

## Acuerdos alcanzados en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual

Alejandro Turienzo Fernández

*Universidad de Barcelona*

---

TURIENZO FERNÁNDEZ, ALEJANDRO. Acuerdos alcanzados en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-10, pp. 1-34.

<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-10.pdf>

RESUMEN: El presente trabajo aborda un tema de especial interés explorado en diversas ocasiones por la doctrina jurídico-penal. A saber, la determinación de la responsabilidad individual fruto de las decisiones adoptadas por los miembros de un organismo colegiado. En el texto no sólo expongo bajo qué criterios cabe responsabilizar a quien interviene en la aprobación de una decisión colectiva penalmente relevante mediante la emisión de su voto a favor, incluyendo en dicho examen aquellos supuestos en los que el resultado está sobrecondicionado. Igualmente, son objeto de reflexión otras formas de intervenir en el proceso de formación de la voluntad del organismo colegiado que correspondan como pueden ser, entre otras tantas, la emisión de un voto en contra o la abstención en la votación.

PALABRAS CLAVE: votos, acuerdo, órgano colegiado, causalidad, imputación objetiva, autoría y participación.

TITLE: **Agreements reached within a collegiate body and individual criminal liability**

ABSTRACT: This paper aims to analyse an ongoing issue studied in several occasions by legal doctrine, that of the establishment of individual liability when members of a collegiate body make a decision. Here I set forth the criteria under which someone who participated in the approval of an outlaw decision can be held criminally liable. Those cases in which the result of the decision is over determined are also considered. Likewise, other alternative ways of participating in the decision-making process are reviewed such as voting against the issue discussed or abstaining from voting, among others.

KEYWORDS: votes, agreement, collegiate body, causality, objective imputation, authorship and aiding and abetting.

Fecha de recepción: 15 enero 2021

Fecha de publicación en RECPC: 10 junio 2021

Contacto: [alejandro.turienzo@ub.edu](mailto:alejandro.turienzo@ub.edu)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Precisiones iniciales. 2.1. Delimitación entre acción y omisión. 2.2. Simultaneidad o no simultaneidad. 2.3. Acuerdo inmediatamente ejecutivo o acuerdo mediatamente ejecutivo. 3. Voto a favor. 3.1. Adopción del acuerdo por mayoría ajustada. 3.1.1. Causalidad e imputación objetiva. 3.1.2. Cointervención delictiva: en concreto, la coautoría. a. Acción u omisión. b. Dolo o imprudencia. 3.2. Adopción del acuerdo por mayoría sobrecondicionada. 3.3. Acuerdo adoptado pero no materializado. 4. Voto nulo. 5. Voto en contra. 6. Voto en blanco, abstención, asistencia para alcanzar el quórum requerido e inasistencia a la reunión. 7. Voto secreto. 8. Voto de calidad. 9. Recapitulación final. Bibliografía.*

---

## 1. Introducción

En el actual contexto empresarial no siempre un determinado asunto que demande atención va a poder ser resuelto por una sola persona desde la posición que ocupe en la organización. Habrá ocasiones en las que sea precisa una deliberación colectiva seguida de una votación en la que participen los diversos integrantes del organismo colegiado competente sobre la materia. Podría ocurrir, entonces, que el contenido del acuerdo alcanzado sea penalmente relevante, cosa que obligaría a reflexionar acerca de la responsabilidad individual de quienes han participado en la formación de la voluntad del organismo colegiado que corresponda. Originariamente la resolución de semejante reto dogmático ha preocupado especialmente a la academia jurídico-penal en contextos tales como el de la introducción de productos nocivos en el mercado fruto de casos tan mediáticos como el del spray para el cuero o el de los barnices de madera, en Alemania, o el del aceite de colza, en España. Empero, hoy por hoy, es dable expresar que esta relevante cuestión alcanza otros campos igual de relevantes, como, por ejemplo, el del cumplimiento normativo a propósito del funcionamiento del llamado órgano colegiado de cumplimiento<sup>1</sup>. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de examinar algunas de las artistas problemáticas del proceso de determinación de la responsabilidad penal individual de aquellos sujetos que forman parte de un organismo colegiado y que intervienen en el proceso de aprobación de un acuerdo estimado contrario a Derecho.

## 2. Precisiones iniciales

### 2.1. *Delimitación entre acción y omisión*

Una primera precisión que hace falta realizar en pos de una adecuada imputación

<sup>1</sup> Existen ejemplos en la *praxis* de sistemas de votación contemplados para la adopción de decisiones en el seno de órganos colegiados de cumplimiento. Véase, por ejemplo, el artículo 15 del Reglamento de la Unidad de Cumplimiento de Iberdrola. Enlace: [https://www.iberdrola.com/wcorp/gc/prod/es\\_ES/corporativos/docs/reglamento\\_unidad\\_cumplimiento.pdf](https://www.iberdrola.com/wcorp/gc/prod/es_ES/corporativos/docs/reglamento_unidad_cumplimiento.pdf) También véase el artículo 13 del Reglamento del Comité de Cumplimiento Normativo de Atresmedia. Enlace: <https://www.atresmediacorporacion.com/documents/2015/10/15/B743D8C3-431B-45CE-BC37-DDACA65A50E4/011103.pdf>

de responsabilidad penal individual a propósito de las votaciones efectuadas en el seno de un organismo colegiado, sea cual sea éste, tiene que ver con la determinación de si la decisión colectiva adoptada es constitutiva de una acción o bien de una omisión típicamente relevantes<sup>2</sup>. Para este fin, resulta esencial comprobar el sentido típico de la decisión colectiva adoptada<sup>3</sup>. Es decir, el acto positivo de votar no es lo que define el carácter activo de la responsabilidad penal de sus intervinientes. Más bien, es el contenido del acuerdo en sí el que permite definir en qué medida cabe barajar un título de responsabilidad penal activa u omisiva. Particularmente, en relación con esta última forma de realización típica, interesa precisar que las llamadas omisiones colectivas tanto pueden llegar a proyectarse a través de la adopción de un acuerdo, conforme al cual, se omite una conducta debida en transgresión del compromiso de garante previamente contraído o bien por medio de la omisión de una determinada decisión colegial cuya aprobación habría conducido a actuar en línea con la norma de mandato dirigida a quienes ostentan la condición de garantes<sup>4</sup>.

## 2.2. *Simultaneidad o no simultaneidad*

Otra precisión que necesariamente ha de efectuarse, debido a sus importantes repercusiones en sede de imputación jurídico-penal, guarda relación con si las votaciones del órgano colegiado son o no realizadas de forma simultánea<sup>5</sup>. Partiendo de la definición aportada por Jakobs, cabe entender que dos comportamientos son simultáneos si cada cual adopta una decisión sin saber lo que el otro va a decidir<sup>6</sup>. Habrá simultaneidad, por tanto, cuando los miembros del órgano colegiado tengan que votar al unísono y cada cual no sepa en qué sentido votará el resto. En cambio, no se dará una tal simultaneidad en caso de que el reglamento interno de funcionamiento establezca un orden de prelación en la emisión del voto en función de criterios de distinta índole.

## 2.3. *Acuerdo inmediatamente ejecutivo o acuerdo mediatamente ejecutivo*

Igual de trascendente es distinguir si los acuerdos aprobados por el órgano colegiado son directamente ejecutivos o bien mediatamente ejecutivos<sup>7</sup>. Cuando un organismo colegiado, bien sea la junta de socios, el consejo de administración o el órgano colegiado de cumplimiento, alcanza una decisión y su adopción ya es sinónimo de ejecución delictiva o incluso de consumación, se entiende que el acuerdo es

<sup>2</sup> Advierten esta necesaria distinción apriorística entre acción y omisión en el marco del caso *Lederspray*, KUHLEN, 2015, pp. 122-124; ROTSCH, 2018, pp. 2-4.

<sup>3</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 112; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 189.

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2016, pp. 156-157; GRECO, 2018, p. 43; KNAUER, 2001, pp. 201-202.

<sup>5</sup> Al respecto, vid. MEINI MÉNDEZ, 2004, pp. 296 y ss.; MARTINEZ BUJÁN, 2019, pp. 479 y ss.

<sup>6</sup> JAKOBS, 1995, p. 424.

<sup>7</sup> Sobre esta distinción, vid. SILVA SÁNCHEZ, 2016, pp. 157-158; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, pp. 200 y ss.

inmediatamente ejecutivo. Por ejemplo, en las sociedades de capital el paradigma de esta clase de decisiones sería la aprobación por los socios mayoritarios de un acuerdo en virtud del cual se niegue el derecho de información a un socio minoritario (artículo 293 CP). No obstante, es posible que la decisión colectiva carezca de semejante inmediatez ejecutiva y que su materialización dependa de la posterior actuación de terceros, en cuyo caso, hablaríamos de un acuerdo mediatamente ejecutivo. Justo eso sucedió en el caso del spray para el cuero: los integrantes de la dirección corporativa acordaron continuar con la venta del producto nocivo pero fueron otros quienes lo distribuyeron y quienes, por tanto, tendrían que haberlo retirado si así lo hubiesen convenido los primeros.

### 3. Voto a favor

#### 3.1. *Adopción del acuerdo por mayoría ajustada*

##### 3.1.1. *Causalidad e imputación objetiva*

Parece indiscutible que quien emite su voto a favor de una decisión penalmente relevante debe afrontar las consecuencias anudadas a los resultados lesivos que se produzcan fruto de su aprobación. Con tal de dotar de fundamento a semejante aseveración, un autorizado sector doctrinal ha venido a exigir una relación de causalidad entre la emisión del voto y la adopción del acuerdo colectivo penalmente relevante<sup>8</sup>. Para aquellas decisiones que son aprobadas a partir de una mayoría ajustada, esto es, la mayoría mínima requerida con tal de aprobar un concreto acuerdo, el empleo de la clásica fórmula hipotética de la *conditio sine qua non* ofrecería, según esta línea de pensamiento, resultados satisfactorios: si cualquiera de los votos es eliminado, el resultado lesivo no se produciría, por lo que resulta sencillo apreciar su carácter causal. Los problemas empiezan a aflorar en el momento en el que el acuerdo es adoptado a partir de más votos de los necesarios.

Con todo, resulta que la visión reproducida no ha estado exenta de opiniones discrepantes. Y con razón. Pues semejante fijación en el aporte individual parece olvidar que el llamado a tomar la decisión colectiva es el organismo colegiado en conjunto y no sus integrantes individualmente considerados<sup>9</sup>. Es decir, no se trata de contribuciones que por si solas creen una pluralidad de riesgos penales paralelos e independientes que expliquen el resultado acontecido sino de la creación conjunta de un único riesgo a raíz de una decisión colectiva configurada a partir de la suma de un

<sup>8</sup> Ofrecen una completa exposición sobre esto, KNAUER, 2001, pp. 83 y ss; WEIBER, 1996, pp. 75 y ss; SCHAAL, 2001, pp. 22 y ss.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 196; GARCÍA CAVERO, 2012, p. 72.

número específico de votos (cuando menos, los necesarios para la aprobación del acuerdo)<sup>10</sup>. Ese es el hecho penal que ha de interesarnos.

Por tanto, lo que hay que analizar no es aislada e independientemente el aporte de cada miembro para luego comprobar si encaja desde una óptica causal en la decisión colegial. Parece más atinado fijarse directamente en el propio acuerdo colectivo. Al fin y al cabo, es éste el que se relaciona causalmente con el resultado típico y el que acaba por crear un solo riesgo desaprobado por el Derecho o aumentar el ya existente por encima del umbral de lo socialmente tolerado. Sólo poniendo la mirada en el acuerdo antijurídico en sí cabe fundamentar satisfactoriamente la responsabilidad penal de los intervinientes en vista a sus respectivas contribuciones (sus votos). Tal razonamiento, al final, alcanza las mismas conclusiones que los postulados antes analizados dentro del marco de las decisiones adoptadas por medio de una mayoría ajustada – todos aquellos que votaron a favor del acuerdo antijurídico han de responder penalmente – si bien transita por una senda que personalmente estimo más adecuada y precisa.

