

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 1



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

REQUISITOS FUNDAMENTALES DE UNA REGULACIÓN DE LA PARTE GENERAL¹

KLAUS TIEDEMANN

Sumario: I. Introducción. II. Principio de legalidad. III. Situaciones de conflicto de derechos y de necesidad jurídica (*Konflikt- und Notrechte*). IV. Principio de culpabilidad y error. V. Autoría y participación. VI. Tentativa y preparación. VII. Resumen y tesis.

I. INTRODUCCIÓN

Las raíces históricas de la parte general del derecho penal, en Europa, datan sobre todo de los tiempos del Renacimiento. Sus rasgos comunes no necesitan ser aquí descritos². Sin embargo, el desarrollo del modelo más importante de la teoría y de la legislación no impidió que, en los códigos de los estados nacionales del siglo XIX, se produjera un distanciamiento entre la regulación legal y las ideas. Al final de este siglo, el resultado provisional fue el desdoblamiento de la ciencia europea del derecho penal: Por un lado, se desarrolló una técnica jurídica denominada

1 «Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils», en TIEDEMANN, 2001: 3 ss. Versión reelaborada y completada de la Relación General de la sesión de la Sociedad para el Derecho Comparado de Graz 1997 (publicada en ZStW 110 [1998]: 497 ss.). La reelaboración se ha realizado sobre la base del Grupo de Trabajo (Workshops) Internacional que tuvo lugar en Friburgo, Alemania, en 1998 (versión española en Revista Penal, 3 [1999]: 76 ss.) y en Florencia, en 1999. La traducción del alemán es obra de Iván Meini.

2 Fundamentalmente, SCHAFFSTEIN, 1930, el mismo, 1954.

dogmática jurídica penal, adoptando (por ejemplo, en Francia y en Alemania) diferentes grados de orientación hacia la ley penal positiva; y, por otro, surgió una política-criminal que, sin limitarse a las consecuencias jurídicas, partía de ellas y se orientó a cuestiones materiales. Esta política-criminal se centró, tanto en Francia como en Inglaterra, sobre cuestiones procesales. Dicha antinomia no se limita ni se produce solamente en cada uno de los Estados, sino que se da también en el interior de las concepciones del derecho penal de cada uno de los países.

Actualmente, cabe preguntarse cuáles son los rasgos comunes que caracterizan a la parte general del derecho penal en Europa, qué principios, reglas y construcciones pueden ser objeto de consenso al interior de la Unión Europea y, sobre todo, qué orientación hay que adoptar para determinar los requisitos fundamentales de una parte general para un derecho sancionador europeo, el cual, en todo caso, ha de incluir sanciones administrativas. Esta labor se ve dificultada por la actual y profunda diversidad respecto de los puntos fundamentales en el derecho positivo, en la Filosofía del derecho y en la Teoría del derecho. De igual manera, tanto por un pensamiento sistemático o inspirado sobre todo en principios, como también por una sospechosa dirección pragmática orientada hacia una solución unitaria para todas estas preguntas. Así, de manera apresurada, se plantea una armonización formal o por materias, o se busca realizarla mediante simples estándares mínimos con contenido material.

Las fuentes de estos conocimientos y los puntos de partida para las soluciones son: por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo (TJCE) de Luxemburgo, en la medida en que se ocupa de sanciones administrativas, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo, fundamentalmente cuando aborda las consecuencias materiales de las garantías procesales de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Y, por otro lado, las respuestas dadas por los legisladores penales nacionales a las cuestiones que se han consultado y sistematizado, las mismas que han sido decididas mediante un valioso y cuidadoso proceso de comparación jurídica. Ello origina que las convicciones jurídicas comunes se plasmen con frecuencia en Recomendaciones Internacionales, especialmente —iguales a las del *soft law*— del Consejo de Europa o de la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP). Estas declaraciones concernientes a la parte general del derecho penal se derivan de la cultura común jurídica europea, tanto en el ámbito de la dogmática como en el de las sanciones jurídicas. Estas últimas —es decir, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito— no pueden ser aquí tratadas, a pesar de que por su contenido se encuentran estrechamente vinculadas con la dogmática, como lo demuestra el hecho de que, en el ordenamiento jurídico alemán, se exija un hecho «antijurídico» para la imposición de una medida de seguridad. Que esta exigencia no se requiera forzosamente desde el punto

de vista de la peligrosidad social es tan evidente como el carácter unilateral de la orientación de la dogmática basada en el concepto «clásico» de autor culpable. Se trata, en cualquier caso, de indicar que el concepto constitucional de proporcionalidad representa hoy por hoy un principio europeo común y una exigencia fundamental, incluso para la imposición de sanciones. A mediados del año 2000, por encargo del Parlamento Europeo, la Comisión de la UE presentó el Corpus Juris para la creación de un espacio jurídico-penal europeo con la finalidad de proteger los intereses financieros de la Unión Europea, en el que se señala, expresamente, que los principios de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad, son los principios fundamentales del derecho penal europeo.

Esta declaración es seguramente acertada y se corresponde con la opinión internacional, aun cuando con respecto a los tres principios mencionados existan múltiples restricciones y reservas. Asimismo, habría que volver a pensar —por lo menos complementar— sobre la regulación de una «zona específica», que consistiría en un número concreto y limitado de delitos de la parte general del Estatuto de Roma de 1998, elaborada con ocasión de la creación del Tribunal internacional permanente de justicia penal. El Estatuto contiene las reglas que por encargo de la Asamblea General de la ONU, y sobre la base del *draft Code of Crimes* 1996 de la *International Law Comisión*, se elaboraron. En él se prevé, junto al principio de legalidad y de culpabilidad, la punibilidad de las personas que dan órdenes (*command responsibility*), determinadas causas de justificación, así como la prescripción, pero también el error, la posibilidad de no sancionar cuando se actúa en cumplimiento de una orden, la tentativa, la autoría y la participación³.

Para lograr una elaboración propia y general de los requisitos fundamentales de una parte general que no se limite a consideraciones económicas ni de derecho internacional, cabe preguntarse, ante todo, en qué consisten y de dónde proceden aquellos requisitos fundamentales. Con este objetivo, se puede partir de los ordenamientos jurídicos europeos más avanzados y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales anteriormente mencionados; los cuales señalan que, en principio, las exigencias o requisitos son válidos —aunque con «ciertos matices», como ha estatuido el Tribunal Constitucional español— también en la aplicación de las sanciones administrativas.

Formulado de manera general, se trata de los principios y las reglas de la parte general que se encuentran previstos en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales europeos, y que en cierto modo conforman el «núcleo duro» del derecho penal, ya que representan principios irrenunciables del moderno derecho penal.

