



Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*

Wilfried Bottke

Catedrático de Derecho penal, Rector de la Universidad de Augsburgo (Alemania)

A continuación se plantean tres interrogantes a los que, en la medida de lo posible, se dará respuesta a lo largo de este trabajo. El primero de ellos indaga en un concepto: ¿Qué es criminalidad económica? El segundo versa sobre una cuestión de *lege lata*: ¿Quién responde por un acto criminal-económico formal? Esta pregunta va enfocada especialmente a la responsabilidad de los superiores respecto de los delitos cometidos por sus subordinados. El tercero de los interrogantes indaga sobre una cuestión de *lege ferenda*: ¿Deben ser reformadas las reglas sobre la posible responsabilidad del autor en el ámbito de la criminalidad económica relacionada con empresas o unidades de producción?

A. ¿Qué es criminalidad económica?

En la República Federal Alemana no tenemos una definición ampliamente reconocida de lo que ha de entenderse por criminalidad económica¹; no existe una Ley que defina el concepto². Para configurar una definición lo más genuina posible, susceptible de obtener el consenso, se hace necesario un análisis material. A tal efecto, deben dilucidarse tres aspectos: en primer lugar, qué son mercado y economía; en segundo lugar, qué se entiende por criminalidad formal y material; por último, qué se entiende por criminalidad *en* la economía y por criminalidad *contra* la economía, y especialmente, contra el mercado.

I. ECONOMÍA Y MERCADO

1. Por Economía se entiende el sistema económico de la sociedad. El objetivo de un sistema económico es la utilización con la máxima eficiencia, en todo tiempo y lugar, de los recursos limitados, es decir, la gestión óptima de los bienes. Los sistemas económicos adquieren diferentes formas según la clase de Estado y de sociedad. Los sistemas económicos regulados pueden estar planificados o sólo enmarcados. Los mercados son sistemas económicos no regulados o tan sólo enmarcados, son los participantes en la economía los que toman las decisiones de forma particularizada.

2. Los mercados pueden estar constituidos al estilo darwiniano, aunque no necesariamente. Su legitimación moral-filosófica no estriba en la ley del más fuerte, y menos aún en el terror impuesto por el poder financiero de quien ostenta el capital. Los mercados son legitimados por el hecho de que hacen lo mejor posible para llevar prosperidad a la sociedad, a través de una posterior comparación con otros sistemas económicos. En las sociedades nacionales libres sus miembros son concebidos como personas originariamente libres. Para ello también son apelados a articular sus necesidades y a demandar que sean satisfechas. El mercado es un sistema económico con estas características. En un mercado desarrollado, a los miembros de la sociedad se les considera emancipados para traducir sus necesidades en dinero³, para demandar la satisfac-

* Traducción realizada por SOLEDAD ARROYO ALFONSO (Universidad de Huelva).

1. Cfr. sobre cuestiones de definición, EISENBERG, *Kriminologie*, 4.^a ed., 1995, § 47 marg. 1 y ss.; BOTTKE, *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite*, Teil 1 y Teil 2, en: *Wistra* 1991, pp. 71 y ss.; 52 y ss.

2. Cfr. sin embargo § 74c Abs. 1 Nr. 1-6 GVG.

3. Esto implica que tienen dinero.

ción de sus necesidades en moneda de curso legal y para compensarlas con las necesidades de otros sobre la base del precio. Los miembros de la sociedad son sujetos del mercado con la misma libertad para demandar y ofertar bienes y servicios; tienen la libertad de producir tales bienes, ponerlos en circulación y consumirlos. Los elementos estructurales esenciales constitutivos del mercado son estas libertades, la igualdad de acceso al mercado, la competencia no distorsionada y con igualdad de oportunidades, y la configuración de los precios por parte de los sujetos del mercado. Los factores del sistema económico de una sociedad libre son flexibles. Los mercados de sociedades nacionales libres son partes del mercado de la moderna sociedad mundial. Están globalizados⁴, en tanto no se lo impida la estructura material, como por ejemplo la imposibilidad de transportar bienes pesados (por ejemplo, materiales de construcción). No existe una economía mundial planificada; lo que existe es el mercado mundial. Las empresas y sus dueños son *global players in a free global market*. Sólo los sistemas políticos de las sociedades de países libres están vinculados territorialmente y son configurados por las leyes del país. Tienen capacidad para hacer uniones supranacionales y para originar Derecho supranacional, como por ejemplo el Derecho de la Unión Europea, y pueden perseguir la globalización del mercado mundial mediante el Derecho internacional. Tienen que hacerlo, si son realistas. Los contactos sociales, que se organizan en el mercado, pueden tener efectos más allá del Estado nacional en el que se produjo el acto organizativo. El Derecho criminal económico es, con sus sanciones productivas de costes, un factor local. El sistema económico en el seno de la Unión Europea es un mercado enmarcado; no está, o no en todo caso, dirigido en particular y en su totalidad por la Comisión Europea o por los gobiernos de los Estados miembros. Continúa siendo un mercado aun cuando la aportación de los Estados al producto nacional bruto es alta, y según el punto de vista de muchos críticos, disfuncionalmente alta; y aun cuando la intensidad normativa de regulación es alta, y según la opinión de muchos críticos, disfuncionalmente alta, al sobrepasar el mero establecimiento de un marco.

