

PERFIL PENAL DE LA PARTICIPACIÓN EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN EL SENO DE UN ÓRGANO COLEGIADO.

Iván Fabio Meini Méndez*

Sumario: I. Introducción. II. Cuestión previa: responsabilidad mercantil vs. responsabilidad penal. III. El delito colegial. IV. ¿Cuándo se responde por participar en la toma de decisiones de un órgano colectivo?. a) Supuestos de votación nominal no secreta, a.1) Supuestos de votación nominal simultánea no secreta. a.2) Supuestos de votación nominal no simultánea no secreta. b) Supuestos de votación nominal secreta. c) Supuestos en que se vota en contra, en blanco, se abstiene o no concurre a la votación. d) Supuestos de colaboración disidente. e) Supuestos en que se vota a favor del acuerdo ilícito pero éste no se llega a aprobar. f) Supuestos en que no se solicita la anulación de un acuerdo. V. ¿Cómo se responde una vez adoptado el acuerdo?. a) La participación en la adopción de un acuerdo ilícito: ¿es un acto preparatorio o inicio de ejecución?. b) Autoría y participación en los supuestos de adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado. VI. ¿Cómo se determina la responsabilidad individual por la participación en la adopción del acuerdo?.

I. Introducción

La formación y manifestación de la voluntad de los entes colectivos corresponde a sus órganos de administración, cuyos miembros, materialmente, son los que adoptan las decisiones y acuerdos en virtud a los cuales la persona moral puede cumplir con su objeto social.

Sin bien la junta general se constituye en el órgano de carácter colegiado "soberano" dentro de la organización de la sociedad (1), lo cierto es que "la real evolución de las grandes sociedades anónimas ha consagrado de facto un fortalecimiento del poder personal de los administradores en detrimento del poder y del control de la Junta General (manager's revolution)" (2). Las causas de esta coyuntura se pueden resumir, siguiendo a Broseta Pont, en que (i) a los administradores les corresponde la dirección de la explotación de la empresa; (ii) ostentan, a diferencia del común de los accionistas, los conocimientos técnicos necesarios para la gestión de la sociedad; y, (iii) al grueso de los accionistas les interesa más el reparto de dividendos que la marcha, gestión y control de la sociedad (3).

Dentro de este contexto, no es de extrañar que la administración de las sociedades mercantiles esté concentrada en pocas manos y, a su vez, organizada en órganos colectivos (4) v.gr. directorio, consejo de administración, lo que genera que los acuerdos que adopta y las decisiones que toma una reducida minoría, así organizada, determinen el curso y posterior éxito o fracaso de la gestión empresarial.

Lógicamente, cuando los acuerdos y decisiones de los órganos colegiados son adoptados cumpliendo los requisitos de fondo y forma que prescribe la legislación mercantil y/o societaria en general, y los estatutos en particular, no se presenta problema alguno; sin embargo, cuando se trata de acuerdos contrarios a derecho el diagnóstico varía. La propia Ley General de Sociedades (LGS) regula al detalle en sus artículos 177 a 184 la responsabilidad civil de los directores. Concretamente, y para lo que nos interesa -aprobación de acuerdos en el seno de órganos colectivos- el art. 177 LGS menciona que "Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los actos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. (...) Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciare por escrito a la junta general", y el art. 170 LGS in fine establece que "el director que quiera salvar su responsabilidad

por algún acto o acuerdo del directorio debe pedir que se consigne en el acta su oposición. Si ella no se consigna en el acta, solicitará que se adicione al acta, según lo antes indicado. El plazo para pedir que se consigne las observaciones o que se incluya la oposición vence a los veinte días útiles de realizada la sesión". Así las cosas, no existirán mayores obstáculos en tanto se pretenda imputar responsabilidad civil por la participación en la adopción de un acuerdo en el seno de un órgano colectivo, habida cuenta de la normativa existente y la uniforme interpretación que recibe (5).

Ahora bien, trasladar al campo del Derecho penal y discutir en dicha sede la cuestión anteriormente planteada acerca de la responsabilidad en que incurren los miembros de un órgano colegiado que aprueban un acuerdo antijurídico -un supuesto de imputación plurisubjetiva (6)-, importa tomar postura sobre una serie de aspectos que conviene estructurar con arreglo a la metodología propuesta por Suárez González: ¿cuándo se responde por participar en la toma de decisiones de un órgano colegiado?; ¿cómo se responde una vez adoptado el acuerdo?; y, ¿cómo se determina la responsabilidad individual por la participación en la adopción del acuerdo? (7). En otras palabras, en el presente trabajo se intentará responder a ¿cuándo resulta penalmente relevante la participación, activa u omisiva, en la adopción de un acuerdo social?, ¿a título de qué se responde? y, ¿cuál es el fundamento de dicha responsabilidad?.

II. Cuestión previa: responsabilidad societaria vs. responsabilidad penal

La LGS no sólo establece las causales de responsabilidad civil para los directores de las sociedades, sino que también les impone una pauta de comportamiento como tales, sino también las medidas (8) que se les pueden imponer a la luz de dicha normativa. De manera gráfica, al anteriormente transcrito art. 177 LGS cabe añadirle, por un lado, el art. 171 LGS que señala "Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal (...)" y, por otro lado, el art. 180 LGS: "Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. (...) El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto. El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director (...)".

De plano cabe sostener que no se podrá imputar responsabilidad penal por actos que no constituyan, siquiera, infracciones mercantiles y/o societarias; y la ratio de esta afirmación radica en la concepción de un Derecho penal fragmentario y subsidiario. En otras palabras, se debe descartar la tipicidad de determinadas conductas que, con arreglo a la normativa mercantil, no generan responsabilidad civil. A manera de ejemplo, un director salvará su responsabilidad en términos mercantiles por los actos o acuerdos adoptados por el directorio al que pertenece si hace constar en actas su oposición (art. 170 LGS). No obstante, y si bien aquellas conductas que son irrelevantes para el Derecho privado correrán la misma suerte respecto al Derecho penal, hay que reconocer por lo pronto una excepción, cual es la referida a los supuestos en que lo determinante a valorar sea "el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto" (9) (10) (con detalle, infra V.d.). De ahí se sigue que se pueden identificar dos caras de la misma moneda: por un lado, la mera formalidad de registrar la oposición no exonera per se de responsabilidad penal y, por otro lado, la no participación en la adopción del acuerdo por parte de un miembro del órgano colegiado no le excluye per se de aquélla (11).

Así pues, la distinción entre autores y partícipes, y entre las diversas modalidades de partícipes, se convierte en un privilegio exigible únicamente al Derecho penal (12), lo que genera no sólo que las medidas que se impongan con arreglo a la LGS no tomen en consideración criterios para diferenciar al autor de los partícipes, sino que incluso permite que se abarque un círculo personal más amplio que el integrado por los autores y los partícipes (13). Acorde con ello, la mera pertenencia al órgano colegiado en cuyo seno se adopta el acuerdo ilícito será, salvo que se salve la responsabilidad haciendo constar en actas la respectiva oposición, suficiente para sustentar una responsabilidad civil, mientras que en materia penal ha de imponerse una demanda de carácter normativo en cuya virtud

se tenga que determinar las esferas de competencias de cada quien al interior del órgano colegiado, y la posterior responsabilidad por las decisiones adoptadas o no evitadas (14).

III. El delito colegial

La preocupación por responsabilizar penalmente a los miembros de los órganos colegiados con motivo de su participación en la adopción de acuerdos ilícitos, dio lugar, en la doctrina jurídico-penal italiana, a la concepción del reato collegiale (delito colegial).

Los antecedentes de esta categoría jurídica se remontan al artículo 149 del Código de Comercio italiano de 1882, que establecía que "la responsabilidad por los actos y las omisiones en las sociedades que tengan varios administradores, no se extenderá al administrador exento de culpa que haya hecho constar sin demora su disenso en el libro de actas de las sesiones y que lo haya comunicado por escrito a los auditores de cuentas". El contenido de este precepto (15) resulta similar al actual art. 2392 del Código Civil Italiano aplicable a los administradores y al art. 2407, concordado con el art. 2424 del mismo cuerpo normativo, aplicable a los auditores, en tanto que prescriben que el miembro del órgano colegiado de una sociedad que quiera salvar su responsabilidad tiene que anotar su disenso en el libro de actas (16). Al amparo del mismo, Bonelli concluyó que se era responsable, también penalmente, de las decisiones adoptadas en un órgano colegiado a menos que se haya actuado conforme al art. 149 del mencionado Código de Comercio Italiano, esto es, haciendo constar sin demora el disenso en el libro de actas de las sesiones y que se haya comunicado por escrito a los auditores de cuentas. Por su parte, Noto Sardegna, a propósito de la bancarrota, sostuvo que en materia penal se deben aplicar los mismos principios que inspiran la responsabilidad civil de los administradores, en otras palabras, propuso correr traslado de los criterios de responsabilidad colectiva y solidaria que operan en sede mercantil al Derecho penal.

Pese a todo, se atribuye a Rende la concreción del delito colegial (17). Este autor se refirió al reato collegiale como aquel que es realizado no por personas que se unen para cometer el delito, sino por personas que, estando ya constituidas por la ley en órganos colegiados de una persona jurídica, pública o privada, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones y, como tales, responden como coautores. Acorde con ello, quedaban al margen de esta categoría los actos ajenos a las funciones del órgano colegiado sin importar que se hayan cometido por sus miembros con ocasión de hallarse reunidos y los actos que no exigían las funciones del órgano del modo previsto por la ley (18), por lo que fue calificado en la doctrina italiana como un delito plurisubjetivo o de concurso necesario (19). Esta categoría doctrinal importaba, para su atribución, la presencia del número mínimo de sujetos para adoptar válidamente el acuerdo en el órgano colegiado que se tratara (20) (quórum), lo que unido a lo anterior nos da una idea de la similitud que guardaba, en orden a sus presupuestos, con la responsabilidad mercantil de la cual emana.

