.G.B. respecto del fraude de subvenciones y en el § 370, párrafo 6.º Abgabenordnung respecto del fraude tributario. El último paso hasta el momento en dirección a una *verdadera armonización* de los ordenamientos penales nacionales lo constituye el convenio internacional para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, suscrito en la cumbre de jefes de Gobierno de Cannes, en julio de 1995<sup>7</sup>, que prevé junto a un tipo de estafa que debe constituir un marco unita-

1. Traducción del original alemán de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). El texto es una versión revisada por el autor del trabajo «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht. Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge», publicado en: *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1997.

2. Cfr. la sinopsis al respecto en GRASSO, en: ARROYO/TIEDEMANN (ed.), *Estudios de Derecho penal económico*, 1994, pp. 293 y ss.; MANACORDA, Il foro italiano 1995, V, pp. 55 y ss.; TIEDEMANN, NJW 1993, pp. 23 (24), respectivamente, con ulteriores referencias de la bibliografía francesa e italiana.

3. Festschrift MIYAZAWA, 1995, pp. 673 (676).

4. TSCE col. 1989, pp. 2.965 y ss. con comentario de TIEDEMANN, EuZW 1990, pp. 100 y s.

5. Cfr. TIEDEMANN, en: KREUZER/SCHUEING/SIEBER (ed.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, pp. 133 (144).

6. DANNECKER, JZ 1996, pp. 869 (878); SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ (ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, p. V; SIEBER, JZ 1997, pp. 369 (374); TIEDEMANN, op. cit. nota 4, pp. 146 y s.

7. DOCE n.º C 316/48, de 27.11.1995; sobre ello DANNECKER, ZStW 108 (1996), pp. 577 y ss.; TIEDEMANN, en: *LK*, 11.º edición, 1997, § 264, n.m. 10; ZIESCHANG, EuZW 1997, pp. 78 y ss.

rio, referido tanto al lado de gasto como el de ingresos del presupuesto comunitario (y que establece en su conjunto un compromiso entre la concepción de la estafa anglo-francesa, próxima al hurto, y la reciente tradición de la estafa alemana, orientada en atención al daño), también reglas jurídico-penales acerca de la *participación de varios sujetos* en la estafa comunitaria (art. 2, párrafo 1.º y art. 3). Por lo tanto, el convenio regula respecto de un determinado sector cuestiones de la Parte General, mostrando de este modo una nueva vía para la armonización, vía que si bien se contrapone al pensamiento alemán orientado a la sistematización y abstracción, merece atención en cuanto punto de partida entre tónica y pragmatismo, y ello también porque tanto la legislación penal inglesa como la escandinava regulan con buenas razones materiales ciertas cuestiones de la Parte General en los tipos penales específicos. A medio plazo, tal armonización sectorial puede tener efectos como piedra de toque para el examen y la renovación de verdaderas «reglas generales».

¿Qué contenido y qué trasfondo tienen las mencionadas reglas del convenio sobre autoría y participación? ¿Pueden ser, más allá del ámbito de la estafa comunitaria, un modelo para una equiparación (armonización) en el ámbito europeo de las regulaciones nacionales correspondientes? ¿Cómo pueden concretarse estas reglas, redactadas hasta el momento más bien como principios, convirtiéndose así en verdaderas reglas?

## II

En la realidad social, especialmente en la criminalidad económica y contra el medio ambiente, en la actualidad es relativamente frecuente que un delito no sea cometido por una persona sola<sup>8</sup>. De hecho, el numerosas veces descrito fenómeno de la colectivización de la vida social halla correspondencia también en el plano patológico de la comisión de delitos en la frecuente intervención de varios sujetos. Esta intervención puede producirse en tres planos o escalones: la perspectiva habitual de las teorías de autoría y participación se refiere al plano *horizontal* de la intervención conjunta de varias personas más o menos independientes las unas de las otras; sin embargo, progresivamente se incluye en la consideración dogmática también la intervención con-

junta *vertical*, es decir, ordenada jerárquicamente, de varias personas en distintos escalones en la Administración, las empresas, organizaciones criminales, etc. En el ámbito horizontal se plantea la vieja cuestión acerca de si todos los intervinientes deben ser penados por igual, o de si, por el contrario, debe considerarse que les corresponde una determinada responsabilidad y pena, distinta en función de las características y de la relevancia de sus aportaciones. Respecto del ámbito vertical, caracterizado por delimitaciones poco nítidas y desplazamientos de las estructuras, aparece como problema principal la cuestión acerca de si junto al sujeto que ejecuta directamente el hecho también corresponde responsabilidad penal al superior o a los superiores, y acerca de si, y, en su caso, en qué medida, una delegación de facultades y deberes exime de pena. Por el contrario, la ulterior cuestión relativa a si el subordinado queda exento de pena, en virtud de la instrucción o de la orden forma parte, conforme al entendimiento habitual, de la teoría de la justificación y de la exculpación.