II. CRIMINALIDAD FORMAL Y MATERIAL

1. Son formalmente criminales los actos penalizados a través de una ley. Penalización significa

aquí la amenaza de sanciones a las que la ley denomina penas. Materialmente, las sanciones son costes suplementarios. Suponen costes suplementarios al de la pérdida de las ventajas obtenidas por la infracción de la norma, y al esfuerzo de subsanar, en tanto sea posible, las consecuencias de la infracción de la norma. Las penas suponen costes suplementarios al que se impone a un culpable de delito a causa y en la medida de su culpabilidad. Las penas expían la culpabilidad penal, por lo que son costes suplementarios retributivos.

2. Son materialmente criminales aquellos actos susceptibles de penalización conforme a la Constitución penal de una sociedad. La Constitución penal viene integrada por las normas constitucionales que vinculan al legislador penal. Si no existe tal Constitución, el legislador penal es el soberano. Un Estado de Derecho vincula al legislador a su Constitución (ya sea ésta escrita o no), a los derechos humanos y civiles, y a la obligación de que las intromisiones en la libertad sólo puedan amenazarse y llevarse a cabo en la forma que establezcan las leyes estatales. Los países miembros de la Unión Europea son Estados de Derecho. Éstos someten a sus legisladores a su Constitución nacional (como por ejemplo la República Federal Alemana somete a sus legisladores a la Ley Fundamental), al Derecho primario y secundario de la Unión Europea y a las reglas de los Convenios internacionales generales ratificados, como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por todo lo dicho, actos materialmente criminales son los que lesionan de forma socialmente intolerable bienes reconocidos por la Constitución penal, contra los que la amenaza de pena es un medio proporcional. Como proposición de Derecho constitucional penal sería válida la siguiente: son penalizables, según las premisas mencionadas, aquellos actos de gestión que usurpen la soberanía de la capacidad ajena, reconocida jurídicamente por la Constitución penal. Y ello cuando, en primer lugar, tal gestión infrinja la soberanía del sujeto reconocida jurídicamente por la Constitución penal; y en segundo lugar, cuando mermen (*deoptimieren*) o busquen mermar la capacidad del sujeto de excluir de su gestión a esos usurpadores de soberanía; o que, en tercer lugar, instrumentalicen o busquen instrumentalizar su mermada capacidad de exclusión. También es penalizable conforme a las premisas aquí mencionadas toda gestión usurpadora de soberanía de sistemas de capacidades ajenos reconocidos jurídicamente

4. La idea de sociedad libre implica también la de sociedad global.

por la Constitución penal (así, por ejemplo, la capacidad de producción del sistema ecológico: el medio ambiente; o del sistema político: el Estado; o del sistema económico: la economía) cuando en primer lugar, tales actos quebranten las normas jurídicas vigentes sobre su gestión; y en segundo lugar, mermen o pretendan mermar el sistema de capacidad de producción. Aquellos actos que perjudiquen el funcionamiento óptimo del mercado en la Unión Europea son penalizables, porque la capacidad del mercado de la Unión Europea, que debe llevar a su sociedad y a sus miembros una prosperidad económica óptima, es protegible como bien jurídico. El mercado y su capacidad de función social son pretendidos por el Derecho de la Unión Europea. Determinados actos merman la optimización del mercado cuando al ser repetidos o imitados indefinida y habitualmente provocan su parálisis; e igualmente ocurre con los actos usurpadores de soberanía no permitidos, es decir, contrarios a una norma. Semejantes actos son intolerables, si y porque -indefinida y habitualmente repetidos o imitados- ponen en entredicho la estabilidad del sistema de funcionamiento de la sociedad y finalmente la estabilidad de la propia sociedad; sin mercado no existirían la Unión Europea y sus miembros, o al menos no serían como ahora. La amenaza de pena contra actos que merman la optimización es proporcionada, si permite una evaluación defendible por parte del legislador en cuanto a si es indispensable y apropiada en orden a asegurar la predisposición a la observancia de la norma, y si no es excesiva. Precisamente porque el Estado no dirige ni controla *ubiquiter* los actos que se realizan en el mercado, tiene mermada tanto la capacidad de garantizar el funcionamiento del mercado, como la de preservar de infracciones las normas promulgadas en relación a la función del mercado. En cierto modo está instrumentalizado por actos no permitidos que merman su optimización. Por ello al legislador sólo le queda la amenaza de pena: amenaza con un coste suplementario que produce especial aversión, porque, al menos, de su efecto estigmatizador es difícil desembarazarse.

III. CRIMINALIDAD EN LA ECONOMÍA Y CRIMINALIDAD CONTRA LA ECONOMÍA

1. La criminalidad económica puede ser entendida en sentido amplio. En este caso hablamos de la «criminalidad en la economía». Los delitos *en* la economía consisten en quebrantamientos de normas -por ejemplo, falsedades documentales, cohechos o puestas en peligro del medio ambiente- que también pueden ser cometidos al margen del ámbito económico. Sólo se cometen en concreto referidos a la economía o al mercado delitos como la puesta en peligro de la salud o de la vida en unidades de explotación o mediante la distribución de productos defectuosos⁵. El castigo de tales delitos que se producen en el mercado no necesita de una legitimación especial.