Las críticas que en su momento se formularon contra el delito colegial llevaron a que sea rechazado mayoritariamente (21). En primer lugar, salta a la vista que si bien se trata de una construcción válida para el derecho privado, ésta no se puede ser traspasada al Derecho penal habida cuenta de la vigencia y exigencia del principio de responsabilidad penal individual (22). En segundo lugar, desde un punto de vista político-criminal, se entiende que no existe razón alguna para mantenerlo como delito autónomo -la más clara exteriorización de este postulado es, como sostiene Terradillos, su ausencia en el derecho comparado (23)-, ya que la actuación colegiada no desempeña un papel constitutivo en las conductas que pretende regular. Más bien, se trata de una conducta eventual y accesoria frente a la cual no hay necesidad de realizar una tipificación expresa, por lo que la solución que se impone es acudir a las reglas de participación (24) en tanto no todos los miembros del órgano van a responder, y aunque así fuera, no todos tienen que responder de la misma manera: unos pueden responder como autores otros como partícipes (25). Además, como sostienen Antolisei (26), Conti (27) y Suárez González (28) en la construcción del delito colegial se parte erróneamente de que se aplica a supuestos de "órganos colegiados", sin tener en cuenta que los comportamientos sobre los que se proyecta pueden ser realizados por una sola persona v.gr., sociedad unipersonal, situación que, por lo demás, no resulta poco frecuente.

En tercer lugar, desde un punto de vista dogmático-sistemático, tampoco tiene sentido hablar del delito colegial en la medida en que no es tan importante el nomen iuris que se utilice, sino que lo importante es la utilidad que pueda tener para la construcción y clasificación de diversas instituciones jurídico-penales; algo que no ocurre con el delito colegial (29).

Ahora bien, más allá de las críticas que la doctrina elaboró y postuló, lo que importa -y a lo que apuntaba en esencia el delito colegial- es formular opciones para solventar los casos del miembro disidente por ausencia (30), en la medida en que su voluntad no ha contribuido a formar la mayoría o unanimidad de los participantes. Ello, no obstante, lo abordaremos posteriormente, dado que se trata de un supuesto de responsabilidad por la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado y, como tal, será estudiado junto con los demás supuestos prácticos relevantes.

Por último, conviene tener presente otra cuestión relacionada con la formulación original del delito colegial, cual es la dificultad probatoria en los delitos cometidos mediante un consejo de administración (31). Sin embargo, entendemos que si bien en determinados supuestos la identificación de las personas naturales responsables de un hecho antijurídico perpetrado en el seno de una empresa es tarea difícil (32), la solución no consiste en hacer a todos responsables por igual recurriendo al delito colegial o a una construcción dogmática similar (¡la cura termina siendo peor que la enfermedad!), o reivindicando la responsabilidad penal de las propias empresas, sino en, sin perjuicio de ésta última, reforzar los medios de investigación del Ministerio Público y especializar a sus miembros, así como en establecer mecanismos de colaboración entre las diversas instancias de control (33).

IV. Cuándo se responde por participar en la toma de decisiones de un órgano colectivo?

En los casos que se analizarán a continuación confluyen dos aspectos importantes; en primer lugar, el hecho que los que votan -tanto a favor como en contra del acuerdo finalmente adoptado- participan en la formación de la voluntad de la sociedad; y, en segundo lugar, el hecho que normalmente los miembros del órgano colegiado en cuyo seno se adopta el acuerdo ejercen cierta influencia sobre los llamados a ejecutarlo que se deriva de la estructura jerárquica a la que se pertenece (34).

Además, como quiera que los que adoptan el acuerdo no hacen más que eso, la ratio de la punición de dicha conducta radicará en encontrar en ella misma razones para que se le impute, a quien participa en la votación, la exteriorización del acuerdo que lleva a cabo el ejecutor como hecho suyo, o como hecho también suyo (35). En tanto esta participación causal en la ejecución (votar a favor, en contra, en blanco, abstenerse de votar o no concurrir a la votación) es lo que debe resultar suficiente para fundamentar la responsabilidad penal, se tiene que constatar en ella una creación o incremento del riesgo a límites no permitidos o debe haber ayudado a que otro lo incremente, por lo que se trata, en definitiva, de imputar normativamente responsabilidad penal (36).

Así las cosas, llevan razón Pérez Cepeda (37) y Martínez Bujan (38) cuando sostienen que la aplicación de las reglas de autoría y participación a los delitos cometidos en el seno de un órgano colegiado importa un análisis que debe ser abordado desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva del resultado, en virtud de la cual habrá que corroborar que la creación o elevación del riesgo se ha realizado en el resultado que exige el tipo de lo injusto (39).

a) Supuestos de votación nominal no secreta

a. 1) Supuestos de votación nominal simultánea y no secreta

Partiendo del supuesto de que se haya aprobado un acuerdo ilícito se debe diferenciar, a efectos de imputar responsabilidad penal, al que vota a favor del acuerdo de aquel que vota en contra.

En tanto se trata de una votación no secreta y, por ende, se puede identificar el contenido del voto de cada uno de los intervinientes, todos los que participan en la votación participan en la formación de la voluntad del órgano colectivo y, en definitiva, de la sociedad; pero a diferencia de los que votan en

contra del acuerdo, sólo aquellos que votan a favor participan, además, en la formación de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo. Acorde con ello, el juicio de imputación objetiva del resultado por la ejecución del acuerdo arrojará resultados positivos para los que hubieran votado a favor del mismo; mientras que a los que votaron en contra del acuerdo ilícito no se les podrá imputar objetivamente resultado alguno. Y la razón de esta afirmación se encuentra en que los que votan a favor crean un riesgo desaprobado, condición que no se puede predicar respecto a los que, pese a participar en la sesión en la que se aprueba el acuerdo -y, como tal, su conducta aparece como causa natural-, votan en contra. Resulta claro que, objetivamente, el votar en contra de la aprobación del acuerdo no importa la creación o elevación de un riesgo, además de que sería contrario a toda lógica imputar responsabilidad penal al director que vota en contra cuando participar mediante la emisión de su voto en la sesión es una actividad consustancial al cargo que ejerce.

a.2) Supuestos de votación nominal no secreta y no simultánea

En el estudio de este acápite el acento recae sobre la oportunidad de la emisión del voto. De esta manera, es conveniente diferenciar los casos en que el voto es emitido antes de haberse alcanzado la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo de aquellos otros supuestos en que el voto es emitido con posterioridad a la obtención de la referida mayoría -en cuyo caso el acuerdo estará materialmente aprobado, más no, todavía, formalmente-.

a.2') Si el voto a favor ha sido emitido antes de alcanzarse la mayoría necesaria para su aprobación y, en consecuencia, quien lo emite desconoce si se aprobará (40), la imputación objetiva queda justificada por haberse creado un riesgo no permitido. Se responde, conforme a lo dicho anteriormente, no por haber participado en la formación de la voluntad general sino porque se ha contribuido a conformar la mayoría requerida para la aprobación del acuerdo ilícito (41). Ahora bien, si se entiende -como lo hacemos nosotros- que una conducta como la anteriormente descrita no representa para el Derecho penal sino una simple e impune participación en un acto preparatorio (42), habrá que esperar a que el acuerdo que se somete a votación sea efectivamente aprobado por el órgano colegiado y, fundamentalmente, ejecutado, de manera que se pueda hablar de comienzo de ejecución que, con arreglo al art. 16 Código Penal, es punible.

a.2") Los supuestos en que se vota a favor después de alcanzado un número de votos que aseguran la mayoría para la posterior aprobación del acuerdo ilícito han posibilitado diversos pronunciamientos doctrinales que, no obstante, conducen a la misma respuesta.

Jakobs califica estos supuestos como supuestos de "conformidad formal" que son, en definitiva, problemas de "resultados sobrecondicionados" o "hipercondicionados" (43). Se trataría, según este autor, de supuestos en que el resultado se encuentra sobrecondicionado en el sentido de que omitiendo una conducta de las que concurren, el resultado se produciría igualmente (44). Partiendo de que la votación no es en sí misma exteriorización (ejecución del hecho) sino que prepara internamente una conducta negocial que se ejecutará posteriormente y que entonces recién se exteriorizará (es, pues, una mera conducta preparatoria) e, independientemente del momento en que ésta (la votación) se lleve a cabo, lo decisivo para la infracción de la norma es la conducta de la ejecución que es puesta en práctica por quien constata la mayoría o bien -generalmente- por el gestor del negocio competente en el ámbito de que se trate (45). De ahí se sigue que la conducta negocial preparada mediante la emisión de los votos se ejecuta en estos actos (ejecución del acuerdo), o sea, simultáneamente para todos los que dieron su conformidad. Esto significa que todos responden siendo irrelevante cuándo hayan emitido su voto, toda vez que lo decisivo es únicamente el momento de la exteriorización (ejecución del acuerdo) en que se vulnera la norma y en ese momento coexisten dos o más condiciones que son, independientemente una de la otra, suficientes para la consecución del resultado (46).

Del mismo modo, para los supuestos que Jakobs denomina de "conformidad informal", esto es, aquellos casos en que el ausente en la votación comunica luego su conformidad con el resultado, considera éste autor que se incurre en responsabilidad penal bajo el entendido de que "lo decisivo no es la superación de los obstáculos, sino el reforzamiento de las razones a favor del hecho, siendo indiferente si esto puede describirse como aumento de las razones preexistentes o como superación de las razones en contra. Es irrelevante que las razones preexistentes sean de por sí suficientes, si se mejoran o aumenta: en el hecho se exteriorizan todas las razones" (47). En tal medida, quien

comunica informalmente su conformidad con el acuerdo ilícito con posterioridad a su aprobación neutraliza igualmente un obstáculo y, aun cuando el autor lo hubiere superado por su cuenta o por cuenta de otro, se debe aceptar que interviene también quien psíquicamente allana la situación (48).