En tercer lugar, se plantea el problema, especialmente actual, acerca de si tiene responsabilidad jurídico-penal la *organización* misma —más o menos estable—, sea en el sentido de una responsabilidad tan sólo penal administrativa (cfr. § 30 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten [OwiG, Ley de contravenciones]: multa en dinero), sea en el sentido de una verdadera punibilidad criminal (así, el art. 121-2 del C.P. francés de 1994). Esta última cuestión la dejaremos completamente de lado en lo que sigue, puesto que ya en otro lugar la hemos tratado de modo detallado y en el sentido de consideraciones tendentes hacia la armonización<sup>9</sup>. Tan sólo mencionemos que en este sector, el proyecto de un protocolo adicional al Convenio de la C.E. de 1995 preveía en un momento inicial verdaderas penas criminales para las personas jurídicas, mientras que el protocolo ahora —de modo similar a una recomendación del Consejo de Europa de 1988— admite la alternativa de sanciones administrativas próximas a las penas conforme al modelo de la OWiG alemana, teniendo en cuenta con ello las objeciones «clásicas» frente a la capacidad jurídico-penal de acción y/o de culpabilidad de las personas colectivas.

1. En el *plano horizontal*, en Europa se han desarrollado dos modelos distintos de tratamiento jurídico-penal de varios intervinientes: en Dina-

8. Cfr., por ejemplo, los datos (especialmente, respecto de los delitos patrimoniales y de falsedades) en las estadísticas criminales de los Estados federados de Renania-Palatinado (p. 49) y Schleswig-Holstein (p. 46) respecto del año de 1995.

9. TIEDEMANN, en: de DOELDER/TIEDEMANN (ed.), *Criminalization of Corporate Behaviour*, 1995, pp. 11 y ss., y en: SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN, *Freiburger Begegnung - Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofes*, 1996, pp. 30 y ss.

# Revista Penal

*La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo.  
Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo*

marca, Italia y Austria rige el principio de *autoría unitaria*. Todos los demás Estados miembros de la Unión parten –como lo hace, dicho sea de paso, el Código Penal de Japón<sup>10</sup>– de una *diferenciación* entre distintas formas de intervención, predominando materialmente la subdivisión (alemana) en autores, inductores y cómplices, y favoreciendo al cómplice frecuentemente una atenuación obligatoria de la pena<sup>11</sup>. Respecto del autor, e históricamente también respecto del cómplice, los sistemas de diferenciación solían subdividir aún más, y ello frecuentemente hasta llegar a distinciones teóricas muy difíciles de seguir en la práctica<sup>12</sup>. El Convenio de 1995 sigue en el artículo 2, párrafo 1.º, la tradición europea del modelo de diferenciación, que, como es sabido, fue elaborado por la doctrina italiana de la Baja Edad Media, fijado en el Code Pénal francés de 1810 y trasladado desde ese texto durante el siglo XIX a otros Códigos Penales (como, por ejemplo, el alemán y el griego). También en Inglaterra, la diferenciación se corresponde con una antigua tradición del *Common Law* y al *Statute Law* del siglo XIX. Frente a ello, el reglamento de la C.E. promulgado para la regulación de sanciones administrativas supranacionales de 19.12.1995<sup>13</sup>, coincidiendo con una tendencia europea igualmente clara, parte para el *Derecho penal administrativo* del principio de la autoría unitaria, que también el Derecho alemán toma como base en el § 14 OWiG.

El Convenio de 1995 tan sólo identifica la distinción tripartita entre autores, inductores y cómplices, pero no define estas figuras. Sí intenta llevar a cabo tal definición, en cambio, el «*Corpus iuris* para un espacio jurídico europeo común para la protección de los intereses financieros de la C.E.» (editado en versión francesa e inglesa por *Delmas-Marty*), publicado en 1997 y elaborado por encargo del Parlamento Europeo y bajo la dirección de la Comisión de la C.E. (Dirección General XX). De acuerdo con el artículo 2 del C.I., es *autor* quien comete la acción típica o quien interviene

como coautor en la ejecución; es *inductor* quien provoca mediante regalos, promesas, amenazas, órdenes, abuso de cargo o de poder la comisión de un hecho delictivo o da instrucciones para su comisión; *cómplice* es quien mediante apoyo o ayuda facilita conscientemente la comisión del hecho o su preparación.

Esta formulación del *Corpus iuris*, apoyada en su configuración de detalle en la tradición europea pone en claro, sobre todo en el ámbito de la *inducción* –con su antigua formulación casuista–, que un número considerable de casos que de acuerdo con la concepción alemana (cfr. § 25, párrafo 1.º, 2.ª alternativa St.G.B.) pertenecen a la autoría mediata (la amenaza, en todo caso en los supuestos del § 35 St.G.B., el abuso de cargo o de poder; en todo caso en los supuestos del llamado dominio de organización), son atribuidos a la figura de la inducción, mientras que la autoría mediata, en contra de lo previsto en los anteproyectos, no aparece como figura jurídica propia. Aquí se reconoce la influencia francesa: si bien el sistema jurídico de Francia también conoce la autoría mediata («*auteur moral*»), no se encuentra regulada ni en el antiguo ni en el nuevo Code Pénal como forma de autoría autónoma; se limita por parte de doctrina y jurisprudencia como figura jurídica ante todo a casos regulados legalmente de modo expreso (por ejemplo, el genocidio, art. 211-1 Cp) y es reconocida, además, en constelaciones sencillas (por ejemplo, el aprovechamiento del error del ejecutor) por la jurisprudencia y, en parte, también por la doctrina francesa<sup>14</sup>. Sin embargo, la autoría mediata es patrimonio común europeo en el siguiente sentido: «Un peu partout, on inclut dans le concept d'auteur matériel, celui d'auteur médiat, moral ou indirect»<sup>15</sup>. Sin embargo, especialmente desde la perspectiva franco-legalista, la *autoría mediata* no sólo debería ser mencionada –como es el caso en el Código Penal alemán, portugués y español y en los trabajos preparatorios del Code Pénal de 1994– mediante una formulación a modo de cláusula gene-

10. Sobre ello (con una traducción de los arts. 60 y ss.), H. OHNO, en: *Gedächtnisschrift Armin Kaufmann*, 1989, pp. 691 (692).