2. La criminalidad económica puede ser entendida en sentido estricto. Hablamos ahora de la criminalidad *contra* la economía. Ésta hace peligrar los elementos estructurales esenciales y/o las específicas condiciones de funcionamiento del sistema económico mermando la optimización de su capacidad de rendimiento. En un sistema económico planificado semejante criminalidad *contra* la economía puede consistir en el abuso de derechos de soberanía en la dirección de la economía o también en el «descalabro económico»⁶. La criminalidad *contra* la economía en una sociedad de mercado es criminalidad *contra* el mercado. Estriba esencialmente en la puesta en peligro de las condiciones que precisa el mercado para su actuación. Así, por ejemplo, la anulación de la igualdad de oportunidades de libre acceso de todos los sujetos del mercado interesados en un mercado estructurado competitivamente, mediante un acuerdo de cárteles⁷; la eliminación de los competidores del mercado mediante un *dumping* de precios⁸; la distorsión de los precios configurados por la competencia, en perjuicio de los demandantes de bienes y servicios mediante la adjudicación de contrataciones públicas⁹. Criminalidad *contra* el mercado es también la puesta en peligro del sistema monetario mediante la falsificación de instrumentos de pago¹⁰; el perjuicio ocasionado me-

5. Cfr. BGHSt 37, pp. 106 y ss., también en NSiZ 1990, pp. 588 y ss. Cfr. BOTKE, Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen, en: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, pp. 109 y ss., notas 5 y 6. Sobre responsabilidad por el producto y punto de vista penal, KUHLEN, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, Heidelberg, 1989.

6. Cfr. BOTKE, Empfiehlt es sich, einen Tatbestand der Wirtschaftsschädigung in das Strafgesetzbuch aufzunehmen?, en: Wistra 1991, pp. 201 y ss.

7. Cfr. § 25 Abs. 1 GWB.

8. Cfr. Art. 90 EUV.

9. Sobre el fraude en contrataciones públicas, cfr. SATZGER, Der Submissionsbetrug, 1994.

10. Cfr. §§ 146 a 152a StGB

diante mentiras cualificadas sobre costes de tiempo o de otros recursos a mercados de inversión de capitales en los que se toman las decisiones con gran rapidez¹¹; e, igualmente, la puesta en peligro de la competencia mediante la obtención de ventajas en la misma derivadas del blanqueo de dinero.

B. ¿Quién responde por los actos de criminalidad económica formal?

Por los actos de criminalidad formal en el mercado y contra el mercado responden, según el Derecho penal nacional alemán, solamente las personas físicas, es decir, los individuos.

I. LA RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS O DE AGRUPACIONES DE PERSONAS

Las personas jurídicas no responden; empresas y unidades de producción son incapaces, según el Derecho penal alemán, de ser autoras de un hecho penal. Por lo tanto no pueden perpetrar delitos, ser inculpadas en un proceso penal, o ser declaradas culpables. Consiguientemente, no se les puede imponer una pena. Los informes sobre empresas implicadas en criminalidad contra el medio ambiente, corrupción, fraude fiscal, blanqueo de dinero o cárteles ilícitos, serían engañosos si dieran a tales empresas el tratamiento de autor o inculpado.

II. RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES (VORGESETZTEN)

De *lege lata* cobra importancia el interrogante respecto a bajo qué condiciones responde penalmente un superior de una empresa o unidad de producción por los hechos cometidos personal-

mente por sus subordinados. Se trata de una cuestión polémica¹². La respuesta depende fundamentalmente de si alguien que no comete personalmente un delito puede ser autor detrás de quien actúa como autor y bajo qué presupuestos lo sería. Esto depende fundamentalmente de la teoría de autor que se prefiera: si ésta es dogmática, la excepción resulta ofensiva. Si se permiten muchas excepciones en la doctrina de autor se daña tanto a la Dogmática que desaparece. Una doctrina que hace depender la autoría de variables y circunstancias no definidas, y que aboga por una ponderación global –no determinada jurídicamente– de todas las circunstancias del caso concreto, no conoce reglas ni excepciones; sencillamente, no es dogmática.

1. Mi tesis se ajusta a la dogmática en *general*¹³, y se basa en los conceptos que a continuación se exponen. Por delito se entiende una conducta típica y antijurídica (cfr. § 11 I Nr. 5 StGB). Comete un delito quien lo ocasiona personalmente (es decir, quien actúa). Colabora (*bewirkt*) en un delito quien inspira dolosamente su ejecución¹⁴. Comete un delito quien activamente o en comisión por omisión (§ 13 StGB) *causa dirigidamente* (*bewirkt*) la realización de todos sus elementos típicos. Los autores no son sólo colaboradores (*Bewirker*) en un delito, sino quienes lo causan dirigidamente (*Bewerker*) en uso de un *dominio de configuración* (*Gestaltungsherrschaft*), que sea suficiente como criterio relevante de fundamentación de la pena. Por tanto, los autores causan dirigidamente el delito en uso de un dominio de configuración relevante, bien sea personalmente, a través de alguien o conjuntamente con otros (§ 25 StGB).