### 3.1.2. *Cointervención delictiva: en concreto, la coautoría*

#### a. Acción u omisión

El contenido penalmente relevante de una decisión colegial debidamente aprobada naturalmente vendrá condicionado por el asunto sometido a discusión y posterior votación en el seno del organismo colectivo que corresponda. Por ejemplo, mientras que en la junta general de socios tal vez lo acordado consista en permitir que el administrador único de la mercantil siga ejerciendo su labor pese haber estado implicado en un ilícito penal lesivo de intereses de terceros, en lugar de separarlo del cargo, quizás lo aprobado por el órgano colegiado de cumplimiento tenga que ver con omitir informar al consejo de administración de la compañía sobre un hecho presuntamente penal en el que han estado involucrados algunos consejeros delegados de la mercantil. A falta de la posibilidad de realizar aquí un detallado análisis que abarque cada una de las hipótesis imaginables, en las siguientes páginas me limitaré a exponer los presupuestos generales de la coautoría en tanto punto de conexión entre las distintas clases de acuerdos colectivos antijurídicos que puedan llegar a aprobarse por los miembros del organismo colegiado que corresponda. Y ello sin ignorar que no siempre la adopción de una decisión colegial detentará ese significado en sede de autoría y participación: habrá casos en los que quepa apreciar otras formas de intervención delictiva, tales como la coautoría mediata o

<sup>10</sup> En este sentido, JAKOBS, 1996, pp. 421 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 196; GARCÍA CAVERO, 2012, pp. 70, 72; WEEZEL, 2007, p. 61. Por lo general, no considera necesario probar la relación causal entre la contribución al hecho y el resultado lesivo producido OTTO, 1992, p. 282. Así, también, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 333-335; RENZIKOWSKI, 2007, pp. 431-432.

la coparticipación, dependiendo del sentido de la decisión colegial o bien del tipo penal implicado<sup>11</sup>.

Pues bien, la doctrina jurídico-penal dominante exige como presupuesto ineludible a efectos de fundamentar una responsabilidad penal a título de coautoría la existencia de un plan conjunto sobre la realización colectiva de una actividad que desencadena un riesgo jurídicamente desaprobado<sup>12</sup>.

A este respecto, Dencker adopta una posición especialmente crítica contra la extendida expresión de “acuerdo conjunto para la realización del hecho” (*gemeinsamer Entschluß zur Tat*). A su parecer, resulta más pertinente referirse a una “decisión para la realización de un hecho conjunto” (*Entschluß zur gemeinsamen Tat*), pues, según este autor, habrá veces en las que al coautor el proyecto intelectual le vendrá dado por otros sujetos<sup>13</sup>. Tal visión, sin embargo, no convence. Por mucho que sean terceros los impulsores del plan criminal, la adhesión del coautor al mismo justifica que éste sea tratado como suyo en idéntica medida que quien lo ideó, por lo tanto, dicho plan aún cabría seguir concibiéndolo desde una óptica colectiva. Es más, rara vez varias personas van a lanzar una propuesta de forma simultánea: las mentes humanas no están sincronizadas unas con otras. Lo más habitual es que sea uno sólo quien tome la iniciativa de delinquir y otros quienes acepten el proyecto criminal pero luego lo maticen, enmienden, amplíen o recorten.

Que se haga depender la coautoría de la concurrencia de este elemento no significa, en cualquier caso, que el plan conjunto haya de ser expreso y previo al momento de la ejecución delictiva. A la doctrina le basta con que sea tácito y coetáneo a esa etapa<sup>14</sup>. De hecho, puede que sea objeto de modificación a lo largo de la ejecución, bien por ampliarlo o por recortarlo, siempre y cuando esta circunstancia sea consentida por las partes<sup>15</sup>, quienes, por cierto, pueden ser anónimas unas respecto a las otras.

La importancia del requisito examinado viene dada, en primer lugar, porque éste tanto permite fundamentar como limitar la llamada imputación recíproca, con arreglo a la cual, a los coautores se les podrá atribuir lo que ha hecho el resto, como si ellos mismos lo hubiesen llevado a cabo<sup>16</sup>. Reina cierto consenso en la doctrina en que el

<sup>11</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 198; KNAUER, 2001, pp. 163 y ss.; DENCKER, 2000, p. 65.

<sup>12</sup> Aun así, un sector minoritario de la doctrina entiende que no haría falta exigir este presupuesto sino sólo un reparto vinculante del trabajo en la realización del delito. Con amplias referencias, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 228 y ss.

<sup>13</sup> DENCKER, 1996, pp. 158-160.

<sup>14</sup> MIR PUIG, 2015, pp. 407 y ss., Nm. 15 y ss.; BOLEA BARDON, 2004, pp. 37-42; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 205; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 160 y ss.; EISELE, 2016, p. 757, Nm. 61. En cambio, parece insistir en el carácter previo del acuerdo DENCKER, 1996, p. 133.

<sup>15</sup> EISELE, 2016, p. 757, Nm. 61.

<sup>16</sup> Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 180-181; GARCÍA DEL BLANCO, 2006, pp. 392 y ss. No paso por alto que la imputación recíproca, de buenas a primeras, podría llegar a tensionar la exigencia de una

plan conjunto fundamenta semejante principio de imputación porque es precisamente a partir del mismo que cabe constatar un compromiso entre los coautores respecto a la realización típica conjunta que posibilita apreciar la unidad y vinculación de sus aportaciones. Pero, por otro lado, resulta que también lo limita al definir aquello que los coautores se han comprometido a llevar a cabo conjuntamente, de tal forma que los comportamientos típicos que sobrepasen lo acordado serían considerados “excesos” que romperían el nexo de imputación y, en consecuencia, no podrían ser atribuidos al resto de intervinientes<sup>17</sup>.

Por su parte, Dencker se muestra especialmente crítico frente a la idea de imputación recíproca. A juicio del autor alemán, lo que se les imputaría a los coautores no sería otra cosa que el hecho conjunto (*Gesamttat*)<sup>18</sup>. Ello es producto de la coherencia que el autor alemán pretende mantener con sus postulados acerca de la aplicación en la coautoría del principio normativo de responsabilidad por el hecho global y la subsunción del comportamiento de los coautores en un tipo penal conjunto que viene a extraer a partir de una interpretación sistemática de los tipos penales de la Parte Especial y el § 25.2 StGB<sup>19</sup>. Si bien comparto que los coautores han de responder por el “todo”, no creo que dando cabida al concepto de hecho conjunto tengamos que prescindir del principio de imputación recíproca. Pues si hay algo que caracteriza al hecho conjunto es precisamente su articulación a partir de las aportaciones de los coautores. En otras palabras, constituye el producto de la suma de las distintas contribuciones, por lo cual, debemos seguir explicando por qué razón al coautor se le acaba por atribuir mucho más que aquello hecho individualmente.

En este orden de cosas, el requisito del plan conjunto recaba igualmente una importancia notable al tratarse del factor clave que permite diferenciar la coautoría de la autoría paralela caracterizada por la concurrencia de una pluralidad de comportamientos independientes entre sí que crean distintos riesgos penales desaprobados que acaban por plasmarse en un mismo resultado lesivo (“concurrencia de riesgos”<sup>20</sup>) debido a la casualidad<sup>21</sup>, no fruto de un nexo entre los sujetos intervinientes. En dicha sede el principio de imputación recíproca queda de lleno excluido: estaríamos frente a contribuciones aisladas unas de otras, de modo que resultaría erróneo referirse aquí a una realización típica conjunta.

Volviendo a los casos de decisiones colectivas, si resulta que los miembros del organismo colegiado convienen de antemano su posición en relación con el asunto a dirimir, convirtiendo el acto de votación en una mera fachada formal, cabría ubicar sin problemas el plan conjunto en el acuerdo expreso informal adoptado de puertas

responsabilidad estrictamente personal, razón por la cual se antoja necesario delimitar bajo qué condiciones resulta tolerable. En este sentido, vid. GRECO, 2018, p. 69.

<sup>17</sup> Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 180, 263 y ss.; EISELE, 2016, pp. 757 y ss., Nm. 62 y ss.

<sup>18</sup> DENCKER, 1996, pp. 250 y ss. En un sentido análogo, BOLEA BARDON, 2004, p. 35.

<sup>19</sup> DENCKER, 1996, pp. 142 y ss.

<sup>20</sup> CORCOY BIDASOLO, 2016, p. 77 y ss.

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 182-183.

hacia fuera con carácter previo a la sesión. Otra cosa es que los integrantes, a lo sumo, debatan el objeto de la reunión antes o durante su celebración pero no sepan, ni mucho menos planeen, qué votará cada cual. Ubicar aquí simple y llanamente el plan conjunto en el acuerdo colectivo aprobado representa la solución más intuitiva pero, en cualquier caso, algo naïf<sup>22</sup>. Los intervinientes a la hora de votar, esto es, cuando realizan su aportación al hecho, desconocen cuál va a ser el sentido de voto del resto de sus compañeros, especialmente si la votación es llevada a cabo de forma simultánea. Resultará un tanto extraño apreciar, entonces, un plan expreso, como si de un acuerdo directo y manifiesto en torno al “sí” se tratase.

Bien mirado, los miembros del órgano colegiado, cuando participan en la votación, aceptan el proceso de formación de la voluntad colectiva y mediante la emisión de su voto favorable en el asunto concreto, sobre el que obviamente tienen constancia, expresan su intención de asumir como propio el acuerdo que, en última instancia, vaya a acogerse en la reunión a la que han sido convocados. Es decir, entre los votantes que votan a favor media un conocimiento mutuo en torno a esta circunstancia que, según creo, permitiría dar cabida a un acuerdo de tipo concluyente<sup>23</sup>. La decisión colectiva aprobada gracias a la obtención de la concreta mayoría requerida representaría la terminación del proceso de articulación de la voluntad del órgano colegiado antes que el presupuesto del plan conjunto en sí que, como he tenido ocasión de justificar, ya podría asentarse en un momento previo, esto es, en la etapa en la que los respectivos integrantes del organismo se posicionan sobre el asunto sometido a votación.

Con lo expuesto, queda claro que el plan conjunto representa un elemento irrenunciable en sede de coautoría. Sin embargo, dista de ser el único y suficiente<sup>24</sup>. Al fin y al cabo, también las relaciones entre coparticipes o bien entre autores y participes pueden venir guiadas por un acuerdo de voluntades<sup>25</sup>. Y, lo que es aún más relevante, si nos contentamos con este solo requisito corremos el riesgo de recuperar la tan denostada teoría del acuerdo previo de corte subjetivista defendida en el pasado por el Tribunal Supremo, conforme a la cual, para ser coautor bastaba solamente con

<sup>22</sup> De esta opinión, KNAUER, 2001, p. 159. En cambio, identifican, sin hallar problemas de por medio, la decisión colegial *per se* como el elemento subjetivo de la coautoría WEIBER, 1996, pp. 90-91; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 480.

<sup>23</sup> Próximo a estas ideas KNAUER, 2001, pp. 161-162. Cree RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 205 que en las votaciones colegiadas concurre un acuerdo tácito y simultáneo con la emisión de un voto en el mismo sentido que otros. En cambio, comenta ESTRADA I CUADRAS, 2021, pp. 22 y ss., que “cuando la votación se realiza de forma simultánea, a menos que una mayoría de miembros haya llegado a un acuerdo informal previo, es obvio que los miembros que votan a favor de la propuesta de acuerdo delictivo no actúan conforme a un plan expresa o tácitamente pactado por ellos. En el momento de la votación ni siquiera saben quiénes van a votar a favor del acuerdo, por lo que difícilmente se puede afirmar que existe un plan conjunto entre ellos”. Por ello, este autor se posiciona a favor de una autoría paralela en vez de una coautoría, pese a que luego explora otros posibles modos de dar cabida a esta última forma de intervención delictiva.

<sup>24</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 31; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 226.

<sup>25</sup> MIR PUIG, 2015, p. 424, Nm. 82; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 31.



que existiese un acuerdo de voluntades, sin importar la aportación objetiva al hecho delictivo<sup>26</sup>.

Cobra pleno sentido, por lo visto, que la doctrina jurídico-penal tenga en cuenta, con carácter cumulativo al requisito del plan conjunto, otro presupuesto más: la realización conjunta del hecho penal a partir de un criterio de división del trabajo<sup>27</sup>. En la coautoría huelga subrayar que las contribuciones individuales no son capaces por sí solas de explicar el resultado lesivo. Esto sólo es posible a partir de su adición con el resto. En efecto, por medio de su unión los intervinientes consiguen hacer mucho más que lo que podrían haber hecho de manera aislada<sup>28</sup>, lo que da lugar a la creación de un único riesgo típico desaprobado.

Sabido esto, para empezar, el criterio de la competencia, basado en aquello que a cada cual le incumbe con arreglo a su esfera de responsabilidad, no puede ser descuidado en esta sede<sup>29</sup>, habida cuenta de que el riesgo penal necesariamente debe importarle a los coautores, precisamente por haber sido por estos mismos creado<sup>30</sup>. Sin embargo, tampoco debe perderse de vista la necesidad de apreciar un dominio de carácter normativo. Es sobradamente conocido el criterio propuesto por Roxin del dominio funcional, según el cual, los coautores, para ser calificados como tales, han de haber suministrado una aporte esencial al hecho, hasta el extremo de que su retirada pueda desbarajustar el plan delictivo<sup>31</sup>. Una de las críticas más punzantes contra esta tesis ha sido la de Díaz y García Conlledo quien, desde las filas de la teoría de la determinación objetivo-positiva desarrollada junto a su maestro Luzón Peña<sup>32</sup>, sostiene que el criterio defendido por Roxin conduce hacia una concepción negativa de la coautoría (dominio negativo) inadmisibles. El mero poder de interrupción, a juicio de este autor, no puede convertir a alguien en coautor. Para eso hace falta, en su opinión, que el coautor posea un dominio positivo – mejor: una determinación positiva – en virtud del cual pueda decidir sobre la producción del hecho típico<sup>33</sup>.