3 Próximo al respecto, AMBOS, 2002: 175 ss.; VOGEL, 2002: 403 ss.

Tales principios sobre los que puede haber consenso en el espacio europeo y posibilidad de armonización son, al lado de los ya señalados principios de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad, especialmente el reconocimiento de los derechos de necesidad y conflicto, la doctrina de la autoría y participación, del error, de la tentativa y de los concursos. Si bien hay que estimar que, igualmente, no se pueden renunciar a estos principios, es posible, en una primera fase, flexibilizarlos. Estos temas y principios deberían ser regulados expresamente en un Código penal modelo o en un Proyecto de modelo sectorial, fundamentalmente si entra en vigor para el Corpus Juris la autorización del Proyecto del art. 280a del Tratado de la Comunidad Europea⁴ (TCE) y se hace uso de ella, pero también cuando el Proyecto de «Delitos europeos» que aquí se presenta se realice total o parcialmente⁵. Además, según el modelo inglés y el escandinavo, también podría ser añadida una regulación individual de las cuestiones generales relativas a los tipos especiales. La aplicación similar de los tipos penales supranacionales por parte de los Tribunales de los estados miembros, que se lleva a cabo mediante la aprobación de decretos o a través de la armonización nacional de tipos penales, hace necesaria la estandarización de los principios generales anteriormente mencionados. Ello, no obstante, en modo alguno tiene que reducirse a un mínimo común a todos los Estados miembros, sino —conforme a la judicatura del Tribunal Europeo— a una valoración de derecho comparado orientada (también) a la obtención de una regulación nacional progresista.

El actual punto de vista, sobre todo material, debe ser ampliado y completado según la perspectiva formal del Estado de Derecho. Las exigencias fundamentales de una regulación positiva de la parte general se refieren a la cuestión de sobre qué elementos de esta parte general deben ser regulados y cuál debe ser el alcance de tal regulación. En este sentido, son importantes las garantías constitucionales y las de los derechos humanos. Además, surge un tercer requisito fundamental, que podría ser denominado «consistencia» y que estaría dirigido a que el posible modelo de regulación (por ejemplo, el concepto unitario o el modelo diferenciador para la autoría y participación) se desarrolle de manera adecuada y solo se

4 Texto en TIEDEMANN., 2001a: 1401, 1413.

5 En el libro *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union* (Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik), Freiburg-Symposium, TIEDEMANN. (ed.) —del cual el artículo que aquí se traduce forma parte— se incluyen en las páginas 447 ss. una propuesta legislativa tanto de parte General como de parte especial para la Unión Europea redactada por un grupo de profesores europeos (Arroyo Zapatero, Cancio Meliá, Dannecker, Foffani, Nieto, Otto, Palazzo, Pradel, Quintero Olivares, Schünemann, Suárez González, Tiedemann, Vinciguerra y Vogel). Es pues a dicha propuesta de parte especial a lo que Tiedemann se refiere cuando alude al Proyecto de «Delitos europeos». (nota del traductor)

establezcan excepciones razonables y en el menor número de casos posibles. De hecho, este tercer nivel es al mismo tiempo el más relativo, ya que, como incluso Welzel reconoció, el desconocimiento de las estructuras lógico-objetivas no lleva a la ineficacia o no aplicabilidad del derecho positivo dado por un legislador democrático y legitimado. Veremos, pues, que múltiples cuestiones de la parte general se caracterizan por decisiones valorativas del legislador, y no tanto por las estructuras lógicas. Además, que en no pocos países europeos se admite que los principios son susceptibles de excepciones y, por tanto, menos inflexibles que según la difundida opinión alemana. Para no poner en peligro el consenso, semejantes excepciones deberían ser asumidas como divergencias de una «estructura lógica» en una regulación modelo. Solo ahí donde un principio sea reconocido en un único ordenamiento jurídico, pero que según la concepción generalizada del estado de derecho no sea (más) aceptado (por ejemplo, la admisión de la analogía *in malam partem* en Dinamarca), tiene que prevalecer la opinión contraria, aun cuando ello tenga como coste una dudosa o imposible aprobación.

Al margen de las reflexiones aquí expuestas, quedan en gran medida la comparación e incluso el desarrollo de una teoría del delito europea⁶, necesaria en el futuro en el marco del art. 280a TCE y que, en cierto modo, existe ya en el derecho administrativo sancionador de la Comunidad Europea. Ante todo, esta expresión conduce nuevamente a la exigencia de un «Sistema de justicia» (*Systemgerechtigkeit*), a pesar de las notorias diferencias que muestran las soluciones nacionales.

En resumen, el abierto desarrollo de la Comunidad Europea hace posible, por un lado, formular de manera general los principios de la parte general. Las excepciones en los derechos penales nacionales deben ser permitidas ante todo en la zona marginal de los principios fundamentales. De ahí que las «reglas básicas» deban ser preferidas a los preceptos detallados. Por otro lado, debería predominar el modelo de regulación de un principio de simplificación, el mismo que merece atención en la regulación de sectores que se ocupen de áreas específicas y pueda evitar la confrontación de las construcciones dogmáticas nacionales. Las tradiciones nacionales merecen atención, pero no deberían impedir innovaciones útiles. Las diferencias de las realidades, y especialmente de la jurisprudencia, deben, al menos en el ámbito de las excepciones, ser tomadas en cuenta en la formulación de los principios.

6 Sobre ello, TIEDEMANN/SUÁREZ/CANCIO/MANACORDA/VÖGEL, GA 1998: 107 ss.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En los ordenamientos jurídicos de los países de Europa continental, el principio de legalidad es generalmente reconocido. Además, en muchos de ellos tiene rango constitucional. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en los últimos tiempos, ha orientado el tradicional rol especial del *Common Law* hacia una dirección de mucho valor, especialmente en lo que se refiere a los componentes de la retroactividad y prohibición de la analogía. De esta manera, se percibe un acercamiento a la concepción continental. Así, el Tribunal ha desarrollado el criterio de que los cambios de la jurisprudencia tienen que ser *reasonably foreseeable*, con lo cual se alude, más allá de la reserva de ley formal, a un criterio material. El mismo que podría ser idóneo también para los componentes del principio de legalidad continental (confianza en el sometimiento al derecho digna de protección) y podría conducirnos a solucionar la problemática del tratamiento de los cambios jurisprudenciales. Los mismos que con frecuencia repercuten en los cambios legislativos y que, en el marco de la teoría de las fuentes del derecho continental, no ha sido hasta ahora resuelta de manera satisfactoria.

El principio de legalidad forma parte del vasto principio del Estado de derecho, el que, según la representativa exposición de Jescheck/Weigend, figura entre los principios indispensables de la Política Criminal europea⁷. Se dirige, por un lado, al legislador, y en este sentido es más bien declaratorio, y, por otro lado, se dirige al juez, con la finalidad sobre todo de excluir la aplicación analógica del derecho.

