

La Responsabilidad Penal por Decisiones Colegiadas en el Ámbito de la Empresa

Por: Percy García Cavero

El presente artículo se ocupa del tema de la responsabilidad penal de los miembros de un órgano colegiado empresarial en la toma de decisiones penalmente relevantes. A lo que se apunta es a ofrecer criterios jurídico-penales que permitan individualizar la responsabilidad penal de cada uno de los miembros del órgano colegiado. Se parte de la base de que se trata de un problema de imputación objetiva y que, al haber una pluralidad de intervinientes, requiere ser abordado desde las reglas de la autoría y la participación. Con base en la teoría de la competencia por el hecho como criterio de determinación de la intervención delictiva, se procede a dar respuesta a las distintas constelaciones de casos problemáticos que suscita este tópico de discusión en la responsabilidad penal en el marco de las estructuras empresariales.

I. Introducción

Cuando una decisión tomada en la administración de una empresa conlleva la realización de un delito, la responsabilidad penal se determina sin complicaciones adicionales si se trata de un órgano de decisión unipersonal. En la empresa moderna, sin embargo, es muy usual que las decisiones se tomen de manera colegiada, lo que hace necesario precisar si la responsabilidad penal alcanza de la misma forma a todos los miembros del órgano de decisión. La doctrina penal contemporánea rechaza unánimemente la posibilidad de configurar un delito colegial, en el que todos miembros respondan penalmente por su sola pertenencia al órgano colegiado de decisión¹. Un Derecho penal anclado en el principio de culpabilidad por el hecho propio exige un proceso de individualización de la imputación penal al interior del órgano pluripersonal, en el que cada miembro responda en razón de su propia actuación y no por el hecho de otro².

El consenso doctrinal se pierde al momento de establecer los criterios para individualizar la imputación penal en cada uno de los miembros del órgano colegiado. Un sector doctrinal considera necesario vincular causalmente el aporte de cada miembro con el resultado penalmente relevante para poder sustentar su responsabilidad penal³. A esta posición se le ha reprochado no dar en el clavo con el problema, pues no se trata de un hecho penalmente relevante por la concurrencia de varios riesgos, sino de un solo riesgo creado conjuntamente⁴. Por esta razón, el enfoque que debe utilizarse es, más bien, el referido a la creación conjunta de un riesgo penalmente relevante, lo que no precisa necesariamente de un aporte causal, sino de la competencia por la relevancia penal de la decisión adoptada. En consecuencia, el nivel más básico de discusión en la cuestión de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas se da en el plano de la imputación objetiva⁵.

1 Vid., MEINI MÉNDEZ, «Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal», en *Imputación y responsabilidad penal*. Ensayos de Derecho Penal, Lima, 2009, p. 247 y ss.

2 Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII 1998-1999, Universidad de Alcalá de Henares, 2000, p. 188 y s.; FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos responsables en los delitos societarios», *Revista penal* 1 (1998), p. 28; PÉREZ CEPEDA, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», *Revista penal* 9 (2002), p. 109; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal de la empresa*, Valencia, 2000, p. 152.

3 Así, SCHAAL, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen», Berlin, 2001, p. 91 y ss., sostiene que la fórmula de la *conditio-sine-qua-non* permite solucionar los casos de decisiones colegiadas cuando menos en los delitos activos, mediante la consideración de la forma combinada de causalidad alternativa con causalidad cumulativa. Requieren, por el contrario, la llamada teoría de la condición ajustada a leyes causales para determinar la responsabilidad penal de los miembros de un órgano colegiado, NEUDECKER, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen», Frankfurt a.M., 1995, p. 224 y s.; WEISSER, «Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen», Berlin, 1997, p. 113 y ss. Por su parte, PUPPE, «La imputación del resultado en Derecho Penal», (trad. García Cavero), Lima, 2003, p. 112 y ss., recurre a la fórmula de la inus-condición (una parte necesaria de una condición suficiente del resultado).

4 Así, VAN WEEZEL, «Autoría y responsabilidad por el producto: ¿participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?», en *Derecho Penal y sociedad*, eEstudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, II, Montealegre (coord.), Bogotá, 2007, p. 61.

5 Vid., VAN WEEZEL, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 63.

6 Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, p. 179.