Mi tesis se ajusta a la dogmática en *especial* para la autoría mediata respecto de jefes que no cometen el delito personalmente¹⁵: Un superior responde por el delito de su subordinado en empresas o unidades de producción –cuando no exista una regla especial– según los preceptos generales siempre y sólo entonces como autor mediato, si come-

11. Sobre la estafa en la inversión de capitales cfr. BOTKE, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite, Teil 1 y Teil 2, en: wistra 1991, pp. 1 y ss.; pp. 52 y ss.; BOTKE, Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen, en: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, pp. 109 y ss.; 111.

12. Cfr. BOTKE, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994, pp. 12 *et passim*.

13. BOTKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; BOTKE, Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, en: Schönemann/de Figueiredo Dias, Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, pp. 235 y ss.; BOTKE, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994.

14. El que inspira imprudentemente un delito no es promotor ni perpetrador del mismo. Hablar de autores imprudentes es como hablar de "hierros de madera", es decir, se trata de conceptos que no casan, no pueden ir juntos, como "hierro" y "madera". El promotor de una imprudencia es quien tiene competencia en el hecho (*Tatzuständige*), por lo que tanto el hecho como su resultado le es imputable.

15. BOTKE, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994.

tió el hecho a través del subordinado. A tal efecto, tiene que cometer el delito activamente en el desempeño de un dominio de configuración superior relevante (*relevant überlegene Gestaltungsherrschaft*), o no haberlo impedido pese a su deber de garante. El dominio de configuración superior relevante no viene dado por el binomio autoridad/subordinación; tampoco viene proporcionado por el poder directivo en una organización jerárquicamente estructurada, que aquí sería una empresa económica o unidad de producción con *top down management*. La sujeción a un puesto de subordinación merma la libertad de los subordinados; merma su poder de formar su voluntad autónomamente e imponerla contra resistencia. Esto hace, gracias a la conexión institucional entre sometimiento, obediencia y poder directivo, que el subordinado, relativamente mermado en su poder, sea instrumentalizable sólo por el superior o jefe. Esta sujeción indica la existencia fáctica de un poder de configuración superior. Pero no es éste el criterio relevante de fundamentación jurídico-penal. Lo necesita para constituir, en el curso de su ejercicio, autoría mediata. La superioridad relevante se da mediante la superioridad jerárquica facilitada por el superior poder de configuración del jefe, sólo cuando se excluya la fundamentación penal de la responsabilidad penal del subordinado, y así, invirtiendo la responsabilidad, el jefe también es exculpado. Éste es el caso en Alemania, por ejemplo en los §§ 16, 17, 20, y 35 StGB y 3 JGG. Solamente cuando un tipo penal tiene en cuenta, en perjuicio de un superior, el sometimiento a las órdenes (y con ello la capacidad de ser instrumentalizado) de un subordinado, es válido algo distinto; se trata de una regla especial. En Alemania se encuentra una regla de esta clase en el § 357 StGB, que castiga al superior que induzca o tolere la comisión del delito por un subordinado. En ella no se exige el cumplimiento de un criterio de relevancia general. El § 357 StGB sólo rige para relaciones de funcionarios de superior/inferior rango; el criterio especial de relevancia es, si se quiere, la ostentación de un cargo superior en la organización jurídico-pública. Para los jefes de organizaciones jurídico-privadas no rige tal precepto especial; para ellos quedan las reglas generales de la autoría mediata.

2. Para facilitar la fundamentación y la dogmática de la autoría, se hará un esbozo sobre autoría inmediata, mediata y coautoría.

a) Según el Derecho penal alemán, es autor inmediato quien comete el delito personalmente (§ 25 I.1. Alt. StGB). Comete personalmente el delito quien comete el delito por actuación corporal (*eigenkörperlich*), no siendo necesario que lo haga con sus propias manos. De esta forma el delito es

su obra. El autor inmediato causa dirigidamente (*bewerkt*) un delito con el uso —activo o pasivo pese a un deber de garante— de su propio cuerpo, es decir, con dominio de configuración relevante por actuación corporal; su cuerpo es el medio activo utilizado para realizar el hecho o su cuerpo es una relevante fuente de peligro no custodiada, porque la norma se dirige a ellos también y especialmente como propietarios de su cuerpo. Asimismo el autor inmediato causa dirigidamente y por actuación corporal el delito, cuando para la comisión del mismo se sirve de un objeto inactivo o de un ser animado inactivo. Tal objeto o ser animado es su herramienta, que instrumentaliza para la causación dirigida de su hecho. Constituye para ellos un instrumento equiparable a una cosa o usado como una cosa, es decir, una herramienta. Los superiores que no cometen el delito personalmente, es decir, causándolo dirigidamente con su actuación corporal, no son autores inmediatos.

