

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL PROBLEMA CAUSAL Y LA AUTORÍA EN LOS SUPUESTOS DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS ANTIJURÍDICOS EN EL SENO DE ÓRGANOS COLEGIADOS

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

Prof. titular de Derecho Penal y Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá

I. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de la responsabilidad penal derivada de la toma de decisiones o adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados no es en absoluto novedosa en la dogmática penal, pero sí puede afirmarse que en los últimos años ha recobrado actualidad. El origen de la moderna discusión sobre el tema se encuentra estrechamente vinculado con la problemática de la responsabilidad penal por el producto y muy especialmente con la sentencia del BGH en el «Caso Erdal» o de los sprays para cuero (*Ledersprays*)¹.

No obstante, la relevancia (penal) de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados trasciende el ámbito de la responsabilidad penal por el producto e incluso el de la responsabilidad empresarial en otros sectores (delitos societarios, medioambientales, urbanísticos ...), planteándose también, por ejemplo, en el ámbito funcional o de la Administración pública

2. Los problemas dogmáticos fundamentales que han de abordarse a la hora de establecer la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado se derivan fundamentalmente del hecho de que las estructuras clásicas de la imputación penal están inspiradas en el

¹ BGHSt 37, 106.

principio de responsabilidad individual de la persona física que con su actuación causa resultados infringiendo deberes, y en estos casos la situación es muy diferente, como veremos a continuación.

El primero de esos problemas es el de la constatación de la relación causal y de imputación objetiva entre la conducta activa u omisiva de quien participa en la adopción de un acuerdo por el colegio (el comportamiento individual de cada uno) y las eventuales consecuencias lesivas que se derivan de ese acuerdo.

El segundo grupo de problemas sería el de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual dentro del colectivo: ¿Cuál es el deber que infringe el sujeto? ¿qué le es exigible al sujeto individual? ¿cuándo responde?

Intimamente conectado con ello se plantea la cuestión de la delimitación de las posiciones de autoría y participación, con especial consideración de las estructuras de la coautoría y la coautoría mediata, la coautoría imprudente, la coautoría en los delitos de omisión... y de los supuestos en que la adopción del acuerdo no es (co)autoría, sino participación en el hecho de otro.

Por último, también hay que analizar cuestiones relacionadas con el *iter criminis*.

3. Toda esta problemática no pueden abordarse sin realizar previamente una serie de precisiones, que serían fundamentalmente las siguientes:

1.º La valoración de la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado no puede hacerse sin tener en cuenta las peculiaridades de éstos y del proceso de adopción de acuerdos en los mismos. Fundamentalmente hay que destacar que el deber y la capacidad de cumplirlo atañen o se refieren al colectivo (y sólo a través de él a cada uno de sus miembros), es decir, que a diferencia de los supuestos normales de codelinuencia —en que la actuación conjunta hubiera podido llevarse a acabo también individualmente— en estos casos (por definición, por la propia esencia de la actuación colegial) cada uno de los miembros del colegio, individualmente considerado, no tiene la competencia ni la capacidad de actuar; sólo el órgano (el colectivo) la tiene; sólo él puede adoptar acuerdos.

Por otra parte, la pertenencia al gremio implica el sometimiento a la decisión mayoritaria y esa decisión aparece al mundo como obra del colectivo y, por tanto, de cada uno de sus miembros. Si tal decisión tiene relevancia penal, se plantea la cuestión de si responden

por igual todos los miembros del órgano. La responsabilidad penal es estrictamente personal. Deben aplicarse aquí las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en un delito y, con base en las mismas, determinar cuál es la contribución de cada uno al hecho y, por tanto, su nivel de responsabilidad.

2.º La valoración de si la conducta del sujeto individual es o no causal, es una conducta de autoría o de participación, ha comenzado o no la tentativa, ..., en definitiva, el planteamiento y resolución de los problemas dogmáticos no puede referirse sólo al momento de la emisión del voto, sino que ha de tener en cuenta el acuerdo ya existente.

Y creo que este punto de partida lo impone la consideración de la propia esencia del acuerdo colegial: el acuerdo existe sólo una vez recontados todos los votos y constatada la mayoría, tiene un carácter formal (a diferencia de otros casos de acuerdos no institucionalizados, como en la conspiración o en la coautoría), y ello tiene relevancia, como veremos, a efectos de imputación penal.

3.º La intervención en una votación y la adopción de un acuerdo tienen distinta significación y relevancia a nivel de imputación penal en función del concreto tipo delictivo al que el acuerdo se refiera. Por ello, creo que deben distinguirse dos grupos de casos:

a) casos en que la adopción del acuerdo sea ya ejecución, porque el núcleo del injusto del tipo consista precisamente en la adopción del acuerdo.

b) casos en que la adopción del acuerdo sea sólo intervención durante la preparación de un hecho que posteriormente ha de ser ejecutado.

Esta distinción tiene consecuencias muy importantes en materia de *iter criminis* y de determinación de las posiciones de autoría y participación, como veremos.

4.º El análisis de los problemas de imputación debe efectuarse partiendo de la siguiente distinción: Por un lado, se analizará la responsabilidad penal que pueda derivarse de la conducta de votar a favor de un acuerdo antijurídico. En estos casos existe una conducta activa o positiva (lo que no prejuzga la responsabilidad por comisión o por omisión, pues ello depende de la naturaleza del acuerdo que se adopte) que puede valorarse como la infracción del deber penalmente relevante, suficiente para defender la imputación penal —ya se verá a título de qué—; por tanto, en estos casos no

se discute acerca de la infracción del deber, sino acerca del título de imputación por el que hacer responder a estos sujetos. En los otros casos, no existe una conducta activa respecto del acuerdo antijurídico, sino —a lo sumo— una conducta omisiva de actuaciones que lo impidan. Por ello, la cuestión clave es analizar si existe o no una infracción de deber penalmente relevante (si existe un deber de impedir o de dificultar el hecho y cómo ha de concretarse el mismo, qué le es exigible al sujeto individual) y si tal infracción puede ser equivalente (comisión por omisión) a la conducta de quien vota a favor y, por tanto, suficiente para imponerle la misma responsabilidad que a éste (sea la que fuere), o si no lo es, pero genera otro tipo de responsabilidad.

De toda esta amplísima problemática, cuyo análisis es el objeto de una investigación monográfica que se encuentra en curso, abordaré a continuación algunas cuestiones relativas a la causalidad y a la autoría en los supuestos de voto a favor de la adopción del acuerdo antijurídico.

II. EL PRESUNTO PROBLEMA CAUSAL EN LOS SUPUESTOS DE VOTO FAVORABLE A LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO ANTIJURÍDICO

El primer problema dogmático importante que plantean los supuestos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados es el de la constatación de la relación de causalidad entre la conducta individual de cada uno de los miembros del órgano (el voto) y el hecho delictivo que se deriva del acuerdo finalmente adoptado.