7 Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, (trad. Cuervo/Serrano), Madrid, 1997, Apdo 21, n.m. 3; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles),

La presente contribución se va a ocupar del tema de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas en la empresa precisamente desde la teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, dada la intervención de una pluralidad de personas, el análisis a realizar debe tener en cuenta también los criterios que informan, en general, la intervención delictiva, lo que hace necesario hacer algunas referencias básicas sobre lo que significa la actuación delictiva en conjunto. Teniendo claras estas premisas conceptuales, se podrá entrar a resolver los problemas específicos que suscita la atribución de responsabilidad penal en el marco de decisiones colegiadas tomadas en una empresa. En las propuestas de solución ofrecidas se tendrán especialmente en consideración los aspectos propios de la estructura empresarial y los procedimientos de decisión que influyen en los criterios de imputación penal.

II. La intervención delictiva como competencia por el hecho

Si hay un punto de partida claro en el planteamiento de la competencia por el hecho es que lo decisivo para imputar responsabilidad penal no es determinar quién causó o ejecutó el delito, sino quién es competente, en términos jurídico-penales, por el hecho penalmente relevante⁶. La competencia jurídico-penal por el hecho puede ser de una sola persona (lo que es cada vez menos usual) o de varias personas. En este último caso, y en atención al sistema diferenciado de intervención asumido por la mayoría de las legislaciones penales contemporáneas, resulta necesario establecer además los distintos grados de responsabilidad de los intervinientes en función del nivel de configuración del hecho.

El primer criterio de ordenación de la imputación penal es que la determinación de la competencia por el hecho no asume los mismos contornos en todos los contactos sociales, sino que depende del tipo de rol jurídicamente atribuido a la persona cuya competencia por el hecho se va a determinar. En atención a la identidad normativa de la sociedad actual, estos roles pueden clasificarse de dos formas;

En primer lugar se encuentra el rol general de ciudadano, en virtud del cual se le autoriza a una persona a organizarse libremente, pero con el deber general negativo de no afectar a otros (base liberal de la sociedad). La infracción de este rol da lugar a los delitos de dominio. La competencia por esta clase de delitos se sustenta en haber afectado a otra

persona mediante una configuración prohibida de la propia esfera de organización⁷. Si en esa organización participan de manera vinculante varias personas con sus correspondientes ámbitos de organización, todas resultarán competentes por el hecho conjuntamente realizado.

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales que surgen por instituciones sociales elementales que vinculan de una manera específica a una persona con otra (por ejemplo, la relación paterno-filial en la institución «familia»), o con una situación socialmente deseable (por ejemplo, la recta Administración de Justicia como finalidad de la institución «Estado»)⁸. Estas vinculaciones se manifiestan mediante relaciones de deber positivo (por ejemplo, el deber de proteger a los hijos dependientes o el deber de emitir una sentencia conforme a derecho), cuya infracción da lugar a los llamados delitos de infracción de un deber⁹. Será competente por esta clase de delito solamente el que está vinculado institucionalmente por la posesión de un determinado estatus (en los ejemplos utilizados: el padre o el juez), casos en los cuales cuya competencia no admite cuantificaciones¹⁰. El autor del delito de infracción de un deber será únicamente el institucionalmente obligado, con independencia de cuánto configuró el hecho que ha dado lugar a la realización del delito¹¹. No es posible, por tanto, una competencia institucional conjunta, lo que no excluye que pueda existir una competencia institucional autónoma de otro obligado especial o incluso una competencia por organización de otros ciudadanos.

De lo anterior se desprende que la intervención conjunta de varias personas sólo podría darse en los delitos de dominio. La doctrina penal dominante sostiene que el criterio que permite distinguir los distintos niveles de intervención delictiva en estos delitos, es el dominio del hecho, esto es, la capacidad de decidir sobre el «sí» y el «cómo» del hecho, lo cual solamente puede predicarse del autor, mas no del partícipe. JAKOBS se ha encargado; sin embargo, de relativizar la afirmación precedente, demostrando de manera convincente que todos los intervinientes tienen, de alguna manera, cierto dominio del hecho¹². Por lo tanto, la única diferencia cualitativa se presenta respecto de aquellos que realizan un aporte penalmente irrelevante (prohibición de regreso) y los que actúan con una división vinculante del trabajo (actuar en conjunto)¹³. Los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva son los que se encargan precisamente de distinguir un aporte neutral de una actuación en un contexto objetivamente delictivo.

Bogotá, 1995, p. 67 y s.

8 Vid., JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», (trad. Cancio), en *El Sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 193.

9 Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 2.

10 Así, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p. 39.

11 Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 193.

12 Así, JAKOBS, en «*El Sistema funcionalista*», p. 179.

13 Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 235; EL MISMO, en «*El Sistema funcionalista*», p. 192; LESCH, «*Intervención delictiva*», p. 58.

14 Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 235 y s.; LESCH, «*Intervención delictiva*», p.73 y ss.