Otro sector doctrinal entiende que también deben responder penalmente quienes votan a favor después de haberse alcanzado la mayoría, pero bajo el entendido de que con el voto se ha coadyuvado objetivamente no sólo a configurar la voluntad general del órgano colegial sino que también se forma parte del acuerdo ilícito adoptado (49).

Ambas posiciones llegan a la misma conclusión, empero, entendemos que habiendo ubicado el tema en sede de la teoría de la imputación objetiva la postura que se tome ha de responder a ¿se puede imputar objetivamente los efectos de la exteriorización (ejecución) del acuerdo a quien votó en favor del mismo cuando sin su participación causal se hubiera ejecutado igualmente?. Entendemos que sí. Piénsese en el caso de una votación de un proyecto de ley en el Congreso en que se tiene que alcanzar mayoría simple para su aprobación. Nadie duda que los congresistas que votaron a favor del proyecto cuando se había registrado una cantidad de votos suficiente que aseguraron su aprobación, son también responsables de que el proyecto de ley se encuentre ad portas de ser promulgado. Si bien se trata de una responsabilidad política que encuentra fundamentos diferentes que la responsabilidad penal, eso no representa problema al trasladar este razonamiento al campo del Derecho penal. Se podría pensar que el comportamiento de los que votan a favor del acuerdo materialmente ya aprobado no crea un riesgo ni aumenta uno ya existente, puesto que el riesgo había sido anteriormente creado por quienes conformaron con sus votos la mayoría y porque los efectos del acuerdo serán siempre los mismos, independientemente de por cuántos votos se haya superado la mayoría exigida.

Sin embargo, la relación de imputación objetiva se tiene que constatar entre el comportamiento y el resultado, esto es, entre un comportamiento sin el cual no se hubiera podido cometer el hecho. Y, del mismo modo, como en el momento de la ejecución del acuerdo todas las votaciones a favor que fueron capaces de conformar la mayoría requerida para la aprobación del mismo, aparecen como suficientes para el resultado sin importar si se producen antes o después de alcanzada la mayoría, todas ellas por igual deben ser reprobadas por el Ordenamiento jurídico-penal, ya que, así considerados, todos y cada uno de los votos a favor del acuerdo ilícito ejecutado ha creado un riesgo no tolerado por la sociedad.

b) Supuestos de votación nominal secreta (50)

Estos supuestos, en un plano estrictamente teórico no tienen porqué tratarse de manera distinta a los anteriormente estudiados, ya que los problemas que presentan son de índole probatorio. En otras palabras, la responsabilidad penal de aquellos que en una votación secreta emitan sus votos a favor simultáneamente, o antes o después de alcanzarse la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo ilícito, se encuentra ya discutida y afirmada, pero lo difícil -por no decir imposible- será identificar cuáles de los participantes en la votación han votado a favor y cuáles no. Claro, la situación será fácilmente abordable cuando el acuerdo ilícito haya sido aprobado por unanimidad al poder imputarse los efectos del acuerdo a todos los participantes de la votación (51), pero bastará que un solo miembro del órgano colegido no lo haya hecho para que, in dubio pro reo, no se pueda declarar a nadie responsable.

c) Supuestos en que se vota en contra, en blanco, se abstiene o no se concurre a la votación

En principio parecería no haber obstáculo para reconocer que quien emite su voto en contra de la adopción del acuerdo antijurídico, o el que vota en blanco o se abstiene de votar, y con mayor razón quien no participa en la deliberación y votación, no tiene porqué soportar la imputación de responsabilidad penal, más aún cuando nadie puede tener la obligación de impedir el resultado de la votación. Sin embargo, piénsese en el caso del eminente experto en la materia sobre la que versa la propuesta de acuerdo que vota en contra, en blanco, se abstiene o no asiste a la sesión, pero cuyo lobby y poder de influencia sobre los demás directores es determinante para que éstos voten a favor del acuerdo. Puede suceder, incluso, que con anterioridad a la deliberación había manifestado abiertamente su deseo de apoyar la moción sobre el acuerdo ilícito y que lo defendería en la

deliberación, pero que llegado el momento vota en contra, en blanco, se abstiene o no asiste a la sesión al no necesitarse su voto para la aprobación de la moción.

En estos supuestos hay que estar a lo que le interesa valorar al Derecho penal. Aplicado al tema objeto de análisis esto quiere decir que la votación es la exteriorización de una voluntad que, como toda manifestación humana, puede aparecer en el mundo real solapando la verdadera intención de su autor o coincidiendo con ella: se puede mentir. En tal medida, el votar en contra del acuerdo no tiene porqué exonerar automáticamente de responsabilidad, porque desde el punto de vista del Derecho penal habrá que asegurarse que la exteriorización es coincidente con la verdadera voluntad, toda vez que lo decisivo a valorar es "el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto" (52). En buena cuenta, la valoración de las formalidades que rodean al Derecho Mercantil debe ceder paso a la valoración de lo material que es lo penalmente relevante y que consistirá, en estos casos, en una actitud conscientemente favorecedora de la comisión del delito, o incluso en una conducta causalmente necesaria para la comisión del hecho delictivo (53).

En esta línea de razonamiento, le compete al Ministerio Público recopilar las pruebas pertinentes que el Juez deba valorar no sólo para poder romper la presunción de que todo voto coincide con el fuero interno de quien lo emite, sino que le permita demostrar que con comportamientos anteriores o coetáneos al momento de la votación se ha favorecido la adopción del acuerdo.

d) Supuestos de colaboración disidente

¿Qué pasa con el miembro del órgano colegiado que vota en contra pero su presencia en la votación ha permitido la conformación del quórum necesario para proceder a la deliberación y posterior aprobación del acuerdo ilícito?. En otras palabras, ¿es relevante para el Derecho penal que haya podido impedir la aprobación del acuerdo ilícito mediante la inasistencia a la sesión del órgano colegiado?.

La doctrina que sobre el tema se ha pronunciado se muestra uniforme al sostener que no es dable hacer penalmente responsable a alguien por el mero hecho de haber participado en la formación de la voluntad del órgano colegiado, es decir, por haber participado en la votación (54). En efecto, sin perjuicio de reconocer la causalidad del disidente -por la participación, no por disidir- en el proceso de votación, no hay base lógica para afirmar que por ello el disidente opta por el contenido final de la votación del órgano, sino, simplemente, que acepta la conclusión de la fase de formación de opinión (55).

Más aún, téngase presente que la responsabilidad penal en estos casos sería una responsabilidad por no haber impedido la adopción de un acuerdo, una responsabilidad, entonces, a título de omisión. Al respecto tres ideas. La primera, como quiera que no existe en nuestro Sistema jurídico un delito de omisión pura que reprima el no haber evitado la adopción de un acuerdo en el ámbito societario, amen del principio de legalidad, la mera participación en la votación no hace surgir responsabilidad penal. En segundo lugar, tampoco se puede afirmar que el caso sea subsumible en un supuesto de comisión por omisión, en tanto que el miembro del órgano colegiado no tiene un deber de evitar la votación. No sólo porque el estar presente en la votación y posibilitar la conformación del quórum no puede entenderse como equivalente a la aceptación del resultado de la votación y porque tiene el derecho y la obligación de estar presente, participar y votar, sino, además, porque nadie tiene el deber de garante de que los demás se comporten de manera correcta y de que no cometan delitos (56): ningún miembro de un órgano colegiado tiene un deber de policía frente a sus compañeros (57).

Empero, una cosa es no ser garante del contenido de la votación y otra cosa muy distinta es cuestionarse por la existencia de un deber de garante en virtud del cual se pueda exigir al miembro del órgano colegiado que lleve a cabo todas las acciones posibles para evitar la ejecución del acuerdo ilícito. Por ello, consideramos que, de manera general, la relación contractual que existe entre el director u órgano de administración y la sociedad y, de manera específica, el contenido de la normativa societaria (gráficamente, los art. 171, 177 y 180 LGS), pueden ser consideradas fuentes de posiciones de garantes en la medida en que ambas apuntan a establecer que el miembro del órgano colegiado -en tanto director de la sociedad- debe salvaguardar los intereses de su representada (58). Esto es, las fuentes de posición de garante serán, en estos supuestos, el contrato y la ley; previstas ambas por el art. 13 CP cuando establece "... si tiene el deber jurídico de impedirlo ...".

Ello, no obstante, no nos exime de pronunciarnos sobre el siguiente cuestionamiento: Si el art. 170 LGS exige al director la obligación de hacer constar su oposición en la respectiva acta para exonerarse de responsabilidad civil, ¿se debe entender que el disidente, para librarse de responsabilidad penal, tiene que hacer lo mismo?. Entendemos que no, porque así como hemos afirmado que al Derecho penal le interesa "el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto" en aquellos casos en que se vota en contra del acuerdo ilícito, debemos entender que en la colaboración disidente sucede lo mismo; puede ser que quien vota en contra del acuerdo ilícito haya manifestado previamente su deseo de apoyarlo e incluso que lo defendería en la deliberación, pero no lo hace y, además, hace constar en el acta su oposición. En estos casos se tendrá que recurrir, igualmente, al "efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto" para determinar la eventual responsabilidad penal.