Desde mi punto de vista, la esencialidad de la contribución no puede servir como criterio para definir cuando alguien puede ser castigado a título de coautor, pues hay aportaciones muy esenciales que también pueden tener origen en los cooperadores necesarios<sup>34</sup>. Aparte, no siempre cabrá apreciar semejante esencialidad en el estricto terreno de la coautoría: concretamente cuando el resultado esté sobrecondicionado

<sup>26</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 16-17; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 198 y ss.

<sup>27</sup> MIR PUIG, 2015, pp. 403 y ss., Nm. 2 y ss; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 292 y ss; EISELE, 2016, pp. 763 y ss., Nm. 79 y ss.

<sup>28</sup> PUPPE, 2007, p. 236.

<sup>29</sup> Vid. FEIJÓO, 2007, pp. 179, 191; PIÑA ROCHEFORT/COX VIAL, 2013, pp. 185-186; GARCÍA CAVERO, 2008, p. 210.

<sup>30</sup> Ahora nos centramos en los supuestos de acción. Evidentemente nuestras consideraciones tendrán que variar frente a los casos de comisión omisiva. Más adelante nos pronunciaremos sobre ello.

<sup>31</sup> ROXIN, 2019, pp. 307 y ss.

<sup>32</sup> Vid. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA, 1998-1999, *passim*.

<sup>33</sup> DÍAZ Y GARCÍA, 2008, pp. 19-20, 31-33.

<sup>34</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 398.

y, por consiguiente, la retirada de la aportación no desencadene ningún efecto en perjuicio de la exitosa producción del hecho penal. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si dos ladrones sujetan a un hombre mientras un tercero le roba sus pertenencias a pesar de que con la fuerza de uno solo de ellos ya bastaba para mantenerlo agarrado. Lo anterior en nada obsta para localizar otras situaciones en las que un tal dominio negativo se muestre como la contracara del dominio positivo<sup>35</sup>, esto es, cuando la contribución al hecho penal sea de tal entidad que tanto condicione su realización como desbarajuste el plan en caso de ser retirada.

Bajo este entendimiento, creo que para hablar de dominio normativo global entre los coautores hace falta que estos estén en condiciones de controlar el riesgo desaprobado de manera conjunta, sin que sea requisito inexorable para ello que su intervención tenga lugar en la fase ejecutiva<sup>36</sup>. Es decir, el riesgo típico, esto es, el único creado por los coautores, tiene que estar necesariamente bajo su control de forma compartida (co-dominio)<sup>37</sup>. Como bien lo sintetiza Bolea Bardón, cada coautor “posee algo más que el control sobre su porción del hecho, pero también implica que sólo dirige el suceso junto a los demás”<sup>38</sup>. Se trata, en fin, de un ataque conjunto a un mismo bien jurídico basado en una unidad de las actuaciones individuales<sup>39</sup>.

Así las cosas, salta a la vista que en materias colectivas en las que, por definición, han de intervenir dos o más personas, el integrante del órgano colegiado, por sí solo, no va a ser capaz ni de decidir nada ni mucho menos de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Alcanzar un acuerdo de carácter criminal depende de una alianza junto al resto de sus compañeros en la votación programada. Para ello, cada integrante proporciona un aporte de igual rango – su voto favorable de idéntico valor<sup>40</sup> – cuya suma abre la puerta a la referida decisión colegial. Es así como sus contribuciones respectivas acaban por verse reflejadas conjuntamente en el momento de la ejecución del hecho penal, que bien podrá tratarse del acuerdo colectivo en sí una vez aprobado (decisión colegial inmediatamente ejecutiva) o del hecho posteriormente materializado por un subordinado a causa de la emisión de una orden por los miembros del órgano colegiado que hayan manifestado su respaldo (decisión colegial mediatamente ejecutiva).

<sup>35</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 398.

<sup>36</sup> GARCÍA CAVERO, 2012, pp. 74-75. En contra, entre otros, MIR PUIG, 2015, p. 406, Nm. 13; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 208; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 372 y ss.; BOLEA BARDÓN, 2004, p. 37.

<sup>37</sup> BOLEA BARDÓN, 2004, p. 32.

<sup>38</sup> BOLEA BARDÓN, 2004, p. 32.

<sup>39</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 402. En un sentido análogo, BOLEA BARDÓN, 2004, p. 31.

<sup>40</sup> Habla sobre una misma intensidad de comportamiento entre todos los votantes KNAUER, 2001, p. 158. En este mismo sentido, también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 198. Mientras, comenta MARTINEZ BUJÁN, 2019, p. 484 que “a diferencia de los casos comunes de coautoría, en los supuestos de órganos colegiados lo único que puede hacer en realidad cada uno de los miembros para la realización del plan común es emitir su voto, en atención a lo cual la división del trabajo habrá de ser entendida en un sentido amplio como división de esfuerzos o de las funciones, dado que la actuación conjunta y la división del trabajo está institucionalizada por las normas que rigen respecto de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados”.

Obviamente los votantes favorables a la decisión colegial criminal son competentes en este campo ya no sólo porque el asunto sometido a votación entra dentro de su ámbito de responsabilidad – por eso tienen voz y voto a efectos de expresar su parecer – sino también porque el específico riesgo conjunto desaprobado les incumbe, precisamente por haberlo creado. Tampoco parece controvertido expresar que todos comparten entre sí un dominio normativo global en torno a dicho riesgo enmarcado fuera de la esfera de lo permitido. Después de todo, son estos los que mediante sus votos permiten la adopción de la decisión colegial penalmente relevante y los que en sede colegial controlan conjuntamente el suceder típico. En lo que concierne particularmente a las votaciones aprobadas mediante una mayoría ajustada, no hay duda de que sus respectivos votos son de esencial importancia, hasta el punto de que la retirada de uno puede poner en peligro el éxito de la aprobación del acuerdo colegial. No obstante, como se ha justificado, la esencialidad de la contribución no es un criterio decisivo en sede de coautoría<sup>41</sup> sino meramente un elemento circunstancial: habrá ocasiones en las que sí podrá ser objeto de apreciación, mientras que en otras no, como cuando el resultado de la votación esté sobrecondicionado por alcanzarse mediante más votos de los necesarios.

En otro orden de cosas, resulta de gran interés analizar igualmente aquellas decisiones aprobadas en el seno del órgano colegiado que versen sobre la omisión de un determinado comportamiento en transgresión de la posición de garante ocupada. Según creo, con tal de poder fundamentar satisfactoriamente un título de responsabilidad en coautoría comisivo omisiva, lo primero que habría que comprobar es si el asunto sometido a votación forma parte de aquella clase de riesgos que, en atención al compromiso de garante acogido por cada cual, tenía que ser controlado. Es decir, ha de tratarse necesariamente de una materia ligada con aquel ámbito de responsabilidad en el cual los miembros del órgano colegiado operan como barreras de contención<sup>42</sup>.

Que se exija la satisfacción de este presupuesto no quiere decir que el compromiso de garante haya de ser necesariamente el mismo<sup>43</sup>. Puede que éste sea el grupo de supuestos más frecuente o, cuando menos, el más sencillo de imaginarse (por

<sup>41</sup> En sede de coautoría RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 206 estima irrelevante la esencialidad de la contribución de cada voto individual para la adopción del acuerdo.

<sup>42</sup> Personalmente me adscribo a una línea de pensamiento de corte restrictivo en el marco de la realización típica en comisión por omisión. La mera infracción de un deber de garante derivado de una fuente formal (ley, contrato o injerencia) materialmente explicado en un sentido de vigilancia o de protección no puede constituir base suficiente como para imputar un resultado por vía omisiva como si se hubiese causado activamente. Me aparto, por consiguiente, de la teoría de los tipos de infracción de deber. Para sustentar una tal imputación, adicionalmente es preciso que se dé un equivalencia axiológica y estructural entre la omisión y la comisión activa. Equivalencia que personalmente hallo en la teoría de la transgresión del compromiso de actuar a modo de barrera de contención de un específico curso de riesgo propuesta por SILVA SÁNCHEZ, 2010, pp. 429-431; EL MISMO, 1999, pp. 464, 483-484; EL MISMO, 1989, pp. 376-377.

<sup>43</sup> En cambio, defienden con carácter general la coautoría omisiva allá donde existe un deber de garante común ROXIN, 2019, p. 523; DENCKER, 2000, p. 68.

ejemplo, dos funcionarios de prisiones conciertan dejar de vigilar a un prisionero o bien dos guías optan por abandonar a su suerte a unos senderistas en el pico de una montaña<sup>44</sup>). Pero, desde luego, no tiene por qué ser el único. Semejante pensamiento de carácter unitario ha sido defendido especialmente por un sector de la doctrina que ha focalizado sus análisis en aquellos contextos de introducción de productos peligrosos en el mercado<sup>45</sup>. Y en tales coyunturas resulta que, por lo general, parece sencillo apreciar una convergencia en sede de garantía porque todos los integrantes de la dirección corporativa son igual de responsables de acordar retirar el producto del mercado cuando queda probada su nocividad. Sin embargo, creo que cabría seguir calificando la omisión como colectiva en caso de que ésta sea producto de la infracción de compromisos de garante distintos pero cuyo cumplimiento conexo resultaba preciso a la hora de intervenir frente a determinados sucesos de trascendencia penal en línea con la norma de requerimiento dirigida.

Tanto si acaba por darse la primera situación descrita como la segunda, algo a lo que no puede renunciarse es a una intervención conjunta de los garantes con miras a controlar el riesgo desaprobado en tanto reflejo del requisito objetivo de la coautoría ya examinado<sup>46</sup>. Después de todo, si al garante individual le incumbe y es capaz de intervenir por sí solo con miras a impedir el resultado típico creo que, en principio, no cabría seguir enjuiciando su omisión como colectiva. Lo procedente, en su caso, sería recurrir a la figura de la autoría directa.

Por lo que atañe al elemento del plan conjunto, si los integrantes del órgano colegiado adoptan en una sesión a la que han sido convocados un acuerdo basado en la omisión conjunta de una serie de medidas que están obligados a poner en práctica por su condición de garantes, las consideraciones hechas en lo tocante a la existencia del plan conjunto no sufrirían modificación alguna en relación con su homólogo comisivo. Lo único en lo que se diferiría sería en el carácter omisivo del contenido de la decisión colegial pero no en las etapas de formación de la voluntad colectiva.

Con todo, sabemos que ésta no es la única manifestación de las llamadas omisiones colectivas. A lo mejor los integrantes del órgano colegiado, en infracción de su compromiso de garante, omiten reunirse de cara a deliberar y plasmar su posición sobre un asunto respecto al cual deben pronunciarse. Si resulta que estos optan por discutir el asunto y someterlo informalmente a votación seguramente cabría seguir apreciando un plan conjunto precedente en aras de fundamentar una omisión colectiva<sup>47</sup>, sin perjuicio de los óbices probatorios existentes en el marco del proceso

<sup>44</sup> Los ejemplos son de ROXIN, 2019, pp. 523-524.

<sup>45</sup> Entre otros, KNAUER, 2001, p. 202; SCHAAL, 2001, p. 256; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, pp. 207-208.

<sup>46</sup> Vid. MIR PUIG, 2015, p. 409, Nm. 25; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 208; MAÑALICH RAFFO, 2014, p. 260; SCHAAL, 2001, pp. 201 y ss.; OTTO, 1992, p. 283; EISELE, 2016, p. 766, Nm. 86; DENCKER, 2000, p. 68; HAAS, 2008, p. 397; HOFFMAN-HOLLAND, 2006, p. 638. En contra de la coautoría omisiva MOSENHEUER, 2009, pp. 135 y ss.