15 Así, JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 236.

Todos los que actúan responsablemente en un contexto objetivamente delictivo son competentes por el delito, siendo el autor simplemente un competente preferente por la mayor cantidad de dominio en la configuración del delito (criterio cuantitativo)¹⁴. Esta mayor configuración del hecho debe entenderse en un sentido normativo, no fáctico, por lo que puede ser que la ejecución fáctica del delito no necesariamente implique un mayor dominio del hecho, si es que el aporte esencial se encuentra en una etapa anterior de decisión¹⁵. En este sentido, la ejecución del delito por el autor debe ser entendida normativamente en función de la relevancia del aporte y no de la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito. Desde estas consideraciones, autor será quien tenga una competencia preferente por el hecho, en la medida que configuró el delito con un dominio cuantitativamente mayor en el contexto social específico. La distinción entre autor y partícipe en atención al grado cuantitativo de dominio es un aspecto que debe ponderarse en el marco de la individualización de la pena.

El que el actuar conjunto penalmente relevante se decida con las reglas de la imputación objetiva, trae además una consecuencia lógica muy importante: la irrelevancia del dolo y la culpa para determinar las formas de intervención delictiva¹⁶. Tanto el actuar individual, como el actuar conjunto, se someten a las exigencias de la imputación objetiva de cara a establecer la competencia por el hecho. A nivel de la imputación subjetiva se determinará, más bien, la clase de evitabilidad individual para poder personalizar la imputación penal en cada uno de los intervinientes. Por consiguiente, no cabe exigir un acuerdo previo especial en la coautoría, ni tampoco un doble dolo en el partícipe, pues la estructura básica de la intervención delictiva no requiere una forma especial de imputación subjetiva.

Como puede verse, la competencia por el hecho tiene unos contornos distintos a las teorías dominantes a las que se recurre para determinar la autoría y participación en el delito. Sin embargo, como lo veremos enseguida, la competencia por el hecho se ajusta mucho mejor a los delitos cometidos desde estructuras empresariales complejas, ofreciendo soluciones mucho más satisfactorias a los supuestos problemáticos más usuales en este ámbito específico de la criminalidad empresarial.

III. La responsabilidad penal de los miembros de un órgano colegiado

El Tribunal Supremo Federal Alemán, en el famoso caso del aerosol para el cuero (BGHST, 37, 106), tuvo

que pronunciarse sobre la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado de la empresa fabricante de aerosoles, quienes decidieron (pese a tener conocimiento de su repercusión negativa en la salud de algunos consumidores), no detener la venta de los aerosoles, ni ordenar su retiro del mercado. En este caso, la máxima instancia judicial alemana no determinó primero la causalidad del aporte de cada miembro del órgano colegiado y luego les atribuyó el delito como autores, sino que afirmó primero la coautoría y luego constató la causalidad de la decisión común de no retirar el producto del mercado¹⁷. Es evidente que, sin decirlo, está decisión dejó claro que la determinación de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas no puede partir del análisis causal de cada aporte, sino de la decisión conjunta tomada por todos o la mayoría de los miembros del órgano colegiado, pues, de haber seguido el procedimiento inverso, habría tenido serios problemas de determinación causal. Cada interviniente en la votación habría podido alegar que su voto no era causal del resultado al contarse ya con los votos de los otros miembros que eran suficientes para tomar tal decisión. No hay duda, pues, que lo primero que debe hacerse es determinar la competencia de cada miembro por la decisión tomada conjuntamente.

1. La competencia jurídico-penal por decisiones colegiadas

La competencia jurídico-penal es clara en el caso de miembros que votan formalmente a favor de la decisión penalmente relevante, con independencia de si su voto, al momento de emitirse, pueda considerarse causal o no del sentido de la votación. Esto último solamente se puede entender si es que se tiene en cuenta que el llamado a tomar la decisión es el órgano colegiado. Por lo tanto, el hecho penalmente relevante no es el aporte propio de cada uno de los miembros, sino el hecho del órgano colegiado conjuntamente realizado¹⁸. En este orden de ideas, tiene poca relevancia para la imputación de responsabilidad penal el que la votación se haya desarrollado de manera simultánea o sucesiva¹⁹. Todos los participantes en la sesión que votaron a favor de la decisión son penalmente competentes por la misma.