Asimismo, puede ser que un director no haya hecho constar su oposición en el acta pese a haber votado en contra (con lo cual será, por lo pronto, civilmente responsable), pero esto no significa en modo alguno que sea responsable frente al Derecho penal toda vez que se tendrá que probar (y esto es un derivado del principio de presunción de inocencia) que el director efectivamente ha participado en la elaboración del contenido del acuerdo. En suma, el precepto del art. 170 LGS prevé, de cara al Derecho penal, una prueba que, como tal, puede ser desvirtuada o confirmada por otras pruebas.

Por último, ¿se podría imputar responsabilidad penal al director disidente por el delito de omisión de denuncia del art. 407 del CP?. Téngase en cuenta que dicho precepto establece: "el que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena ...". Repárese en que se hace mención a "... la comisión de un delito ..." y a que el sujeto se encuentre obligado por razón de "... su profesión o empleo ...". Respecto a lo primero, conforme se ha dicho, la participación en la adopción de un acuerdo es participación en un acto preparatorio, que podrá ser participación en la ejecución en tanto se empiece a ejecutar el acuerdo, de manera que no se puede hablar de comisión de algún delito cuando, según las etapas del iter criminis, la conducta pertenece todavía a compartimentos no punibles (en detalle, infra VI.a). Respecto a lo segundo, ¿acaso el ostentar la condición de miembro de un órgano colegiado puede ser la base para afirmar que se tiene la obligación para denunciar lo que ocurra en el seno del mismo?. El cargo de director -que bien puede ser subsumible en el término trabajo en tanto se percibe una retribución (59)- da lugar, como ya se afirmó, a una posición de garante de cara a la evitación de la ejecución del acuerdo, pero lo que no se puede afirmar es que se tiene la obligación de denunciar actos preparatorios en tanto que éstos son impunes. En suma, se tiene que descartar la eventual imputación de responsabilidad penal por el art. 407 del Código penal.

e) Supuestos en que se vota a favor del acuerdo ilícito pero éste no se llega a aprobar

Piénsese en el supuesto de un miembro del directorio de una empresa cuyo objeto social consiste en la comercialización de productos alimenticios que, con la intención de que se apruebe un acuerdo en virtud del cual se colocarán en el mercado alimentos perjudiciales para la salud, no sólo lo propone sino que hace denotados esfuerzos para convencer a los demás miembros del directorio de las "bondades" de los mismos. Felizmente -para los consumidores- la propuesta es rechazada y sin importar las razones del porqué se concluyó no aprobarla, lo relevante para el Derecho penal es que no existe acuerdo ilícito y, luego, no puede haber ejecución.

En esta línea de razonamiento, si la participación (votar a favor) en la adopción de un acuerdo ilícito es participación en un hecho preparatorio no punible, luego, la participación (votar a favor) en un acto en el cual no se aprueba acuerdo ilícito alguno será también impune.

f) Supuestos en que no se solicita la anulación de un acuerdo

Por último se plantea el caso en que se aprueba un acuerdo cuyo contenido ilícito todos los miembros del directorio conocen. El único que votó en contra: ¿tiene la obligación de solicitar la anulación del acuerdo para salvar su responsabilidad? e, incluso, el miembro del órgano colegiado ausente en la votación, ¿debe proponer que se anule al acuerdo aun cuando no exista posibilidad de que se modifique el mismo?.

Estos son supuestos que nada tienen que ver con el arrepentimiento del que participa en la deliberación y vota a favor del acuerdo ilícito, cuyo tratamiento dogmático tiene que realizarse a la luz de las normas del desistimiento (60).

En la medida en que la omisión que desencadenaría responsabilidad penal consiste en una mera actividad, cual es no solicitar la anulación, no es dable pensar en la existencia de un deber de garante jurídico-penalmente relevante que lo exija ya que no existe un delito que sancione al que no solicita la anulación de un acuerdo. Se tiene pues que descartar la posibilidad de subsumir el supuesto de hecho analizado en un tipo de omisión propia y, en todo caso, cuestionarse sobre la existencia de un deber de garante general que le asiste al miembro del órgano colegiado, en cuya virtud tenga que solicitar la anulación del acuerdo y, en consecuencia, cuestionarse sobre la posibilidad de que se impute responsabilidad penal a título de comisión por omisión (61).

Así las cosas, resulta obvio que si se cumplen los requisitos de la comisión por omisión no habrá problema alguno en afirmar la responsabilidad correspondiente. Sin entrar en detalles, baste con recordar que estos delitos importan la existencia de un deber de garante que obligue al sujeto sobre quien recae, cuando pueda, a evitar la producción de un resultado, además de la aceptación de un criterio de equivalencia valorativa entre la omisión y la acción positiva que describe el correspondiente tipo (62).

Antes hemos dicho que en nuestro concepto los directores ostentan un deber de garante frente a la sociedad en virtud del cual tienen que hacer lo que este en sus manos para impedir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos propios de la empresa cuya administración, por lo demás, les ha sido confiada. Y la legislación (art. 171 LGS) reconoce a grosso modo dicha obligación, la misma que importa llevar a cabo todos y cada uno de los medios necesarios para evitar que el acuerdo sea ejecutado. Aunque es cierto también que cuando el sujeto no puede hacer nada o los medios que tiene a la mano son irrelevantes para neutralizar la realización del hecho, no responderá penalmente, ya que no se le puede exigir más allá de lo que puede dar. E incluso, si teniendo la posibilidad de poner en práctica algún mecanismo para evitar la ejecución del acuerdo no lo hace, pero dicho mecanismo carece a todas luces de idoneidad, tampoco se le puede imputar objetivamente el resultado.

V. ¿Cómo se responde una vez adoptado el acuerdo?

a) La participación en la adopción de un acuerdo ilícito: ¿es un acto preparatorio o inicio de ejecución?

El cómo se responde penalmente una vez adoptado el acuerdo depende de la existencia o no de preceptos penales cuya tipicidad consista exclusivamente en la adopción de un acuerdo lesivo para bienes jurídicos. Si éstos existen resulta claro que se estará realizando la acción típica y quienes intervengan en la adopción del acuerdo ilícito intervendrán en la ejecución del delito de que se trate. Y serán todos coautores, en la medida en que todos participan por igual en la comisión del delito: todos votan en el mismo sentido (63). Ahora, si el tipo de lo injusto tiene otra configuración lo normal será que la participación en la adopción del acuerdo sea considerada como participación en un acto preparatorio cuya punibilidad dependerá del caso en concreto y, sobretodo, de si se ha aprobado y ejecutado el acuerdo ya que, de ser así, el acto preparatorio habrá mutado a inicio de ejecución (64). En otras palabras, habrá que evaluar el papel que juega la adopción del acuerdo en la estructura típica de cada delito en particular.

Así, entendemos que, por regla general, estaremos en presencia de actos de ejecución y, por ende, en presencia de tentativa, cuando se aprueba el acuerdo, sin necesidad de esperar a que se ejecute el mismo. Ello, en función del siguiente razonamiento: (i) el momento que separa a los actos preparatorios (impunes) del inicio de la ejecución (punible) debe ser determinado a la luz del tipo de la parte especial que se trate (65). (ii) Los tipos penales en cuya estructura se podría encontrar como elemento objetivo la aprobación de un acuerdo son delitos societarios, habida cuenta que dicha actividad societaria se genera en el ámbito de actuaciones de órganos colegiados y éstos son parte imprescindible de la estructura organizativa de las sociedades mercantiles (66) (iii) Sin embargo, la

consumación de dichos delitos importará, por regla general, la lesión o puesta en peligro del capital social o de intereses de la sociedad, o del patrimonio o intereses de los de los miembros de la sociedad; (iv) de manera que si se acepta que el fundamento de la punición de la tentativa se encuentra en la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez temporal (criterio objetivo) y en la voluntad del sujeto de conseguir la lesión del mismo (criterio subjetivo) (67), (v) se puede aceptar que desde el instante en que se produce la aprobación del acuerdo ilícito, y no antes, se está en presencia de actos suficientemente importantes como para sostener que el bien jurídico ha sido puesto en un estado de peligro relevante. Además, por razones político-criminales compatibles con la prevención, se debe entender que el Derecho penal no puede permanecer de brazos cruzados frente a un hecho cuya ejecución no ofrece dudas sobre una inminente y concreta lesión de bienes jurídicos. En otras palabras, el momento en que los actos preparatorios dejan de ser tales y pasan a ser ya actos propios del inicio de ejecución habrá que ubicarlo, en el ámbito societario, cuando se conforma la voluntad del órgano colegiado con la aprobación del acuerdo ilícito, toda vez que a partir de ese entonces se aprecia un estado de peligro inmediato para los bienes jurídicos que se corrobora con la inminencia de la ejecución del acuerdo, que por otra parte sólo puede desencadenar una lesión a bienes jurídicos. Repárese en que si los miembros de un órgano colegiado aprueban un acuerdo, a sabiendas de su ilicitud, es porque planean ejecutarlo, lo que implica -teniendo en cuenta su cargo, conocimientos y experiencia-, que se representan y asuman el riesgo de lesión de bienes jurídicos que entraña la conducta.