<sup>47</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 207.

judicial<sup>48</sup>. Pero tampoco resulta disparatado que los miembros del órgano colegiado comenten entre ellos sus potenciales sospechas sobre una materia que les incumbe en calidad de garantes pero, aun así, dejen correr el tiempo sin llegar a un consenso sobre cómo intervenir. Cuando lo descrito ocurra, salta a la vista que no habría espacio para poder asentar un proyecto común explícito. La inmediata tentación subsiguiente sería plantearse si acaso cabe apreciar, entonces, un acuerdo tácito o concluyente. Sin embargo, dicha alternativa topa con serios escollos que dificultan seriamente su aplicabilidad. La mera realización típica simultánea no basta para extraer un acuerdo de voluntades cuando entre los sujetos no media comunicación alguna respecto a la comisión conjunta del ilícito penal. Tal como lo ilustra Puppe, si varios gamberros, de manera espontánea y sin mediar acuerdo alguno, empiezan a pintarrajar un muro, faltaría el fundamento suficiente como para imputarles recíprocamente los daños causados. Ninguno de los intervinientes se obliga a la realización del hecho, ni puede calcular el comportamiento de los demás ni sabe cuán lejos irán<sup>49</sup>. Por tanto, es imprescindible que exista un mínimo grado de interacción entre los intervinientes, a tenor del cual, se permita forjar un plan conjunto bien delimitado, no bastando con que medie conocimiento recíproco en torno la realización típica. En fin, estoy de acuerdo con Puppe en que también el acuerdo concluyente ha de determinarse y precisarse con tal de poder interpretarlo como la expresión de un específico plan conjunto<sup>50</sup>, cosa que cobra especial sentido a la hora de circunscribir responsabilidades frente a posibles excesos por parte de alguno de los coautores.

La solución a la problemática descrita tal vez pase por adoptar una visión restrictiva sobre qué ha de entenderse por “acuerdo concluyente”. De lo contrario, corremos el riesgo de difuminar los contornos de este elemento propio de la coautoría. Quizás podríamos decir que sólo cuando las circunstancias del caso permitan colegir, a partir de determinadas conductas, ciertos signos de consenso entre los sujetos involucrados en la realización típica cabría extraer un acuerdo concluyente<sup>51</sup>. Ante la duda, tal como convincentemente razona Gutiérrez Rodríguez, habría que aplicar el principio *in dubio pro reo* y concluir que los sujetos han actuado de forma independiente unos de otros<sup>52</sup>.

Sobre dicha base, no parece que se satisfaga semejante presupuesto cuando los integrantes del organismo colegiado, aisladamente unos de otros, se mantengan impertérritos frente a los sucesos penales: parece obvio que no se daría una interacción

<sup>48</sup> Alerta acerca de los problemas de prueba respecto a aquellas conversaciones informales entre los administradores que han de ser reconstruidas SCHAAL, 2001, p. 253.

<sup>49</sup> PUPPE, 2007, p. 238.

<sup>50</sup> PUPPE, 2007, p. 238.

<sup>51</sup> Tal como señala GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 162, “un acuerdo concluyente sólo podrá ser aceptado en función de reglas de comunicación y no sobre consideraciones basadas en la confianza y en la buena fe de los sujetos”. Asimismo, define tanto el acuerdo expreso como el concluyente como actos de comunicación perceptibles DENCKER, 1996, p. 149.

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 163.

tal como para quepa localizar dicho acuerdo común. A lo sumo, estaríamos ante quebrantamientos independientes de sus respectivos compromisos de garantía que seguramente cabría reconducir a la figura de la autoría paralela, extremo éste que imposibilitaría la imputación recíproca en coautoría por faltar el irrenunciable requisito del plan conjunto<sup>53</sup>. Por el contrario, si los integrantes del organismo colegiado mantienen contacto entre sí pero, al final, acaban por omitir decidir cómo corregir la situación antijurídica advertida, pienso que sólo cabría apreciar un acuerdo concluyente que ofrezca base para una coautoría si en el caso concreto cabe apreciar determinados signos conforme a los cuales se permita extraer un mínimo consenso acerca de la omisión conjunta.

#### b. Dolo o imprudencia

En sede de imputación subjetiva puede que los miembros del órgano colegiado, a la hora de deliberar y votar sobre un asunto determinado, cuenten con conocimiento preciso de estar realizando los elementos de un determinado tipo objetivo o, cuando menos, con representación concreta del riesgo específico que entraña su comportamiento, cosa que permitiría hablar de una coautoría u otra forma de coinervención dolosas que, en principio, no plantearían especiales problemas en el ámbito que nos ocupa. Mayor discusión académica ha desatado la cuestión de si es admisible configurar una coautoría imprudente cuando las decisiones del órgano colegiado guarden relación con la realización de una conducta en la que falta la diligencia debida. No es éste el lugar para comprobar con exhaustividad la viabilidad dogmática de esta figura. Por ello, nos limitaremos a examinar sus principales aristas problemáticas.

Desde una óptica legislativa, no parece que el artículo 28 CP ponga trabas contra la admisión de una coautoría imprudente<sup>54</sup>. El precepto legal citado hace referencia solamente a la realización conjunta de un hecho. Es decir, en idéntica medida a lo que ocurre con la autoría directa y la autoría mediata, el legislador penal español se limita a describir con un tono neutro, esto es, carente de una carga subjetiva, un comportamiento objetivo común tanto para la modalidad dolosa como para la imprudente<sup>55</sup>. Análogamente, tampoco el tenor legal del § 25.2 StGB circunscribe la coautoría a los delitos dolosos, tal como convincentemente lo ha advertido un sector de la doctrina alemana<sup>56</sup>.

Por lo que concierne a los presupuestos de la coautoría, debe empezar por señalarse que los criterios de este título de autoría naturalmente han de amoldarse a las

<sup>53</sup> Niega la coautoría en los delitos omisivos cuando no media acuerdo alguno y simplemente no se adoptan por el órgano las medidas debidas para evitar el resultado lesivo RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 207.

<sup>54</sup> De esta opinión, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 212-213; ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 26.

<sup>55</sup> Cree SÁNCHEZ LÁZARO, 2004, pp. 384-385 que los artículos 28 y ss., CP describen con neutralidad las distintas formas de autoría y participación.

<sup>56</sup> Entre otros, KNAUER, 2001, p. 191; DENCKER, 1996, p. 179; SCHAAL, 2001, p. 211; WEIBER, 1998, pp. 232-233.

peculiaridades de la imputación por imprudencia<sup>57</sup>. Tratándose de una modalidad de imputación subjetiva distinta a la dolosa cobra sentido que los requisitos de una y otra diverjan. Esta idea es capital y va a condicionar nuestras próximas consideraciones.

Comenzando por el requisito subjetivo de la coautoría, hay quien esgrime como argumento a efectos de negar la modalidad imprudente de esta forma de autoría la imposibilidad de apreciar un plan conjunto cuando falte dolo por parte de los coautores<sup>58</sup>. Algunos partidarios de la coautoría imprudente se desprenden incluso de este presupuesto por considerar que su exigencia representa una errónea traslación de los criterios del dolo a la imprudencia<sup>59</sup>. Uno de los autores más representativos de este sector de pensamiento es Weißer quien, pese a defender la validez de la coautoría imprudente, cree que la causación imprudente excluye la concurrencia de un plan conjunto. A su juicio, el plan conjunto es un requisito propio de la modalidad dolosa de la coautoría, por eso, justifica su ausencia sobre la base de que en el campo de la imprudencia ha de darse la infracción en coautoría de un deber de cuidado pero no, en cambio, la existencia de dicho plan<sup>60</sup>.

En contra de esta visión, tengo la impresión de que cabe seguir admitiendo la existencia de un acuerdo conjunto, pero eso sí, adaptado a la fisonomía del delito imprudente y, en consecuencia, configurado a partir de un contenido distinto al de su homólogo doloso. Después de todo, como bien lo expresa Roso Cañadillas, “el acuerdo común es un elemento constitutivo de la coautoría, ya sea dolosa, ya sea imprudente, sin el cual esta figura no puede existir”<sup>61</sup>. En la coautoría imprudente el plan conjunto no va a tener que venir referido a la producción de un resultado lesivo sino a la realización de una conducta lesiva descuidada<sup>62</sup>. No creo, por lo demás, que sea necesario que los coautores cuenten con conocimiento conjunto acerca del riesgo

<sup>57</sup> GRECO, 2018, p. 65; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 213; ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 26; WEIBER, 1998, p. 232; KNAUER, 2001, pp. 183 y ss.; RENZIKOWSKI, 2007, p. 434; HÄRING, 2018, p. 8.

<sup>58</sup> Por todos, vid. ROXIN, 2003, p. 96, nota a pie de página nº 310, Nm. 239; WEIBER, 1998, p. 232, nota a pie de página nº 22; KNAUER, 2001, p. 182, nota a pie de página nº 830.

<sup>59</sup> WEIBER, 1998, p. 232; KNAUER, 2001, p. 183.

<sup>60</sup> WEIBER, 1998, p. 232

<sup>61</sup> ROSO CAÑADILLAS, 2002, p. 586.

<sup>62</sup> De esta opinión, MIR PUIG, 2015, p. 409. Nm. 24; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 214; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 206; ROSO CAÑADILLAS, 2002, p. 581; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 35; LUZÓN PEÑA, 1989, pp. 898-899; CHOCLÁN MONTALVO, 1998, p. 129; ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 26. En un sentido parecido, SCHAAL, 2001, pp. 222, 227, 242. Acepta también el requisito del acuerdo conjunto en los delitos imprudentes RENZIKOWSKI, 2007, pp. 436, 439. Mientras, EISELE, 2016, p. 766, Nm. 86 admite una coautoría imprudente en las decisiones colegiadas cuando concurre la ejecución conjunta de un proyecto de acción imprudente pero considera innecesario acudir a esta figura para resolver los problemas de causalidad suscitados en esta sede. En una línea opuesta, GROPP, 2009, p. 273 cree que el plan conjunto debería abarcar el resultado lesivo porque en los delitos imprudentes dicho resultado pertenece al delito. Por su lado, GRECO, 2018, pp. 69-70 rechaza la posibilidad de articular una coautoría imprudente porque entiende que el principio de imputación recíproca sólo es tolerable cuando existe una obra común de realizar el hecho en la que concurra, como mínimo, dolo referido al resultado, de manera que, a su juicio, no resulta suficiente la mera presencia de un plan común que deje de abarcar el resultado.

que comporta en abstracto su comportamiento. Bastaría con que dicho conocimiento venga referido a la realización colectiva de una actividad que en sí misma es peligrosa<sup>63</sup>, de tal modo que, con ello, se dé cabida tanto a la culpa consciente como a la inconsciente.

Siguiendo con el elemento objetivo de la coautoría, la razón principal planteada por los detractores de la modalidad imprudente de esta forma de autoría para justificar su difícil apreciación guarda relación con la imposibilidad de constatar una realización conjunta fundada en un criterio de división del trabajo, toda vez que, a su juicio, en la imprudencia no se aspiraría al logro de resultado lesivo alguno<sup>64</sup>. En coherencia con lo defendido sobre el elemento del plan conjunto, entiendo que en la coautoría imprudente la realización conjunta no guardaría relación con una actividad destinada a la producción de un resultado lesivo sino con un comportamiento transgresor del deber objetivo de cuidado<sup>65</sup>. Sobre este último, hay que preguntarse también si, como cree Weißer, el deber de cuidado ha de ser común entre los coautores<sup>66</sup>. En mi opinión, tal vez estos sean los supuestos más claros y fácilmente imaginables pero no por ello los únicos posibles. Habrá ocasiones en las que el deber de cuidado sea el mismo y otras en las que diverja pero su respectiva infracción incida sobre una misma realización típica calificable como conjunta<sup>67</sup>.

### 3.2. *Adopción del acuerdo por mayoría sobrecondicionada*

Particularmente complejos son aquellos supuestos bautizados con el nombre de resultados sobrecondicionados<sup>68</sup> en los que la decisión colegiada acaba siendo aprobada mediante más votos de los necesarios al haberse conseguido una unanimidad o bien una mayoría reforzada. Por utilizar el ejemplo propuesto por Knauer, imaginemos un organismo colegiado compuesto por nueve miembros cuyos acuerdos son adoptados en su seno por mayoría simple. Si cinco integrantes votan a favor y cuatro en contra, para la opinión clásica el carácter causal del voto de cada cual sería fácilmente demostrable, ya que, si cualquiera de estos fuese eliminado, el resultado desaparecería. Bastaría, en fin, con recurrir a la fórmula de la *conditio sine qua non*. Ahora bien, supongamos que en el recuento figuran siete votos a favor y dos en contra, constatándose un exceso de votos favorables (dos, para ser exactos)<sup>69</sup>. Si la votación no ha sido simultánea, quienes votaron con posterioridad una vez alcanzada

<sup>63</sup> ROSO CAÑADILLAS, 2002, p. 582. También HÄRING, 2018, p. 10 habla de una consciente interacción entre los intervinientes respecto a la ejecución de la acción natural que se presenta como causa del resultado imprudente.

<sup>64</sup> Con extensas referencias bibliográficas, vid. ROXIN, 2003, p. 96, Nm. 239, nota a pie de página nº 310.

<sup>65</sup> WEIBER, 1998, p. 233. En un sentido análogo, HÄRING, 2018, p. 10.

<sup>66</sup> WEIBER, 1998, p. 236.

<sup>67</sup> A favor de que los deberes de cuidado sean divergentes en la coautoría imprudente ROSO CAÑADILLAS, 2002, p. 574.

<sup>68</sup> JAKOBS, 1996, p. 80.