Con poca frecuencia se ha discutido si el aspecto formal del principio de legalidad requiere una regulación expresa en la parte general y cómo debería ser tal regulación. No obstante, llama la atención el hecho de que casi todos los nuevos códigos penales europeos prevén reglas de validez de imputación en la parte general. Esta tendencia se apreció ya a mediados de la década de los setenta en los CP alemán y CP austriaco y, posteriormente, fue puesta en evidencia en los CP portugués 1982, CP español 1995, así como en el Proyecto italiano de 1992, pero también por los trabajos de reforma ingleses de la *Law Commission (draft Criminal Code Bill 1989)*. La base de todo esto es la consideración según la cual la previsión legal de las más importantes reglas de imputación para la protección de la esfera de libertad y la garantía de la seguridad jurídica probablemente no sea menos importante que la sujeción a la ley que ha de observarse en la parte especial. Esta postura, propia del Estado de derecho, se manifiesta en las discusiones sobre una parte general de las reglas para el Tribunal Penal Internacional de la

7 JESCHECK/WEIGEND, 1996: § 4 II: 26 ss.

ONU, así como en el debate que se lleva a cabo en la doctrina alemana sobre el reconocimiento de la prohibición de la analogía en la parte general del derecho penal. Se debería aceptar actualmente con normalidad —en contra de la decisión de la Comisión Europea en el caso «*Gußglas* en Italia»⁸ respecto a la imposición de una multa administrativa— que si no existe una regulación expresa de la autoría y participación, los casos en que un comportamiento de cooperación se encuentre al margen del hecho y no forme parte del hecho en sí mismo constituyen simples complicidades impunes. Según la opinión moderna, propia de un Estado de derecho, la autoría es la realización personal del tipo penal, y únicamente mediante la coautoría y la autoría mediata procede una ampliación. Al respecto, el reglamento sectorial de la Comunidad Europea de finales de 1995 para el ámbito del Derecho de Contravenciones de la Comunidad Europea ha introducido el modelo unitario de autor, de manera que el ejemplo mencionado y su dudosa solución, extraídos de la praxis de la Comisión, experimentaron una justificación posterior. También en el caso de la tentativa tiene que exigirse al legislador que la regule expresamente para evitar la impunidad. En el marco de un Estado de derecho, la participación, al igual que la tentativa, se entienden como una ampliación de la penalidad más allá de los límites del tipo penal.

Es conocida la especial intensidad de la regulación jurídica del derecho penal inglés, en la que se encuentran múltiples definiciones legales que —a diferencia de lo que ocurre en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica— no se encuentran previstas en la parte general. En especial, la internacionalmente asentada y ambigua figura del dolo eventual, con los peligrosos abusos que permite en los regímenes totalitarios, pone en evidencia el valor que en el Estado de derecho tienen las definiciones legales, no obstante las dudas surgidas en las discusiones de la codificación penal internacional, como por ejemplo la regulación del *dol éventuel* del nuevo CP francés de 1994 en su art. 121-3, párrafo 2, mediante la fórmula de la realización consciente del riesgo, y cómo la doctrina italiana la exige para la formulación de la culpa. En todo caso, una definición del dolo eventual como categoría limítrofe entre el dolo y la culpa es tan deseable como lo es la definición del círculo de autores en los delitos especiales, aun cuando para estos últimos en muchos ordenamientos jurídicos se tolere la tradición de una «interpretación fáctica».

Por lo general, la pregunta sobre qué grado debe alcanzar la regulación jurídica de la parte general ha sido respondida de muy diversas maneras, de conformidad con la tradición de cada sistema jurídico-penal nacional. En la comparación

8 Decisión de la Comisión 80/1334/EWG, AB1EG Nr. L 383/19 v. 31.12.1980; *Cf.* ya TIEDEMANN, 1985: 1420 ss.

internacional, llama la atención que la doctrina alemana de la parte general, influenciada fuertemente por la filosofía y la teoría del derecho en las cuestiones fundamentales, se conforme con una regulación fundamental para admitir importantes cuestiones de punibilidad, como por ejemplo en la omisión impropia, en la autoría mediata o en la tentativa no idónea. Por el contrario, el § 15, párrafo 3, CP austriaco, declara expresamente la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea así como la de la suposición errónea de la concurrencia de la característica (elemento especial) de los delitos especiales, y el CP portugués restringe fuertemente en su art. 21, de manera parecida al CP italiano (art. 49, párrafo 2), la penalidad de la tentativa inidónea; el nuevo CP español (art. 11), así como los trabajos de reforma ingleses, prevé una regulación concluyente de las posiciones de garante. Ante todo, precisamente la más legalista doctrina francesa, como es sabido, rechaza totalmente la *commission par omission* cuando no se encuentra expresamente regulada, en cuyo caso generalmente se prevé acudir a la imprudencia con el fin de evitar la impunidad. También la jurisprudencia española respondía a esta pregunta en un tono restrictivo antes de 1995, año en que se estableció la nueva regulación jurídica. La dimensión tradicional de las instituciones jurídico-penales que contiene la regulación alemana, que no son desconocidas en el derecho comparado, sufre últimamente una importante reducción, tal como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Federal (BGH) sobre el delito continuado y sobre la *actio libera in causa*⁹: de existir una regulación expresa, tal como contiene el CP español (arts. 20 y 74), a ambas figuras se les habría dado su debida importancia y tal vez se hubiera mantenido su núcleo. También respecto al ámbito común de la autoría y participación, Pradel ha constatado, mediante una crítica segura, les formules *larges* que, en 1975, se introdujeron en los preceptos alemanes¹⁰. La amplitud de todo esto es, obviamente, consecuencia de la tendencia a la abstracción que distingue a la parte general en su conjunto. Por el contrario, sin embargo, hay que recordar que el Brottsbalk sueco renuncia en gran medida a una parte general preliminar y, en particular, que las cuestiones relativas a la tentativa, los actos preparatorios y la conspiración se regulan al final de cada capítulo en la parte especial (parecido al *Strafflag* finlandés). También el *Straffelov* noruego regula en gran parte la punibilidad de la participación en la parte especial, y la *statute law* inglesa regula con frecuencia el error en cada uno de los tipos penales. Si se compara, por el contrario, la extensa generalización del criterio de evitar la

9 BGHSt 40, pp. 138 ss. (GS); 42: 235 ss. (4. StrS); Cfr. sin embargo BGH (3. StrS) JR 1997: 391 ss. Con anotaciones de Hirsch.

10 PRADEL, 1995: 278, N. 195.

aplicación del § 17 CP alemán¹¹, a pesar de carecer de concreción, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, ¡lo que se ha considerado razonable sobre la base de las cláusulas generales, como si se tratara de un fundamento del Estado de derecho!