En suma, en aquellos supuestos en que el delito se consuma con la aprobación del acuerdo ilícito (delito de mera actividad), la participación en la votación mediante actos encaminados a conseguir la aprobación del acuerdo deben ser considerados ya tentativa de delito, aún cuando el acuerdo no llegue a ser aprobado, toda vez que la aprobación del acuerdo será ya consumación del delito (68). Claro está que aceptar este postulado importa aceptar que los delitos de mera actividad pueden ser cometidos en grado de tentativa, algo que si bien es negado por cierto sector de la doctrina parece ofrecer suficientes razones para su aceptación si se comparten las razones anteriormente mencionadas en virtud a las cuales se debe reprimir la tentativa, que, por definición, no parece un privilegio exclusivo de los delitos de resultado típico. Por otro lado, en los delitos en que la aprobación del acuerdo pueda ser interpretado como un elemento objetivo más de la estructura típica del delito que se trate, se entenderá que habrá tentativa desde que se aprueba el acuerdo, sin necesidad de esperar a que se inicie su ejecución (69), siendo la participación en el acto de votación, previo a la eventual aprobación, participación en un acto preparatorio.

b) Autoría y participación en los supuestos de adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado

Dejando constancia que no se pretende analizar los fundamentos de la autoría y de la participación, entendemos que sin dejar de reconocer la importancia de las críticas que ha recibido, la teoría del "dominio del hecho", en la versión que formulara Roxin (70), constituye una suerte de punto de partida a partir de la cual se elaboran diversas posturas o se aceptan sin más sus propios derivados, por lo que será utilizada para formular las siguientes conclusiones. Antes bien, resta señalar que la tentativa de los cómplices, amén de la accesoriedad cuantitativa, no empezará hasta que no de inicio la del autor (71). Sobre esta base se puede concluir:

Primero: si los que adoptan el acuerdo ilícito lo hacen dolosamente y el acuerdo es ejecutado por ellos mismos o por uno de ellos conforme al plan inicialmente delineado, responderán todos por el delito (intentado o consumado, dependiendo, como se dijo, de las especificidades del tipo de la parte especial que se trate) a título de coautores (72).

Segundo: si el acuerdo es ejecutado por una persona que no ha participado en la aprobación dolosa del acuerdo pero que según el plan diseñado le corresponde ejecutarlo, serán todos coautores, salvo que se trate de un delito especial cuya cualificación no ostente uno de los intervinientes, en cuyo caso tendrá que ser calificado como cómplice necesario y responderá, según lo regulado en el art. 24 CP, con la misma pena que el autor (73).

Tercero: sin embargo, si la o las personas que ejecutan el acuerdo lo hacen en calidad de instrumentos, estaremos frente a una coautoría mediata (74). Y, claro, los supuestos más frecuentes serán aquellos en que la persona que ejecuta el acuerdo no conoce el contenido del mismo y se limita

a ejecutarlo por provenir la directiva de un estamento jerárquicamente superior al que éste ocupa en el interior de la sociedad. Serán, pues, supuestos de error de tipo o de prohibición, en los que no hay problema alguno en aceptar la autoría mediata (75) (76).

Cuarto: si el acuerdo ha sido adoptado negligentemente y quien lo ejecuta actúa de también negligentemente habrá que estar, en primer lugar, a la existencia de la modalidad imprudente del delito que se trate. En segundo lugar, habrá que estar a la posibilidad de apostar o no por un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes (77), en mérito al cual no se diferencie entre autores y partícipes. En nuestro concepto, e incluso partiendo de concepciones utilizadas para promover un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, como el "dominio objetivo" o "control objetivo del hecho", se puede entender que en estos delitos no existe argumento alguno que obligue a diferenciar entre autores y partícipes. La principal razón estriba en que las aportaciones al hecho delictivo en supuestos de imprudencia no difieren en caso sean dolosas, en los que se acepta sin recelo un concepto restrictivo de autor.

Así, el dominio objetivo del hecho que concurrirá "... con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado (...) y efectivamente lo hace. A ello se le añade entonces la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal. Pues bien, también en un comportamiento imprudente podrá concurrir o no ese control o "dominio objetivo, fáctico del hecho" (78). Sin embargo, se niega la "legalidad" de la participación negligente en delitos dolosos y en los imprudentes porque las normas sobre participación son cláusulas de extensión o ampliación de punibilidad y, como tales, tienen que interpretarse restrictivamente. Se argumenta además que los delitos imprudentes se encuentran regulados bajo los *numerus clausus*, de suerte que al no establecerse expresamente la modalidad negligente en los preceptos de la Parte General que regulan la participación, ésta no resulta típica (79). También se ha esgrimido como argumento para rechazar un concepto restrictivo de autor en el ámbito de los delitos imprudente "que las cláusulas de cobertura específicas para el castigo en su versión imprudente, toman como parámetro de referencia tipos dolosos de autoría, la participación imprudente en el hecho del autor debe reputarse atípica y, por consiguiente, impune" (80).

En nuestro concepto, descartar o aceptar la participación negligente tiene que hacerse de lege ferenda sobre la base de su naturaleza jurídica y, de lege data, sobre la regulación normativa que recibe. En cuanto a lo primero, consideramos que todo depende de la concepción dogmática que se adopte, ya que si se acepta la teoría de la "determinación objetiva del hecho" o "dominio objetivo o fáctico del hecho" no sólo se posibilitará sino que se fomentará la participación en los delitos imprudentes (81). En cambio, si se admite la teoría del dominio del hecho en su versión clásica, por definición se descarta tal posibilidad al caracterizarse los delitos imprudentes, precisamente, por la ausencia de un dominio final del hecho respecto del daño causado en un bien jurídico (82). Por esta razón se pone el acento, a la hora de determinar al autor, en una acción que lesiona el grado de cuidado requerido (diligencia debida) y que conlleva la causación e imputación del resultado típico (83). Pero, en todo caso, no se puede dejar de llamar la atención acerca de que la negativa a diferenciar entre autores y partícipes en los delitos negligentes conlleva a reconocer que un acto realizado dolosamente que constituye participación será constitutivo de autoría si es realizado negligentemente. En este sentido se ha manifestado Feijóo Sánchez, cuando señala "lo que realizado de forma dolosa supone cooperar a que otro mate no puede (sic) adquirir objetivamente el significado de matar a otro cuando se realiza de forma imprudente" (84). En otras palabras, ¡la mera ausencia de voluntad de conseguir el resultado no puede convertir una aportación a un delito ajeno (participación) en un delito propio (autoría)!.

En cuanto a lo segundo, esto es, el análisis desde una perspectiva de lege data, hay que tener en cuenta que todos los preceptos del Código penal tienen la misma jerarquía normativa, de manera que la única posibilidad de aceptar que unos limiten a otros (como sería que el principio de *numerus clausus* de los delitos imprudentes circunscriba a la participación únicamente a los delitos dolosos), sería fundamentar, otra vez, sobre la base de la naturaleza jurídica de las instituciones que, como se vio, no impide aceptar la participación en los delitos imprudentes. Piénsese que rechazar lo anterior conllevaría a sostener, a parí, que los preceptos del Título Preliminar del Código penal se deben aplicar solamente a los delitos dolosos, ya que no se prevé expresamente su aplicación a los delitos imprudentes, lo cual carece a todas luces de la más mínima lógica. Igualmente, que art. 13 CP que regula la comisión por omisión, en tanto cláusula de extensión de punibilidad que tampoco se

encuentra regulada expresamente para ser aplicada a los delitos negligentes, no sea aplicable a éstos, lo que generaría que dicha categoría quedaría desterrada del ámbito de lo imprudente y la tutela penal que reciben bienes jurídicos como la vida o la salud se vería seriamente limitada (85).

VI. ¿Cómo se determina la responsabilidad individual por la participación en la adopción del acuerdo?

En otras palabras, ¿cuál es, en concreto, el fundamento de la responsabilidad penal en los supuestos de participación en la adopción de acuerdos en órganos colegiados?.

Es menester recordar que los órganos colegiados son parte de una sociedad y esta, como toda persona jurídica de carácter empresarial, se organiza sobre la base de la división del trabajo y el principio de jerarquía, en donde la información sobre los procedimientos propios del giro empresarial, la decisión de ponerlos en marcha o de paralizarlos y la ejecución de los mismos no coinciden en la misma persona (86). Incluso, y a pesar de que todos los miembros del órgano colegiado encargados de aprobar un determinado acuerdo realicen las mismas funciones de cara a la aprobación del acuerdo (votan todos por igual), esta peculiar forma de organización puede presentarse también en el órgano colegiado. Y así será cuando, como sostiene Suárez González, "en el funcionamiento del órgano colegial cada miembro desempeña un círculo de actividad propio y, en consecuencia, habrá que determinar en qué medida cada miembro a la hora de tomar una decisión puede guiarse por las informaciones que el resto de miembros proporcionen en relación con el cometido específico que cada uno tenga asignado. V gr., ¿hasta qué punto un miembro queda exonerado de responsabilidad por haber votado en favor de la comercialización de un producto que a la postre se demuestra nocivo para la salud, alegando que en su decisión pesó la información que la proporcione otro miembro del consejo, director de laboratorio de la empresa?" (87).

Este autor entiende que recurrir a las reglas de error, como en principio cabría pensar, produciría distorsiones en la práctica, por lo que considera más coherente dogmáticamente recurrir a la aplicación del "principio de confianza", en cuya virtud cada sujeto puede confiar en que los demás actuarán diligentemente a no ser que existan indicios concretos que hagan pensar lo contrario (88). Empero, entendemos que una cosa es postular que en mérito a la confianza que debe existir entre los miembros de un determinado colectivo se pueda exonerar de responsabilidad, y otra muy distinta subsumir dicho planteamiento en un mecanismo que pueda ser elevado a los tribunales. Esto quiere decir que el principio de confianza es, como todo principio jurídico-penal, un postulado ideológico, abstracto e inmaterial, que informa el la interpretación de determinadas instituciones jurídico-penales, pero que requiere de un vehículo para concretizarse y materializarse. Puede invocarse como fundamento de algún recurso, más no como recurso.