11. Detallada sinopsis en PRADEL, *Droit penal comparé*, 1995, pp. 276 y ss., n.m. 193 y ss.

12. Cfr. las panorámicas (también respecto del Derecho alemán) en PRADEL, p. 278, n.m. 195; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.ª edición, 1996, § 61 VIII, pp. 661 y s. con ulteriores referencias. Respecto del Derecho penal español, que en los arts. 28 y 29 sigue distinguiendo entre cooperadores necesarios y cómplices, vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal Parte General*, 4.ª edición, 1996, pp. 687 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte General*, 2.ª edición, 1996, pp. 464 y ss.

13. N.º 2988/95, ABIEG n.º L/312/1 y ss. De 23.12.1995; al respecto cfr. DANNECKER, op. cit., nota 6, pp. 604 y ss.; TIEDEMANN, op. cit., nota 6, n.m. 8 con ulteriores referencias.

14. Cfr. CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 2.ª edición, 1996, pp. 213 y ss., n.m. 404; MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, 6.ª edición, 1984, p. 670, nm. 525; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 16.ª edición, 1996, pp. 242 y ss., n.m. 295, respectivamente, con ulteriores referencias.

15. PRADEL, op. cit., nota 10, p. 279.

ral del legislador, sino que, en la medida de lo posible, éste debería definirla o tipificarla<sup>16</sup> (cfr. *infra* IV.).

Con su marco de regulación conscientemente amplio, el *Corpus iuris*, al igual que el Convenio, deja aparte de la autoría mediata abiertas otras dos cuestiones de peso del modelo de diferenciación, sometidas en toda Europa a discusión y que deberían regularse de modo expreso en el curso de un ulterior desarrollo de los sistemas jurídico-penales que persiga avanzar hacia la armonización. Antes de entrar en ellas, sin embargo, conviene destacar que el modelo de la diferenciación en sí mismo debería ser mantenido, puesto que la distinción entre autoría y participación es en el sentido expuesto un elemento tradicional europeo común y resulta preferible desde la perspectiva del Estado de Derecho (de la vinculación al tipo). Por lo demás, esta distinción al menos es insinuada también en los modelos unitarios –sea en la Ley misma (por ejemplo, con la mención expresa del autor directo en el § 12 del St.G.B. austríaco, o en cuanto inducción en el marco de la regulación sobre la concertación para cometer un delito en el art. 115, párrafos 3.º y 4.º del Codice Penale italiano; cfr. también respecto de las aportaciones al hecho de menor relevancia, es decir, desde el punto de vista material, aportaciones en el nivel de la complicidad, art. 114 Codice Penale, así como el § 23 n.º 1 inc. 2.º del Straffelov danés y, sobre todo, el reconocimiento de la autoría mediata en el art. 111 del Codice Penale para los casos de la inducción de un inimputable, etc.), sea en la *praxis* de autoridades y tribunales (por ejemplo, respecto del § 14 OWiG<sup>17</sup>). Por otra parte, la tendencia ínsita en el modelo unitario hacia la expansión de la punibilidad mediante la inclusión de la complicidad tentada es revocada, por ejemplo, expresamente por el art. 115 Codice Penale, y limitada en el § 23 n.º 1 inc. 2.º de la Ley penal danesa mediante la introducción de una atenuación obligatoria de la pena. El § 15, párrafo 2.º del St.G.B. austríaco sólo pena la «autoría mediante aportación» (complicidad) si el autor directo ha sobrepasado el umbral de la tentativa.

En todos los ordenamientos que toman como base el modelo de la diferenciación existe consenso acerca de que para una solución adecuada de