En una primera aproximación intuitiva o prejurídica parece evidente que si en el seno de un órgano colegiado se adopta un acuerdo que, en sí mismo o en su ejecución posterior, determina la producción de un hecho delictivo, al menos todos aquellos que han votado a favor han contribuido causalmente al mismo. Desde consideraciones jurídico-penales, sin embargo, las cosas no parecen tan sencillas, al menos cuando estamos antes supuestos de resultados sobrecondicionados (en la terminología de JAKOBS², adoptada también por RÖH³) o de causalidad múltiple, esto es, cuando el resul-

² *Jakobs Lackner-FS*, 1987, 53 ss., 63 ss.; *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 7/83 a; *Miyazawa-FS.*, 1995, 422 ss.; en: *Mir/Luzón (coord.)*, *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 80 ss.

³ *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1993, *passim*.

tado de la votación se produce con más condiciones (votos) de las necesarias. Y es que en estos casos, si aplicamos la teoría de la condición (teoría causal absolutamente mayoritaria en la doctrina) con la denominada fórmula hipotética⁴, habría que afirmar que ninguno de los votos individualmente considerado ha sido causal para el resultado, pues éste se hubiera producido igualmente sin su concurrencia.

a) *La fórmula de la conditio sine qua non*: Como es sabido, la fórmula hipotética o de la *conditio sine qua non*, como método auxiliar de la teoría de la condición, afirma que es condición, y por tanto causa, todo factor que suprimido mentalmente da lugar a que deje de producirse el resultado. Y, *sensu contrario*, no es causal todo aquel factor sin el cual se sigue produciendo igualmente el resultado.

Aplicando esta fórmula a los casos que nos ocupan, habría que negar la causalidad entre cada uno de los votos individuales y la decisión colectiva, pues al producirse ésta con más votos de los necesarios para la configuración de una mayoría suficiente, la supresión de cada uno de los votos individualmente considerado no implica que el acuerdo deje de adoptarse, pues la mayoría se sigue alcanzando con los demás votos. Por ello, de aplicarse estrictamente esta teoría y el principio *in dubio pro reo*, habría que negar la relación de causalidad entre la conducta de cada uno de los que votan a favor y el acuerdo adoptado precisamente con sus votos, lo que parece una solución inaceptable, sobre todo teniendo en cuenta que si el acuerdo se adopta por mayoría mínima ya no se plantea problema causal alguno.

Tal vez se podría llegar a soluciones satisfactorias aplicando una variación de la teoría de la condición, que exige la consideración del resultado en su concreta configuración. Sin embargo, es dudoso que para la concreta configuración haya de tenerse en cuenta el número de votos, pues —a diferencia de otros casos de causalidad cumulativa, en que normalmente la concurrencia de causas modificará de alguna manera el resultado en su concreta configuración «ya sea por adelantarlo al suponer una mayor intensidad del ataque, ya sea sencillamente, porque va a cambiar la forma concreta

⁴ Cfr., entre otros, Luzón Peña PG I, 1996, 365s., 371s.; Roxin Strafrecht AT 1, 3.^a. 1997, § 11 Rn. 5 ss.; Schönke /Schröder/Lenckner 25.^a. 1997, vor § 13, Rn. 73; Tröndle/Fischer 49.^a. 1999, vor § 13, Rn. 16.

de aparición del resultado».⁵—, en los casos de adopción de acuerdos con mayorías sobrecondicionadas el que haya más votos de los necesarios no modifica en absoluto la concreta configuración del hecho.

Otra variación de la teoría de la condición propone la supresión cumulativa de todos los factores: Cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente de forma alternativa, pero no acumulativa, sin que el resultado resulte afectado, todos ellos son causa del mismo⁶. Según CERZO esta fórmula permite resolver «las dificultades que se plantean en los acuerdos ilícitos adoptados por votación en órganos colegiados, cuando la mayoría alcanzada es superior a la imprescindible, cabe hacer abstracción, alternativamente, de todos y cada uno de los votos favorables emitidos, pero no de todos ellos conjuntamente»⁷.

Esta variación de la fórmula resuelve aparentemente el problema, pero la cuestión es que, así planteado, no es posible distinguir la causa de otros factores que no lo son. En definitiva, con dicha fórmula hemos de tener preconstituido el concepto de causa (y son aquellos factores que responden a este concepto los que se acumulan y suprimen mentalmente), pues de otro modo no habría forma de diferenciar entre factores causales y los que claramente no lo son y, por eso mismo, no se toman en cuenta. ¿Por qué incluimos entre los factores que suprimimos cumulativamente todos los votos (y sólo los votos) y no otras circunstancias, como el que el presidente del órgano llevara un traje gris o el que la votación comenzara a las 13, 30 h., o que el día fuese soleado? Evidentemente porque estamos partiendo de que los votos (todos los votos) son causa de la adopción del acuerdo y el color del traje del presidente del órgano no; pero a esta conclusión no nos permite llegar la fórmula propuesta, por ello creo que la misma no es un método válido de resolución del problema causal en estos casos.

b) *La teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza* (fórmula de *Engisch*): esta teoría se ocupa del mecanismo causal realmente dado, sustituyendo la fórmula hipotética «por una comprobación positiva de la causalidad conforme al conocimiento

⁵ *Mir Puig*. PG 5.º, 1998, 224 (n.º 27 y 28).

⁶ Cfr. *Tarnowsky* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff, 1927; *Welzel* Lehrbuch, 11.º, 1969., 45; *Cerezo* PG II, 6.º., 1998, p. 57; *Mir DP* PG 5.º, 1998, 225.

⁷ *Cerezo* PG II, 6.º, 1998, 57 n. 24.

humano de las leyes causales»⁸. En concreto, la fórmula propuesta por ENGISCH en 1931 es la siguiente: una conducta es causal para un resultado cuando a esa conducta se han encadenado subsiguientemente en el tiempo, modificaciones en el mundo exterior que en su sucesión estuvieron unidas con la conducta y entre sí según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal⁹.

Con esta fórmula —según WEIBER¹⁰— puede afirmarse la relación causal entre cada voto individual y el resultado: «La contribución individual de cada uno de los que votan (a favor) fue causal para el resultado de la votación como parte de la mayoría necesaria para ello»... «El voto individual está en conexión conforme a la ley con el resultado lesivo», pues cada voto lleva, junto con los demás, al resultado de la votación contrario a derecho, que es el fundamento para la producción del resultado lesivo» o, en general, del hecho delictivo».

c) *La teoría de la condición mínima suficiente*: PUPPE¹¹ propone un nuevo concepto de causa, conforme al cual puede afirmarse ya la causalidad, cuando un factor es parte constitutiva necesaria de una condición mínima suficiente del resultado. «Una causa individual es sólo una parte constitutiva necesaria de una condición real y suficiente conforme a las leyes empíricas generales»... «Parte constitutiva necesaria de una condición suficiente significa, por tanto, que la condición ya no es suficiente, si se suprime de ella la parte constitutiva referida, con otras palabras, debe tratarse de una parte constitutiva necesaria de una condición mínima suficiente conforme a las leyes de la naturaleza»¹². Definición que, según esta autora, responde a un entendimiento intuitivo de la causalidad.

Con esta teoría se soluciona el problema de la causalidad del voto individual a favor de una decisión antijurídica con más votos de los necesarios, pues se puede afirmar que la emisión del voto de cada uno de los miembros es una causa individual para que se pro-

⁸ Luzón Peña PG I, 1996, 366.

⁹ Engisch Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21 ss.