Si se observa globalmente la teoría del delito, se destaca finalmente que tanto los países que no siguen el sistema tripartito de la teoría del delito de la doctrina alemana (especialmente Francia e Inglaterra, pero también, por ejemplo, Suecia), como aquellos que sí lo hacen, tiene en común el tipo (*Tatbestand*) como punto de partida. El *élément légal* de la doctrina francesa y el *legal element* (*actus reus*) de la doctrina inglesa, sin embargo, logran cohesionar la acción y el resultado de manera más completa que la tipicidad alemana (en relación con la función de garantía del tipo, mientras que la función sistemática del tipo alemán, como tipo del injusto [*Unrechtsvertypung*], se corresponde más bien con el *élément matériel* de la doctrina francesa). Con este renovado rasgo común conforme al Estado de derecho, en muchos países la teoría del delito logra basarse en una garantía constitucional. Así, se puede rechazar la objeción de Goldschmidt, que fuera ya combatida por Beling, de que una categoría del Estado de derecho no podría ser un componente de la construcción sistemática jurídico-penal¹². Es frecuente en la doctrina jurídico-penal europea que se confronte sobre todo el tipo externo con una categoría dirigida más al interior del autor, mientras que las causas de justificación y las causas de exculpación, conocidas en el derecho inglés como alegatos de defensa (*defences*), se remitan al plano procesal. Esto encuentra en Francia un paralelo, en donde la exclusión de responsabilidad es tratada, también de manera clásica, al margen de los elementos positivos del hecho punible. La correspondiente distribución de la carga de la prueba no ha podido hasta ahora ser formulada como una característica común europea: el satisfactorio sistema alemán fundado en la idea del Estado de derecho, en donde la carga de la prueba de todos los elementos del hecho punible —positivos como negativos— recaer en el Estado que acusa, es desde el punto de vista internacional más bien una excepción alejada del derecho procesal. En Inglaterra y en Francia, así como también en España y en la jurisprudencia tradicional italiana, las causas de justificación y de exculpación han de ser probadas y, en todos los casos, las objeciones explicadas

11 Esta disposición regula el error de prohibición: «Le falta al autor de la comisión de un hecho la comprensión para realizar el injusto y actúa sin culpabilidad, cuando no pudo evitar el error. Si el autor pudo evitar el error, la pena será disminuida de conformidad con el § 49, párrafo 1».
(nota del traductor)

12 Sobre ello ya TIEDEMANN, 1969a: 35 ss.

por el acusado (no obstante, en el derecho inglés tiene validez el principio *in dubio pro reo*, aunque con la excepción de la *insanity defence*).

Constituye un requisito lógico fundamental, dirigido más hacia el contenido de justicia del principio de Estado de derecho que a su faceta formal y que enlaza, tanto a la teoría del tipo y al principio de legalidad, la exigencia que las teorías del tipo y del delito deban desarrollarse sobre la base de todos o de la mayoría de los tipos de la parte especial y del derecho penal accesorio. Hacerlo solo respecto a un limitado grupo de delitos, como los delitos de violencia, significaría pretender construir una doctrina supranacional específica para el derecho penal económico. Este ideal común es considerado con mayor relevancia en las doctrinas española e italiana que en la alemana. De manera que es de resaltar y elogiar el valor del legislador español por integrar todas las materias jurídico-penales en la codificación central (a través de la aceptación de la técnica de los tipos penales en blanco)¹³. Pero también en la doctrina italiana, especialmente en el ámbito del tipo, no se da la restricción alemana a los delitos violentos, sino que, en gran medida, se abarca también a los delitos «intelectuales» (*Intelligenzdelikte*)¹⁴. Esto explica también por qué, por ejemplo, los manuales franceses se ocupan desde hace tiempo de la relevancia típica de los actos antijurídicos no penales, lo que en Alemania recién se empieza a discutir y mayormente solo de manera puntual en el derecho penal del medio ambiente. La preocupación por este tema ha conducido a prever de manera expresa, en el nuevo CP (art. 111-5), que el juez penal está facultado para comprobar la antijuridicidad de los actos administrativos¹⁵. El objetivo principal de esta regulación se encamina naturalmente a autorizar a los jueces para que comprueben la legalidad del derecho penal de contravenciones (*contraventions*), cuya promulgación, según la Constitución francesa, compete al ejecutivo. Problema que, en Alemania, no se da de la misma manera y solo se presenta parcialmente en relación con las leyes penales en blanco.

Resumiendo, se recomienda una regulación expresa de la prohibición de la analogía *in malam partem* en la aplicación de las disposiciones de la parte especial

13 TIEDEMANN, 1996a: 647 ss.

14 Si bien la traducción literal del término *Intelligenzdelikte* se corresponde con «delitos inteligentes», se ha preferido utilizar la locución «delitos intelectuales», ya que ello permite poner de relieve la diferencia que el autor señala frente a los delitos violentos. Se ha de entender pues que cuando se habla de «delitos inteligentes» se hace referencia, en el contexto de este trabajo, a aquellos delitos caracterizados por la ausencia de una violencia o agresión física, y en los que el sujeto activo utiliza su capacidad intelectual y preparación para perpetrar el delito. Un ejemplo de estos delitos serían los delitos que se cometen en el ámbito de la empresa. (nota del traductor)

15 En el mismo sentido (dado que el juez penal no anula los actos administrativos) ya TIEDEMANN, 1969a: 280.

(así, el art. 22, párrafo segundo del Estatuto de Roma) y que se prevea un mandato dirigido al juez en cuanto la aplicación de la ley penal conforme al criterio de previsibilidad razonable *reasonably foreseeable* de la Corte de Estrasburgo. La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley menos favorable y el mandato de la retroactividad de la *lex mitior*, por ser reconocidos generalmente, deberían incluirse en el proyecto de una carta europea de derechos fundamentales, por constituir fundamentos del contenido del derecho internacional, tal como en el Estatuto de Roma (art. 24, párrafo 2). Por el contrario, el problema político de qué órgano de los estados miembros y/o de la Comunidad Europea es el competente para crear tipos penales debe quedar abierto. Para el derecho administrativo sancionador de la Comunidad Europea podría bastar la competencia del Consejo (en el marco del —así denominado— proceso de codecisión con el Parlamento Europeo).