las cuestiones de participación es necesario el pensamiento de la *accesoriedad*. Esto puede mostrarse con base en la constelación de la participación en un hecho principal justificado cuando la situación de justificación sólo concurre en la persona del autor principal: la concurrencia de causas de justificación se transmite a todos los intervinientes. En este contexto, predomina hoy el principio de la accesoriedad limitada (que se corresponde a los §§ 26, 27 del St.G.B. alemán), que no tiene como presupuesto la concurrencia de culpabilidad en el autor material y con ello genera menos lagunas de punibilidad<sup>18</sup>. En la medida en que –como en Alemania, los Países Bajos, Portugal, y España, de modo predominante también en Bélgica y en la doctrina francesa– se exige para la punibilidad un *hecho principal doloso* (ja diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Grecia y en la jurisprudencia francesa<sup>19</sup>), tal regulación, como es lógico, es más estricta que una solución de autoría unitaria. Sin embargo, las lagunas que de este modo se generan pueden ser absorbidas mediante la responsabilidad a título de autor, no accesoria: el Derecho Penal inglés convierte en estos casos al partícipe en autor mediato; el Derecho francés se ayuda mediante la creación de tipos penales especiales, como también se conocen en el Derecho Penal alemán (cfr. sólo §§ 160, 271 St.G.B.). Finalmente puede intervenir –en caso de existir la correspondiente incriminación– una punición por imprudencia, puesto que, por ejemplo, también de acuerdo con la concepción francesa en los delitos imprudentes rige el principio de autoría unitaria. Sin embargo, especialmente respecto de la figura auxiliar de la autoría mediata, como ya se ha dicho, sería adecuado que los grupos de casos típicos se mencionaran expresamente en la Ley dentro de la regulación de autoría y participación, debiéndose prever –en contra de la opinión dominante en Italia respecto del art. 119, párrafo 2.º Codice Penale, y coincidiendo con el Derecho inglés– también la posibilidad de punición del autor mediato en el caso de un instrumento que obra conforme a Derecho. La –renovada– necesidad de una regulación expresa de la autoría mediata deriva en el marco europeo ya de la idea de que esta figura jurídica *quiebra* el pensamiento de la accesoriedad y por ello se encuentra inmer-

16. Cfr. PRADEL, p. 278, quien hace referencia a las «formules larges» en la regulación de autoría y participación en el StGB alemán en la formulación de 1975; sobre ello en el contexto internacional ya TIEDEMANN, JZ 1980, pp. 489 (492).

17. Cfr. las referencias en GÖHLER, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 11.ª edición, 1995, § 14 n.m. 1 y ss.

18. PRADEL, op. cit., nota 11, p. 280 n.m. 196 con referencias.

19. Cfr. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, p. 270 n.m. 334 con referencias; TIEDEMANN, *Revue de science criminelle*, 1997, pp. 259 (262). Aproximándose a la doctrina, sin embargo, la jurisprudencia francesa con frecuencia afirma la concurrencia de «coactivité» en vez de participación en un hecho imprudente (MERLE/VITU, p. 674 n.m. 528, nota 5).

sa en el constante riesgo de perder en la aplicación práctica del Derecho los necesarios contornos.

Partiendo del reconocimiento de principio de la accesoriadad de la participación, además genera dificultades de fondo y prácticas el tratamiento de la participación en *delitos especiales* (y de propia mano) que tienen como presupuesto para el autor una característica especial (como empleador, empresario de una instalación, comerciante, etc.). En estos casos, conforme a la mayoría de los ordenamientos jurídicos (por ejemplo, Alemania, Inglaterra, Francia, Grecia, España; sin embargo, la situación es otra en Portugal), otras personas (*extranei*) jurídicamente sólo pueden ser partícipes. El modelo unitario en este contexto se contenta con la exigencia de que al menos en uno de los intervinientes concorra la condición especial, para evitar el resultado, difícilmente soportable desde el punto de vista político-criminal, de la impunidad de los *extranei* (§ 14, párrafo 1.º St.G.B. austríaco; art. 117 Codice Penale italiano); el § 23 n.º 2 del Straffelov danés prevé expresamente una atenuación de la pena para el *extraneus*, pero confirma con ello su punibilidad de principio<sup>20</sup>.

Hay que admitir que los sistemas de diferenciación en este contexto conducen a lagunas de punibilidad cuando el hecho principal del *intra-neus* no cumple los presupuestos de la accesoriadad, por ejemplo, porque actúa de manera no dolosa. Pero esto ha de asumirse, puesto que el *extraneus* no se ve afectado por un deber especial y sólo puede realizar un injusto derivado. Por ello, podrá proponerse como modelo de regulación una regulación comparable a los §§ 28, 14 St.G.B. y a la distinción francesa entre «*circonstances réelles*» y «*circonstances personnelles*», aunque en forma simplificada y teniendo en cuenta los planteamientos de reforma de las doctrinas española y alemana<sup>21</sup> (cfr. *infra* IV.). En el caso de la responsabilidad de representantes, que nos conduce ya al ámbito vertical (*infra* III.), ha de tomarse como punto esencial la asunción de hecho de la función, teniendo en cuenta la existencia de tendencias nacionales coincidentes hacia la aprehensión de órganos que sólo actúan de hecho y los problemas específicamente alemanes de interpretación respecto del elemento de la actuación «como» órgano o representante<sup>22</sup>.

Finalmente, respecto del *acuerdo para cometer un delito* debería preverse, siguiendo lo dispuesto en el artículo 115 Codice Penale, una regulación restrictiva, de acuerdo con la cual la punibilidad comience tan sólo en el momento en el que el hecho haya sido intentado al menos por uno de los intervinientes. Tal propuesta, que tiene en cuenta al menos parcialmente las objeciones en contra de una «criminalidad en el ámbito previo», probablemente también sería aceptable para los Estados del *Common Law* (*conspiracy!*) y para Francia (*association de malfaiteurs!*) siempre que se mantenga expresamente abierta la posibilidad de una punición en la Parte Especial. La *complicidad intentada* debería declararse de modo expreso impune, la *inducción intentada* debería declararse punible, a pesar de la solución francesa opuesta, en aquellos casos en los que la tentativa del hecho al que se pretende inducir es punible. Tales regulaciones se corresponderían con una tendencia europea mayoritaria<sup>23</sup>. Por lo demás, Italia declara impune con carácter general la participación intentada, es decir, también la inducción intentada (cfr. art. 115 Codice Penale), lo que resulta poco coherente en el sistema unitario de autoría, pero puede explicarse con base en la teoría de la tentativa.