¹⁰ Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidung, 1996, 116.

¹¹ ZStW 92 (1980), 863, 875 ss.; JR 1992, 32; ADPCP 1992, 681 ss.; NK I AT, 1995, vor § 13 Rn. 96; a favor, *Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, 1989, 83 ss.; *Neudecker* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, 224 s.; crítico *Toepel*, JuS 1994, 1011 s.

¹² *Puppe* NK I AT, 1995, vor § 13 Rn 96.

duzca la decisión, ya que ese voto, en conexión con tantos otros votos a favor como sean necesarios para la formación de la mayoría, es un componente necesario de una de las varias condiciones mínimas suficientes (las diversas combinaciones de votos con que se podría configurar la mayoría mínima suficiente) para que se produzca la decisión antijurídica. Presupuesto para la causalidad del voto individual es que la mayoría no se haya formado aún.

Esta teoría de PUPPE constituye en realidad una reelaboración de la teoría de la condición (la propia autora habla de condición mínima suficiente), aunque abandonando la fórmula hipotética¹³ y tratando de ahondar en la esencia de la explicación causal de los resultados. Sin entrar aquí en más detalles, la teoría de PUPPE me parece muy sugerente y creo que llega a resultados correctos en los casos problemáticos.

d) *La teoría de JAKOBS y RÖH*

JAKOBS¹⁴ afirma la responsabilidad de todos los que votan a favor de la decisión antijurídica, pero plantea el problema en el plano causal, sino en el de la imputación¹⁵, en concreto, en el momento en que debe realizarse la imputación, que para él es el momento de la ejecución, y como la ejecución es simultánea para todos los que dieron su conformidad, todos responden. Veamos más detenidamente la argumentación de JAKOBS.

Este autor parte de la base de que la intervención en una votación, la emisión del voto individual, no es ejecución, sino una mera conducta preparatoria de la ejecución o de participación en la misma. En ese momento no hay aún infracción perfecta de la norma y lo decisivo para la imputación es cuándo sucede esa infracción perfecta de la norma: «Sucede lo mismo que en la participación en la tentativa: la división del trabajo no conduce a una determinación individualizada del estadio del delito, sino que el momento de la exteriorización se determina como si una única persona, el colectivo, hubiera realizado toda la conducta»¹⁶.

¹³ Cfr. *Weißer Kollegialentscheidung*, 1996, 118 s.; *Cerezo*, PG II, 1998, 57, n.24.

¹⁴ Miyazawa-FS, 1995, 425; en: *Mir/Luzón (coord.)*, Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 78 ss.

¹⁵ *Jakobs* Miyazawa-FS, 1995, 421; en: *Mir/Luzón (coord.)*, Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 78.

¹⁶ Miyazawa-FS, 1995, 425; en: *Mir/Luzón (coord.)*, Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 84.

«Independientemente del momento en que se lleve a la práctica, lo decisivo para la infracción de la norma es la conducta de ejecución. Esta conducta de ejecución será puesta en práctica por regla general por el último responsable, o sea, como muy pronto, por el miembro que dirige la votación que constata la mayoría, y generalmente más bien después, concretamente, por el gestor del negocio competente en el ámbito de que se trate. Como estas personas constatan la mayoría o ejecutan el acuerdo como mandatarios de todos los que han consentido, la conducta negocial preparada mediante la emisión de votos se ejecuta en estos actos, o sea simultáneamente para todos los que dieron su conformidad, lo que significa: todos responden»¹⁷.

Lo decisivo es únicamente el momento de la exteriorización, y en ese momento coexisten todos los votos simultáneamente, con independencia del orden en que fueron emitidos o conocidos, con tal de que lo hayan sido. «Los votos a favor son buenos fundamentos; cuántos votos a favor se precisan se regula mediante el establecimiento del *quorum*. Si votan a favor más personas que las necesarias para la aprobación de la propuesta, los reglamentos empresariales no prevén casi nunca que deba hacerse recuento sólo hasta la mayoría y hacer caso omiso del resto —en tal caso las personas de cuya emisión de voto se hace caso omiso habrían intentado sin éxito colaborar en la formación de la mayoría—, sino que todos los votos deben ser recontados y la mayoría constatarse como una *mayoría sobrecondicionada*; estos votos se exteriorizan por tanto todos simultáneamente en la conducta negocial acordada.» «En sentido jurídico, un suceso sobrecondicionante también causa, presupuesto que la exteriorización se produzca al menos simultáneamente a (en cualquier caso no después de) otras condiciones. Un buen fundamento no pierde su cualidad por el hecho de que otros fundamentos sean también buenos»¹⁸. En conclusión, afirma JAKOBS, «quien vota a favor de una conducta negocial antijurídica responde por esta conducta negocial, cuando se recuenta su voto y tiene lugar la mayoría —incluso innecesariamente alta—, siendo indiferente cuándo haya emitido su voto»¹⁹.

¹⁷ *Jakobs Miyazawa-Fs.*, 1995, 425, y en: Mir/Luzón (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 84s.

¹⁸ *Jakobs Miyazawa-Fs.*, 1995, 426, y en: Mir/Luzón (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 86.

¹⁹ *Jakobs Miyazawz-Fs.*, 1995, 427, y en: Mir/Luzón (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 86 s.

Desarrollando ideas de JAKOBS, su discípulo RÖH²⁰ aborda también este problema —llegando a las mismas conclusiones, aunque con una fundamentación ligeramente diferente—, en el marco mucho más amplio de una reconstrucción de las reglas de imputación penal con un esquema lógico, que él denomina «explicación causal», que parte de la asunción del modelo standard de explicación científica en la teoría de la ciencia desarrollado por Hempel y Oppenheim²¹ y cuya coincidencia con la teoría causal de Engisch reconoce el propio autor²². Afirma —frente a JAKOBS— que ya hay exteriorización de la infracción de la norma en el momento de la emisión del voto, pero entiende que la «competencia colectiva» impone la consideración de la conducta individual como parte de la del colectivo y, por tanto, como si el riesgo se hubiera perfeccionado para todos en el mismo momento.

e) *Conclusiones*: En mi opinión, tal vez se esté otorgando excesiva importancia al problema causal, que no es el decisivo en estos casos y puede resolverse sin demasiada dificultad.

Creo que los criterios para determinar la existencia o no de relación causal no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías.

Con esta premisa, todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido contribuyen causalmente del mismo modo a dar vida al mismo, a que el acuerdo esté en el mundo, por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados, y con independencia de la concreta configuración de la mayoría y del momento en que fue emitido el voto. Aun cuando el acuerdo hubiera podido adoptarse con menos votos de los que se han emitido, lo cierto es que en el mundo real —realidad que no puede ignorarse y que se impone sobre las hipótesis— lo que existe es un acuerdo que se ha adoptado con ese concreto número de votos y que todos ellos han hecho posible su existencia, es decir, han contribuido causalmente a su producción. Y ello porque, como pone de relieve también JAKOBS²³, el acuerdo sólo existe una vez que se recuentan todos los votos y se

²⁰ Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995. Cfr. sobre ello *Hilgendorf* GA 1997., 491 ss.

²¹ Cfr. *Röh* Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995, 53 ss.