III. SITUACIONES DE CONFLICTO DE DERECHOS Y DE NECESIDAD JURÍDICA (*KONFLIKT- UND NOTRECHTE*)¹⁶

En el ámbito central de las causas de justificación existe un gran consenso en torno al derecho de actuar en situación de necesidad jurídica, salvo la ya tratada cuestión de la carga de la prueba. Esto ha permitido en cierto modo al Tribunal de Luxemburgo¹⁷ formular los requisitos de la legítima defensa¹⁸ y ¹⁹, de manera que puedan ser aceptados por todos los ordenamientos jurídicos europeos. En efecto, como demuestran, por un lado, la amplitud o estrechez de la gama de bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos mediante la legítima defensa y, por otro, la exigencia de una ponderación de bienes jurídicos o proporcionalidad, las cuestiones importantes de la parte general son decisiones valorativas políticas, las mismas que un parlamento soberano elabora en gran medida de manera independiente

16 En este caso se ha preferido realizar una interpretación lo más literal posible de los términos utilizados por Tiedemann, que a la vez permita al lector advertir el contenido del presente apartado. Así, se ha traducido *Konfliktrechte* por «conflicto de derechos» y *Notrechte* por «necesidad jurídica», aun cuando se haya podido recurrir a las locuciones «estado de necesidad» y «legítima defensa». La razón consiste en que también el autor pudo utilizar las palabras *Notstand* y *Notwehr* para referirse al estado de necesidad y a la legítima defensa, respectivamente, y no lo hizo, no obstante utilizarlas luego en el desarrollo de las ideas que componen este apartado. (nota del traductor)

17 El Tribunal de Luxemburgo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). (nota del traductor)

18 Se ocupa de ello WAGEMANN, 1992: 87 ss.

19 En este caso Tiedemann recurre al término *Notwehr*, cuya traducción es legítima defensa. (nota del traductor)

de la lógica material y dependen, en el marco de las situaciones de necesidad jurídica²⁰, de la amplitud que debe alcanzar el monopolio estatal de la violencia. Se debe aceptar por ello la limitación a ciertos bienes jurídicos elementales.

El estado de necesidad²¹, regulado expresamente por fin en Francia (art. 122-7 CP) así como en Inglaterra y en el Estatuto de Roma (art. 31), es reconocido nuevamente como mínimo en el sentido de una *duress of circumstances*, y está previsto —de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea— para los casos en que exista un peligro para la existencia del bien jurídico. Sin embargo, en la mayor parte del ámbito europeo no se conoce —con la excepción, en particular, de la doctrina española— la diferenciación alemana entre causas de justificación y causas de exculpación. Asimismo, la distinción de las causas de justificación y exculpación pierde su significado práctico procesal cuando la llamada prueba de la legítima defensa (*Notwehrprobe*) permanece más como un experimento teórico y las exigencias de la teoría de la participación en el hecho principal se configuran de manera sumamente diversa. También el *subjective approach* del derecho inglés, que tradicionalmente equipara la suposición errónea de una causa de justificación y de una causa de exculpación a su existencia, no solo simplifica la teoría del error, sino que contribuye a que la diferencia entre justificación y exculpación sea algo prácticamente irrelevante (no se puede discutir aquí la nueva tendencia inglesa de excluir el dolo en los casos *unreasonable belief*). El requisito de un elemento subjetivo de justificación debería ser aceptado en el ámbito europeo.

La figura de la fuerza mayor, proveniente del derecho civil, es reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Según la concepción alemana, en estos casos faltaría ya con frecuencia la capacidad de acción, siempre y cuando la fuerza mayor se conciba en un sentido estricto. Pero también es posible y puede ponerse en práctica un concepto amplio de fuerza mayor que considere la inexigibilidad de un comportamiento del autor, como lo hace, por ejemplo, la cambiante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con la pérdida de caución en el derecho agrícola de la Comunidad Europea²². La inclusión de esta figura históricamente anticuada en una regulación modelo o de base no debería aceptarse; en su lugar debería elaborarse el estado de necesidad (*Notstand*).

20 Aquí nuevamente Tiedemann recurre al vocablo *Notrechte*, motivo por el cual se ha respetado lo más posible el sentido del texto en su versión original al traducirse por (situación de) necesidad jurídica. (nota del traductor)

21 En este caso el autor utiliza la locución *Notstand*, que se corresponde con el estado de necesidad. (nota del traductor)

22 En detalle WAGEMANN, 1992: 111 ss.

Una particularidad internacional es, finalmente, la tradición española, que acepta la atenuación obligatoria de la pena cuando se dan los presupuestos fundamentales de la justificación, aunque no los accidentales. Con la tesis de Kern sobre la posibilidad de graduar el injusto²³²⁴, esta idea aparece susceptible de ser consensuada en la opinión alemán.

IV. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y ERROR

En el ámbito internacional, el principio de culpabilidad resulta más controvertido que el principio de legalidad, a pesar de que tanto Jescheck/Weigend²⁵, como el ya mencionado Corpus Juris, lo consideren como requisito básico del derecho europeo sancionador, y que pueda entenderse como la concreción del principio de proporcionalidad. Tanto en Alemania, Italia, como en España, el fundamento de la pena está referido al principio de culpabilidad con contenido material y se asegura a través de la jurisprudencia constitucional, y en muchos países europeos es admitido jurídicamente. Sobre todo en Francia y en Inglaterra se acepta la existencia de *infractions matérielles* y *strict liability*. Nociones que corresponden a la antigua categoría alemana de delito formal y que constituyen, como mínimo, presunciones de culpabilidad y que, en el ámbito de los intereses colectivos (como, por ejemplo, la protección del medio ambiente), se fundamentan, sobre todo, en especiales requisitos de cuidado. El nuevo CP francés limita esta figura a las transgresiones, que también en otros ordenamientos jurídicos —como el italiano— fueron durante tiempo el residuo de una responsabilidad independiente de la culpabilidad. Mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de derechos humanos sobre las presunciones procesales de inculpabilidad del art. 6, párrafo 2 DDHH —en virtud de la cual la prueba en contrario de la fuerza mayor tiene que ser posible en todos los casos para el afectado²⁶—, no objeta a las regulaciones nacionales (*in casu*: Dinamarca)²⁷ que incluyan dichas figuras en el derecho penal nacional

23 KERN, 1952: 262 ss.

24 Si bien Tiedemann escribe «Mit Kerns Lehre von den Graden des Unrecht...», se ha preferido traducir esta frase por «Con la tesis de Kern sobre la posibilidad de graduar el injusto» porque ello permite al lector entender con mayor facilidad la idea que Tiedemann expone, aun cuando una traducción literal indique que la tesis de Kern se denomina «Grados del injusto». (nota del traductor)

25 § 4 I: 23 ss.

26 Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A Nr. 141 –A, caso «Salabiaku» y EuGRZ 1992, 472 ss., Caso «Pham Hoang».

27 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Colección de decisiones 1990, 2911 (2935). Caso «Hansen».

mediante un sistema justo (*systemgerecht*), limita las excepciones jurídico-materiales del principio de culpabilidad tendencialmente a presunciones procesales que rebaten la culpabilidad. La contradicción se reduce así, en esencia, al derecho procesal. Desde un punto de vista material, el derecho inglés concibe (la mayoría de) los casos de la *strict liability* como *criminal in form, but civil in nature*, lo que se tiene en cuenta de manera absoluta en el marco de las sanciones. No obstante, en Inglaterra, el principio de culpabilidad se confronta con la conocida excepción de que aquel que participa en un negocio (*business*) asume los riesgos de la responsabilidad penal.