2. El elemento central de unión en el plano intelectual entre la regulación del ámbito horizontal de problemas y aquella para el ámbito vertical es el *principio de culpabilidad*. En su configuración general en cuanto culpabilidad fundamentadora de la pena, tal principio no es mencionado de modo expreso en el Derecho Penal alemán (cfr., en cambio, el § 4 del St.G.B. austríaco), pero tanto en Alemania como en varios otros países europeos —especialmente Italia y España— se halla anclado constitucionalmente y dotado, a través de su vinculación a las garantías de la dignidad humana y al principio del Estado de Derecho, de una vigencia que no admite excepciones. El § 29 del St.G.B. alemán establece respecto de la teoría de la participación el principio de accesoriadad limitada, asegurando en esta medida también el principio de culpabilidad: «Cada interviniente será penado conforme a su culpabilidad sin tener en cuenta la culpabilidad del otro.» De modo similar, el artículo 121-1 del Code Pénal francés antepone a la regulación de autoría y participación (y de la puni-

20. TIEDEMANN, op. cit., nota 18, p. 262.

21. GRACIA MARTÍN, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., nota 5, pp. 13 (19 y ss.) con referencias (también respecto de la bibliografía alemana).

22. Cfr. de modo sintético sobre la cuestión SCHÜNEMANN, en: LK, 11.ª edición, 1993, § 14 nm. 50 y ss., 67 y ss., 74 y ss.; TIEDEMANN, NJW 1986, pp. 1842 y ss. e idem, en: LK, 11.ª edición, 1995, n.m. 68 y ss., 77 y ss. previos al § 283, respectivamente, con ulteriores referencias (respecto del Derecho extranjero, TIEDEMANN, LK, n.m. 185, 192, 194, 229 etc.).

23. JESCHECK, ZStW 99 (1987), pp. 111 (127, 136 y ss.); Pradel, op. cit., nota 11, pp. 280 y s. n.m. 196.

bilidad de las personas jurídicas) el axioma de la época de la Revolución francesa: «Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.»

Sin embargo, sobre todo Inglaterra y Francia, reconocen excepciones tradicionales al principio de culpabilidad, aunque éstas últimamente hayan sufrido restricciones, refiriéndose la excepción en el caso de Francia desde el nuevo Code Pénal ya únicamente a las faltas (*contraventions*). La «faute contraventionnelle» se entiende en Francia de manera predominante como presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, es decir, como una especie de *dolus ex re*. En esta medida se trata de la génesis de disciplina social para la protección de bienes jurídicos supraindividuales; de acuerdo con la concepción francesa, la pena en este ámbito no contiene un reproche moral ubicándose, por tanto, en un campo próximo a un medio coercitivo impuesto con ocasión de la infracción de la norma. De modo similar, en Inglaterra la *strict liability* se entiende como institución dirigida a garantizar estándares de cuidado máximos, relativizándose también aquí el carácter de la pena: se dice que es «criminal in form, civil in nature». A ello anuda, al parecer, también el art. 1, párrafo 4.º del Convenio de 1995, para el cual basta que el dolo sea deducido «de las circunstancias». Sin embargo, frente a ello, y teniendo en cuenta especialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la presunción de inocencia del artículo 6, párrafo 2 de la C.E.D.H., habrá que partir de que sólo podrán mantenerse presunciones de culpabilidad jurídico-materiales de manera limitada y, en todo caso, en supuestos excepcionales, y de que, sobre todo éstas, en virtud de la C.E.D.H., deben ser *rebatibles*<sup>24</sup>. En consecuencia, especialmente en el ámbito de autoría y participación, una regulación próxima al § 29 del St.G.B. alemán entraría en la tendencia de la reciente evolución europea en materia de Derecho Penal y de derechos humanos.

### III

En lo que se refiere al *plano vertical*, de nuevo es sobre todo en Inglaterra y en Francia (pero no, en

cambio y por ejemplo, en Irlanda) en donde tienen tradición las *figuras especiales* con clara tendencia a su configuración con independencia de la culpabilidad individual. La *vicarious liability* inglesa se fundamenta en la suposición de «control and authority»<sup>25</sup>, quiere facilitar el «law enforcement» ante todo mediante la prueba y afecta a materias en las que tiene vigencia el principio de la *strict liability*. De modo similar, en Francia la responsabilidad penal «du fait d'autrui» (y la discutida afirmación de la autoría mediata por parte de la jurisprudencia) se fundamenta con base en el poder de decisión del superior<sup>26</sup>, así como con la idea de que a éste le afecta una *culpa in vigilando*, es decir, una responsabilidad que perfectamente puede considerarse propia<sup>27</sup>. En consecuencia, en Francia sólo se asume una punibilidad del empresario por hechos de sus colaboradores en el ámbito de las actividades profesionales y económicas reguladas, y no, por el contrario y por ejemplo, en el caso de la estafa y de la falsedad documental<sup>28</sup>.