²² *Röh* Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995, 57.

²³ en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 86.

constata la mayoría (lo que diferencia estos supuestos de otros supuestos de acuerdo, por ejemplo en la conspiración o en la coautoría, en que el acuerdo no tiene un sentido institucional o no tiene carácter formal) y no antes. Y en ese momento —que es el relevante, pues antes no existe acuerdo, en cuanto expresión de la voluntad del órgano— cada uno de los votos favorables emitidos ha de ser tenido en cuenta, no sólo a efectos de imputación como parece deducirse de la tesis de JAKOBS, sino ya antes como contribución causal al mismo.

A esta conclusión puede llegarse desde un entendimiento intuitivo de la causalidad, que creo que se corresponde al concepto de causa defendido por la teoría de la condición o equivalencia de condiciones (toda condición de un resultado es causa del mismo), prescindiendo de la fórmula hipotética. Pero también desde la teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza (teoría de ENGISCH) o con la fórmula propuesta por PUPPE, que me parece un intento muy serio y bien fundamentado de ofrecer la explicación causal de los resultados a los efectos penalmente relevantes.

Las anteriores consideraciones han de ser tenidas en cuenta también a efectos de imputación objetiva: cada uno de los votos que forman una mayoría sobrecondicionada crea un riesgo penalmente relevante de producción del acuerdo y cuando el acuerdo antijurídico finalmente se adopta supone la realización del riesgo inherente a la acción de votar de forma contraria a deber: el que se pueda adoptar el acuerdo antijurídico.

¿Resulta de aplicación aquí el criterio del incremento riesgo formulado por ROXIN²⁴? Efectivamente cada voto incrementa el riesgo, pero, tal vez —como afirma LUZON²⁵— el criterio es innecesario y este caso —como otros de cursos causales hipotéticos y conductas alternativas conforme a deber— pueden resolverse con ayuda del criterio de la realización del riesgo y del fin de protección de la norma.

De nuevo aquí es trascendental el hecho de que el acuerdo sólo existe una vez recontados los votos y constatada la mayoría. En ese momento, el acuerdo se produce con todos los votos a favor y este dato (el acuerdo tal como es en el mundo real) es absolutamente relevante para la imputación penal. Cada voto a favor crea un ries-

²⁴ Cfr. Roxin ZStW 74 (1962), 41 ss.; ZStW 78 (1966), 214 ss.; Strafrecht AT 1, 3.^a, 1997, § 11 Rn. 76 ss.

²⁵ PG I, 1996, 386.

go que se realiza en la adopción del acuerdo antijurídico, que es imputable a todos. Estoy de acuerdo esencialmente con la argumentación de JAKOBS.

III. PROBLEMAS DE AUTORÍA EN LOS SUPUESTOS DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS ANTIJURÍDICOS

Tanto la Jurisprudencia (alemana, especialmente al ocuparse del caso Erdal) como la doctrina, al abordar la cuestión del título por el que hacer responder a los miembros de un órgano colegiado que adopta una decisión delictiva suelen acudir directamente al expediente de la coautoría, analizando si en cada uno de los sujetos que votan a favor del acuerdo se cumplen los requisitos necesarios para poder considerarlos coautores.

Evidentemente la coautoría parece el modelo de imputación más adecuado para hacer responder a un grupo de sujetos que actúan conjuntamente de forma institucionalizada (la propia esencia de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados así lo impone) aportando contribuciones idénticas al hecho (el voto), en principio, al mismo nivel (aunque ello no sea así en los supuestos de derecho de veto o voto de calidad). No obstante, este planteamiento de la cuestión olvida varios datos. En primer lugar, que en muchos casos —la mayoría— la adopción del acuerdo no supone la consumación del hecho delictivo, ni siquiera comienzo de ejecución, sino que es tan solo un acto preparatorio de la posterior ejecución, que llevarán a cabo otros²⁶. De modo que comenzar a hablar aquí sin más de coautoría y de si concurren o no los requisitos de la misma, sin plantearse la responsabilidad del ejecutor inmediato, resulta, cuando menos, sorprendente. No siempre la adopción de un acuerdo va a poder ser valorada como autoría, sino que habrá casos en que sea mera participación en el hecho de otro. Por tanto, la cuestión no es tan sencilla como examinar si se cumplen o no los requisitos de la coautoría, sino que requiere el análisis por separado de grupos de casos y de las figuras de la (co)autoría mediata, de la (co)inducción y de la (co)complicidad necesaria o no. En definitiva, habrá que aplicar las reglas generales que regulan

²⁶ *Jakobs* Miyazawa-FS, 1995, 419; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 75 s. De acuerdo, *Suárez González* Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal, en: *La responsabilidad penal de las sociedades*, CGPJ, 1994, 51; *Cuadrado Ruiz* La responsabilidad por omisión de deberes del empresario, 1998, 121.

la intervención de varias personas en el delito y averiguar, con base en las mismas, cuál es la contribución real a la ejecución del hecho delictivo²⁷.

Por otra parte, como trataré de ir demostrando en el análisis de los grupos de casos y como sucedía respecto de la cuestión causal, creo que los criterios para determinar la autoría no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías. Todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido «intervienen» del mismo modo en el delito, por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados, pero la valoración de si esa «intervención» es autoría o participación es algo que ha de realizarse después teniendo en cuenta la concreta redacción del tipo (la acción ejecutiva que exija y la relevancia que, respecto de ella, tenga el acuerdo) y las relaciones con los otros sujetos intervinientes en el hecho distintos de los miembros del órgano colegiado.

Con este punto de partida —que me parece una cuestión clave, aunque no suele mencionarse al analizar la responsabilidad penal por la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados— creo que deben distinguirse los siguientes grupos de casos:

1.º Por un lado, aquellos en que la adopción del acuerdo es ya ejecución (e incluso consumación del hecho), y en los que la afirmación de la coautoría de los que votan favor de la decisión delictiva no plantea, como veremos, mayores problemas.

2.º Por otro, casos en que la adopción del acuerdo no es aún ejecución, sino —como señala JAKOBS²⁸— preparación de un hecho, intervención durante la planificación de un hecho que posteriormente ha de ejecutarse por otros —que serán habitualmente sujetos u órganos subordinados al que toma la decisión— y sólo la posterior ejecución del acuerdo puede valorarse como ejecución del hecho delictivo. En estos casos no creo que pueda hablarse sin más de coautoría, sino tal vez de coautoría mediata, cuando se den los presupuestos para poder afirmar que esta figura existe²⁹. De lo contrario, estaremos ante supuestos de participación en el hecho de otro.

²⁷ En este sentido también, *Martínez Buján Pérez* DP Económico PE, 1999, 183.

²⁸ Miyazawa-FS, 1995, 419; en: *Mir/Luzón* (Hrsg.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 75 s.

²⁹ De acuerdo *Suárez González* en: *La responsabilidad penal de las sociedades*, CGPJ, 1994, 58; *Cuadrado Ruiz* *Responsabilidad por omisión*, 1998, 122.