<sup>69</sup> KNAUER, 2001, p. 83.



la mayoría simple podrían alegar que su voto ha sido “redundante” a fin de sortear una eventual imputación jurídico-penal. La situación empeora con creces en caso de que la votación se haya llevado a cabo de forma simultánea. Cada votante podría escudarse tras la excusa de que su voto no ha sido causal del resultado, porque, aun suprimiéndose individualmente los votos respectivos, el resultado seguiría produciéndose<sup>70</sup>. Con ello se correría el riesgo de que se dé un desafortunado contexto de irresponsabilidad organizada, problema éste que sorprendentemente no se plantearía si el acuerdo fuese aprobado a partir de la mayoría mínima requerida<sup>71</sup>.

Desde luego, los inaceptables resultados derivados de una aplicación rigurosa de la clásica fórmula de la *conditio sine qua non* no consiguen solventarse a partir de la denominada causalidad cumulativa que, como enseguida tendremos ocasión de justificar, difícilmente cabría considerarla una verdadera alternativa a la tesis tradicional. Según esta fórmula, todas las contribuciones aportadas independientemente entre sí<sup>72</sup> son causa del resultado lesivo si sólo a partir de su adición es dable que éste se produzca.

Un ejemplo: dos personas, A y B, vierten de forma separada en el café de otra, C, unas dosis de veneno que conjuntamente pero no por separado resultan letales<sup>73</sup>.

Salta a la vista que, ya de base, de un caso práctico como el reproducido, perfectamente encuadrable en los supuestos de causalidad cumulativa, tan siquiera cabría predicar que el resultado está sobrecondicionado: tanto las dosis de veneno de A y de B eran necesarias para dar muerte a C. Por si fuese poco, con la tesis de la causalidad cumulativa la causalidad de las contribuciones ya se extrae, sin más, a partir de la fórmula de la *conditio sine qua non*, coincidiendo materialmente ambas propuestas teóricas: si en el ejemplo fuese sustraída mentalmente la dosis de veneno suministrada por A o por B, C seguiría vivo<sup>74</sup>. Luego, aun cuando se produjese un verdadero resultado sobrecondicionado, al final, ninguna de las contribuciones aisladamente considerada sería *conditio sine qua non* del mismo, toda vez que podría sustraerse cada una de ellas sin que éste dejase de concurrir<sup>75</sup>, por lo cual, se derivan las mismas consecuencias indeseadas que aquellas originadas a partir del concepto tradicional de

<sup>70</sup> KNAUER, 2001, pp. 83-84; DENCKER, 2000, pp. 66-67. A partir de un ejemplo de estafa, concluye ESTRADA I CUADRAS, 2021, pp. 3-4 que la teoría de la *conditio sine qua non* obliga a concluir que ninguno de los votos de los miembros de la junta directiva es causal del resultado típico (sobrecondicionado) y, por ende, en virtud del principio *in dubio pro reo*, todos ellos deberían quedar absueltos del delito consumado, si bien todavía cabría condenarles por la comisión del hecho penal en grado de tentativa.

<sup>71</sup> WEIBER, 1996, p. 104; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 191.

<sup>72</sup> Acerca del requisito de independencia exigido en la causalidad cumulativa vid. KNAUER, 2001, p. 94, nota a pie de página 424.

<sup>73</sup> Con amplias referencias de autores que están a favor del uso de esta tesis en los casos de organismos colegiados, vid. KNAUER, 2001, p. 93, nota a pie de página 420.

<sup>74</sup> GRECO, 2018, p. 48. En esta misma línea, WEIBER, 1996, pp. 110 afirma que la causalidad cumulativa no constituye ninguna excepción a la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*. Cree KNAUER, 2001, p. 94 que mediante la comparación de la decisión colegial con los casos de causalidad cumulativa no se logra ningún progreso respecto al (rechazado) uso de la fórmula de la *conditio sine qua non*.

<sup>75</sup> Así, GRECO, 2018, p. 48; KNAUER, 2001, p. 94.

causalidad<sup>76</sup>. Aparte, si bien es cierto que el acuerdo colegial sólo se configura una vez sumados los votos favorables necesarios para su aprobación, los votantes no actúan por cuenta propia, como en los ejemplos de causalidad cumulativa, sino conjuntamente, esto es, a partir de la celebración de una reunión en la que intervienen todos de cara a debatir un asunto que acaba siendo sometido a votación<sup>77</sup>.

Justificado que la teoría de la causalidad cumulativa no ofrece ningún avance respecto la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*, no han faltado otras propuestas que han buscado reformular el concepto tradicional de causalidad en aras de lograr una solución más óptima.

Una primera guarda relación con el empleo de la llamada causalidad alternativa o doble causalidad. Se trata de condiciones independientes<sup>78</sup> que, a pesar de ser interpuestas en conjunto, son por sí mismas suficientes para ocasionar el resultado típico. En tal caso, se asume como válida la idea de que hay causalidad si varias condiciones pueden ser suprimidas mentalmente de forma alternativa, pero no cumulativa, sin que desaparezca el resultado. Un ejemplo que acostumbra a ofrecerse es el siguiente:

A y B disparan, al mismo tiempo, contra el cuerpo de C. Ambos disparos aciertan pero tanto uno como otro ya contaban con el potencial necesario para provocar aisladamente la muerte<sup>79</sup>.

A esta solución se le critica, no sin razón, que con el voto individual *per se* no basta para aprobar una decisión colegial penalmente relevante, sino que se antoja necesario el voto favorable de más de una persona, hasta el punto de tener que lograr, cuando menos, la mayoría mínima requerida<sup>80</sup>. Disiento, por el contrario, en que por medio de esta fórmula se corra el riesgo de convertir en causas a las no-causas. En efecto, un sector doctrinal entiende que como en la causalidad alternativa media causalidad solamente si el resultado lesivo es suprimido a partir de una eliminación mental cumulativa, pero no alternativa, de todas las condiciones interpuestas, este pensamiento, aplicado a los acuerdos colectivos, implicaría que también los votos en contra o las abstenciones sean considerados causa del resultado, habida cuenta de que si son suprimidos alternativamente, el resultado permanecería intacto, pero si su supresión tiene lugar junto con los demás votos, entonces, desaparecería<sup>81</sup>. No obstante, semejante conversión, sin duda improcedente, no tendría por qué ocurrir,

<sup>76</sup> Rechazan también la solución de la causalidad cumulativa, entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 192; MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 297, nota a pie de página nº 41; GIMBERNAT ORDEIG, 1999, pp. 63-64, nota a pie de página nº 29.

<sup>77</sup> KNAUER, 2001, pp. 93-94; WEIBER, 1996, pp. 109-111; SCHAAL, 2001, pp. 246-247.

<sup>78</sup> Sobre el presupuesto de independencia requerido en la causalidad alternativa vid. KNAUER, 2001, p. 95, nota a pie de página nº 426.

<sup>79</sup> Con amplias referencias de autores con una opinión favorable al uso de esta fórmula en las decisiones colectivas, vid. KNAUER, 2001, p. 94, nota a pie de página nº 425.

<sup>80</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 479; KNAUER, 2001, pp. 94-96; WEIBER, 1996, pp. 111-112; SCHAAL, 2001, pp. 229, 242; RANSIEK, 1999, pp. 643-644. En contra también de aplicar la causalidad alternativa en decisiones colegiadas GIMBERNAT ORDEIG, 1999, pp. 63-64, nota a pie de página nº 29.

<sup>81</sup> KNAUER, 2001, p. 96; GRECO, 2018, p. 49.

precisamente porque al no erigirse ni los votos en contra ni las abstenciones como verdaderas causas del resultado por no condicionar su aprobación tan siquiera podrían ser tenidas en cuenta en ese proceso de supresión hipotética de votos, independientemente de que, en virtud de su condición de pareceres válidos manifestados en la sesión celebrada, hayan sido considerados en el recuento final.

La inconveniencia de planteamientos como los examinados ha conducido hacia otro tipo de sugerentes propuestas, como la de retomar el concepto de causalidad conforme a las leyes de la experiencia (o de la naturaleza) desarrollado por Engisch<sup>82</sup>. Para el autor alemán lo decisivo no es cuestionarse hipotéticamente “qué habría ocurrido” sino preguntarse “qué ha sucedido realmente”. Y, a estos efectos, propone la siguiente fórmula: “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 si según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal”<sup>83</sup>. Por medio del criterio reproducido, sería posible, según un sector de opinión, apreciar el carácter causal de los votos favorables emitidos, pues cada uno de ellos habría conducido hacia la aprobación de la decisión penalmente relevante<sup>84</sup>. El principal inconveniente que presenta esta teoría es que, si bien permite constatar empíricamente una relación entre los votos y el acuerdo típico adoptado, deja en el aire por qué dicha relación sigue existiendo aun cuando el voto en cuestión es dispensable<sup>85</sup>.

Finalmente, Puppe, recurriendo a la fórmula de la *INUS condition* (*insufficient non-redundant part of an unnecessary but a sufficient condition*), sugiere otra reformulación del concepto de causalidad que bautiza con el nombre de teoría de la condición mínima<sup>86</sup>. Como Engisch, Puppe abandona formulaciones hipotéticas. En su lugar, cree que para que un factor sea causal del resultado éste ha de constituir un componente necesario de una condición mínima de un resultado. Para los casos de decisiones colegiadas sobrecondicionadas se diría que la condición mínima para alcanzar un acuerdo colectivo penalmente relevante es la mayoría simple de votos. Por ejemplo, en un organismo colegiado formado por tres miembros, la condición mínima serían dos votos a favor. Un componente necesario de dicha condición mínima es la emisión de los dos votos favorables necesarios para alcanzar dicha mayoría. Si todos votan a favor de la decisión colegial, según esta teoría, cada cual sería causa del resultado, toda vez que cada una las combinaciones posibles serían subsumibles en la condición mínima “mayoría simple de dos votos”, pues ésta tanto podría

<sup>82</sup> ENGISCH, 1931, pp. 21 y ss.

<sup>83</sup> La traducción es de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 193.

<sup>84</sup> A favor de esta propuesta WEIBER, 1996, pp. 113-118; HASSEMER, 1995, pp. 141-143.

<sup>85</sup> GRECO, 2018, p. 50.

<sup>86</sup> PUPPE, 2017, pp. 567 y ss., Nm. 102 y ss. LA MISMA, 2007, pp. 239 y ss.

alcanzarse a partir de la suma “primer voto + segundo voto” como por medio de la ecuación “primer voto + tercer voto” o “segundo voto + tercer voto”<sup>87</sup>.

Si bien la propuesta de Puppe es altamente interesante y arroja luz a la problemática expuesta, creo que la cuestión de los resultados sobrecondicionados también podría ser resuelta satisfactoriamente en el plano de la imputación fijándonos en el acuerdo en sí, antes que en los votos individuales, tal como opera Jakobs. En opinión de este autor, en el momento en que va a ejecutarse el acuerdo, todos los votos favorables aparecen reflejados, tanto los que se emitieron antes de alcanzar la mayoría requerida como los que se emitieron con posterioridad<sup>88</sup>. Si aceptamos que el riesgo penal conjuntamente creado se configura a partir del acuerdo colegial y que dicho acuerdo existe solo una vez recontados todos los votos y constatada la mayoría exigida<sup>89</sup>, puesto que rara vez se parará de contabilizar a partir de un número determinado de votos<sup>90</sup>, en realidad, el orden de prelación establecido en las votaciones no simultaneas se antoja irrelevante. Cada votante se añade a una decisión criminal que en fase de ejecución va a reflejar su respectiva aportación (el voto favorable), independientemente de cuando se haya emitido. Por ello, no resulta controvertido hacer responder al votante superfluo a pesar de que en el momento en el que emitió su voto ya se hubiese logrado la mayoría demandada por el reglamento interno de funcionamiento. En caso contrario, permitiríamos que el mero orden temporal escudara de responsabilidad penal a una persona cuya contribución ha sido idéntica a la de los primeros votantes<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Ofrecen su apoyo a este criterio, entre otros, KUHLEN, 1996, p. 241; NEUDECKER, 1995, pp. 224 y ss.; ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 26. También, si bien centrándose en el plano de los delitos imprudentes, GRECO, 2018, pp. 53 y ss.

<sup>88</sup> JAKOBS, 1996, pp. 79-87. Comparten este pensamiento MEINI MÉNDEZ, 2004, pp. 298-299; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, pp. 196-198.

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 189.

<sup>90</sup> Si fuese así, los votos restantes serían intentos frustrados de formar parte de la decisión colectiva antijurídica. Cfr. JAKOBS, 1996, p. 86.