Sobre todo el Derecho Penal francés cierra de este modo una laguna que deriva del rechazo —de nuevo: legalista— de la punibilidad de la omisión impropia. Frente a ello, especialmente los Códigos Penales alemán, austriaco, portugués y español permiten, en todo caso desde sus respectivas reformas, en principio la afirmación de una *posición de garantía de los sujetos con facultades de decisión*. Lo mismo rige con carácter general en los Países Bajos, así como en Italia al menos respecto de los directivos y administradores de sociedades de capital en lo que se refiere a delitos que son consecuencia de las actividades empresariales de la sociedad<sup>29</sup>. Probablemente, una regulación expresa en este sentido, configurada de acuerdo con el modelo de la dogmática alemana de las posiciones de garantía y que, aproximándose al § 130 OWiG en su nueva redacción, considere suficiente como criterio de imputación también una mera elevación del riesgo, estaría en condiciones de generar consenso a nivel europeo, también y precisamente en la medida en que no se reconozca una responsabilidad general de garantes en Derecho Penal. Por ello, al remitirse, por el contrario, el artículo 3 del Convenio de 1995 respecto de la responsabilidad de los propietarios de empresas, de los sujetos fa-

24. Cfr. las sentencias del TEDH de 7.10.1988 (Salabiaku), Serie A, n.º 141-A y de 25.9.1992 (Pham Hoang), Serie A, n.º 243 (ambas respecto del Derecho francés).

25. LEIGH, *Strict and vicarious liability*, 1982, p. 19.

26. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, tomo 1, 3.ª edición, 1990, pp. 84 y ss.; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, pp. 274 y ss. n.m. 345 y ss.

27. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, pp. 283 y ss., 286 y s. n.m. 360, 365.

28. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, tomo 1, p. 83; de modo similar respecto de Inglaterra, LEIGH, p. 21.

29. Cfr. en síntesis TIEDEMANN, op. cit., nota 18, p. 265.

# Revista Penal

*La regulación de la autoridad y la participación en el Derecho Penal europeo.  
Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo*

cultados para tomar decisiones y de los sujetos encargados de funciones de control a los principios del Derecho Penal nacional, siendo interpretada por cierta parte de la bibliografía jurídico-penal esta fórmula de compromiso como una remisión total y como una renuncia a una regulación propia<sup>30</sup>, ello se encuentra en una clara contradicción con la tendencia de armonización del Convenio, cuyo objetivo precisamente en esta cuestión debe considerarse ante el trasfondo de regulaciones nacionales marcadamente divergentes<sup>31</sup>.

1. La regulación expresa de la posición de garantía de sujetos facultados para tomar decisiones y de sujetos con funciones de control que aquí en consecuencia se propone (*infra* IV.) debería concebirse como imputación de una conducta ajena acompañada de la prueba de propia culpabilidad, identificándose también, a título de ejemplo, los grupos de autores a los que se hace referencia: miembros de los Gobiernos y funcionarios etc., así como directores de empresa y personas con poder de decisión o de control dentro de la empresa<sup>32</sup>. Con ello, a lo que se hace referencia en todos los casos es a una «responsabilidad plena» en el plano jurídico-penal de los garantes mencionados respecto de todas las infracciones penales que estén vinculadas de modo típico a la organización. La introducción de una mera responsabilidad civil (Italia, en parte también Bélgica y Francia) se basa en la idea románica de que la pena de multa se convertiría en una obligación civil al ser firme, una idea que si bien es antigua, está superada y es hoy rechazada ampliamente<sup>33</sup>. Los restos de esta concepción han sido eliminados a más tardar en Alemania con la derogación del § 31 St.G.B. (responsabilidad de los herederos por penas de multa firmes) en el año 1975.

2. Puesto que la responsabilidad del garante tiene su fundamento en el poder de decisión y en la autoridad del sujeto facultado para decidir, es coherente y acertado que, al menos en principio, la delegación del poder de decisión genere efectos de exención de la pena: el delegado se convierte él mismo en sujeto facultado para decidir y, por ello, adquiere él mismo responsabilidad jurídico-penal<sup>34</sup>. Aunque, por un lado, en el Derecho Penal

griego se rechaza tal exención de responsabilidad por completo y, por otro, en Dinamarca se produce una exención completa en aquellos casos en los que se transfiere todo el poder de decisión, la afirmación de una *exención parcial* se corresponde con la solución de la mayoría de los Estados europeos, habiéndose desarrollado con frecuencia fuera de Alemania criterios más exactos.

Especialmente en Italia, la delegación presupone el cumplimiento de una serie de criterios: ha de tratarse de una empresa grande; la delegación debe colocar al delegado en condiciones de ejercer realmente las funciones delegadas; la distribución de funciones no debe tener «carácter fraudulento»; los delegados deben disponer de probada competencia en la materia. De modo similar, en Francia es necesario que la autoridad y competencia de los delegados sean suficientes para un ejercicio real del poder de decisión; además, la delegación debe ser exacta, especial y limitada en el tiempo, así como acompañada de un mínimo de publicidad, para convertirla en suficientemente cierta; más allá de esto, han de quedar excluidos errores de organización y de función. La jurisprudencia francesa más reciente también toma en cuenta como elementos decisivos la dimensión de la empresa así como la complejidad de su organización.