3.º Por último, habrá casos en que claramente y desde el principio la adopción del acuerdo no pueda valorarse como autoría (coautoría), sino que es participación en el hecho de otro (u otros) que es (son) quien(es) ejecuta(n) y que responde(n) como (co)autor(es): aquí queda excluida la coautoría y habrá que analizar si nos encontramos ante supuestos de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad. Por ejemplo, respecto de la emisión de informes por un órgano colegiado, que posibilitan o facilitan la actuación delictiva de otro (ello, de momento, al margen de la específica regulación que para alguno de estos supuestos hace el CP español en los arts. 320, 322 y 329).

Y dentro de estos tres grandes bloques habrá que establecer distinciones entre conductas dolosas e imprudentes, comisivas y omisivas. El análisis se efectuará partiendo de la igualdad de rango de todas las contribuciones (votos), prescindiendo de los supuestos en que existe derecho de veto o voto de calidad.

1. Primer grupo: Acuerdos antijurídicos directamente ejecutivos:

1.1. En principio este grupo de casos será el que menos problemas plantee, pues precisamente con la adopción del acuerdo (y no con la posterior ejecución del mismo por otros) se realiza la conducta exigida por el tipo. Además, *a priori* parecen cumplirse los requisitos exigidos para la afirmación de la coautoría en los delitos comisivos dolosos³⁰: plan común, actuación conjunta con división del trabajo y dominio del hecho.

No obstante, cuando se analiza cada uno de estos requisitos en los casos que nos ocupan, pueden surgir cuestiones dudosas, especialmente en los acuerdos adoptados por mayoría sobrecondicionada.

a) Así, por ejemplo, al analizar la cuestión del dominio del hecho, parece que de adoptarse la teoría del dominio del hecho funcional —criterio propuesto inicialmente por ROXIN³¹ y que hoy se ha convertido en mayoritario tanto en Alemania como en España—³² (esencialidad de la contribución al plan común; codominio en cuanto cada

³⁰ Cfr., Roxin JA 1979, 519; LK 11.º, 1993, § 25 Rn. 154, 173; *Kamm Die fahrlässige Mittäterschaft*, 1999, 30 ss.

³¹ *Roxin Täterschaft und Tatherrschaft*, 1.º, 1963, 275 ss.

³² Véase al respecto Pérez Alonso La coautoría y la cooperación (necesaria) en Derecho penal, 1998, 206 ss.; *Kamm Die fahrlässige Mittäterschaft*, 1999, 20 ss., con más citas. Crítico, Díaz y García Conlledo La autoría en Derecho penal, 1991, 596 ss, 651 ss.

interviniente está ligado a la colaboración del otro de modo que si éste suprime su contribución hace fracasar el plan; necesidad de la función de cada uno dentro del plan global) habría que negar la coautoría, pues individualmente consideradas ninguna de las aportaciones (votos) es decisiva, ya que la mayoría se habría configurado igualmente con las restantes. Sin embargo, esta conclusión —la negación de la coautoría— parece insatisfactoria, pues se está haciendo depender del «casual reparto de votos al final de la votación»³³ la responsabilidad penal del sujeto individual por una conducta producida antes de la constatación del resultado de la votación. En efecto, para los defensores del dominio funcional la misma conducta (emisión del voto a favor de la decisión antijurídica) en un supuesto de mayoría mínima, sí representaría una contribución esencial al plan común y, por tanto, podría afirmarse la coautoría. Y, en palabras de WEIBER, atenta contra el sentido común y contra una interpretación de la realización del tipo en sentido objetivo, el que en una configuración de la mayoría superior (con un mayor grado cuantitativo de infracción de deber) lleve a negar la coautoría, mientras que en una decisión con «menor contrariedad a deber» sí se pueda afirmar la responsabilidad penal como coautor del sujeto³⁴.

No obstante, podría aplicarse a estos casos la solución propuesta por ROXIN³⁵ para los casos de coautoría aditiva desde el dominio funcional, afirmando que el dominio no ha de ser considerado *ex post* sino *ex ante*; hay que preguntarse por la relevancia de la contribución individual para el plan común *ex ante*, (prescindiendo de la teoría de la necesidad) y *ex ante* cada contribución tiene la misma importancia para el resultado conforme al plan elaborado (de ella podría depender todo) y, por tanto, es una contribución esencial. Próximos a la construcción de ROXIN, están BLOY³⁶ (especialmente en lo que se refiere a la igual importancia *ex ante* de todas las contribuciones) y BOTTKÉ³⁷ (quien considera decisivo para la coautoría el «dominio configurativo de igual rango concertado»: *abgestimmt gleichgeordnete Gestaltungsherrschaft*)³⁸. Aplicando este criterio a los casos que nos ocupan también habría que afir-

³³ Weiber Kollegialentscheidungen, 1996, 104.

³⁴ Weiber Kollegialentscheidungen, 1996, 104.

³⁵ JA 1979, 524; LK 11.ª, 1993, § 25 Rn. 159; Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª, 1994, 660 s.

³⁶ Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 372 ss., especialmente 375.

³⁷ Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, 87ss.

³⁸ Cfr. al respecto Díaz y García Conlledo en: Silva (ed.), Política criminal, 1997, 301.

mar la coautoría, pues cada uno de los votos, *ex ante* considerado, hubiera podido ser el voto decisivo para la configuración de la mayoría³⁹.

Otro intento de solución viene dado por los defensores del *dominio colectivo del hecho* como criterio de dominio en la coautoría. Esta idea aparece ya en STRATRENWERTH⁴⁰ y en el manual de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF⁴¹. Conforme a esta construcción, ni siquiera sería necesaria la esencialidad de la contribución para el éxito del plan común, sino que para el dominio de uno bastaría participar en el dominio común del colectivo. El dominio del hecho en la coautoría existe cuando la contribución de cada uno en conexión con la de los demás proporciona el dominio conjunto al colectivo (*Verband*) de coautores sobre el curso del hecho. «Dominio del hecho del individuo significa, por tanto, tomar parte en el dominio conjunto del colectivo»⁴². Partiendo de la asunción del criterio del dominio colectivo del hecho, WEIßER⁴³ afirma que para analizar el dominio hay que referirse al momento de la prestación de la contribución (el voto) y no al posterior en que ya está formada la mayoría. Y en ese momento existe dominio y conciencia del mismo. El dominio de la coautoría no puede ser entendido como dominio de dirección sobre los otros coautores. «En la coautoría basta con que los coautores dominen el curso de los hechos en su conjunción (*Verbundenheit*) como coautores, con que produzcan el resultado lesivo mediante su acción conjunta. Maurach/Gössel/Zipf llaman a esto dominio colectivo de los coautores»⁴⁴. La esencialidad de la contribución para el hecho conjunto no puede valorarse *ex post*, sino *ex ante*, teniendo en cuenta la posición dada al sujeto en el plan dentro de la realización típica. Y la totalidad de las contribuciones lleva en su actuación común al dominio del gremio sobre el curso de los hechos que produce el resultado y, así, a la conjunción como coautores del autor mediante la adopción del acuerdo común. A estas razones, añade esta autora un argumento adicional para afirmar la coautoría en estos supuestos de resultados sobrecondicionados: la causal configuración de la mayoría al final de la votación no puede decidir acerca de la responsabilidad de cada sujeto.

³⁹ En el mismo sentido *Weißer*, *Kollegialentscheidungen*, 1996, 95 s.