Si el miembro del órgano colegiado votó en contra de la decisión, parece claro que no podrá ser penalmente competente por la decisión adoptada²⁰. Sin embargo, algunos autores han admitido que, en algunos casos, resulta posible afirmar su competencia penal si el miembro concurre a la votación intencionalmente con la finalidad de formar el quórum necesario para tomar la decisión penalmente relevante²¹. Este parecer no resulta, sin embargo, asumible al menos en los delitos

16 Igualmente, VAN WEEZEL, en «Derecho Penal y Sociedad», II, Montelegre (coord.), p. 62.

17 Vid., críticamente, PUPPE, «La imputación del resultado», p. 111.

18 Vid., con mayor detalle, JAKOBS, «Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen», en Festschrift für Miyazawa, Baden-Baden, 1995, p. 421 y ss. Similarmente, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 158; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 196.

19 Vid., NIETO MARTÍN, «Introducción al Derecho penal económico español», *pro manuscripto*, p. 11. Un parecer distinto se aprecia en las exposiciones de PÉREZ CEPEDA, «La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución», Barcelona, 1997, p. 291 y ss.; MEINI MÉNDEZ, en *Imputación y responsabilidad penal*, p. 251; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 155 y ss.

20 Igualmente, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, pp. 203 y ss., 245; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, p. 74; WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 178; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, 2ª ed., Lima, 2007, p. 716.

21 Así, DENCKER, «Mittäterschaft in Gremien», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 70.

22 Vid., CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p. 120. Críticamente por ser una ampliación de los deberes extrapenales al ámbito penal, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 168.

de dominio, en la medida que el deber negativo no se infringe con acudir a una sesión del órgano colegiado, sino con la emisión del voto. En consecuencia, la sola asistencia a la sesión del órgano colegiado es una conducta neutral que no permite afirmar la competencia del miembro que vota en contra de la adopción de la decisión penalmente relevante. Otro sector de la doctrina penal entiende que votar únicamente en contra no basta para excluir la responsabilidad penal, por lo que exige además la dimisión del gremio para liberarse de responsabilidad penal²³. Al respecto debe tenerse en cuenta que el miembro del órgano colegiado expresa suficientemente su posición con la emisión de su voto en contra de la decisión colegiada, sin que sea necesario apartarse del gremio para que objetivamente muestre su disconformidad con la decisión tomada²³.

Mucho más discutible se presenta el caso del miembro del colegiado que se abstiene de votar en un sentido u otro. Un sector de la doctrina penal asume, como regla general, su falta de responsabilidad penal, a no ser que se demuestre que es uno de los impulsores de la decisión y que con su abstención lo único que busca es permanecer en la sombra²⁴. Por el contrario, otro sector de la doctrina penal admite, de manera mucho más general, la responsabilidad penal de los miembros que se abstuvieron de votar si es que con ello no impidieron que la decisión delictiva finalmente se tome²⁵. Para decidir esta cuestión es necesario determinar si, en términos organizacionales, los miembros del órgano colegiado tienen el deber negativo de impedir la toma de una decisión antijurídica. Esta situación solamente podrá afirmarse en el caso de deberes de aseguramiento o salvamento derivados de un riesgo especial previamente creado por el órgano colegiado con su decisión. Por ejemplo, es posible afirmar la competencia del miembro del colegiado que se abstiene de hacer una llamada de retirada del producto del mercado si es que el producto, que luego se muestra como defectuoso, se está comercializando por una decisión del órgano colegiado en la que participó con su voto²⁶.

Lo señalado respecto del que participó en la sesión del órgano colegiado, pero se abstuvo de votar, es igualmente predicable para los miembros que no estuvieron presentes en la sesión, por lo que, en principio, no les alcanzará responsabilidad penal por el hecho de no haber concurrido a la toma de decisión del órgano colegiado²⁷. No obstante, un sector de la doctrina penal considera posible atribuirle responsabilidad penal en caso de una ausencia intencionada²⁸, esto es, cuando la

inassistencia se hace con la finalidad de no impedir la toma de una decisión penalmente relevante. Nuevamente hay que señalar que, en este caso, sólo podrá afirmarse la competencia penal del miembro inconcurrente si es que sobre el mismo recaen deberes de aseguramiento y salvamento en términos organizacionales, por lo que el solo conocimiento de que se votará en un sentido ilegal no basta para que su inconcurrencia le genere responsabilidad penal.

Si el miembro del órgano colegiado que no concurre presta luego su conformidad informal –esto es, aquella que se ofrece después del acto formal de la votación–, entonces la situación toma un cariz distinto. No hay mayor discusión para reconocer la responsabilidad penal, que aquel caso donde hay una decisión informal que permite adoptar un acuerdo que no se habría alcanzado en la sesión formal²⁹. Los problemas aparecen, más bien, cuando una conformidad informal recae sobre un acuerdo que ya se ha tomado en la sesión correspondiente. Si la conformidad informal del miembro del órgano colegiado que no participó en el acto de votación refuerza la decisión ya tomada formalmente, podrá responder como cómplice moral³⁰. Una participación no será posible, por el contrario, si es que el delito se encuentra consumado antes de que el miembro inconcurrente emita su conformidad informal.