<sup>91</sup> Comenta LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 112 que no parece relevante para la asignación de responsabilidad el hecho de que el voto se emita cuando exista ya una mayoría suficiente para el acuerdo penalmente antijurídico, puesto que no deja de ser responsable el que en un consejo de siete vota en quinto lugar cuando sus cuatro primeros compañeros han votado ya afirmativamente. Asimismo, en el ámbito de los delitos societarios, cree MARTINEZ BUJÁN, 2019, p. 480 que “en el caso de que el voto se emita después de que ya haya sido emitido un número de votos que resulta suficiente para adoptar válidamente el acuerdo, hay coincidencia en sostener que, una vez que el acuerdo haya sido efectivamente adoptado, el tratamiento ha de ser, asimismo, el de considerar al sujeto responsable del delito societario de que se trate, puesto que lo decisivo es que ha coadyuvado objetivamente a configurar la voluntad del órgano colegiado y que su manifestación de voluntad forma parte integrante del acuerdo adoptado”. En contra, opina GIMBERNAT ORDEIG, 1999, p. 64 que los votantes adicionales, como mucho, podrían ser considerados cómplices, dado que, a su parecer, no se puede ostentar el dominio del hecho cuando el resultado ya está condicionado. Por su parte, considera ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 27 que en los supuestos de votación sucesiva – no en los casos de votación simultánea –, el resultado no será objetivamente imputable a los miembros del órgano que emitan su voto favorable a sabiendas de que la mayoría necesaria ya se ha alcanzado. A su juicio, su conducta debería calificarse de tentativa acabada, siempre y cuando el acuerdo sea consumativo o el autor del hecho haya finalizado la ejecución.

Trasladadas las consideraciones precedentes a las votaciones simultáneas, no se pasa por alto que, en dicha constelación de casos, la resolución de la problemática advertida es todavía más sencilla. Como los votantes emiten su voto a la vez y, por consiguiente, no es posible diferenciar quien votó antes o después, cada uno de los votos emitidos se proyectaría en idéntica medida en la decisión penalmente relevante que acaba por ejecutarse, no sólo en un sentido de contribución material al hecho (los votos cuentan lo mismo) sino también en relación con el momento temporal de su emisión (los votos son emitidos al unísono). De ahí que no sea problemático concluir que todos los intervinientes deben responder penalmente.

### 3.3. *Acuerdo adoptado pero no materializado*

Los integrantes del órgano colegiado que corresponda tal vez hayan aprobado un acuerdo mediatamente ejecutivo con un contenido trascendente para el Derecho Penal pero éste no haya llegado a materializarse. Situaciones como la descrita plantean un importante reto en sede de *iter criminis* que en el ámbito de los acuerdos inmediatamente ejecutivos tan siquiera se suscita dado que la ejecución o incluso consumación de dicha clase de decisiones ya coincidiría con su adopción, siendo innecesarias, por tanto, posteriores intervenciones de terceros.

A este respecto, debe saberse que la participación en la votación constituye una mera conducta preparatoria<sup>92</sup> que sólo será objeto de una pena si con arreglo al tenor legal del artículo 17.3 CP el tipo penal de la Parte Especial lo prevé expresamente, tal como ocurre en el orden socioeconómico, por ejemplo, con el delito de estafa (artículo 269 CP) o el de blanqueo de capitales (artículo 304 CP). Votar no es aún externalizar la conducta sino sólo su antesala. Consiste en la preparación interna de un comportamiento acordado por varios que luego se externalizará con su ejecución<sup>93</sup>.

A partir de aquí, pueden suceder dos cosas: o bien que el órgano colegiado emita una orden al trabajador a efectos de materializar lo pactado<sup>94</sup> y éste no la cumpla en contra de su designio (por ejemplo, porque se haya percatado de su naturaleza delictiva) o bien que dicho agente inicie su ejecución pero acabe por frustrarse por razones ajenas a su voluntad. Mientras que en el primer caso me parece que cabría apreciar

<sup>92</sup> Así, JAKOBS, 1996, pp. 75-76; MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 297; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 477; MARTINEZ BUJÁN, 2019, p. 480; PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 109; ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 18.

<sup>93</sup> JAKOBS, 1996, pp. 83-84.

<sup>94</sup> En otro orden de cosas, importa destacar lo particularmente compleja que se antoja la cuestión de la definición de la responsabilidad individual del trabajador subordinado que ejecuta la orden emitida por los miembros del órgano colegiado. Tentativamente me inclino a pensar que los votantes a favor del acuerdo delictivo podrían seguir siendo considerados coautores (o cointervinientes de otra clase, dependiendo del caso), pues a nadie más que ellos les compete la decisión adoptada y el control del suceder típico desde una óptica normativa. Mientras, creo que, a lo sumo, el empleado que actúa como mero brazo ejecutor cabría calificarlo como partícipe (o tan siquiera eso). Sea como fuere, la cuestión no está en absoluto zanjada y merece seguir siendo debatida. Por todos, véanse las distintas propuestas de solución contenidas en ESTRADA I CUADRAS, 2021, pp. 18 y ss.

un acto de proposición, solamente punible en un *numerus clausus* de tipos penales<sup>95</sup>, el segundo supuesto encajaría en un acto de tentativa (acabada o inacabada, dependiendo del caso) merecedor de castigo, puesto que la ejecución ya habría dado comienzo en el momento mismo en el que el trabajador empezó a poner en práctica la orden delictiva emitida.

#### 4. Voto nulo

Tampoco puede descartarse que el reglamento de funcionamiento interno del órgano colegiado contemple el cumplimiento de una serie de formalidades en el transcurso de la votación cuya transgresión comporte la imposibilidad de contabilizar el voto emitido, dando pie a su nulidad. Lo fundamental aquí es saber si aquel interviniente que vota a favor del acuerdo colectivo criminal finalmente aprobado pero cuyo voto es declarado nulo debido a la insatisfacción de las formalidades requeridas responde penalmente junto al resto.

Pues bien, sabemos que el votante pretende dar su apoyo al acuerdo colegial pero, al final, su voto no es computado en el recuento. Es decir, en rigor, acaba por no participar ni en la votación – su voto, a fin de cuentas, no es consignado – ni mucho menos en la aprobación de la decisión. Por consiguiente, tampoco resulta razonable tenerlo en cuenta en términos de imputación jurídico-penal. A lo sumo, su intervención podría ser calificada como un fallido intento de votar a favor de una decisión penalmente relevante – acto de votación que, recordemos, solamente constituiría una conducta preparatoria no siempre punible – demasiado alejado de la lesión del bien jurídico como para merecer un castigo.

#### 5. Voto en contra

Votar en contra del contenido de una decisión colegiada representa el signo más claro de oposición. Quien disiente y así lo hace constar en acta expresa su desacuerdo con el parecer de la mayoría. Resulta evidente, entonces, que al votante disidente no se le podrá atribuir responsabilidad penal con base simplemente en su condición de miembro del órgano colectivo<sup>96</sup> o bien en virtud de su intervención en la sesión. Con la emisión de su voto no sólo omite añadirse a la posición dominante proclive a aprobar el acuerdo sino que, más allá de eso, manifiesta debidamente su rechazo, actuando, en definitiva, conforme a Derecho, al intentar frustrar mediante su voto individual la resolución criminal<sup>97</sup>. Pero puede que quien haya votado en contra sea,

<sup>95</sup> PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 109.

<sup>96</sup> Vid. WEIBER, 1996, pp. 173-175.

<sup>97</sup> WEIBER, 1996, pp. 173-175 afirma que quien vota en contra no se presenta como un elemento causal del resultado típico. Opina KNAUER, 2001, pp. 204-205 que el votante opositor no aporta ninguna contribución antijurídica relevante al hecho. DENCKER, 2000, p. 69 sostiene que los votos en contra no son ni necesarios ni

en realidad, el impulsor de la iniciativa criminal y que, a fin de sortear su responsabilidad individual, haya mostrado formalmente su oposición contra el acuerdo, demostrando una falta de coincidencia entre su voluntad real y la exteriorización de la misma. Coincido con Meini en que, cuando eso ocurra, debe rechazarse la exoneración<sup>98</sup>. La formalidad mercantil (emitir en la sesión un voto opositor que luego es registrado en acta) no puede situarse por encima de la materialidad penal (ser el impulsor del acuerdo colegial delictivo).

En otro orden de cosas, hay que reflexionar sobre si, una vez constatado un tal posicionamiento disidente, el votante está obligado a dar pasos adicionales a fin de impedir la materialización del acuerdo bajo el riesgo de responder, en caso contrario, por vía omisiva. Tal interrogante, hasta donde alcanzo, guarda una estrecha conexión con un interesante ámbito de estudio del Derecho penal de empresa como es el de los principios de imputación en las relaciones horizontales<sup>99</sup>. A fin de cuentas, el supuesto de hecho ante el cual nos encontramos es uno en el que el integrante de un organismo colegiado obtiene conocimiento, gracias a su intervención en la sesión, sobre una resolución delictiva en la que están implicados varios de sus compañeros.

Tres son las posibles respuestas a ofrecer a la cuestión planteada: (1) el *partner* posee deberes de vigilancia y control recíprocos que le obligan a procurarse conocimiento acerca de los potenciales comportamientos antijurídicos de sus compañeros a fin de intervenir en consecuencia (principio de desconfianza); (2) el *partner* sólo cuenta con deberes de reacción, a tenor de los cuales, tiene que corregir el comportamiento defectuoso de aquellos terceros ubicados en una posición de igualdad sólo cuando así lo advierta o pueda haberlo advertido (principio de confianza); (3) el *partner* no está obligado a intervenir aun cuando albergue conocimiento seguro sobre un injusto penal ajeno más allá de por razones de solidaridad intersubjetiva (principio de separación de esferas). Decantarse por uno u otro principio de imputación dependerá, desde luego, de un análisis casuístico atento a las peculiaridades de cada organismo colegiado, la esfera de responsabilidad de sus miembros y el asunto allí debatido. Sin embargo, creo que, en líneas generales, hay algo que sí cabe expresar. El sometimiento de un asunto específico a un proceso de votación en el seno de un organismo colegiado nos indica, en buena medida, que su debida gestión se enmarca dentro de una (macro) esfera de organización que es común a todos los integrantes del órgano colegiado, independientemente de la división funcional que se haya convenido en aras de lograr esa meta a todos ellos asignada<sup>100</sup>. Por tanto, parece que existen buenas razones para manifestar que el votante disidente no puede

tampoco útiles para la cobertura del proyecto típico y del hecho conjunto. Expresa GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 483 que cuando el miembro de un consejo vota en contra de una decisión no está desplegando ninguna aptitud lesiva para el bien jurídico protegido, ni siquiera de forma indirecta.

<sup>98</sup> MEINI MÉNDEZ, 2004, pp. 290-292. En este sentido, también, SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 164.

<sup>99</sup> Sobre este tema, vid. SILVA SÁNCHEZ, 2011, *passim*.

<sup>100</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 210.

simplemente desligarse de cómo venga a ser dicha (macro) esfera de organización común administrada, precisamente porque ello también le incumbe, debiendo frustrar, en consecuencia, aquellas conductas advertidas que crea que puedan poner en peligro la buena ejecución de la tarea compartida entre todos los miembros del organismo colegiado<sup>101</sup>. En definitiva, me inclino a pensar que en casos como los aquí abordados podríamos recurrir sin problemas a la versión convencional del principio de confianza<sup>102</sup>: el preexistente deber de reacción del sujeto disidente se activaría tan pronto albergue conocimiento sobre el obrar contrario a Derecho del resto de compañeros proyectado en forma de decisión colegial antijurídica. La acción debida a prestar con miras a dar cumplimiento a una tal posición de deber – insisto: previamente fundamentada – podrá articularse de distintas formas, dependiendo de las circunstancias específicas del caso: intentar convencer a los demás a fin de que modifiquen su decisión, impugnar el acuerdo en virtud de su carácter antijurídico o incluso alertar a un superior jerárquico para que sea éste quien tome cartas en el asunto, si es que eso es acaso posible.