⁴⁰ AT I, 3.^º 1981, Rn. 807 (p. 230).

⁴¹ AT II, 7.^º 1989, § 49 II, Rn. 26.

⁴² *Weißer Kollegialentscheidungen*, 1996, 99.

⁴³ *Kollegialentscheidungen*, 1996, 101 s.

⁴⁴ *Weißer*, *Kollegialentscheidungen*, 1996, 102.

¿Qué valoración merecen las tesis anteriormente expuestas? En mi opinión, y siguiendo a LUZÓN PEÑA⁴⁶ y a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁴⁶, debe rechazarse la teoría del dominio funcional como criterio determinante del dominio del hecho en la coautoría, pues es sólo dominio negativo (puede decidir la no producción del resultado, pero no su producción) e implica una inaceptable ampliación del concepto de autor. Por otra parte, el criterio de la consideración *ex ante* de la relevancia de la contribución individual al plan común (que permite afirmar la coautoría en estos casos) tampoco me parece correcto, por una parte, porque lo que debe valorarse a efectos de imputación penal son los hechos tal y como han sucedido y no meras hipótesis y, por otra, porque no es un auténtico criterio de dominio, a lo sumo de dominio potencial, pero no real, que es el que creo debe exigirse en la coautoría.

En cuanto a la tesis del dominio colectivo, considero metodológicamente incorrecto y dudosamente admisible, si se tiene en cuenta el principio de responsabilidad personal, afirmar la imputación —como autor— del colectivo y de ahí derivar el carácter de coautor de cada uno de los miembros que, perteneciendo a ese colectivo, votan a favor de la decisión antijurídica. Por otra parte, tampoco comparto la tesis de WEIBER de que el dominio haya de referirse al momento de la prestación de la contribución (voto) y no al posterior en que ya está formada la mayoría.

En mi opinión, y partiendo de la corrección del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho propuesto por LUZÓN Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁴⁷, en la coautoría lo relevante es la codeterminación objetiva y positiva del hecho por parte de todos y cada uno de los coautores. Sólo la actuación conjunta (con acuerdo y división de funciones) es la que determina la producción del hecho de modo positivo, la que decide sobre el si y el como del hecho, no pudiendo afirmarse esto de la actuación de ninguno individualmente considerada. Pero este criterio debe aplicarse no en el momento de la emisión del voto, sino en el momento en que el acuerdo ya existe. Pues bien, en estos casos (siempre que se parta de la igualdad de rango de las contribuciones, es decir, del igual valor de

⁴⁶ La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: Estudios penales, 1991, 199 ss., 202 ss.

⁴⁶ La autoría en Derecho penal, 1991, 675 ss.; «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», en: EJB Civitas, 1995, 707 s.; «Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿Autoría o participación?», en: Silva Sánchez (eds.), Política criminal y nuevo Derecho penal, 1997, 311 ss.

⁴⁷ Vgl. supra n. 45 y 46.

cada voto) creo que puede afirmarse que todos los sujetos que votan codeterminan objetiva y positivamente la adopción del acuerdo y que, por tanto, dado que en el grupo de casos que ahora analizamos precisamente la adopción del acuerdo es el hecho relevante típicamente, codeterminan el hecho, cumpliéndose por tanto este primer requisito para poder afirmar la coautoría. Esa codeterminación es real y no potencial; quiero decir con ello que para poder afirmarla no necesitamos la formulación de hipótesis sobre la eventual relevancia *ex ante* del voto individual, que podría haber sido el decisivo. Al igual que al afirmar la causalidad sosteníamos que todos los votos son causales porque todos ellos han contribuido a que el acuerdo se produzca (con independencia de que hubiera podido producirse también con menos votos).

b) Otros requisitos de la coautoría: actuación conjunta, división del trabajo, plan común, intervención en fase ejecutiva.

1. Como afirma NEUDECKER⁴⁸, una de las diferencias entre los casos de decisiones colegiales y los supuestos típicos de coautoría radica en que en éstos cada uno de los coautores podría básicamente realizar el hecho por sí solo, y la actuación conjunta con otros sirve sólo para facilitar esa ejecución mediante la división del trabajo. En los órganos colegiados, por el contrario, lo único que puede hacer cada uno de los miembros para la realización del plan común es emitir su voto y, aunque quisiera, no podría realizar el hecho solo. A partir de esta observación —que es correcta— deduce esta autora que estamos ante un supuesto de imputación de conductas ajenas y que se trata de un caso especial de coautoría sin división del trabajo, como ocurre en los delitos de convergencia o en los casos de coautoría aditiva, lo que no es obstáculo alguno para afirmar la coautoría, pues la división del trabajo no es requisito de la misma, ni lo exige el § 25 I StGB, sino tan solo la forma más habitual⁴⁹.

Pues bien, en mi opinión, en los casos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados sí puede afirmarse la actuación conjunta y la división del trabajo (entendida esta en un sentido amplio, como división de esfuerzos o de las funciones). La diferencia con los otros casos radica en que aquí es forzosa, está institucionalizada por las normas que rigen respecto de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados. Pero el que algo sea obliga-

⁴⁸ Kollegialorganen, 1995, 209.

⁴⁹ Neudecker Kollegialorganen, 1995, 210.

toriamente de una determinada manera no nos puede llevar a la conclusión de que no existe, sino de que existe necesariamente. Es decir, que en el seno de los órganos colegiados todos los que votan en un determinado sentido a la hora de tomar una decisión actúan conjuntamente, codeciden. Pero ello, no lo olvidemos, no nos lleva automáticamente a la afirmación de la coautoría, sino tan solo de que todos los sujetos realizan conjuntamente una intervención en el hecho al mismo nivel, que sólo posteriormente, una vez que existe el acuerdo, habrá que valorar.

2. ¿Intervención en fase ejecutiva? Aunque la mayoría de los defensores de la teoría del dominio del hecho no exigen este requisito, ROXIN⁵⁰ y algunos otros autores, desde la tesis del dominio funcional, sí exigen la intervención en fase ejecutiva, precisamente para limitar la excesiva amplitud de su concepto de dominio funcional⁵¹. Si se exigiera la intervención en fase ejecutiva —como creo que debe hacerse con el concepto mucho más restrictivo de coautoría que aquí se defiende y hace también la teoría objetivo formal— en estos casos sí se cumpliría el requisito, pero no en otros en que la votación y el acuerdo no pueden considerarse aún ejecución, sino preparación.

3. También se plantea NEUDECKER si existe aquí decisión conjunta o plan común, lo que considera especialmente problemático en las decisiones colegiales no seguidas de ejecución.

Realmente la cuestión problemática es que en estos casos coinciden la decisión conjunta y la contribución objetiva al hecho en la única conducta que realizan los que votan: la emisión del voto⁵². En el fondo lo que se está planteando es la necesidad de un acuerdo previo y distinto a la contribución al hecho (que es lo que sucede en los casos normales de coautoría), pues el que existe la decisión conjunta es algo en sí mismo no problemático⁵³. Considero innecesario el acuerdo previo y distinto; basta acuerdo mínimo que puede ser tácito y simultáneo, que creo que ese mínimo se cumple con la emisión del voto en el mismo sentido que otros.