2. Autoría y participación: Las estructuras horizontales y verticales

Para determinar el grado de participación de los miembros del órgano colegiado que toma la decisión penalmente relevante, los estudios especializados proceden a diferenciar dos planos de la imputación: uno horizontal y otro vertical³¹. El primero está referido a decisiones colegiadas que, por sí mismas, realizan un delito; mientras que el segundo precisa de la ejecución del acuerdo para la configuración del hecho delictivo. Al respecto hay que acotar que la imputación penal se realiza de una sola manera –esto es, a partir de las competencias de cada miembro del órgano colegiado–, aunque el ámbito de organización comprometido pueda abarcar aspectos horizontales o verticales de la estructura empresarial.

En el caso de estructuras horizontales, la responsabilidad penal se configura con el solo acuerdo del órgano colegiado de la empresa. Ciertamente se trata de una incriminación excepcional, en tanto la toma de una decisión constituye normalmente un estadio previo a

23 Igualmente, VAN WEEZEL, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 67.

24 Así, WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 208 y ss.; NIETO MARTÍN, *pro manuscrito*, p. 11.

25 En este sentido, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 208; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 302 y s.

26 Vid, así, VAN WEEZEL, en «*Derecho Penal y sociedad*», II, Montealegre (coord.), p. 67.

27 En este sentido, WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 193 y ss., si no tienen la posibilidad de dar luego su voto.

28 Vid., NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 250.

29 Vid., en este sentido, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 427; PUPPE, *JR* 1992, p. 34; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal», en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades, el actuar en lugar de otro, etc.*, Madrid, 1994, p. 55.

30 Similarmemente, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 427 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 120.

31 En este sentido, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 39 y ss. Anteriormente, FRANKE, «Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz», *Festschrift für Blau zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, p. 230 y s., había diferenciado ya en los casos de decisiones colegiadas los delitos que no se realizan con la toma de decisión, de los delitos que sí se realizan con la toma de decisión.

32 Vid., así, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 419; DENCKER, en «*Individuelle Verantwortung*», Amelung (Hrsg.), p. 65.

33 NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 243 y s.

la realización del delito, todavía impune³². Sin embargo, el posible recurso en el Derecho penal de la empresa a delitos de peligro abstracto permitiría una incriminación ya en la fase preparatoria (una toma de decisión)³³, como sucede, por ejemplo, con los delitos referidos a acuerdos abusivos tomados por los órganos de la empresa. En estos casos, los miembros del órgano colegiado que votaron a favor de la decisión que configura el delito de preparación responderán como coautores³⁴, en la medida que con su participación en la votación han intervenido en la ejecución del delito. Conforme al entendimiento objetivo de la intervención delictiva que se ha asumido, la afirmación de una coautoría no precisa de un acuerdo común previo de cometer el delito, sino solamente un reparto vinculante del trabajo en la realización del delito³⁵.

La solución de la coautoría no parece; sin embargo, ajustarse al caso de los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron de votar o no concurrieron a la sesión, pero sí sobre los que recae una competencia organizativa por un actuar precedente. Es evidente que el grado cuantitativo de intervención de estos miembros del órgano colegial es menor que la del que votó a favor de la decisión penalmente relevante en la sesión correspondiente, por lo que es bastante razonable plantear la competencia penal a título de complicidad³⁶. El panorama queda bastante claro: coautoría para los miembros que votaron a favor de la decisión antijurídica y complicidad para los miembros que, estando organizacionalmente obligados a controlar un riesgo especial, no lo hacen con su abstención a votar o su incomparencia a la sesión del órgano colegiado.

En caso de una imputación de responsabilidad con base en estructuras verticales, no basta el acuerdo del órgano colegiado, sino que éste debe necesariamente ejecutarse para que tenga lugar una conducta penalmente sancionada. En estos casos, debe partirse de la idea de que la responsabilidad de los miembros del órgano colegiado no surge sino hasta que se comience a ejecutar la decisión previamente tomada³⁷. La responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que votaron a favor de la realización del hecho delictivo no ofrece mayores problemas, en la medida que resultan competentes por los efectos delictivos

de la ejecución de la decisión por ellos tomada. La discusión tiene lugar, más bien, en la determinación del grado de participación de los directivos, es decir, si deben responder como coautores directos, coautores mediatos, instigadores o simples partícipes de los ejecutores de la decisión³⁸.