Es obvio que todas las personas tienen cuerpo. Éste puede emplearse activamente ocasionando riesgos. Puede usarse fenotípicamente a través de una actividad positiva dirigida a la causación de un hecho. Cada persona tiene no sólo su cuerpo y el deber de no usarlo activamente para gestionar ilícitamente la capacidad ajena; también tiene el deber de custodiarlo como fuente de riesgo. La autoría inmediata no se da solamente cuando una persona como propietario de un cuerpo lo utiliza causando dirigidamente un riesgo, sino también cuando alguien no custodia su cuerpo pese a ser una fuente de peligro (por ser, por ejemplo, altamente infeccioso). Sin embargo, la autoría inmediata omisiva exige, junto a la peligrosidad del propio cuerpo, que aquel que se aproxima a la fuente de riesgo corporal que constituye un peligro para su capacidad (por ejemplo, su capacidad de rendimiento físico), no asuma ese riesgo. Quien posee un cuerpo peligroso o bien tiene que mermar relevantemente la capacidad del que se le aproxima (que puede ser, por ejemplo, susceptible de contagiarse de un virus) de adoptar una elección responsable de riesgos, omitiendo informarle del riesgo en contra de su deber de custodia, o bien tiene que instrumentalizar su capacidad mermada de exclusión de riesgos. En otras palabras, al mismo tiempo tiene que cumplir los presupuestos de la autoría mediata.

b) El Derecho penal alemán considera autor mediato a quien perpetra el hecho *a través* de otro (§ 25 I 2. Alt. StGB). Comete un delito a través de otro quien ostenta sobre ese otro un dominio superior relevante y con la utilización de tal dominio de configuración superior relevante causa dirigidamente el delito.

aa) Si el otro es utilizado como un objeto, éste es el instrumento y quien lo usa es autor mediato. Entonces no necesitamos el § 25 I. Alt. StGB ni la construcción de la autoría mediata. Si actúa el otro, entonces no es el medio para la realización del hecho (*Tatmittel*), sino el intermediario de ese hecho (*Tatmittler*). Quizás ha sido instrumentalizado por el hombre de atrás debido a su mermada capacidad de impedir su implicación en la causación dirigida del delito, pero no es un instrumento. Porque una herramienta, también un instrumento, no tiene capacidad de acción. Quien diga lo contrario falsea el lenguaje cotidiano; también cuando, si y en tanto, la jurisprudencia y la teoría de autor mantengan que el autor mediato es quien perpetra el hecho a través de otro que es el instrumento; y abusa de la expresión «instrumento» como recurso del lenguaje técnico. Cierra la puerta a la comprensión de las cosas, no define autoría mediata de tal forma que su adopción no dependa de un análisis difuso y evaluable del caso concreto. No menciona ningún criterio de relevancia que satisfaga las exigencias jurídicas fundamentadoras de la pena, por lo que dogmáticamente es improcedente. En última instancia, amplía tendencialmente el círculo de autores considerando como autores mediatos a los autores intelectuales y a los que omiten la prevención del delito en contra de su deber, sin satisfacer en todo las exigencias jurídicas de fundamentación de la pena.

bb) Por el contrario, sea válido lo siguiente: Como para todas las formas de intervención en el delito (*Beteiligungsform*), también en la autoría mediata hay que delimitar ejercicios de poder relevantes e irrelevantes. La mera causación dirigida (es decir, promoción dolosa) del resultado no convierte a su promotor, conforme a una valoración legal, en autor. El inductor es muy probablemente el promotor intelectual del hecho¹⁶. Éste colabora (promueve dolosamente) en la decisión de actuar del autor y su hecho. A tal efecto emplea poder, sin embargo no perpetra el hecho, no lo causa dirigidamente, por lo que no es autor. Quienes colaboran (*Bewirker*) en un delito que no perpetran personalmente, pueden ser autores mediatos, si causan dirigidamente (*bewirken*) el hecho a través del actuar de otros haciendo uso de un dominio de configuración superior. Serán autores mediatos cuando causan dirigidamente el hecho haciendo uso de un dominio de configuración superior relevante.

En el reconocimiento legal de las formas de intervención en el hecho constituyentes de autoría y de autoría mediata está presente una concepción restrictiva de autor. Esta concepción debe delimitar los ejercicios de poder que constituyen autoría de los que no, y por tanto exige una selección. Una delimitación jurídico-fundamentadora de las formas de intervención en el delito tiene que atender al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para ello no basta con criterios prepenales, ni tampoco con criterios de determinación de la pena. Para ello sólo puede atenderse a criterios seleccionados por su cualidad jurídico-fundamentadora de la pena. Criterios como la presunta utilización de un instrumento o del «dominio» sobre un aparato organizado de poder son prejurídicos; el interés de intervención en el hecho (que aduce la fórmula *animus socii/animus autoris*) no es en Derecho penal alemán especialmente un factor de fundamentación de la pena, sino un factor de determinación de la pena (§ 46 II 2 StGB). Los criterios de selección jurídico-fundamentadores de la pena se obtienen de normas que regulan jurídico-fundadamente la responsabilidad penal de otro que con su actuar hace posible el hecho. Tales normas excluyen una responsabilidad específica en el hecho, del «hombre de delante» en cuanto a la decisión de «si» el delito perpetrado es doloso y culpable. Éstas imputan al «hombre de atrás» que ha promovido el hecho empleando dolosamente su «dominio de configuración superior», en los casos en que se excluye la responsabilidad del «hombre de delante». Tales normas son, en Alemania, los §§ 16, 17 S.1, 19, 20, 33 y 35 StGB y 3 JGG, y no hay ninguna otra.