En conclusión, puede afirmarse la coautoría de los que votan a favor del acuerdo en los casos de mayoría sobrecondicionada. En los

⁵⁰ Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª 1994, 294.

⁵¹ Cfr. al respecto *Díaz y García Conlledo*, La autoría en Derecho penal, 1991, 672 ss.; *Pérez Alonso*, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, 1998, 220 ss., 236.

⁵² Así también *Franke* JZ 1982, 582.

⁵³ En este sentido también *Samson* StV 1991, 184; *Weißer* Kollegialentscheidungen, 1996, 91.

acuerdos adoptados por mayoría mínima: los problemas para la afirmación de la coautoría se ven simplificados para la mayoría de las teorías por la esencialidad de la contribución individual para que el acuerdo llegue a adoptarse. Pero de nuevo aquí lo relevante para determinar la coautoría no es la esencialidad de la contribución de cada voto individual para la adopción del acuerdo, sino la eficacia o la relevancia que éste (el acuerdo) tiene respecto del concreto tipo delictivo al que se refiere, esto es, si constituye o no realización típica y si se puede afirmar que existe dominio del hecho (del hecho típico) de los que adoptan el mismo, una vez que está ya adoptado, y no cuando emiten el voto.

1.2. Las anteriores consideraciones acerca de la coautoría se refieren a los tipos comisivos dolosos. ¿Es aplicable también la figura de la coautoría a los delitos imprudentes y a los omisivos? Ante la imposibilidad de abordar aquí la cuestión en profundidad, me limitaré a reseñar el estado de la cuestión y a manifestar mi opinión al respecto.

En cuanto a la coautoría imprudente, la doctrina alemana mayoritaria tradicionalmente ha venido rechazando esta estructura⁵⁴, con el argumento de que en el ámbito de la imprudencia, por definición, no puede darse la decisión conjunta del hecho o plan común y, puesto que el elemento del plan común es irrenunciable en la coautoría, ésta no es conceptualmente posible. Otros argumentos son que no hay —ni puede haber— dominio del hecho común y la falta de previsión legal de esta figura. Sin embargo, un sector minoritario, pero creciente en la doctrina la admite⁵⁵. En mi opinión, debe aceptarse la estructura de la coautoría imprudente, que exigirá una actuación conjunta y codeterminación objetiva del hecho —como el criterio es objetivo no se le plantean los problemas que surgen con el del dominio del hecho— con acuerdo, que ha de referirse no al resultado típico, sino a la realización de la conducta peligrosa o descuidada que los causa; si no hay acuerdo, estaríamos ante supuestos de autoría accesoria. Es dudosa la necesidad de la infracción del deber común.

Por lo que respecta a la posibilidad de coautoría en los delitos omisivos, y especialmente en los casos de comisión por omisión, el tema

⁵⁴ Cfr. al respecto, *Weißer* Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 230ss., 231 y n. 9; *Kamm* Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 70 ss.

⁵⁵ Cfr., *Brindokat* JZ 1979, 434 ss.; *Otto* Jura, 1990, 47 ss.; *Spendel-FS* 1992, 281 ss.; *Dencker* Kausalität und Gesamttat, 1996, 174 ss.; *Weißer* Kollegialentscheidungen, 1996, 146ss.; JZ 1998, 230ss.; *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 261, 282 ss.; *Kamm* Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 174 ss.

ha sido muy poco tratado. Me limitaré a señalar al respecto, que la coautoría es conceptualmente posible, pero existirá sólo excepcionalmente⁵⁶. En cuanto a los requisitos para su concurrencia, no considero suficiente —en contra de la posición de la doctrina mayoritaria— la exigencia de posición de garante para que la comisión por omisión, sino que ha de darse una equivalencia material con la conducta activa⁵⁷ y esa equivalencia determinará siempre la autoría⁵⁸. Lo que quiero decir con ello es que los criterios de equivalencia que se manejan plantean la misma respecto de la conducta activa del autor, por lo tanto, su concurrencia determina no sólo la existencia de un delito de resultado en comisión por omisión, sino también la autoría, pues lo que se busca precisamente es una fórmula que permita afirmar que la omisión equivale a la realización activa del tipo por el autor; por ello, es innecesario añadir la exigencia del dominio del hecho o de la determinación objetiva del hecho. Junto a esa equivalencia o identidad estructural entre la conducta omisiva y la del autor de la conducta activa, ya específicamente para la coautoría creo que es necesario un mínimo acuerdo de omitir, pero éste no ha de adoptarse formalmente en una reunión del órgano colegiado constituido como tal. Bastaría con un acuerdo informal, es decir, que los sujetos se hayan puesto de acuerdo en no adoptar la medida o la decisión debida y que sólo puede adoptarse en el seno del órgano colegiado. Si no hay acuerdo alguno (ni expreso, ni tácito; ni formal, ni informal), sino que simplemente no se adoptan (por el órgano) las medidas debidas para evitar el eventual resultado lesivo, desde luego no se podría hablar de coautoría. Por último, resulta imprescindible la existencia de un deber común de actuar que sólo pueda cumplirse actuando conjuntamente. Sólo en esos casos tiene sentido hablar de coautoría⁵⁹. En otros casos, por mucho que haya acuerdo de omitir, estaremos ante supuestos de autoría unipersonal. Es decir, el acuerdo de omitir por sí solo no convierte en coautores a los que lo adoptan⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. *Roxin* LK 11.º 1993, § 25 Rn. 215; Täterschaft und Tatherrschaft, 6.º 1994, 469.

⁵⁷ Me sumo a la tesis de *Luzón Peña* D.º Penal de la Circulación, 2.º 1990, 175; Estudios penales, 1991, 237 ss., quien habla de la creación o el incremento del riesgo como criterio de equivalencia. Próximo a esta tesis, *Silva Sánchez* El delito de omisión, 1986, 369 ss.; Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPC 38 (1989), 367 ss. Cfr. también *Schunemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 231 ss. y passim; Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 84 ss.: «Dominio del garante sobre la causa del resultado».

⁵⁸ En este sentido también *Silva Sánchez*, CPC 38 (1989), 388.

⁵⁹ Cfr., *Roxin* LK 11.º, 1993, § 25 Rn.162, 215; Täterschaft und Tatherrschaft, 6.º, 1994, 469 f.

⁶⁰ Cfr., *Jakobs* en: *Mir/Luzón* (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 93 s.

Desde luego, en los casos de decisiones de órganos colegiados se da por definición esta circunstancia: dado que es el órgano como tal —y no sus miembros individualmente considerados— el único con capacidad para adoptar acuerdos, el deber de actuar es común y sólo puede cumplirse con una actuación conjunta, por tanto, si acuerdan omitir una conducta debida y dicha omisión puede valorarse como comisión por omisión de un delito, todos los que votan a favor del acuerdo de omitir serán coautores del delito.

Otra cuestión que cabría plantearse es la de si, además del deber de actuación que compete a cada sujeto en cuanto miembro del órgano colegiado, existen otros deberes de actuación (deber de obligar a sus colegas a actuar con el fin de impedir el delito; deber de denunciar la situación; deber de articular mecanismos que obliguen a que se tome la decisión), que sí podrían cumplirse a título individual. Respecto de estos otros deberes, creo que estamos ante supuestos de autoría unipersonal, pero de delitos de omisión pura, en su caso (omisión del deber de impedir o denunciar delitos, omisión del deber de socorro ...).