Además, en tanto el miembro de un órgano colegiado emite una decisión sobre la base de información no verídica o errónea pero que considera cierta, se encontrará, siempre, en estado de error, cuya vencibilidad o no dependerá de las posibilidades que haya tenido ex ante para percatarse del mismo. Y, como quiera que la información es proporcionada por fuentes cuya credibilidad se encuentra condicionada por la propia organización del órgano colegiado (no es lógico sostener que la persona que vota respecto a una moción tiene que constatar in situ y personalmente la veracidad de la información que toma en cuenta para decidir su voto, sino que más bien confía en que quienes le suministran dicha información hayan cumplido con diligencia el rol que, según el organigrama empresarial, les compete), el papel que cumpla el "principio de confianza" será una suerte de razón adicional para poder demostrar el error: como la persona que votó a favor del acuerdo lo hizo confiando en la información que le fuera proporcionada por otros miembros del órgano colegiado (miembros respecto de los cuales se podía y debía confiar), el sujeto actúa en error por haber confiado (89).

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado por la adopción de un acuerdo ilícito no tiene por qué obedecer a criterios distintos del resto de supuestos relevantes para el Derecho penal, esto es, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, la creación o aumento del riesgo, etc. En todo caso, en tanto la imputación plurisubjetiva -aquello sobre lo que en este ensayo se ha pretendido discutir- es un tema de Parte General, el fundamento de su

punición tiene que encontrarse en las figuras de Parte Especial en que se aplique. Por eso, la imputación de responsabilidad penal a los miembros de órganos colegiados tiene que abordarse sin descuidar las particularidades del tipo de lo injusto que se impute.

Notas:

* Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Universidad de Cádiz.

¹ Sánchez Calero, Instituciones de derecho mercantil, 21ª ed., Madrid, 1998, p. 347.

² Broseta Pont, Manual de derecho mercantil, 9ª ed., Madrid, 1991, p. 287.

³ Loc. cit.

⁴ Así, Antolisei, Manuale di diritto penale. Leggi complementan, 9ª ed. a cargo de Conti, Milano, 1994, pág. 73 y Faraldo Cabana Los delitos societarios, Valencia, 1996, p. 262. Este es un dato que se comprueba fácilmente en las grandes empresas y, sobre todo, en las transnacionales.

⁵ En todo caso, los problemas que pueden presentarse son de índole probatorio más que interpretativos, en tanto que se tiene que demostrar que el comportamiento del director ha obedecido a dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Cfr., al respecto, Beaumont, Comentarios a la nueva ley general de sociedades, Lima, 1998, p. 381.

⁶ Cuando hacemos mención a la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado utilizamos el término "participación" en una acepción que denota la conducta de tomar parte en la aprobación del acuerdo, sin que se califique, todavía, de penalmente relevante; es decir, no debe entenderse, salvo que se indique lo contrario, como "participación" en sentido jurídico-penal: complicidad necesaria, accesoria o instigación. Es, pues, un supuesto de imputación plurisubjetiva, en la medida en que se "hace referencia al círculo de imputadas y a los presupuestos de la imputación a una pluralidad de personas", cfr. Hassemmer/Muñoz Conde, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia, 1995, pp. 170 y ss.

⁷ Suárez González, "Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal", Cuadernos de Derecho Judicial: La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados. (1994-VII), Madrid, pp. 47 y ss. Asumen este planteamiento metodológico, entre otros, Del Rosal Blasco, Los delitos societarios en el Código Penal de 1995, Valencia, 1998, pp. 68 y ss.; el mismo, "El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995", Cuadernos de Derecho Judicial: Empresa y derecho penal, I, (1998-V), pp. 114 y Martínez Buján, Derecho penal económico, Parte especial, Valencia, 1999, pp. 184 y ss.

⁸ Recurrimos al término "medida" y no al de "sanción" para referimos a las reacciones que imponga cualquier rama del Ordenamiento Jurídico que no sea parte del Derecho Sancionador, esto es, Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, toda vez que estas medidas buscan la reparación del daño causado pero no conllevan la imposición de un plus adicional que si conllevan las sanciones. Sobre el tema, vid. Meini Méndez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lima, 1999, pp. 132 y ss. Percátense que si la sociedad se encuentra sometida al control y supervisión estatal (v.gr. empresas sometidas a la Conasev o a la Superintendencia Nacional de Bancos y Seguros), las medidas que estos entes impongan son sanciones propias del Derecho administrativo sancionador y, por ende, son manifestación del Derecho sancionador, pero no recaen sobre los directores (como las medidas que se imponen con arreglo a la LGS) sino sobre la sociedad.

⁹ Vid. Antolisei, (nota 4), pp. 73 y 74; Rodríguez Mourullo, "Consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, III, (1984), p. 687; Suárez González, (nota 7), pp. 53 y 54 y Martínez Buján, (nota 7), pp. 185 y 186.

¹⁰ Baste por el momento con decir que cuando se valora "el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto" no se pretende afirmar que un hecho lícito para el Derecho privado sea

penalmente típico; por el contrario, sucede que la conducta es ya ilícita para el derecho mercantil, en la medida en que se participa del acuerdo pero se "solapa" dicha participación haciendo constar su oposición en la respectiva acta. En nuestro concepto, el que la LGS exonere de responsabilidad civil a quien hace constar en actas su oposición frente al acuerdo no resulta del todo coherente, ya que se puede solapar el verdadero comportamiento frente a los demás registrando la oposición en actas, cuando en realidad el "efectivo comportamiento y efectiva voluntad" ha estado encaminada a la aprobación del acuerdo. En esta línea, la exoneración de responsabilidad civil se hace valer de la prueba de que exista una oposición en actas, pero la oposición formal al acuerdo no siempre significa, materialmente, que se haya actuado en consecuencia.

¹¹ En el mismo sentido, Valle Muñiz, Comentarios al Nuevo Código Penal. (Quintero, dtor.), Pamplona, 1996, p. 1308.

¹² Volk, "Criminalità economica: problemi criminologici, politico-criminali e dommatici", Sistema Penale e criminalità economica, Napoli, 1998, pp. 46 y 47 y Jescheck, Tratado de derecho penal, Parte General. II, trad. Mir Puig/Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 891.

¹³ Terradillos, Derecho penal de la empresa, Madrid, 1995, p. 64.

¹⁴ Volk, (nota 11), pp. 47 y 48. Este autor reconocer que el empresario ostenta una posición de garante por los hechos que pudieran cometer sus subordinados permite aceptar que el miembro del órgano colegiado ostenta también un deber de garante en virtud del cual se encuentra en la obligación de intentar impedir la ejecución de un acuerdo ilícito. Sobre el deber de garante del empresario, véase la vasta bibliografía que recoge Pedrazzi, "Profili problematici del diritto penale d'impresa", Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, I, (1988), pp. 129 y ss. y nuestro punto de vista Meini Méndez, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", Derecho PUCP, 52, Lima, 2000.

¹⁵ Cuya naturaleza jurídica-mercantil no se discute, no tanto por estar ubicado sistemáticamente en un Código de Comercio que, como tal, regula aspectos comerciales y mercantiles, sino por el hecho de que los criterios en virtud al cual atribuye responsabilidad (solidaridad), así como el criterio en virtud al cual la excluye (la mera formalidad de disentir) no son compatibles con la imputación ni exclusión de responsabilidad penal en un Estado de Derecho. Nótese, por lo demás, la similitud que guarda con el art. 170 LGS.

¹⁶ Conti, Disposizione penali in materia di società e di consorzi, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca (a cargo de Galgano), Libro quinto - Del lavoro, 3ª ed., Roma, 1988, pp. 17; Antolisei, (nota 4), pp. 74 y 75; Faraldo Cabana, (nota 4), p. 262, en especial cita nº 788, y p. 263.

¹⁷ Antolisei, (nota 4), p. 75; Terradillos, Delitos societarios. El derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE, Madrid, 1987, p. 61; Faraldo Cabana, (nota 4), p. 263; Suárez González, (nota 7), p. 45, cita nº 11; Martínez Buján, (nota 7), pp. 183 y Pérez Cepeda, La responsabilidad de los administradores de sociedades, Criterios de atribución, Barcelona, 1997, p. 283.

¹⁸ Por todos, vid., Antolisei, (nota 4), p. 76.

¹⁹ Vid. Conti, (nota 15), p. 17 y Di Amato, Diritto penale dell'impresa, 2ª ed., Milano, 1992, p. 113.

²⁰ Di Amato, (nota 18), p. 113 y Faraldo Cabana, (nota 4), p. 264.

²¹ Con múltiples referencias bibliográficas Vid. Pérez Cepeda, (nota 16), p. 284, cita nº. 830.

²² Mantovani, Diritto Penale, Parte Generale, Padova, 1979, p. 145; Conti, (nota 15), p. 19; Terradillos, (nota 16), p. 62; Faraldo Cabana, (nota 4), p. 264; Muñoz Conde, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 10ª ed., Valencia, 1995, p. 458; Rodríguez Mourullo, (nota 9), p. 687; Martínez Buján, (nota 7), p. 183; Suárez González, (nota 7), pp. 46 y 47 y Pérez Cepeda, (nota 16), pp. 285 a 287.

²³ Terradillos, (nota 16), p. 61.

²⁴ Terradillos, (nota 16), p. 61; Faraldo Cabana, (nota 4), pp. 264 a 267 y Muñoz Conde, (nota 21), p. 458. Por su parte, Di Amato, (nota 18), p. 114, sostiene que se tienen que aplicar las reglas del concurso eventual, en tanto es posible un acuerdo entre los sujetos que adoptan la decisión, mientras que Antolisei, (nota 4), p. 77, haciendo mención al carácter de "eventual" del elemento "comisión mediante acto colegial" sostiene que, en todo caso, podría generar que se considere como una modalidad delictiva. Este autor parte de criticar la posición de Grispigni, quien entendió que el delito colegial -al cual calificó de plurisubjetivo- ostentaba en esencia tres características: a) que un supuesto legal haga expresa referencia en su descripción a varias personas; b) que la descripción del supuesto se refiera a varias personas con una conducta determinada; y, e) que tales conductas figuren en el supuesto como elementos constitutivos en sentido estricto. Véase, Antolisei, (nota 4), p. 77, en especial, cita n°. 64.)