Si el acuerdo es ejecutado por los miembros del órgano colegiado, éstos responderán penalmente como coautores³⁹, incluidos aquéllos que no votaron a favor de la decisión pero ejecutaron la decisión⁴⁰, salvo que se encuentren en una situación de desconocimiento de la relevancia penal de la decisión que ejecutan. Sin embargo, en la estructura empresarial son normalmente los órganos de gestión y finalmente los trabajadores los que ejecutan las decisiones de los directivos que componen un órgano colegiado de decisión. Al no ejecutar los directivos la decisión tomada por ellos colegiadamente, la doctrina dominante entiende que la responsabilidad penal no les puede alcanzar a título de autor, sino solamente de inductor. La insatisfacción de esta solución, ha hecho que se plantee la posibilidad de llevar la teoría de la autoría mediata por el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder a las estructuras empresariales, de manera tal, que se pueda castigar como (co)autores mediatos a los miembros del órgano colegiado por la decisión ejecutada por sus dependientes⁴¹. Esta propuesta no sólo es muy discutible en atención a los presupuestos requeridos para la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder (especialmente por la necesidad de un aparato organizado de poder al margen del Derecho), sino que tampoco resulta necesaria, pues basta con una reformulación normativa de la coautoría para alcanzar una solución satisfactoria.

De lo que se trata es de dejar de lado el naturalista requisito de que para poder ser coautor se requiere un aporte esencial en la ejecución del hecho⁴². Es indudable que el coautor debe haber configurado aspectos esenciales del hecho delictivo, pero no hay justificación para hacer una delimitación temporal. El aporte relevante puede darse perfectamente en una fase de preparación del hecho ilícito, por lo que no debe limitarse la coautoría únicamente a los intervinientes en la ejecución del delito⁴³. Desde este panorama, los

34 Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 199; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 417 y s.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 162; MEINI MÉNDEZ, en *Imputación y responsabilidad penal*, p. 265.

35 Por eso, no le falta razón a TIEDEMANN-; en «*Derecho Penal Económico, Introducción y Parte General*», (trad. Abanto/Hernández/Aldoney), Lima, 2009, p.181- al señalar que esto constituye una reorientación dogmática de la teoría de la autoría en las empresas.

36 vid. GARCÍA CAVERO, «*Actualidad Jurídica*», 62-B 1999, p. 36.

37 Vid., en este sentido, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 433; NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 240. Por el contrario, MEINI MÉNDEZ, en *Imputación y responsabilidad penal*, p. 263, entiende que, por regla general, la aprobación del acuerdo constituye un acto de ejecución y, por ende de tentativa.

38 Vid., en este sentido, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 50; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 198.

39 Vid., MEINI MÉNDEZ, en *Imputación y responsabilidad penal*, p. 268. Por su parte, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 422 y s.; LA MISMA, *Revista penal* 9 (2002), p. 119, si bien acepta la figura de coautoría si uno de los directivos ejecuta la decisión tomada por el órgano colegiado, la niega cuando quien ejecuta es un subordinado, pronunciándose a favor de una inducción.

40 Vid., en este sentido, BOCK, *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen, 1997, p. 83.

41 Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 209 y s. Con un análisis crítico, vid., BOTTKE, «Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania», (trad. Arroyo Alfonso), *Revista penal* 4 (1999), p. 27; BOLEA BARDÓN, «*Autoría mediata en Derecho Ppenal*», Valencia, 2000, p. 400; MUÑOZ CONDE, «*Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*», *Revista penal*, 9 (2002), p. 80 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «*Derecho penal económico y de la empresa*», Parte General, 2ª ed., Valencia, 2007, p. 496; PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 115; NUÑEZ CASTAÑO, «*Responsabilidad penal*», p. 185 y ss.; FARRALO CABANA, *Responsabilidad penal*, p. 324.

42 Como lo hace, ROXIN, *Autoría*, p. 323.

43 Vid., VAN WEEZEL, «*Pena y sentido*», Lima, 2008, p. 336 y s.

44 Vid., JAKOBS, «*Representación del autor e imputación objetiva*», (trad. Suárez González), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 237 y s. Coincide con las conclusiones, GRACIA MARTÍN, «*La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en Derecho penal español*», en «*Hacia un Derecho penal económico europeo*»,

miembros del directorio que aprobaron la decisión, cuya ejecución configura un delito, responderán como coautores entre ellos mismos, mientras que los que ejecutaron la decisión, dependiendo del grado de configuración del hecho ilícito concretamente cometido, podrán responder como coautores o como cómplices.