No se puede tratar aquí la inimputabilidad a pesar del papel central que juega para la única o doble vía del sistema penal. De todos modos hay que señalar que la diferente tolerancia frente al alcohol y otras drogas se plasma en el distinto reconocimiento de las condiciones de la incapacidad mental, mayormente a través del recurso a la *actio libera in causa* (cfr. últimamente el art. 20, núm. 2 CP español, así como el art. 31, párrafo. 1, literal b del Estatuto de Roma y anteriormente el art. 92 CP italiano, que rechazan se considere que falta culpabilidad en los casos de embriaguez imprudente u otra situación semejante). Para la comisión de delitos económicos, tanto la embriaguez como la minoría de edad probablemente no deberían tener importancia alguna.

También la regulación sobre el error constituye una escala para graduar la realización del principio de culpabilidad y con ello para la consecuencia jurídico-penal de una concepción más liberal o más conservadora del Estado y del derecho. Que el error de prohibición invencible tenga que conducir a la impunidad es algo que hoy en día se reconoce como influjo del principio de culpabilidad en muchos ordenamientos jurídicos (como, por ejemplo, el francés e italiano), incluso cuando, por ejemplo, en el Derecho inglés, este resultado se consiga solamente a partir del artificio procesal de la *absolute discharge*. Igualmente, el error sobre los elementos del tipo (error de tipo) —con la excepción sobre todo de Italia—, independientemente de la culpabilidad del autor, excluye el dolo. En el sentido de una simplificación de la teoría del error, pueden preverse de manera conjunta todos los casos de error invencible en una regulación base o modelo. Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran por lo demás que los elementos del tipo penal son con frecuencia hechos, de manera que el *erreur sur les éléments essentiels* de l'infraction se corresponde en gran medida con el error de tipo de la concepción jurídico-penal alemana. En cuanto a la *invencibilidad* hay —también en el Corpus Juris— una amplia coincidencia en torno a las soluciones y sus categorías²⁸. Detrás de la última delimitación del derecho penal inglés de excluir el

28 TIEDEMANN, 1995: 95 ss., 111, con referencias.

dolo solo en los casos de un acto erróneo razonable (*reasonable*) está naturalmente la valoración de que el actuar con «ceguera sobre los hechos» no puede ser menos probable que el actuar con conocimiento de los hechos.

Es objeto aún de polémica sobre todo el error de prohibición vencible, respectivamente el error de derecho que no se refiere al tipo. Sin embargo, de esta manera se reducen las diferencias de las soluciones, ya que en no pocos ordenamientos jurídicos (como, por ejemplo, Dinamarca, Inglaterra y Austria) se acepta como error de hecho el error de derecho extrapenal de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) y que incluso en el art. 47, párrafo 3, CP italiano se encuentra previsto expresamente. El legislador portugués, de manera parecida a la jurisprudencia española, se orienta tanto en el derecho penal como en el derecho de contravenciones a diferenciar entre *delicta per se* y *delicta mere prohibita*. Esta diferenciación (criticada por la doctrina) produce inseguridad cuando se delimita uno y otro concepto, pero produce siempre mejores resultados que la fórmula vacía alemana de la información y esfuerzo de la conciencia en el marco del § 17 CP alemán. También otros ordenamientos jurídicos europeos, que podrían seguir en el tratamiento del error de derecho más la perspectiva alemana que la anticuada sistemática, han elaborado soluciones a través de la elaboración de grupos de casos disculpantes, como en particular la información errónea proveniente de un a instancia competente, que son adecuadas, siempre justas y que también para el derecho penal alemán resultan ejemplares. También es ejemplar, razón por la que ha sido adoptada en el art. 10, línea 3 del Corpus Juris, la regulación del nuevo art. 14, párrafo 3 CP español, que conduce forzosamente a una disminución de la pena en los casos de error de prohibición vencible (porque la culpabilidad del autor que se equivoca sobre la prohibición es menor que la de quien actúa con pleno conocimiento de la prohibición).

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En el tratamiento de la autoría y participación, en los códigos penales de Austria e Italia, así como en el derecho penal criminal de Dinamarca y Noruega, se ha consagrado el sistema unitario de autor, aunque se prevén diversas consecuencias, mientras que en la legislación de los demás estados miembros de la Comunidad Europea —y por esto también en el Corpus Juris (art. 11) así como en el Estatuto de Roma (art. 25)— se considera la importancia de la contribución al hecho como punto de partida dogmático, conforme a la doctrina italiana de la Alta Edad Media y no es considerada solo como base para la medición de la pena. Como un criterio común del derecho penal europeo puede señalarse que la distinción entre autor unitario, coautor y autor mediato, sobre todo en los dos últimos casos

en los que falta en parte la realización del tipo, es sustituida por criterios de imputación²⁹. Naturalmente que esto es evidente respecto de la autoría mediata en los casos en que se rompe la accesoriedad, de ahí que en especial el derecho penal francés tienda a una aplicación restrictiva de esta figura y, por lo general, solo la reconozca, junto a los casos expresamente regulados de *auteur intellectuel ou moral*, en los supuestos que claramente son merecedores de pena (como el aprovechamiento de un error del autor directo - *Vormann*), en donde por falta de una regulación expresa de la autoría mediata se recurre a tal método de imputación. Asimismo, para delimitarla de la instigación, se recomienda una regulación expresa de la autoría mediata, que es posible siguiendo la nueva tendencia del Tribunal Federal alemán de reconocer una forma de autoría independiente, aunque no es (todavía) susceptible de consenso: en el ámbito europeo predomina la idea de la autoría mediata como figura que cubre vacíos.

Las dos cuestiones más importantes del sistema diferenciador en el ámbito de la autoría y participación (el grado de la accesoriedad de la participación y el problema de la participación en los delitos especiales), que en el CP alemán de 1975 se han solucionado con suficientemente claridad, continúan siendo controvertidas. Especialmente, se permite en parte la autoría de los *extranei* en los delitos especiales, lo que tiene que valorarse como un indicio contra la admisión de la pretensión de la regulación alemana en orden 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 tiene validez un concepto normativo de autor, con lo cual la autoría mediata se fundamenta en el principio de imputación del dominio, el cual, en el caso en que varios intervienen en un hecho, solo concierne los niveles verticales (jerárquicos) de participación. Este grado de imputación tiene hoy en día una especial y actual importancia, en vista de la criminalidad de empresa y de la criminalidad gubernativa. La siempre controvertida construcción de la autoría omisiva impropia, favorecida en el derecho penal alemán por el § 357 del CP³⁰, encuentra una importante correspondencia en

29 Cfr. —también en lo que sigue— TIEDEMANN, 1998a: 496 ss., con referencias. [Existe una traducción al castellano de este artículo efectuada por Cancio Meliá y publicada bajo el título de «La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo», en *Revista Penal* 5 (1999)]. (nota del traductor)

30 El § 357 CP alemán establece:

«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.