²⁵ Rodríguez Mourullo, (nota 9), p. 687 y Muñoz Conde, (nota 21), p. 458.

²⁶ (nota 4), p. 77.

²⁷ (nota 15), p. 18.

²⁸ (nota 7), p. 46.

²⁹ Conti, (nota 15), p. 18; Terradillos, (nota 16), p. 61 y Faraldo Cabana, (nota 4), p. 264.

³⁰ Faraldo Cabana, (nota 4), p. 266 y Pérez Cepeda, (nota 16), p. 283.

³¹ Pérez Cepeda, (nota 16), p. 283.

³² Cfr. Bricola, "Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario", Scritti di Diritto Penale, Volume II, Tomo II: Diritto Penale dell 'economia, Milano, 1997, pp. 2975 y ss., aparecido también en Riv. it. dir. proc., 1970, págs. 951 y ss., Zugaldía, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", Cuadernos de Política Criminal, 11, (1980), p. 84 y Meini Méndez, (nota 8), pp. 150 y ss.

³³ Con más detalle, García Pablos de Molina, "Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de "cuello blanco"", El Derecho Penal Hoy, Homenaje al Profesor Baigún, (Maier/Binder, com.), Buenos Aires, 1995, p. 560; Bajo Fernández/Pérez Manzano/Suárez González, Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos, 3ª ed., Madrid, p. 571, quienes señalan gráficamente que las dificultades de prueba en el ámbito de la delincuencia empresarial se multiplican cuando ésta debe ser dirigida a un tribunal de jurados legos; Abanto Vásquez, Derecho Penal Económico, Consideraciones Jurídicas y Económicas, Lima, 1997, p. 175 y Meini Méndez, (nota 8), pp. 150 y ss., en especial, pp. 159 a 161.

³⁴ En la actualidad se viene aceptando, sobre la base de postulados autopoiéticos de Luhmann, que determinadas circunstancias dentro de una empresa (modelos de explicación psicológico-colectivo de la criminalidad de grupo) impiden al derecho influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las acciones que en ella se realizan. Esta característica, si bien concurriría en todos los miembros de la empresa, concurriría con más intensidad en los subordinados que en los titulares de la misma, lo que traducido a nuestro estudio quiere decir que los ejecutores del acuerdo (subordinados) se verían "condicionados" por quienes los adoptan (titulares). Cfr., Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, pp. 22 y ss.; el mismo, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa", trad. Brückner/Lascaraín, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, II, (1988), pp. 528 a 533; el mismo, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", Hacia un Derecho Penal Económico Europeo (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 571 y 572; Militello, "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia",

Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, (Silva Sánchez, ed. española), p. 411 y Terradillos, (nota 12), p. 39, quien se refiera a la actitud criminal colectiva como "escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro una escala jerarquizada".

³⁵ Jakobs, "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos", Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (MirPuig/Luzón Peña, dir.), Barcelona, 1996, p. 78.

³⁶ En caso de ser cómplice se tratará de incrementar o de elevar el riesgo que se suma al decisivo riesgo creado por la conducta del autor. Cfr. Gómez Benítez, Teoría jurídica del delito, Derecho penal. Parte general, Madrid, 1984, p. 514; Feijoo Sánchez, Límites a la participación criminal ¿existe una "prohibición de regreso" como límite general del tito en derecho penal?, Granada, 1999, pp. 2 y 3 y Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal. Parte general. 3ª ed., Valencia, 1998, pp. 495 y 496.

³⁷ Pérez Cepeda, (nota 16), pp. 279 y ss. y 282 y 291 y ss.

³⁸ Martínez Buján, (nota 7), p. 184.

³⁹ Doctrina unánime, véase, Roxin, Derecho penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2ª ed., trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, § 11/39; Jescheck Tratado de derecho penal. Parte General, I, trad. Mir Puig/ Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 389; Jakobs, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, § 6/78 y § 7/4b; Cerezo Mir, Curso de derecho penal, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Madrid, p. 106; Velásquez, Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, p. 391 y Gómez Benítez, (nota 35), p. 186. Sin entrar a discutir sobre los significados que el término "resultado" puede tener en la Teoría del Delito, entendemos que la acepción que debe imperar en el binomio delitos de mera actividad/delitos de resultado es aquella que hace referencia a si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta (Vid. por todos, Roxin, (nota 38), § 10/102, 10/103 y 10/104 y Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 5ªed., Barcelona, 1998, L. 9/18. En otras palabras, se trata del resultado típico exigido por el propio precepto penal y no de un resultado entendido como modificación del mundo exterior -modificación que incluso los delitos de mera actividad generan- o como resultado de la voluntad.

⁴⁰ Aunque lo normal será que pueda presumirlo e incluso saberlo, toda vez que es frecuente que los miembros de un órgano colegiado que tienen que deliberar y votar sobre un eventual acuerdo lo hayan conversado con anterioridad y a extramuros de la sesión que se convoca para tal efecto, lo que permite averiguar, por lo menos, el feeling del resto.

⁴¹ En el mismo sentido, Martínez Buján, (nota 7), p. 185 y Del Rosal Blasco, (Los delitos, nota 7), p. 69.

⁴² Jakobs, (nota 34), pp. 83 y 84; Suárez González, (nota 7), p. 48; Pérez Cepeda, (nota 16), p. 301 y Martínez Buján, (nota 7), p. 185.

⁴³ Jakobs, (nota 34), pp. 79 y 80; el mismo, (nota 34) , 7/83ª.

⁴⁴ Jakobs, (nota 38), § 7/83ª; el mismo, (nota 34), pp. 79 y 80. Se trata de supuestos de causalidad distintos a los de causalidad cumulativa, en tanto que en éstos (causalidad cumulativa) confluyen varios cursos causales que por sí solos no son suficientes para producir el resultado lesivo, y respecto de cuya confluencia no existe acuerdo previo. Vid. Reyez Alvarado, Imputación objetiva, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 381 y ss. y Mir Puig, (nota 38), L. 10/27, 10/28 y 10/29.

⁴⁵ Jakobs, (nota 34), p. 84.

⁴⁶ Jakobs, (nota 34), p. 85.

⁴⁷ Jakobs, (nota 34), pp. 88 y 89. Téngase presente que, acorde con ello, la conducta del partícipe debe valorarse desde el punto de vista del Derecho pues entonces la votación informal cobra relevancia ya que en la ejecución del acuerdo se exteriorizan todas las razones que se tienen en cuenta para ello. Se adhiere a este planteamiento, Pérez Cepeda, (nota 16), pp. 301 y 302.

⁴⁸ Jakobs, (nota 34), p. 87.

⁴⁹ Suárez González, (nota 7), pp. 48 y ss., Del Rosal Blasco, (Los delitos, nota 7), p. 69 y Martínez Buján, (nota 7), p. 185.

⁵⁰ El art. 170 LGS prescribe que "Las deliberaciones y acuerdos del directorio deben ser consignadas, por cualquier medio, en actas que se recogerán en un libro, en hojas sueltas o en otra forma que permita la ley y, excepcionalmente, conforme al artículo 136. Las actas deben expresar, si hubiera habido sesión: la fecha, hora y lugar de celebración y el nombre de los concurrentes; de no haber habido sesión la forma y circunstancias en que se adoptaron el o los acuerdos; y, en todo caso, los asuntos tratados, las resoluciones adoptadas y el número de votos emitidos, así como las constancias que quieran dejar los directores", es decir, no se regula la obligación de hacer constar en actas el contenido de los votos por lo que, a contrario, las votaciones secretas son supuestos perfectamente viables en nuestro Sistema jurídico, más aún cuando el art. 188 num. 3 LGS regula las "sesiones reservadas", a las que concurren solamente los miembros del directorio y, una vez culminada, se dicta al secretario del directorio el resumen o sumilla de los acuerdos que se hayan adoptado en ella. Cfr. Beaumont, (nota 5), p. 395.

⁵¹ En el mismo sentido, Pérez Cepeda, (nota 16), p. 303 y Martínez Buján, (nota 7), p. 186

⁵² Ya la doctrina había llamado la atención sobre lo poco convincente que resulta que la simple ausencia (a lo que agregamos el votar en contra, en blanco o abstenerse) deba exonerar de responsabilidad penal, ya que salvaran su cabeza aquellos sujetos cuya participación haya sido relevante para la adopción del acuerdo pero no hayan asistido a la reunión o salvaran su voto. Vid. Terradillos, (nota 12), p. 43; Faraldo Cabana, (nota 4), p. 267 y Rodríguez Mourullo, (nota 9), p. 687.

⁵³ Di Amato, (nota 18), p. 113; Conti, (nota 15), p. 21; Rodríguez Mourullo, (nota 9), p. 687; Antolisei, (nota 4), pp. 73 y 74; Suárez González, (nota 7), pp. 53 y 54; Faraldo Cabana, (nota 4), p. 266 y Martínez Buján, (nota 7), pp. 185 y 186.

⁵⁴ Entre otros, Jakobs, (nota 34), p. 92 y Martínez Buján, (nota 7), p. 186.

⁵⁵ Jakobs, (nota 34), pp. 89 y 90, quien resuelve estos supuestos recurriendo a la teoría de la "prohibición de regreso".

⁵⁶ Suárez González, (nota 7), p. 55; Del Rosal Blasco, (Los delitos, nota 7), p. 71 y Martínez Buján, (nota 7), p. 186.