## 6. Voto en blanco, abstención, asistencia para alcanzar el quórum requerido e inasistencia a la reunión

Más allá del binomio voto favorable – voto en contra, los integrantes del órgano colegiado tal vez opten legítimamente por votar en blanco, al preferir no respaldar ni a uno ni a otro bando por no reflejar ninguna de las alternativas su parecer en el objeto de discusión. Igualmente, es posible que el interviniente prefiera manifestar

<sup>101</sup> Cree GIMBERNAT ORDEIG, 1999, pp. 69-70 que el votante disidente tiene que hacer aquello que esté en sus manos para evitar la materialización del acuerdo colectivo. También opina SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 165 que el integrante del órgano de administración es garante en lo que atañe a eventuales *outputs* lesivos que resulten de las decisiones para las que es competente el órgano al que pertenece. Por su parte, razona MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 304 que los administradores de las sociedades ostentan un deber de garante frente a la sociedad y frente a sus accionistas, en virtud del cual, tienen que hacer lo posible para impedir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos propios de la empresa cuya administración les ha sido confiada. Sostiene PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 109 que el interviniente disidente sólo será responsable por omisión si ha asumido el compromiso específico ante el riesgo concreto de impedir que se realice el resultado. Consideran BOLEA BARDON/GÓMEZ MARTÍN, 2020, p. 96 que tiene pleno sentido plantearse si el deber de evitar el resultado lesivo derivado de un acuerdo del Consejo de Administración obligaría no sólo a votar en contra para tratar de evitarlo, sino, incluso, al ejercicio de todas aquellas facultades legales y estatutarias que permitan de un modo u otro la impugnación o denuncia del acuerdo ya adoptado. En relación con el caso del spray para el cuero, enjuicia HASSEMER, 1996, p. 184 como poco claro que cada administrador estuviese obligado a hacer todo lo posible y exigible en aras de impedir la realización de la decisión colegial. Entiende RANSIEK, 1999, p. 647 que no se puede imputar por vía omisiva el resultado típico cuando no resulte claro que el votante opositor hubiese podido influir en la opinión del resto. Se opone WEIBER, 1996, pp. 178-180, 183, en líneas generales, a una responsabilidad comisivo omisiva del votante opositor pero acepta la posibilidad de hacerle responsable por omitir denunciar ante las autoridades la decisión colegial criminal cuando ésta recaiga sobre alguno de los delitos previstos en el § 138 StGB. También, entiende RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 195 que se trata de una hipótesis de omisión pura.

<sup>102</sup> Opina SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 210 que el principio de confianza puede adaptarse bien a la configuración propia de los órganos colegiados. Asimismo ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 27 considera que el principio de confianza es el que rige las relaciones entre los miembros del Consejo de Administración.



su neutralidad pasivamente, esto es, por medio de su abstención en la votación. En ambos supuestos faltaría la plasmación de su conformidad sobre la decisión colectiva criminal con miras a fundamentar en estos responsabilidad penal. Tanto quien vota en blanco como quien se abstiene de votar manifiestan su imparcialidad en el asunto, si bien de formas distintas: el primero expresamente, siendo su voto, a estos efectos, consignado en acta, mientras que el segundo opta por formularlo de forma pasiva. Una interpretación que permitiese entender su apoyo a la decisión colegial antijurídica resultaría altamente inconsistente. Ambos sujetos exhiben, a lo sumo, una postura neutra en el asunto, no resultando factible colegir ni su rechazo ni su respaldo al grupo que vota antijurídicamente<sup>103</sup>.

Un importante interrogante que se plantea en este campo es el de si debe responder por omisión aquel integrante que en una votación no simultánea vota en blanco o se abstiene cuando prevé que adoptando semejante comportamiento permitirá la aprobación de un acuerdo penalmente relevante. Un ejemplo: en el curso de una votación quedan registrados cinco votos en contra y seis votos a favor, no obstante, todavía falta que vote el último interviniente. Si éste se suma al grupo disidente, se logra un empate que frustra el acuerdo. Por el contrario, si vota en blanco o se abstiene, la mayoría antijurídica gana. Esta problemática desaparece en las votaciones simultáneas, dado que todos los integrantes del organismo colegiado votan al mismo tiempo, por lo que, en principio, se desconoce qué votará el resto. En mi opinión, la advertencia del potencial sentido criminal de una específica decisión, a pesar de que todavía no haya sido, en rigor, adoptada, ya bastaría para activar el deber de hacer todo lo posible para impedirla: emitir un voto en contra. No creo que haya que esperar hasta que el acuerdo antijurídico sea aprobado para intervenir si ya cabe prever que eso sucederá en caso de que el sujeto vote en blanco o se abstenga. Distinto sería que aún quedasen miembros por votar y no fuese posible colegir cuál será el rumbo de la votación. Todavía no cabría alertar la futura aprobación de una decisión ilegal, pues podría ocurrir perfectamente que los votantes restantes se posicionen en contra del acuerdo, logrando, con ello, su bloqueo.

Otro asunto no menos trascendente es el de si debe recabar algún significado para el Derecho Penal que un componente del órgano colegiado facilite con su presencia la formación del quórum requerido a fin de constituir la sesión en la que se aprueba la decisión colectiva criminal contra la que él mismo se opone<sup>104</sup>. Son los

<sup>103</sup> En este sentido, en relación con la abstención de voto, WEIBER, 1996, p. 211. Defiende que quien se abstiene de votar no ha responder penalmente DENCKER, 2000, pp. 69-70.

<sup>104</sup> Considérese, a modo de ejemplo, el artículo 247 LSC que establece que en la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales. Mientras, en la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales.

denominados casos de colaboración disidente<sup>105</sup>. Desde mi punto de vista, acudir a la reunión representa el ejercicio de un derecho conferido a todos los miembros del órgano colegiado o bien incluso, en supuestos muy particulares, el cumplimiento de un deber jurídico-mercantil<sup>106</sup>. Su mera asistencia no tendría por qué reflejar su conformidad con la decisión mayoritaria – ello queda evidenciado ulteriormente con la emisión del voto en contra – sino solo la aceptación del proceso de formación de la opinión colegial<sup>107</sup>. Aparte, tal vez ocurra que, en el momento en el que se acuda a la reunión, se desconozca la intención de voto del resto y, por ende, se ignore si el acuerdo acabará por ser o no adoptado, circunstancia ésta que sólo podrá conocerse con carácter *ex post*, esto es, una vez recontados los votos. Eso sí, entiendo que si las circunstancias específicas del caso permiten al miembro del órgano colegiado advertir de antemano que la mayoría votará a favor del acuerdo delictivo, ello activará su deber de reacción radicado dentro de su respectiva esfera de responsabilidad (decaería, en otras palabras, el principio de confianza), cosa que le obligará a hacer lo que esté en su mano para evitar su aprobación: precisamente, no permitir con su presencia la constitución del quórum necesario so pena de incurrir en responsabilidad personal<sup>108</sup>.

En último término, debemos reflexionar igualmente acerca de la responsabilidad penal que afrontarían aquellos otros integrantes del órgano colegiado que tan siquiera están presentes el día de la sesión en la que se aprueba la decisión delictiva. En principio, ninguna<sup>109</sup>. La asistencia a una reunión, por lo general, no constituye un deber jurídico cuya infracción pueda desencadenar algún tipo de responsabilidad penal individual. Más bien, suele ser un derecho que puede ser o no ejercido por sus titulares. No obstante, existirían un par de importantes excepciones a lo expresado:

Primero, cuando con arreglo a las reglas internas de funcionamiento del órgano colegiado se permita votar al incompareciente con posterioridad a la sesión (por ejemplo, porque su ausencia tuvo lugar por razones justificadas) y éste se adhiera al acuerdo colegial criminal, viéndose reflejado su voto a la hora de la ejecución delictiva<sup>110</sup>. En relación con este punto, no ha de caerse en el error de valorar tal intervención penal correlativa en clave de coautoría sucesiva<sup>111</sup> (u otra forma de coinervención sucesiva). La fase de ejecución todavía no habría dado comienzo, toda vez que

<sup>105</sup> JAKOBS, 1996, pp. 89-90.

<sup>106</sup> Menciona ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 12, nota a pie de página nº 57 el caso de los miembros del consejo de administración de una sociedad anónima cotizada quienes, con arreglo al artículo 529 quater LSC, deben acudir a las reuniones convocadas.

<sup>107</sup> JAKOBS, 1996, p. 90; MEINI MÉNDEZ, 2004, pp. 300-301. En una línea de opinión cercana, ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 12 califica esta conducta como un caso de conducta estereotipada e inocua empleada por un tercero con fines delictivos.

<sup>108</sup> De esta opinión, ESTRADA I CUADRAS, 2021, pp. 14-15.

<sup>109</sup> En este sentido, GARCÍA CAVERO, 2012, p. 73.

<sup>110</sup> Al respecto, vid. WEIBER, 1996, pp. 193 y ss.

<sup>111</sup> En más profundidad, sobre la figura de la coautoría sucesiva y sus particulares problemáticas, vid. SCHAAL, 2001, pp. 180-182; PUPPE, 2007, pp. 234 y ss.

la votación habría quedado en suspenso hasta que el votante ausente emite su voto. Será entonces cuando se produzca el recuento de votos y se articule la voluntad del órgano colegiado en clave de una decisión colectiva que o bien ya será sinónimo de ejecución delictiva o bien acabará por ser finalmente ejecutada a partir de la intervención de un empleado subordinado al que se le emita una orden en un tal sentido.

Segundo, en las situaciones de ausencia intencionada. Concretamente en aquellas coyunturas en las que el integrante del órgano colegiado no acuda a la reunión a fin de eludir el conocimiento del contenido penalmente relevante de la decisión finalmente aprobada para evitar tener que lidiar así con el impedimento de la realización típica conjunta cuando ello proceda. En estos casos, seguramente cabría reflexionar acerca de la presencia de una estructura de ignorancia deliberada.

Sentadas estas premisas, conviene realizar una serie de importantes precisiones antes de cerrar este apartado. Primero, todas y cada una de las consideraciones realizadas sobre la ausencia de responsabilidad penal del sujeto que vota en blanco, se abstiene, asiste a la reunión o se desentiende por completo de la misma seguirían vigentes siempre y cuando éste no haya sido la mente maestra del plan criminal o incluso cuando hubiese convenido con carácter previo intervenir de ese modo para favorecer su éxito. Si fuese ese el caso, no resultaría admisible que su falso posicionamiento le permitiese disfrutar de la impunidad: como bien sabemos, la formalidad del Derecho Mercantil no puede constituir una excusa válida para sortear la materialidad que debe presidir el Derecho Penal. Y segundo, en cada una de las distintas alternativas examinadas seguiría estando presente en la respectiva esfera de responsabilidad un deber de reacción que obligaría a hacer lo posible para evitar la materialización del acuerdo colectivo del mismo modo que si se hubiese votado en contra del acuerdo.

## 7. Voto secreto

Que el voto sea nominal o secreto importa más bien poco de cara a calificar penalmente la conducta del votante. La votación secreta únicamente pone escollos en sede probatoria<sup>112</sup>. Si existe unanimidad de votos favorables es indiscutible que todos los votantes responderán penalmente<sup>113</sup>. Los problemas llegarán cuando, siendo suficiente una determinada mayoría para aprobar el acuerdo, no se alcance ese consenso y quepa localizar uno o varios votos contrarios a la opinión dominante. Por aplicación del principio *in dubio pro reo*, a ninguno de los votantes se le podrá atribuir responsabilidad penal<sup>114</sup>, salvo que consiga acreditarse por otros medios quién

<sup>112</sup> WEIBER, 1996, p. 186; MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 299; GARCÍA CAVERO, 2012, p. 75; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 112.

<sup>113</sup> WEIBER, 1996, p. 185; MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 299; GARCÍA CAVERO, 2012, p. 75; MARTINEZ BUJÁN, 2019, p. 481.

<sup>114</sup> WEIBER, 1996, pp. 184-185; MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 299; MARTINEZ BUJÁN, 2019, p. 481; ESTRADA I CUADRAS, 2021, p. 16.

votó a favor y quién en contra, cosa que, a la hora de la verdad, resultará harto complicado<sup>115</sup>. Se advierte, entonces, un preocupante riesgo de irresponsabilidad organizada: los integrantes del organismo colegiado podrían acordar de antemano que tan solo uno de ellos vote en contra y el resto a favor, impidiéndose conocer así quien votó en uno u otro sentido. Para compensar esta desafortunada situación la academia ha propuesto principalmente un par de soluciones:

(1) Prohibir legalmente las votaciones secretas<sup>116</sup>: esta propuesta de *lege ferenda* evidentemente corta de raíz el problema al imponerse por vía legal una obligación de identificación, sea cual sea el acuerdo que pretenda adoptarse y el organismo colegiado a considerar, pero elimina la ventaja de que el votante, en función del contenido del asunto sometido a votación, omita revelar su postura en la materia.

(2) Exigir al votante disidente dejar constancia de su oposición en el acta correspondiente<sup>117</sup>: pese a que tal requerimiento conlleve renunciar, en rigor, al anonimato que caracteriza a la votación secreta, se trata de una vía *prima facie* idónea de cara a consignar expresamente la discrepancia del votante frente a la opinión mayoritaria. Coincido con Meini en que, además de dicha oposición, habría que exigir adicionalmente, a fin de excluir su responsabilidad penal, que quien haya votado en contra haga lo posible para impedir la ejecución del acuerdo<sup>118</sup>, tal como se tuvo ocasión de justificar en otro apartado.

## 8. Voto de calidad

Frente a un hipotético empate de votos en una concreta decisión colectiva no es del todo descabellado imaginar que al presidente del organismo colegiado se le conceda un voto de calidad a fin de desobstruir el bloqueo acontecido. Por ejemplo, si un órgano colegiado está constituido por diez miembros y, para una reunión puntual, solo acuden ocho y la mitad de estos votan a favor del acuerdo y la otra mitad en contra, el presidente bien podría tener en su manos la posibilidad de definir el rumbo de la decisión, añadiéndose a uno u otro posicionamiento.