Otros ordenamientos jurídicos se sirven de criterios más generales para fijar las condiciones de una delegación y de una ulterior subdelegación. Los criterios italianos y franceses mencionados en principio serían de aplicación también en Alemania, pero, especialmente, no limitan la delegación ni a grandes empresas ni a un determinado tiempo. En el Derecho Penal queda establecido con claridad y con vocación modélica el hecho de que la delegación sólo puede conducir, en todo caso, de manera *limitada* a la exención de pena, puesto que el titular de la empresa mantiene jurídicamente el poder supremo de organización y supervisión<sup>35</sup>. En principio, tal regulación coincide con una extendida tendencia y por ello resultará adecuada como modelo europeo: admisión de la delegación, si ésta está vinculada a la residual responsabilidad base del titular de la empresa (Bélgica, Francia, Inglaterra, Países Bajos, Alemania). También existe

30. DANNECKER, op. cit., nota 6, p. 597.

31. Acertadamente PRADEL, op. cit., nota 10, p. 274 n.m. 190 *in fine*.

32. La cuestión del tratamiento estructuralmente igual de la *criminalidad organizada* y de las empresas delincuentes, resuelta afirmativamente por RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 47 y ss., no afecta tanto al aspecto omisivo como al ámbito de la coautoría (mediante actuar positivo) y de los tipos especiales mencionados en el texto después de la nota 21. Por ello, también podría plantearse una regulación adicional en el marco de *infra* § c, párrafo 2.º.

33. TIEDEMANN, GA, 1964, pp. 353 (372).

34. DELMAS-MARTY, op. cit., nota 27, p. 87; PALAZZO, *Revue de science criminelle*, 1997, pp. 309 (313 y s.).

35. Cfr. sólo SCHÜNEMANN, en: LK, § 14 n.m. 65 con referencias.

coincidencia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos respecto de que la delegación queda excluida en aquellos casos y en la medida en que se trate de deberes (básicos) que el responsable debe cumplir él mismo. De acuerdo con la concepción alemana, ello rige, por un lado, respecto de la facultad de decisión suprema que compete al titular de la empresa; en esta medida, frecuentemente puede producirse una responsabilidad jurídico-penal cumulativa de varias personas en la jerarquía empresarial. Por otro lado, de acuerdo con el entendimiento nacional son deberes estrictamente personales los deberes de control de los órganos de una sociedad de capitales (Alemania, Francia, España), los deberes de declarar rentas sujetas a tributación y el pago de tasas aduaneras (Italia), así como los deberes de control de encargados específicos de seguridad en el trabajo, protección del medio ambiente, etc. (Alemania). En el Derecho belga, la delegación queda excluida, además, cuando la Ley se refiere a autores determinados.

De modo coincidente con estas consideraciones, el art. 13 del *Corpus iuris* prevé la siguiente regulación:

- 1) Si un hecho delictivo se comete por cuenta de una empresa por una persona que está sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, responderá jurídico-penalmente también el director de la empresa o la persona dotada de poder de decisión o de control si tenía conocimiento de la comisión del hecho delictivo, dio instrucciones para su comisión, permitió que el hecho delictivo se cometiera u omitió las medidas de control necesarias.
- 2) La delegación de las facultades sólo libera de responsabilidad jurídico-penal si la delegación es exacta, especial y limitada, se corresponde con las necesidades de la organización de la empresa y coloca a los delegados de hecho en situación de ejercer las funciones transferidas. La delegación no excluye la responsabilidad general por la selección, supervisión y control del personal y carece de validez en lo que se refiere a las tareas propias de la dirección de la empresa, en especial, de la organización general de las relaciones laborales en la empresa.

En cuanto modelo de regulación europeo, esta propuesta merece aprobación y, como ya se ha mencionado, respecto de su párrafo 1.º, extensión a ulteriores grupos de personas en organizaciones configuradas de modo jerárquico.

#### IV

De modo sintético, proponemos para el ámbito de autoría y participación en un futuro Código Penal tipo europeo, partiendo del Convenio de 1995 y en ulterior desarrollo del *Corpus iuris* de 1997, las siguientes regulaciones, que, a modo de complemento en la medida de lo necesario, son brevemente motivadas<sup>36</sup>:

##### *Autoría y participación*

##### **§ a Punibilidad autónoma del interviniente/no hay responsabilidad por culpabilidad ajena**

Cuando en el hecho delictivo intervengan varios sujetos, cada interviniente será penado de acuerdo con su culpabilidad sin consideración de la culpabilidad del otro.

El precepto, apoyado en el § 29 del St.G.B. alemán y en el art. 121-1 del Code Pénal francés, formula el fundamental principio de culpabilidad y establece de modo mediato al mismo tiempo el principio de accesoria limitada de la participación (con más detalle al respecto § f, párrafos 1.º y 2º). Su colocación en primer lugar (como en el Code Pénal francés) se corresponde ante todo con la importancia del principio de culpabilidad.