⁵⁷ Las fuentes del deber de garante que se reconocen legalmente, a saber, el contrato, la ley y el actuar precedente, no le imponen al director la obligación de evitar la votación. El contrato (que para efectos prácticos será el acuerdo que lo vincula como directivo y miembro del órgano colegiado de la sociedad) no le impone un deber de garantizar la no adopción de acuerdos ilícitos, más aún cuando la ley (las normas mercantiles) le reconocen el derecho a participar y votar en las juntas del órgano colegiado. Por lo mismo, su presencia en la votación no puede ser considerada como injerencia ya que no supone la creación o aumento de riesgo alguno que sea penalmente relevante.

⁵⁸ En el mismo sentido, Valle Muñiz, (nota 10), p. 1308 y Pérez Cepeda, (nota 16), pp. 163 y ss.

⁵⁹ Según el Diccionario de la Lengua Española el término "empleo" significa "destino, ocupación, oficio", mientras que el término "trabajo" "empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución" (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª ed. Madrid, 1992.), por lo que en vista de que el director percibe una retribución por sus servicios se puede

establecer que se trata de un trabajo. Empleo sería, en este supuesto, el oficio o profesión, es decir, administrador de empresas, abogado, etc.

⁶⁰ En ese sentido, Jakobs, (nota 34), pp. 91 y 92.

⁶¹ En el mismo sentido, Martínez Buján, (nota 7), p. 187.

⁶² Que, en nuestro concepto, no puede ser la llamada causalidad hipotética, por el simple hecho de que constituye un aligeramiento de la carga de la prueba que, además, no puede ser demostrada, y como tal se trataría de casos en que se condena sobre la base de una presunción. Resulta más acertado, desde nuestro punto de vista, el planteamiento de Schünemann, ("Cuestiones ...", nota 33), pp. 533 y ss., referido al "dominio personal" y al "dominio sobre las cosas y procedimientos" que ostenta el garante, en virtud de los cuales se le exige establecer controles que dificulten considerablemente el hecho antijurídico.

⁶³ Sin embargo, en el caso peruano no existen delitos que consistan en la adopción de un acuerdo, por lo que la participación en la adopción de un acuerdo ilícito en el ámbito societario y mercantil — amén del principio de legalidad- no puede sustentar la imputación de un hecho típico al no existir ningún delito que consista, precisamente, en participar en la adopción de un acuerdo en un órgano colegiado.

A modo de comparación, el art. 291 del Código penal español establece que "los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con (...)" y el art. 292 del mismo texto legal que "la misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharan para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida de derecho a voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita de éste derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito". En estos preceptos se hace expresa mención a los acuerdos y, como tales, la participación en uno en las condiciones en que se detallan acarrea responsabilidad penal.

⁶⁴ Suárez González, (nota 7), pp. 56 a 58; Del Rosal Blasco, (Los delitos, nota 7), p. 71; el mismo, ("El delito ...", nota 7), p. 117; Jakobs, (nota 34), p. 76, quien señala "la intervención en una votación, por regla absolutamente general, no es ejecución de un hecho, sino preparación de un hecho, más precisamente, intervención durante la planificación de un hecho" y Martínez Buján, (nota 7), pp. 187 y 188.

⁶⁵ Welzel, Derecho penal alemán. Parte general, 11ª ed., trad. Bustos Ramírez/Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1976, p. 263; Maurach, Derecho penal. Parte general, II, 7ª ed., actualizada por Góssel/Zipf, trad. Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, § 40/16 y ss.; Jescheck, (nota 11), p. 708; Muñoz Conde/García Arán, (nota 35), p. 463 y Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, Manual de derecho penal. Parte general, Pamplona, 1998, pp. 584 y 585.

⁶⁶ Antolisei, (nota 4), p. 73; Suárez González, (nota 7), p. 42; Del Rosal Blasco, ("El delito ..", nota 7), pp. 107 y ss. y Martínez Buján, (nota 7), p. 241.

⁶⁷ En detalle, Welzel, (nota 64), p. 262 y ss.; Jescheck, (nota 11), pp. 706 y ss.; Maurach, (nota 68), § 40/26 y ss.; Mir Puig, (nota 38), L. 13/57; Velásquez, (nota 38), p. 597 y Muñoz Conde/García Arán, (nota 35), pp. 461 y 462.

⁶⁸ En el mismo sentido, Suárez González, (nota 7), p. 57.

⁶⁹ En sentido similar Martínez Buján, (nota 7), p. 118, quien entiende que el inicio de la ejecución coincide con el momento en que se conforma la voluntad del órgano, es decir, con el momento en que se aprueba el acuerdo ilícito, por lo que desde aquel instante y aún cuando el acuerdo no se

llegase a ejecutar, se podría imputar responsabilidad penal por un delito en grado de tentativa. (Derecho penal económic. Parte general, cit., pág. 188).

⁷⁰ Vid. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., Madrid, 1998.

⁷¹ Posición mayoritariamente asumida, vid. Maurach, (nota 64), § 50/86 y ss.; Jescheck, (nota 11), pp. 966 y 967 y Jakobs, (nota 38), § 22/19. Sobre el tema vid. Feijoo Sanchez, (nota 35), p. 9.

⁷² En el mismo sentido, Suárez González, (nota 7), p. 58.

⁷³ Sin perjuicio de reconocer que calificarlo de cómplice necesario cuando su conducta es la de un autor y no la de un partícipe podría estar reñido con un principio de legalidad formalmente considerado, entendemos que no se puede ni debe dejar de sancionar a quien realiza un delito. En todo caso, lo que no se debe aceptar es calificar como autor al partícipe, pero no encontramos razones materiales para calificar como cómplice a quien ha realizado una conducta de autor, más aún cuando recibirá la misma pena.

⁷⁴ Suárez González, (nota 7), p. 58. Hablamos de coautoría mediata por el simple hecho de que se estudian supuestos de adopción de acuerdos en un órgano colegiado, en donde el aporte de cada miembro es igual al aporte del resto de miembros del órgano colegiado, esto es, como mínimo, haber votado a favor de la aprobación del acuerdo ilícito.

⁷⁵ Maurach, (nota 64), §§ 48/59 y ss. y § 48/79 y ss.; Jescheck, (nota 11), pp. 922 y ss. (aunque éste autor sostiene que para hablar de autoría mediata en los casos en que el instrumento actúa en estado de error de prohibición, éste tiene que ser invencible, pág. 925); Muñoz Conde/García Arán, (nota 35), p. 483; Velásquez, (nota 38), pp. 616 y 617 y Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, (nota 64), pp. 614 y 615.

⁷⁶ Al igual que todos los supuestos de autoría mediata, en estos se debe entender que el comienzo de la tentativa (actos de ejecución) se presenta para el autor mediato cuando éste pone en marcha el proceso que incide definitivamente en el instrumento, en donde lo decisivo es la perspectiva de la situación del autor (Cfr. Maurach, (nota 64), § 48/112 y ss.; Mir Puig, (nota 38), L. 14/73, 14/74 y 14/75 y Gómez Benítez, (nota 35), pp. 151 a 153) para lo cual no se tiene que recurrir a criterios ajenos a la determinación del comienzo de ejecución en la autoría directa. Otro sector doctrinario entiende que empezará la tentativa para el autor mediato cuando el instrumento escapa de su esfera de dominio, mientras que en los supuestos en que el autor mediato mantiene el control sobre el instrumento durante la intervención de éste, la tentativa, para el autor mediato no empezará sino hasta el final de dicha intervención.

⁷⁷ Posición que se mantiene en Alemania a la luz de los §§ 26 y 27 StGB, en los que se sólo se castiga la participación dolosa. Por todos, Vid. Jescheck, (nota 11), p. 900; Welzel, (nota 64), p. 143 y Maurach, (nota 64), § 47/102 y ss.

⁷⁸ Luzón Peña, "La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, (1989), pp. 892 y 893.

⁷⁹ Luzón Peña, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales. (Comentario a las Sentencias TS 27-1 -1984)", *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, p. 94).

⁸⁰ Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Quintero, dtor.), Pamplona, 1996, p. 95.

⁸¹ En este sentido, Luzón Peña (nota 78), el mismo, (nota 79) y Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 653 y ss., en especial cita nº 388, quien acepta la coautoría en los delitos imprudentes.

⁸² Maurach, (nota 68), § 47/102; Gómez Benítez, (nota 35), pp. 122 y 123 y Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho penal, II, Madrid, 1999, p. 143.

⁸³ Welzel, (nota 64), p. 143

⁸⁴ Feijoo Sánchez, "La imprudencia en el código penal de 1995: (cuestiones de "lege data" y de "lege ferenda)", Cuadernos de Política Criminal, 62, (1997), p. 325

⁸⁵ Cfr. Feijoo Sánchez, (nota 84), p. 325

⁸⁶ En detalle Schünemann, ("Cuestiones ...", nota 33), pp. 529 y ss.

⁸⁷ Suárez González, (nota 7), p. 59. Mantiene dicha línea, Martínez Buján, (nota 7), p. 188.

⁸⁸ Principio de confianza que tanto el TS Español como el BGH circunscriben, en dichos países, al ámbito del tráfico rodado (Vid. Suárez González, (nota 7), p. 59 y Jescheck, (nota 11), p. 801). Aunque lo cierto es que Suárez González no menciona cuáles serían las distorsiones que produciría recurrir a las reglas del error en estos supuestos. Asume el planteamiento esbozado por Suárez González,; Del Rosal Blasco, (nota 7), pp. 71 y ss., el mismo. "El delito de falsedad en la información social ..." cit., págs. 117 y 118 y Pérez Cepeda, (nota 16), pp. 314 y ss.

⁸⁹ Acorde con ello, entendemos que se deben aplicar las reglas generales del error. En el mismo sentido, Martínez Buján, (nota 7), p. 189.