En caso de que el presidente del organismo colegiado opte por actuar conforme a Derecho y mediante su voto frustre la adopción del acuerdo delictivo, parece

<sup>115</sup> Acerca de la suficiencia probatoria en relación con la asistencia y votación favorable de acuerdos delictivos en organismos colegiados, vale la pena mentar el voto particular emitido por el magistrado PI-SUNYER en la sentencia ECLI: ES: TC: 1999: 136 emitida en el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. El magistrado disidente critica a la Sala II del Tribunal Supremo la transgresión del consagrado principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) por haber inferido indebidamente, esto es, sin contar con suficiente prueba de cargo, que los 23 miembros de la Mesa Nacional del partido de izquierda abertzale Herri Batasuna asistieron a la reunión del 5 de febrero de 1996 y votaron a favor de la decisión de difundir el video de la banda terrorista ETA en su propaganda electoral televisiva.

<sup>116</sup> WEIBER, 1996, p. 186; GARCÍA CAVERO, 2012, p. 75. Se opone frontalmente a esta solución ESTRADA I CUADRAS, 2021, pp. 16-17.

<sup>117</sup> GARCÍA CAVERO, 2012, p. 75.

<sup>118</sup> MEINI MÉNDEZ, 2004, p. 300.

incuestionable que no emanará ningún tipo de responsabilidad personal ni en él ni en cualquier de los otros votantes disidentes. Pero hay que reflexionar si en tal caso aquellos que votaron a favor afrontarían algún tipo de consecuencia jurídico-penal. Esto equivale a volver a preguntarse en qué estadio del *iter criminis* hay que ubicar la mera emisión de un voto favorable a la aprobación de una decisión colegial de corte criminal. Sobre este extremo ya llegamos a una conclusión: el simple hecho de votar en apoyo de una decisión penalmente relevante no es todavía ejecución delictiva sino sólo un acto preparatorio que resultará punible únicamente cuando el tipo de la Parte Especial así lo prevea.

Por el contrario, si el presidente vota a favor, será él quien habrá abierto la puerta a la resolución criminal al haber permitido su aprobación mediante la emisión de su voto. Estará plenamente justificado, entonces, hacerle responder junto al resto de votantes conforme a los parámetros ya delineados. Al fin y al cabo, su voto cuenta como uno más y así aparecerá reflejado en el momento de la ejecución delictiva. Incluso, desde una óptica estrictamente causal, parece sencillo alcanzar dicha conclusión: mediante la clásica fórmula de la *conditio sine qua non* es dable extraer que la eliminación mental e hipotética de su voto de calidad imposibilitaría la adopción del acuerdo antijurídico, de modo que queda fuera de toda duda de que éste contaría como causa del resultado lesivo producido.

## 9. Recapitulación final

Diversas son las formas en las que pueden intervenir los integrantes de un organismo colegiado ante una decisión colectiva de corte antijurídico sometida a discusión y posterior votación, cada cual merecedora de una valoración jurídico-penal independiente:

(a) Quienes votan a favor de un acuerdo antijurídico finalmente consumado pueden ser considerados coautores (activos u omisivos, dolosos o imprudentes) o, dependiendo del sentido de la decisión colegial adoptada o del tipo penal que deba ser considerado, cointervinientes de otra clase (copartícipes, coautores mediatos, etc.). A estos efectos, no constituiría una excusa válida para descartar la responsabilidad individual de los últimos votantes que el resultado de la votación haya estado sobrecondicionado: a fin de cuentas, todos y cada uno de los votos favorables aparecen reflejados al momento de la ejecución. Podría ocurrir, por otro lado, que el acuerdo aprobado sea mediatamente ejecutivo y que, a pesar de haberse adoptado, no haya acaba siendo materializado, bien porque el órgano colegiado emita para ello una orden, por ejemplo, a un trabajador y éste no la cumpla, bien porque tal sujeto inicie su ejecución pero ésta acabe por frustrarse por razones ajenas a su voluntad. Mientras que en el primer caso pienso que cabría apreciar solamente responsabilidad penal a

título de proposición solamente punible en un *numerus clausus* de delitos, en el segundo supuesto hablaríamos propiamente de una tentativa.

(b) El miembro del organismo colegiado al que se le declara nulo el voto emitido, no siendo éste, en consecuencia, computado en el recuento final, ni participa propiamente en la votación ni mucho menos en la aprobación de la decisión. Se trataría de un fallido intento de votar a favor de una decisión penalmente relevante demasiado alejado de la lesión del bien jurídico como para merecer un castigo por el Derecho Penal.

(c) Votar en contra de la decisión antijurídica adoptada representa un signo expreso e inequívoco de oposición, razón por la cual, no estaría justificado imponer un castigo al miembro disidente precisamente por haber actuado conforme a Derecho. Pese a todo, este agente sí incurriría en responsabilidad penal por omisión si omite intentar frustrar la realización típica conjunta de sus compañeros al tratarse de una situación típica que activaría su deber de reacción previamente fundamentado.

(d) Tanto quien vota en blanco como quien se abstiene exhiben un posicionamiento neutro acerca del asunto sometido a votación, no resultando factible colegir ni su rechazo ni su respaldo al grupo que vota antijurídicamente. Esto último, desde luego, no les exime de intervenir de cara a impedir la materialización del acuerdo antijurídico, justo como acontece con los votantes disidentes.

(e) En términos generales, que un integrante del organismo colegiado facilite con su presencia la formación del quórum requerido a fin de constituir la sesión en la que se aprueba la decisión colectiva criminal carece de relevancia jurídico-penal. Acudir a la reunión solamente constituye el ejercicio de un derecho conferido a todos los miembros del órgano colegiado o, en casos puntuales, la satisfacción de un deber jurídico-mercantil. De lo anterior no cabe predicar un respaldo a la decisión antijurídica aprobada. Ahora bien, si las circunstancias específicas del caso permiten al miembro del órgano colegiado advertir de antemano que la mayoría votará a favor del acuerdo delictivo, ello activará su deber de reacción, cosa que le obligará a evitar su aprobación no permitiendo con su presencia la constitución del quórum necesario. Por su parte, dejar de comparecer a la reunión no conduciría a responsabilidad penal de ningún tipo, salvo cuando el incompareciente vote con posterioridad a la sesión a favor del acuerdo o bien cuando deliberadamente omite asistir a la sesión con tal de alegar desconocer el contenido típicamente relevante de la decisión aprobada que, con arreglo a su posición de deber, tenía que frustrar.

(f) La votación secreta únicamente plantea problemas desde una óptica estrictamente probatoria, no dogmática, dados los importantes escollos que conlleva demostrar quien votó a favor de la decisión antijurídica aprobada. Para corregir esto la doctrina ha propuesto o bien prohibir las votaciones secretas o bien exigir al votante disidente dejar constancia de su oposición en el acta correspondiente.

(g) El voto de calidad emitido por el presidente del organismo colegiado a fin de

resolver un empate de votos tampoco suscita demasiados interrogantes para el Derecho Penal. Si con su voto de calidad frustra la decisión colectiva, personalmente no tendría que soportar responsabilidad penal alguna, mientras que, en caso de optar por votar a favor, su voto contaría como uno más, debiendo responder, junto al resto, a título de coautor u otra clase de cointerviniente.

## Bibliografía

- BOLEA BARDON, C. (2004), *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona.
- BOLEA BARDON, C.; GÓMEZ MARTÍN V. (2020), “Comisión por omisión. Deberes de garante en la empresa”, en Corcoy Bidasolo; Gómez Martín (dirs.): *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, 2ª edición, Barcelona, pp. 89-99.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (1998), *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona.
- CORCOY BIDASOLO, M. (2016), “Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador”, en Bacigalupo Saggese; Feijóo Sánchez; Echano Basaldua (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, pp. 71-90.
- DENCKER F. (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Berlin.
- DENCKER F. (2000), “Mittäterschaft im Gremien”, en Amelung (dir.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, pp. 63-70.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2008), “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 10, pp. 13-61.
- EISELE, J. (2016), “§ 25”, en Baumann; Weber; Mitsch; Eisele (dirs.): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12ª edición, Bielefeld, pp. 737-796.
- ENGISCH, K. (1931), *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbeständen*, Tübingen.
- ESTRADA I CUADRAS, A. (2021), “Intervención delictiva a través de las decisiones de órganos colegiados de la empresa. Responsabilidad penal por comisión activa”, *La Ley Compliance Penal*, n. 4, pp. 1-47.
- FEIJÓO, B. (2007), *Derecho Penal de la empresa e imputación*, Madrid.
- GARCÍA CAVERO, P. (2008), “Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 10, pp. 199-218.
- GARCÍA CAVERO, P. (2012), “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa”, *Derecho & Sociedad*, n. 39, pp. 70-76.
- GARCÍA DEL BLANCO, M. V. (2006), *La coautoría en Derecho Penal*, Valencia.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999), “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tom. 52, n. 1-3, pp. 51-72.
- GRECO, L. (2018), *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo.

- GROPP, W. (2009), “Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander - Überlegungen zur so genannten fahrlässigen Mittäterschaft”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 156, n. 5, pp. 265-279.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2001). *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia.
- HAAS, V. (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Berlin.
- HÄRING, D. (2018), “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht”, *Sui Generis*, pp. 1-19.
- HASSEMER, W. (1995), “La responsabilidad por el producto en el Derecho penal alemán”, en Hassemer; Luzón Peña: *La responsabilidad penal por el producto en Derecho Penal*, Valencia, pp. 121-186.
- HOFFMAN-HOLLAND, K. (2006), “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 118, n. 3, pp. 620-638.
- JAKOBS, G. (1995), “Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen”, en Kühne (coord.): *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, pp. 419-436.
- JAKOBS, G. (1996), “La responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos”, en Mir Puig; Luzón Peña (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, pp. 75-98.
- KNAUER, C. (2001), *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München.
- KUHLEN, L. (1996), “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, en Mir Puig; Luzón Peña (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, pp. 231-245.
- KUHLEN, L. (2015), “Strafrechtliche Produkthaftung”, en Achenbach; Ransiek; Rönnau (dirs.): *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2018), “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, en De la Mata Barranco; Dopico Gómez-Aller; Lascuraín Sánchez; Nieto Martín: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, pp. 87-128.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1989), “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 42, Fasc. 3, pp. 889-914.
- LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1998-1999), “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica del hecho como criterios de autoría”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 8, pp. 53-88.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2014), “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 2, pp. 225-276.
- MARTÍNEZ BUJÁN, C. (2019), *Derecho Penal económico y de la empresa: parte especial*, 6ª edición, Valencia.
- MEINI MÉNDEZ, I. (2004), “La intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, n. 57, pp. 287-315.
- MIR PUIG, S. (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona.
- MOSENHEUER, A. (2009), *Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei den Unterlassungsdelikten*, Berlin.
- NEUDECKER, G. (1995), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt, 1995.



- OTTO, H. (1992), “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”, en Seebode (coord.): *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin, pp. 271-288.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2002), “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista Penal*, n. 9, pp. 106-121.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I.; COX VIAL, F. (2013), “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en Silva Sánchez; Miró Llinares (dirs.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, pp. 183-213.
- PUPPE, I. (2007), “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 6, pp. 234-246.
- PUPPE, I. (2017), “Vor § 13 StGB”, en Kindhäuser; Neumann; Paeffgen (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1*, 5ª edición, Baden-Baden, pp. 513-650.
- RANSIEK, A. (1999), “Strafrecht im Unternehmen und Konzern”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Vol. 5, n. 28, pp. 613-658.
- RENZIKOWSKI, J. (2007), “Die fahrlässige Mittäterschaft”, en Dannecker (coord.): *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, pp. 423-439.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1998-1999), “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n. 8, pp. 187-212.
- ROSO CAÑADILLAS, R. (2002), *Autoría y participación imprudente*, Granada.
- ROTSCH, T. (2018), “Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen. Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 1, pp. 1-13.
- ROXIN, C. (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München.
- ROXIN, C. (2019), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª edición, Berlin.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. (2004), *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada.
- SCHAAL, A. (2001), *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Berlin.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1989), “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 38, pp. 367-404.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1999), “Artículo 11”, en Cobo del Rosal: *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Valencia, pp. 441-488.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2010), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª edición, Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2011), “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]”, *InDret*, n. 2, pp. 1-5.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2016), *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª edición, Madrid.
- WEEZEL, V. (2007), “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, en Montallegre (coord.): *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y*

*Claus Roxin y sobre las estructuras modernas de imputación. Tomo II*, Bogotá, pp. 51-72.

WEIßER, B. (1996), *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin.

WEIßER, B. (1998), “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristen Zeitung*, Vol. 5, pp. 230-239.