2. Segundo Grupo: Acuerdos antijurídicos necesitados de posterior ejecución

2.1. Partiendo de un concepto restrictivo de autoría y de la necesidad de intervención del coautor en la fase ejecutiva, es estos supuestos cobran especial relevancia las reflexiones iniciales: el que una serie de sujetos, miembros de un órgano colegiados, adopten un acuerdo cuya posterior ejecución es delictiva no los convierte sin más en coautores. En ese momento (el de la adopción del acuerdo) estamos aún en la fase preparatoria del delito. Si la ejecución —como será lo habitual— corresponde a otros, pueden plantearse como posibles vías de articulación de la responsabilidad penal las siguientes:

La primera hipótesis es la de la coautoría mediata de los miembros del órgano colegiado: Quienes toman la decisión no ejecutan por sí mismos el hecho, sino a través de otros (la estructura empresarial en los casos de órganos colegiados de empresas, o la estructura administrativa en el caso de decisiones colegiales tomadas en el ámbito de la Administración pública), a través de los que determinan (o dominan) la producción del hecho típico⁶¹.

⁶¹ Sobre la autoría mediata, cfr., entre otros, *Roxin* LK 11.º, 1993, § 25 Rn. 53 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.º 1994, 141 ss., 638 ss.; *Huber* Die mittelbarer Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, 1995, passim; *Her-*

En principio la (co)autoría mediata será bastante fácil de fundamentar en los casos en que exista coacción o error de tipo en los ejecutores materiales, casos estos últimos que serán bastante frecuentes, sobre todo en los eslabones inferiores tanto de la estructura empresarial, como de la administrativa, cuyo conocimiento de conocimiento de la situación fáctica y jurídica es parcial. También podría afirmarse la autoría mediata en los casos en que el sujeto «de delante» obra justificadamente, o en situación de inexigibilidad o de error de prohibición, aunque aquí la doctrina ya no es unánime.

Más problemática es la admisibilidad de esta figura en los supuestos en que el ejecutor inmediato, o su superior jerárquico subordinado a quien toma la decisión, obran dolosamente y son plenamente responsables⁶². Aquí, parece que —aplicando el principio de autorresponsabilidad— habría que afirmar la autoría (directa o mediata) de éstos y considerar meros partícipes (inductores o cooperadores necesarios) a quienes toman la decisión. Ahora bien, esa solución —correcta en algunos casos en que realmente el «dominio organizatorio»⁶³ no sea tan intenso y no pueda hablarse de instrumentalización alguna, porque exista una plena visión de la situación fáctica y jurídica por parte del sujeto de delante— resulta insatisfactoria en muchos otros, en los que es realmente discutible hablar de autorresponsabilidad. ¿Son los eslabones intermedios realmente «plenamente responsables» y libres, cuando se hallan integrados, por ejemplo, en una estructura empresarial que los somete a todo tipo de presiones, donde rige el principio de jerarquía y existe un alto grado de fungibilidad, mayor cuanto más bajo es el rango del sujeto?⁶⁴ Tal vez en ciertos casos podría aplicarse de la construcción del «autor detrás del autor» en el seno de aparatos organizados de poder propuesta en su día por ROXIN⁶⁵ o una construcción similar, basada no tanto en la idea de la fungibilidad del

nández Plasencia La autoría mediata en Derecho penal, 1996, passim; Schönke/Schröder/Cramer 25.^a 1997, § 25 Rn. 6 ss.;

⁶² En este sentido también, *Silva Sánchez* Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: Silva/Figueiredo/Schünemann (coord): Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, 1995, 369 s.; *Díaz y García Conlledo*, Autoría mediata, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 1996, 30.

⁶³ *Silva Sánchez* Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: Silva/Figueiredo/Schünemann (coord): Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, 1995, 371.

⁶⁴ Cfr. *Schünemann* *wistra* 1982, 41 ss. (= ADPCP 1988, 529ss., 533).

⁶⁵ GA 1963, 193 ss.; Lange-FS, 1976, 192 ss.; *Täterschaft und Taherrschaft*, 6.^a 1994, 242 ss.

instrumento (que es un dato más, pero no el único ni el más relevante), sino fundamentalmente en el mejor conocimiento y en el dominio y control de la organización, a través de su poder legal de mando. Ello con independencia de la responsabilidad del ejecutor inmediato⁶⁶.

No obstante, ninguna de estas construcciones puede aplicarse con carácter general y al margen del caso concreto, pues dependerá de las circunstancias de éste el que podamos hablar o no de instrumentalización de otro y de dominio o determinación del hecho a través de la estructura empresarial, requisitos imprescindibles para poder hablar de autoría mediata.

2.2. Por último, quisiera tan solo apuntar que en este ámbito no podemos olvidar que la estructura de la comisión por omisión puede resultar especialmente operativa como criterio de imputación del hecho (como coautores) a los sujetos que adoptan las decisiones sin participar posteriormente en la ejecución del hecho desde una posición de superioridad jerárquica y división funcional del trabajo. Al respecto resultan especialmente esclarecedoras las aportaciones de SCHÜNEMANN⁶⁷, que esencialmente comparto.

Ahora bien, esto no significa aceptar la existencia de un genérico deber de garantía del empresario o del superior jerárquico, que considero inadmisibles en un Derecho penal en el que siga rigiendo el principio de responsabilidad personal y por hechos propios. La equivalencia de la omisión con la conducta activa sólo podrá afirmarse si el competente para tomar la decisión posee un efectivo dominio sobre la fuente del peligro, dominio que surge precisamente de la esfera de competencia del sujeto, lo que determina que su omisión cree o incremente el riesgo del resultado en sentido normativo-social. Esto puede suceder en muchos supuestos, pero quisiera destacar, de nuevo, que habrá que comprobarlo en el caso concreto, teniendo en cuenta las competencias del sujeto, sus posibilidades de actuación y el significado material que tiene la omisión de

⁶⁶ En la misma línea, *Schünemann Unternehmenskriminalität* 1979, 103; *Silva Sánchez Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (eds.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 370 s.; *Díaz y García Conlledo Autoría mediata*, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 1996, p. 30.

⁶⁷ *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 89 ss.; 95 ss.; *wistra* 1982, 42 ss.. (= ADPCP 1988, 533 ss.). En el mismo sentido también *Silva Sánchez Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (eds.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 371 s.

su deber de actuación y no de forma automática, estableciendo una especie de responsabilidad objetiva de los órganos de decisión competentes para tomar las decisiones en una estructura (empresarial o administrativa) más o menos compleja.

IV. EPÍLOGO

No quisiera acabar este trabajo sin escribir unas líneas al Prof. Dr. Luis García San Miguel, a quien va dedicado con todo cariño. Desde mi llegada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, hace ya unos cuantos años, he tenido el placer de trabajar cerca de él. Como profesor de Filosofía del Derecho, como Decano y como ser humano se trata de una figura excepcional, que provoca admiración y respeto tanto entre sus alumnos como entre sus compañeros. Con mis mejores deseos para esta nueva etapa que comienza.