Resulta necesario precisar que los ejecutores de la decisión tomada por el órgano colegiado no siempre responderán penalmente, pues su actuación puede padecer de ciertos déficits que no permitan la imputación penal. Por un lado, puede ser que la prestación de los ejecutores se ajuste a sus obligaciones de subordinación y a su labor como dependientes, lo que dará lugar a una prohibición de regreso que descarta la imputación⁴⁴. En efecto, si es que el miembro de la empresa que ejecuta la decisión tomada por el órgano colegiado lo hace en el marco de sus funciones, las consecuencias derivadas de su actuación deberán imputarse directamente a la esfera de organización de los directivos como coautores, es decir, a los directivos que votaron a favor de la realización de un hecho delictivo⁴⁵. Por otro lado, puede ser que el déficit se ubique en el plano de la imputación subjetiva o personal, en cuyo caso los directivos podrán responder como (co)autores mediatos a través de un instrumento en situación de error o coacción⁴⁶.

3. Las votaciones secretas

Si la votación al interior del órgano colegiado se hace de manera secreta, esta situación no resulta relevante en términos materiales para imputar responsabilidad penal. El problema es evidentemente de orden probatorio⁴⁷. Es incuestionable, que sin acreditar la base fáctica de que un miembro del órgano colegiado votó a favor de la decisión penalmente relevante, no es posible imputarle responsabilidad penal⁴⁸. Únicamente en el caso de decisiones unánimes podría darse por probado esta base fáctica si la votación fue secreta⁴⁹. Pero esta situación podría llevar a un manejo indebido de las votaciones, pues todos los miembros podrían acordar que el voto secreto sea por mayoría, de modo tal que así se genere probatoriamente una situación de impunidad para todos los miembros.

Para salir al paso frente a la posible manipulación de la forma de votación de un órgano colegiado para rehuir de la responsabilidad penal, se podría implementar dos mecanismos de solución: por un lado, se podría prohibir

en general esta forma de votación en el ámbito de los órganos colegiados que dirigen una empresa⁵⁰; la otra alternativa sería establecer, como exigencia para salvar la responsabilidad por la decisión, que el disidente deje constancia de su oposición en el acta correspondiente. La falta de una expresa oposición al sentido de la votación secreta, que niega la posibilidad de individualizar luego el sentido del voto, puede interpretarse como una asunción del sentido de la votación y, por lo tanto, determinar la competencia jurídico-penal.

4. El deber de impedir la ejecución de la decisión colegiada

En caso que la decisión colegiada requiera ser ejecutada para configurar un delito, se abre un espacio temporal que podría dar pie a una responsabilidad penal por no intentar impedir la realización del delito. Podría decirse, en general, que los miembros del órgano colegiado son garantes de controlar los riesgos que puedan derivarse de las decisiones tomadas por dicho órgano⁵¹, por lo que cabría responsabilizarlos si es que no impiden, siéndoles posible, la materialización delictiva del acuerdo. Sin embargo, una competencia global no resulta compatible con la distribución del trabajo que informa la estructuración de las empresas modernas y amplía excesivamente las exigencias sobre los directivos. Por esta razón, no se puede afirmar una posición de garantía general, sino que debe hacerse una determinación específica de los casos en los que dicha posición realmente existe⁵².

En términos organizacionales, la competencia de los que votaron a favor de la decisión es plena, por lo que nada le sumaría el hecho de que, como es de esperar, no hagan nada para impedir la ejecución de la decisión. En el caso de los miembros que votaron en contra, el tema es también bastante claro en el sentido de no ser competentes organizacionalmente por la decisión adoptada, sin que sea necesario, de cara a su falta de responsabilidad penal, que adicionalmente emprendan acciones dirigidas a impedir la ejecución de la decisión. En términos jurídicos, el cumplimiento de su deber se hace con la emisión del voto, por lo que no cabe incrementarlo con mayores exigencias normativas⁵³. En la misma situación estarían los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o no asistieron a la votación, pues no realizan un acto de organización que desborde lo jurídicamente permitido y que los vincule

Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 84, nota 7. Con restricciones, FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 209 y s. De un parecer distinto, HOYER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, München, 1998, p. 25 y ss., quien señala que la orden en las organizaciones privadas no es vinculante, de manera que si el trabajador conoce del hecho prohibido, debe responder por el mismo; las órdenes de sus superiores no son plenamente confiables.

45 En este sentido, RANSIEK, «*Unternehmensstrafrecht*», p. 61.

46 Vid., RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 209; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 82; MEINI MÉNDEZ, en «*Imputación y responsabilidad penal*», p. 271.