Inglaterra y en Francia con las figuras independientes y no reguladas en la ley que fundamentan la penalidad en virtud de la *vicarious liability* o del *du fait d'autrui*, que a pesar de ser siempre objeto de críticas por parte de la doctrina, al ser componente del derecho judicial, hay que señalar que existe la necesidad de reconocer ese tipo de penalidad. Hacia esto conduce el art. 12 del Corpus Juris, relativo tanto al propietario de la empresa como a la persona que tiene la capacidad de tomar decisiones y controlar personas en el marco de la empresa, en el que se prevé la punición de comportamientos como la omisión de impedir infracciones. La regulación expresa (y en un marco específico) de este ámbito de la participación de las omisiones impropias, complementada en el ámbito de los funcionarios y del gobierno, así como en el de la función de control de los consejeros encargados de vigilar la actividad de las sociedades, se muestra como susceptible y necesaria de consenso en el ámbito europeo. Con respecto a las restantes omisiones impropias, o bien se incluyen en la parte especial, o bien se solucionan como problemas de la parte general a través de la descripción del principio de dominio y/o —a pasar de la opinión de la doctrina— se introduce la responsabilidad por imprudencia. El requisito básico de por lo menos una regulación legal general resulta pues esencial y a la cual no se puede renunciar.

Debido a los límites de este trabajo no es posible tratar la cuestión de la penalidad de las personas jurídicas. Desde su introducción en Dinamarca, Francia, Finlandia, así como en Noruega, el ya clásico modelo holandés se ha asentado en Europa³¹. El mismo es recomendado como alternativa de sanción similar al modelo alemán de la responsabilidad administrativa en el segundo Protocolo Adicional al Convenio de la Comunidad Europea de 1995. Esta cuestión fue tratada en detalle en el Congreso Internacional de derecho comparado en Atenas, y a partir de ahí —así como consecuencia de la iniciativa de la Comunidad Europea— es objeto de una intensa discusión en un gran número de países, en los que progresivamente se toman en cuenta las nuevas construcciones teóricas de los países del *Common Law*. Resulta notable que el Tribunal Federal alemán, en los casos *Lederspray* y *Jenner-Bergbahn*, parta de la afirmación de que la distribución de un producto peligroso o la manipulación de equipos peligrosos no es una acción humana, sino de la empresa, que al final se imputa a las personas naturales bajo puntos de vista normativos³², y no a la inversa. También el problema

2. Esta determinación será de aplicación a los funcionarios en quienes se delegue la vigilancia o 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». (nota del traductor)

31 Una visión general en DOELDER/TIEDEMANN, 1996; en lo que sigue también TIEDEMANN, 1996c, en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN.: 30 ss.

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

de la culpabilidad se presenta —en el sentido de imputación o reconocimiento (parcial) de una culpabilidad de las empresas— solucionable, de modo que la introducción de una penalidad de las empresas es de nuevo más una cuestión de valoración política que de construcción lógica. El Corpus Juris (art. 13) aboga por tal responsabilidad, pero señala solo los criterios de imputación. En el nuevo derecho penal francés, la *Cour de cassation* elige el principio de la imputación de responsabilidad al órgano como inicio de solución (*théorie du reflet*), lo que implica al mismo tiempo la identificación de la persona física así como la comprobación de su culpabilidad; la instancia judicial prefiere la teoría de la culpabilidad de la propia persona jurídica y para ello constata la estructura de la sociedad, la política de la empresa, etc. En sentido contrario, el Anteproyecto suizo quiere introducir una penalidad de la persona jurídica sin tener en cuenta la culpabilidad. La activa discusión en el ámbito europeo ha conducido, en Italia y en España, a que la penalidad de las personas jurídicas conquiste adeptos, mientras que los preparativos existentes en la reforma alemana de las sanciones fundamentales probablemente conllevará solamente una (de nuevo) ampliación del § 30 de la ordenanza sobre contravenciones (OWiG)³³.

VI. TENTATIVA Y PREPARACIÓN³⁴

Sobre los grados de ejecución del hecho punible podemos ser breves en cuanto a la teoría de la tentativa y el desistimiento, pues basta referirse al informe general de Jescheck al XII Congreso Internacional de derecho comparado que tuvo lugar en Australia en 1986, en el que se analizan las cuestiones fundamentales y el estado

33 El § 30 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (Ley sobre Contravenciones Alemana) establece:

«El que como titular de un establecimiento o de una empresa omita dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que correspondan al titular como tal, y cuya lesión está amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes». (nota del traductor)

34 TIEDEMANN utiliza aquí las locuciones *Versuch* y *Vorbereitung*, que se corresponden, respectivamente, con «tentativa» y «preparación». Bien se pudo traducir por «tentativa» y «actos preparatorios», pero de nuevo se ha preferido respetar la voluntad del autor, que recurre al término *Vorbereitung* y no al de *Vorbereitungshandlungen*, que significa «actos preparatorios». No obstante, ambos («preparación» y «actos preparatorios») se han de entender como sinónimos, pues si bien Tiedemann consigna el primero en el título del apartado y utiliza el segundo en el texto del apartado, tanto uno como otro hacen referencia a lo que en la teoría del *iter criminis* se conoce como actos de preparación. (nota del traductor)

actual de la cuestión³⁵. Hay que añadir ante todo que el nuevo CP francés en su art. 121-5, y el nuevo CP español en su art. 6, párrafo 1, se aferran a la tradición del «inicio de la ejecución» para delimitar los actos preparatorios (*Vorbereitungshandlungen*) impunes de la tentativa punible, mientras que en particular en Alemania, Italia y Austria se ha renunciado, en todo caso terminológicamente, a este concepto. De hecho aparece como susceptible de consenso en el ámbito europeo la interpretación dogmática alemana, cuya fórmula de los actos intermedios se acerca a la nueva jurisprudencia francesa (cfr. también el art. 25, párrafo 3, literal f, línea 1 del Estatuto de Roma). Lo mismo resulta válido para el desistimiento impune, respecto al cual en el Anteproyecto no oficial de Reglamento de la Comunidad Europea de 1995 (§ 5, párrafo 3) se trató de orientar su regulación hacia el § 24 CP alemán, el § 16 CP austriaco y el art. 16, párrafo 2 del CP español³⁶. Por el contrario, en el espacio europeo continúa discutiéndose si la tentativa ha de ser reprimida con menor severidad que la consumación y si la tentativa absolutamente inidónea ha de ser punible. Aquí, tendrían que constatarse las diferencias de las valoraciones de la relación entre el desvalor de resultado y el desvalor de acción, así como entre lo «objetivo» y lo «subjetivo». Solo de esta manera sería posible llegar a un consenso en torno a la delimitación de tales figuras.

Respecto a la tentativa de participación, la tendencia político-criminal es reconocible, como ocurre en el derecho alemán —igual que en el sistema unitario de autoría—, declarar impune la tentativa de complicidad y punible la tentativa de instigación. Punible es la inducción en grado de tentativa. La participación en la tentativa es en general punible³⁷.