La mera instrumentalización de la capacidad mermada del «hombre de delante» de eludir la influencia estimuladora del hecho ejercida por el «hombre de atrás» podría impedir, en los supuestos de daños ocasionados a uno mismo (*Selbstschädigungen*), un consentimiento eficaz. En general no basta para elevar a la categoría de autoría mediata la intervención del «hombre de atrás» en la acción del «hombre de delante». La figura del dominio de un autor mediato en virtud de la utilización de un aparato de poder no debe ser –frente a Roxin¹⁷ (y en parte, la jurisprudencia alemana)– admitida. Le falta suficiencia normativa, más exactamente, relevancia jurídico-fundamentadora de la pena. Se debe reconocer una excepción solamente allí donde, según el Derecho constitucional penal, el principio de tipicidad está debilitado en

16. Cfr. para la conexión histórico-dogmática de la configuración del concepto de inducción en la doctrina penal del siglo XVIII y la autoría mediata, HURSCHKA, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, en: ZStW 110, 1998, pp. 581 y ss., 595 y ss.

17. Cfr. Roxin/LK, StGB, 11. Aufl., 1993, § 25, marg. 128 y ss.

forma de Derecho escrito fundamentador de pena. Así ocurre con las atrocidades, es decir, violaciones de los derechos humanos organizadas por Estados que no son Estados de Derecho, cuando la gravedad del caso es tal que contraría las percepciones valorativas de cualquier nación civilizada (Art. 7 II EuMrk; 15 II IPbpR). Quien como superior abusa del poder estatal en orden a la causación o fomento de tales violaciones de los derechos humanos se coloca, en virtud del Derecho internacional, al margen de la protección que asegura el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* a los superiores instigadores o fomentadores del delito como requisito de criterios de relevancia escritos jurídico-fundamentadores de la pena. Una atrocidad semejante fue el exterminio de judíos y otros individuos a consecuencia de su raza o de su procedencia étnica por parte de los miembros de más alto rango del jerárquico régimen nazi. Igualmente fue una atrocidad la masacre de ciudadanos por el régimen de *Polpot* en Camboya; también lo es la masacre de etnias, declarando tal horror como «limpieza étnica». No es una atrocidad semejante, sin embargo, la estimulación o la permisibilidad de los jefes respecto de delitos de criminalidad económica cometidos por subordinados en la empresa. Y tampoco lo es la estimulación o la permisibilidad de delitos de criminalidad económica en el marco de la criminalidad organizada, es decir, en beneficio de agrupaciones sociales ilegales de corte cuasi empresarial. Los intentos de extender el círculo de la autoría mediata más allá de las normas y excepciones ya mencionadas no son válidos. Pueden serlo para la figura del instrumento doloso sin intención, así como para la figura del instrumento doloso no cualificado.

cc) Es posible cometer un delito mediante una omisión del deber de cuidado. También es posible por la vía de la autoría mediata. Ésta presupone en primer lugar la adopción de un «dominio de configuración». Esto puede suceder –si se excluye el «dominio» sobre la peligrosidad del propio cuerpo– mediante la adopción de un «dominio de custodia» sobre objetos o personas peligrosas, o mediante la adopción de un «dominio de protección» sobre capacidades constitutivas de bienes jurídicos que pueden ser mermadas. Los jefes de agrupaciones sociales jerárquicas pueden llegar a ser considerados «tutores» de sus subordinados y de las capacidades de éstos en orden a cometer delitos referibles a la agrupación. El autor mediato es el jefe –que adopta el «dominio de custodia» so-

bre las personas que le están subordinadas– solamente cuando su dominio de configuración es relevantemente superior al de quien realiza la acción inmediata, y además causa dirigidamente el delito por infringir su deber de garante al no utilizar el poder de configuración superior relevante que tiene adoptado. Es rechazable que la mera lesión dolosa del deber de garante, como lesión de un deber especial de los jefes obligados al mismo, los convierta en autores por omisión.

La hipótesis contraria se defiende con el argumento de que en la omisión no existe un «dominio» y en los delitos de infracción de deber lo que hace autor al sujeto es una omisión impropia, es decir, la infracción del deber (omitente por infracción de un deber de garante), o si no, le hace autor su deber especial¹⁸. Por sí sola, tal hipótesis produce una excepción. Pero tal excepción no tiene parecido con la estructura de la autoría y de la autoría mediata en el caso de la comisión activa y tampoco es materialmente exigida. Además, contraviene la cláusula correspondiente del § 13 StGB exigida por el Derecho penal alemán de *lege lata domestica*. La omisión de un deber de garante, que por falta de cumplimiento simultáneo de los criterios de dominio de configuración superior relevante no pertenece a la estructura material de la autoría, sino que es tan sólo complicidad por omisión.

c) Según el Derecho penal alemán es coautor quien, *conjuntamente* con otro u otros, perpetra el delito (Cfr. § 25 I 1. Alt. StGB). Coautor es quien causa dirigidamente el delito en uso de un dominio de configuración consensuado y equivalente. La mera acumulación casual de acciones combinadas no convierte a quienes las realizan en autores. Existe consenso en torno a los criterios de selección constitutivos de la coautoría, respecto de los que suponen un incremento del riesgo del hecho típico constitutivos de coautoría y los no constitutivos de la misma. El consenso puede –no tiene que– elaborarse explícitamente. Las acciones de alguien con riesgo típico no consentido por otros son excesos. También los jefes y los subordinados pueden ser coautores. Aquí es igual el fe-notipo de cada contribución realizada. También quien, sin poseer un dominio de configuración superior relevante, omite (infringiendo un deber) evitar el delito de su subordinado puede ser, en caso de consenso, no sólo cómplice sino también coautor.

d) La ley no conoce otras formas de autoría. Sólo conoce las modificaciones de los tipos pena-

18. Cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.^o ed, 1994, pp. 669 y ss.

les que definen en sentido amplio lo que se considera delito.