47 Vid., MEINI MÉNDEZ, en «*Imputación y responsabilidad penal*», p. 255.

48 Vid., NUÑEZ CASTAÑO, «*Responsabilidad penal*», p. 160

49 Vid., MEINI MÉNDEZ, en «*Imputación y responsabilidad penal*», p. 255.

50 Así, PÉREZ CEPEDA, «*La responsabilidad*», p. 303.

51 Hace referencia a una posición de garantía general, GÓMEZ BENÍTEZ, «*Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*», Madrid, 2001, p. 99; MEINI MÉNDEZ, en «*Imputación y responsabilidad penal*», p. 261.

52 Sobre la necesidad de una posición de garantía específica, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 109.

53 Similaramente, VAN WEZEL, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 67.

54 Niegan una responsabilidad penal por omisión impropia en estos casos, «WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*», p. 178 y ss.; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, pp. 168, 180. Por el contrario, NEUDECKER, «*Verantwortlichkeit*», p. 248 y ss., afirma un deber de evitar la realización del acuerdo a pesar de haber votado en contra del mismo, aunque reconoce que se trata de una infracción más leve del deber.

con las consecuencias penales de la ejecución del acuerdo.

Distinto se presenta el panorama, si los miembros del órgano colegiado crearon precedentemente el riesgo especial, el cual sin embargo, no es eliminado por dicho órgano acorde con el deber de aseguramiento y se refleje en la toma de una decisión acorde con ello. Piénsese en el caso de un producto que ya se ha distribuido por la empresa y del que se conoce posteriormente que presenta ciertos defectos capaces de afectar a los consumidores, pese a lo cual el directorio decide no hacer una llamada de retirada. El miembro del directorio disidente que vota por retirar el producto, no es que no haga nada, sino que, por el contrario, hace lo que le corresponde desde la posición en la que se encuentra. En consecuencia, no se le podría hacer competente por la decisión tomada por los otros miembros del órgano colegiado⁵⁴. La situación del miembro que se abstiene es distinta, pues no hace nada por asegurar o desaparecer el riesgo que precedentemente puso al alcance de los consumidores. Su competencia por la realización del riesgo es evidente por el solo hecho de no hacer en sesión lo que le corresponde, esto es, votar por el retiro del producto. Si es que luego de haberse abstenido, emprende actos dirigidos a impedir la materialización del acuerdo, entonces habrá que tratar su actuación con las reglas del desistimiento. También resulta competente por la falta de retiro del producto defectuoso, quien no interviene en la sesión en la que se decidió no hacer la llamada de retirada, pues su actuación precedente de distribuir

el producto le obliga a emprender acciones dirigidas a impedir que los defectos descubiertos posteriormente afecten a terceros. Para que responda penalmente no es necesaria su participación en el acuerdo de no hacer el retiro del producto del mercado⁵⁵, siendo suficiente el solo incumplimiento de contribuir con el deber de aseguramiento o salvamento del riesgo especial creado con la comercialización del producto⁵⁶.

En términos institucionales, cabe también el surgimiento de un deber penalmente garantizado de impedir la ejecución de una decisión colegiada que afecta bienes jurídicos penalmente protegidos. En general, es posible que los miembros que votaron en contra, se abstuvieran o no participaran en la votación, respondan por la infracción de un deber de solidaridad si es que existe un peligro grave e inminente para la salud e integridad física de otros. Si es que no se procede a socorrer a las personas en peligro o no se da aviso a la autoridad, entonces se presentará una responsabilidad penal en los términos del artículo 195 del Código Penal que regula el delito de omisión del deber de socorro. Pero el deber de impedir la ejecución del acuerdo del órgano colegial puede emanar también de otras instituciones sociales más específicas, como es el caso de la confianza especial. Así, por ejemplo, el directivo de una empresa asume el deber positivo de preservar el patrimonio administrado de cualquier tipo de afectaciones, por lo que si como producto de la ejecución un acuerdo se va a producir una afectación al patrimonio de la empresa, su posición institucional le obligará a tomar todos los recaudos posibles para impedir la efectivización de esta decisión. ☒



55 A favor de una intervención en la decisión para configurar una posición de garante específica, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 308 y ss.

56 En este sentido, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 432 y s. Similarmente, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 193 y s.; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 202. Restrictivos se muestran, por el contrario, DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 332 y s., quienes requieren los presupuestos de una coautoría; DENCKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 68, en tanto exige que parezca aún posible el cumplimiento de las acciones por parte de los otros obligados; SCHAAL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 161 y ss., en tanto considera que solamente podrá atribuirse responsabilidad en estos casos si el garante hubiese evitado el resultado con certeza o con una probabilidad rayana en la certeza mediante un comportamiento adecuado al deber, lo que significa que existan ya suficientes votos a favor de la acción de salvamento requerida.