##### **§ b Intervención en el hecho delictivo**

- 1) Intervienen en el hecho delictivo el autor, el inductor y el cómplice.
- 2) Los intervinientes que eviten voluntariamente que el hecho delictivo se consuma son impunes. Si el hecho deja de realizarse sin que el interviniente aporte algo a ello, o si es cometido con independencia de su conducta anterior, bastará para su impunidad su empeño voluntario y serio de evitar el hecho.

El párrafo 1.º sigue el modelo de diferenciación predominante en Europa. La regulación del párrafo 2.º se ha configurado con base en los §§ 24, párrafo 2.º, 31 del St.G.B. alemán y se encuentra desde el punto de vista material en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos.

##### **§ c Autoría**

- 1) Será penado como autor quien cometa el hecho mediante conducta propia por sí solo o conjuntamente con otros (párrafo 2.º). También es autor quien se sirva para la ejecución del hecho de otro como instrumento (autoría mediata, § d). Además,

36. Agradezco a mi asistente, DR. JOACHIM VOGEL, la elaboración de un esbozo previo.

es autor quien debe responder de una conducta ajena mediante la cual se comete el hecho total o parcialmente (§ e), cuando en su persona concurren los demás presupuestos de la punibilidad.

2) Coautor es quien comete el hecho junto a otro autor en virtud de una decisión común de realizar el hecho.

3) Cuando la punibilidad queda fundamentada por cualidades o circunstancias personales especiales, sólo puede ser autor aquel en quien concurren tales elementos o quien ejerce las funciones que tales elementos describen. Los órganos con derecho a representación de una persona jurídica o de una sociedad personal, así como los directores de una empresa o las personas con facultades de decisión o de control en una empresa, pueden ser penados como autores aunque los elementos personales especiales sólo concurren en la persona jurídica, en la sociedad personal o en la empresa, y los órganos, directores o personas con facultades de decisión y de control hayan asumido de hecho el ejercicio de las funciones. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1.º.

En el párrafo 1.º, inc. 2.º, la fijación de la autoría mediata con la caracterización del ejecutor del hecho como instrumento recoge una expresión del artículo 28, párrafo 1.º del Código Penal español y de la jurisprudencia y doctrina francesas para evitar la proximidad a la inducción, generadora de confusiones, de la formulación de la comisión del hecho «por medio de otro» (§ 25, párrafo 1.º del St.G.B. alemán).

El párrafo 2.º deja claro que la coautoría presupone intervención en la ejecución del hecho, pero que la imputación recíproca de las aportaciones al hecho basta para la realización del tipo y que la razón de la imputación está en la decisión común de realizar el hecho.

El párrafo 3.º está inspirado en una configuración simplificada y aclaradora, en los §§ 14, 28 del St.G.B. alemán.

## **§ d Autoría mediata**

La conducta de otro deberá imputarse al autor cuando provoque tal conducta dolosamente y actuando en aprovechamiento de la circunstancia de que el otro no es responsable del hecho, o no lo es plenamente, a consecuencia de un error o de una causa de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de disminución de la culpabilidad que sólo concurre en su persona (autoría mediata).

## **§ e Responsabilidad por conducta ajena**

1) También será penado como autor quien deba responder jurídicamente, en razón de su dominio

sobre otro o de su deber de tutela respecto de la víctima, de que otro no cometa un hecho antijurídico, en tanto tuviera conocimiento del hecho del otro y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su comisión.

2) En particular, responderán conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.º:

a) los miembros de un Gobierno, los funcionarios y soldados respecto de hechos cometidos por personas dependientes de sus instrucciones, subordinados o personas sometidas a su mando;

b) los titulares o directores de una instalación o empresa, así como las personas con competencias de decisión o de control en una instalación o empresa respecto de hechos cometidos por subordinados.

3) La delegación de responsabilidad sólo exime de punibilidad cuando la delegación se refiere a determinados sectores parciales de la actividad y se ha garantizado que los delegados pueden de hecho ejercer los cometidos y las competencias que les han sido transferidos; ello sin perjuicio de la responsabilidad por la selección, supervisión y control, así como de la responsabilidad general por la organización.

## **§ f Inducción y complicidad**

1) Es inductor quien determina dolosamente a otro a la comisión de un hecho doloso y antijurídico sin ser autor mediato (§ d) o responsable de conducta ajena (§ e). El inductor será penado como el autor.

2) Es cómplice quien preste ayuda dolosamente a otro mediante una contribución al hecho secundaria para la realización de un hecho doloso y antijurídico sin ser coautor (§ d, párrafo 2.º) o responsable de conducta ajena (§ e). La pena del cómplice será atenuada.

3) Los elementos personales especiales referidos al injusto del hecho serán imputados al inductor o cómplice en la medida en que concurren en la persona del otro y el inductor o cómplice tenga conocimiento de ello.

4) La inducción intentada es punible cuando la tentativa del hecho al que se pretende inducir sea punible. Es de aplicación análoga el § b, párrafo 2.º.

5) La complicidad intentada es impune.

## **§ g Acuerdo para cometer un hecho**

Si varios sujetos acuerdan cometer como intervinientes un hecho, y si el hecho no es intentado al menos por uno de los intervinientes, el acuerdo sólo será punible en caso de expresa previsión legal. ●