Esto es acaso válido para el ya mencionado § 357 StGB, es decir, para los superiores que, en el ámbito de la función pública, inducen o toleran la comisión de delitos por parte de sus subordinados. *Argumentum e contrario* no es válido para las agrupaciones sociales jerárquicas que no tienen carácter jurídico-público, y que tienen *managers*, patronos o directores, pero no funcionarios. Igualmente es válido para delitos contra la autodeterminación sexual. En éstos, la capacidad de los jóvenes de autogestionar respetablemente su sexualidad y de excluir a los demás de tal gestión se considera tan mermada que constituye delito el favorecimiento de actos de carácter sexual de los menores de edad (§ 180 StGB) y también lo es influir sobre un menor de 21 años para que empiece o continúe en el ejercicio de la prostitución (§ 180 b II Nr. 2 StGB). Son tipos especiales, en los que se instrumentaliza el débil gobierno de la víctima dando lugar a que ésta se produzca a sí misma una merma en su capacidad de autogestión y exclusión.

Esto indica que, por otra parte —como por ejemplo cuando se causan o toleran daños a la propia vida o al propio cuerpo— siguen vigentes las normas generales de la autoría mediata. Quien proporciona, favorece o no evita la ocasión de que otro se produzca a sí mismo un daño sólo es autor mediato si se cumplen los criterios del ejercicio de autoría superior relevante o de autoría asumida superior relevante. La mera instrumentalización de la mermada capacidad de gestionarse sensatamente y de excluir a los demás de inducir exitosamente a que se cause a sí mismo un daño se opone a la justificación del interviniente activo o pasivo en el daño que el sujeto se causa a sí mismo; porque el consentimiento justificante presupone una capacidad óptima del que consiente, en orden a gestionar sensatamente su capacidad como bien jurídico. Sin embargo, la responsabilidad penal como autor mediato no está condicionada suficientemente a través de la insinuación contraria a las normas de conducta para que otro se cause un daño a sí mismo, ni tampoco está suficientemen-

te condicionada mediante la no-defensa contra un peligro impuesto a sí mismo por la persona que tiene derecho a la protección¹⁹.

C. ¿Reforma de la responsabilidad del autor?

Las reglas que hemos visto, sobre la responsabilidad del autor respecto de delitos económicos relacionados con empresas o unidades de producción, fragmentan de forma importante la deseable responsabilidad del autor. Las personas jurídicas o las agrupaciones de personas no responden como autores. Los superiores de los que realizaron el hecho de forma inmediata, la mayoría de las veces no responden como autor; la comprobación de que se han cumplido todos los presupuestos necesarios de la autoría mediata es difícilmente aducible. Los autores inmediatos son, si es que llegan a descubrirse, frecuentemente sólo subordinados. El autor inmediato es, en ocasiones, el último de una cadena de mando, que —al menos desde el punto de vista de los afectados— se ajusta perfectamente al Derecho penal de autor y al Derecho penal del hecho. Porque tal Derecho penal concede una enorme importancia a los subordinados que pertenecen a una empresa o unidad de producción. Este Derecho penal les dice a voces: «*Take your criminal activities as your case*». Que tal llamamiento contra las actitudes criminógenas en la empresa y unidades de producción²⁰, que no estableció el subordinado o que al menos no lo hizo solo, solamente le alcance a él como autor, apenas debe de parecerle justo. Porque en ese caso él tiene que cargar solo con los costes suplementarios producidos. El Derecho penal sólo es aceptable como acto de voluntad política, si por lo menos busca alcanzar un tratamiento igualitario. Aquí encontramos una razón para la crítica político-jurídica.

I. POSIBILIDADES DE REFORMA

¿Existen posibilidades de reforma? Una reforma es un haz de medidas útiles para el arreglo de un

19. Cfr. sobre autoría mediata en los casos de participación en un suicidio, BOTKE, *Strafrechtliche Probleme am Lebensbeginn und am Lebensende. Bestimmungsrecht versus Lebenserhaltung*, en: *Rechtsstaat in der Bewährung*, Band 30, Heidelberg, 1995, pp. 35 y ss.; 93 y ss.; BOTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, *Augsburger Rechtsstudien* Band 13, Heidelberg, 1992, pp. 74 y ss.

20. Cfr. SCHÜNEMANN, *Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?*, en: *International Conference on Environmental Criminal Law, The Taiwan/RoC Chapter (AIDP)*, 1992, pp. 433 y ss.; 456 y ss.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1979, pp. 22, 26 y s. Formulada como teoría de la contaminación en BOTKE, *Schwiegermuttermörder und Unternehmen. Oder: Was ist und soll Strafe?*, en: Schlosser, Hrsg., *Bürgerliches Gesetz 1896-1996, Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg*, *Augsburger Rechtsstudien* Band 27, Heidelberg, 1997, pp. 135 y ss.; 146 y s.

defecto correctamente diagnosticado, que consiste en el rendimiento deficitario del sistema social, aquí el Derecho penal.