El acuerdo en la coautoría comisiva (cfr. § 30, párrafo 2 CP alemán) es regulado debido a su carácter delictivo previo, por un lado, y a su especial peligrosidad, por otro, a través de los tipos especiales de la *conspiracy*, la *association de malfaiteurs* y de la *associazione per delinquere* (en el derecho penal italiano, debido a su fuerte orientación objetiva, se equipara al mismo tiempo la instigación exitosa punible y el acuerdo para delinquir). Incluso el Corpus Juris prevé en su art. 4 un tipo especial semejante; de conformidad, en particular, con la jurisprudencia y la doctrina del art. 416 CP italiano se exige además en este punto un grado de organización suficiente (y un programa criminal).

35 JESCHECK, 1987: 111 ss.

36 Cfr. BACIGALUPO/GRASSO/TIEDEMANN, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ, 1994: 466.

37 JESCHECK, 1987: 111, 134, así como el Estatuto de Roma.

VII. RESUMEN Y TESIS

Como resumen de nuestras reflexiones desearíamos formular las ideas más importantes sobre los requisitos fundamentales de la parte general, complementarlas en parte y así favorecer la discusión al respecto. Para esto es necesario indicar de manera expresa —tal y como corresponde al uso del lenguaje en las recomendaciones internacionales— cuáles son los requisitos fundamentales ineludibles, cuáles son las regulaciones básicas deseables y los puntos de vista y detalles importantes:

El proceso de abstracción inmanente a la parte general presupone que no solo unos pocos delitos constituyan el modelo para el desarrollo de los principios y reglas de la parte general, sino más bien que se tienda a tener en cuenta todos los grupos de delitos. Ello, sin perjuicio de que se prevean regulaciones marco específicas en relación (técnica) con algunas materias de la parte especial.

La parte general del derecho penal necesita, en todo caso, regularse legalmente, puesto que sus reglas de imputación constituyen una ampliación de la punición prevista en la parte especial (autoría, tentativa). Las reglas de validez (cfr. §§ 2 y ss. CP alemán) deben igualmente ser formuladas por el legislador debido a las exigencias de especial claridad y determinación; esto es válido especialmente para la primacía de la *lex mitior* y para el concepto de ley temporal³⁸.

La amplitud de las figuras legales y las construcciones extralegales deberían concretarse en la certeza de sus contenidos mediante ejemplos típicos legales (quizá según el modelo del art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea) o de grupos de casos jurisprudenciales (por ejemplo, la invencibilidad del error de prohibición cuando se trata de informaciones falsas provenientes de instancias competentes).

Con el objetivo de fortalecer la seguridad jurídica, deberían incluirse definiciones legales, sobre todo ahí donde se pretenda delimitar un específico círculo de autores (por ejemplo, funcionarios), cuando se trate de los fundamentos de la penalidad o cuando exista una profunda delimitación de las categorías de la acción o de la culpabilidad (¡dolo eventual!).

Los elementos del hecho punible que fundamentan la pena tienen que ser probados por el Estado, y aquí cuenta especialmente el dolo. En el empleo de las presunciones de culpabilidad se tiene que permitir al acusado en todos los casos la prueba en contrario.

Las sanciones administrativas punitivas (que persigan también un fin retributivo) han de estar sujetas a las mismas garantías que las previstas para el derecho penal. Las limitaciones a este principio pueden producirse en orden a

38 Cfr. TIEDEMANN/DANNECKER, 1985: 13 ss., con referencias; SILVA SÁNCHEZ, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ, 1994: 143 ss.

la competencia para imponer estas sanciones, debido a su eventual carácter de bagatela así como a la agilización del procedimiento en el que se imponen. Las restricciones a este principio encuentran sus límites en las garantías de los derechos humanos del derecho nacional y del derecho internacional.

El principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), en cuanto a sus implicancias dirigidas al juez, es un punto de partida irrenunciable del derecho penal europeo, así como en el plano supranacional³⁹. Dado que la punibilidad de un comportamiento depende de la valoración de la jurisprudencia, un cambio de esta última tiene que ser razonablemente previsible. La aplicación analógica del derecho en la parte especial en perjuicio del autor ha de ser descartada por inadmisibile. En relación con los actos de la Administración que fundamentan la punibilidad (leyes penales en blanco), la decisión fundamental sobre la penalidad ha de provenir del legislador constitucionalmente competente⁴⁰.

La medida en que los estados de necesidad y conflicto (*Not-und Konfliktsituationen*) así como los casos de errores de parte del autor de un hecho deben quedar impunes o deben ameritar una atenuación de la pena es una cuestión que está sujeta en gran parte a la decisión del legislador. Sin embargo, se debe reconocer que los bienes jurídicos elementales son capaces de ser protegidos mediante la legítima defensa y también mediante el estado de necesidad cuando hay un peligro para su existencia. También debería descartarse la punibilidad en los casos de error no culpable (que no sea evitable de manea razonable) del autor que recae sobre las cuestiones de hecho y de derecho, y por eso deberían regularse conjuntamente. Para el error de tipo vencible se recomienda una regulación que excluya el dolo; de ahí que debería preverse expresamente que los elementos (normativos) del tipo y los elementos de una ley penal en blanco, junto a los actos que la complementan, sean tratados de la misma manera.

La punibilidad de la tentativa es solo aceptable cuando el legislador ha previsto expresamente su penalidad. La decisión delictiva del autor debe ser reconocible mediante actos externos. Estos pueden ser identificados ya que representan el inicio del hecho —eventualmente solo el plan del autor— que conducen inmediatamente a su consumación.

Para la intervención de varias personas en un acto en grado de tentativa se recomienda el principio unitario de autor en vista de su sencillez para el derecho administrativo. Dado que en el derecho penal es tradicional el modelo diferenciador, debería definirse legalmente la participación, especialmente la autoría mediata,

39 Cfr. solo TIEDEMANN, 1993a: 28, con referencias.

40 Un análisis de derecho comparado en TIEDEMANN, 1993b: 141 ss., del mismo, 1969a: 239 ss.; cfr. además ENDERLE, 2000.

y establecerse el grado de accesoriedad de la mera participación. La participación mediante una mera omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa, de funcionarios y de gobierno, debe declararse punible a través de una regulación expresa; la omisión impropia debe ser punible solo cuando sea regulada legal y expresamente.

Las personas jurídicas y otras agrupaciones de personas, en los hechos punibles que cometan sus encargados en su interés, deben ser hechas responsables no solo civil o administrativamente, sino como mínimo a través de la imposición de sanciones similares a las penales (en tal sentido, confrontar las garantías aplicables supra VI). Debería introducirse una penalidad propia de estas agrupaciones con el objetivo de eliminar su organización delictiva, para lo cual bastaría que los modelos y criterios se mencionaran en un marco de responsabilidad o alternatively, y fueran complementados por la jurisprudencia.