1. Podría configurarse una responsabilidad de agrupaciones sociales con personalidad jurídica, que actúan en el mercado. Podría introducirse una sanción penal para agrupaciones, en tanto fuera posible compensar la culpabilidad organizativa de la agrupación mediante costes suplementarios. Podría introducirse una medida de sanción para agrupaciones (como por ejemplo una indicación registral o incluso una curatela empresarial), que se vincule a la actitud criminógena de la agrupación y cause un efecto de prevención del peligro en que pueden incurrir las agrupaciones²¹.

2. La responsabilidad de directivos y de quienes ostentan un deber de vigilancia en empresas o unidades de producción podría vincularse a presupuestos menos graves. Una importante y aligerada responsabilidad de quienes ostentan un deber de vigilancia en el sentido de una posición de garante en la empresa ha propuesto un grupo de trabajo sobre Derecho penal auspiciado decisivamente por *Schünemann*, y que se fundó al hilo de la reunificación²². Su propuesta reemplaza la relación de causalidad por el mero incremento del riesgo. Sería la excepción jurídica en un ámbito sectorial de la vida social. Sería, al menos desde un punto de vista ampliamente seguido (por ejemplo de los que exigen cuasi-causalidad), una intromisión frecuente e importante en la dogmática general de la imputación en Derecho penal. Como cualquier Derecho especial, levanta la sospecha de no ser justo, y hasta ahora tal sospecha no ha sido

disipada. No obstante, una regla más moderada podría imitar a la del § 357 StGB²³. También en la lucha contra la corrupción el legislador ha equiparado la protección de las condiciones de funcionamiento del sistema económico en un intento de diferenciación adecuada a la protección de las condiciones de funcionamiento de la actividad estatal soberana y contra el cohecho²⁴.

II. ¿DEBER DE REFORMA?

Entretanto, la pregunta con que comenzamos, de si los vigentes presupuestos de responsabilidad de la pena del autor deben reformarse, debe negarse, si se exige una respuesta jurídica. Que el Derecho vigente sea inconstitucional porque mediante «estrictas» exigencias para la responsabilidad del autor incumple la obligación de Derecho constitucional penal de penalizar, no es jurisprudencialmente afirmable. También podría dar lugar a que la constante búsqueda y aumento de autores tras autores descubiertos y sin descubrir haga retornar *de facto* a la dogmática, en la renuncia de sus restricciones, al concepto de autor según el cual el autor era el «autor principal». Así era en Alemania, por ejemplo, la concepción que del autor tenía el Código Penal para los Estados Prusianos (II 20 § 65 ALR²⁵). Para terminar, se permite una pregunta que también es autocrítica: ¿Semejante retorno hace justicia a la función de interpretación legal y político-criminal liberal y de Estado de Derecho, también en orden a preservar la libertad frente a la pena?

21. Cfr. BOTTKE, Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen "strafmündig" werden?, en: *Wistra* 1997, pp. 241 y ss.; 252 y s.

22. SCHÜNEMANN, Hrsg., Arbeitskreis Strafrecht, Band III, Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, 1996, pp. 156 y ss.; art. 1, que propone un nuevo § 13 a StGB en dos apartados:

1) "Si se contribuye a un resultado contemplado en el tipo de una norma penal, mediante la actuación de un empleado para la unidad de explotación a la que pertenece, o con un objeto de la misma que requiera vigilancia, será punible el obligado al deber de vigilancia según esta Ley si la actuación hubiera podido ser obstaculizada por él de forma decisiva. En este caso se atenuará la pena conforme al § 49 Abs.1. La unidad de producción y la empresa tienen, a estos efectos, la misma consideración."

2) "El mismo tratamiento se dará al superior o cualquier funcionario, a quienes se ha transferido el deber de vigilancia del servicio de otros funcionarios, en tanto la actuación de los subordinados o de los funcionarios supervisados afecte a los quehaceres cuya vigilancia tuviera encomendados."

23. Tal regla podría reemplazar a la regla especial del § 357 StGB. Podría ser del siguiente tenor: "Quien, como superior habilitado para dirigir a sus subordinados en una empresa o unidad de explotación o en un departamento, incitara a la comisión de delitos referidos a esa empresa, unidad de explotación o departamento, o tolerara que se cometieran tales hechos antijurídicos, será merecedor de la pena asignada al autor de ese hecho antijurídico. Lo mismo rige para los miembros de una empresa, unidad de explotación o Departamento, a los que hayan sido transferidos la vigilancia o control sobre las actividades desempeñadas por otros miembros de la empresa, unidad de explotación o departamento, en tanto el hecho antijurídico cometido por éstos pertenezca al ámbito de actividades que el sujeto debió vigilar o controlar".

24. Cfr. BOTTKE, Korruption und Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, en: *ZRP* 1998, pp. 215 y ss.

25. HRUSCHKA, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, en: *ZStW* 110, 1998, pp. 581 y ss.; 595 y ss.