



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

DECISIONES COLEGIADAS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

POR EL PRODUCTO:

Un estudio sobre causalidad y coautoría en la omisión impropia a partir del
Caso Lederspray

DENISE Yael GROSMAN HERNÁNDEZ

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Prof. Guía: LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

Santiago de Chile

Marzo 2016

A mis padres y a John.

Agradecimientos

Agradezco al Profesor Lautaro Contreras Chaimovich por su apoyo y orientación a lo largo de esta tesis. Sus conocimientos y guía fueron fundamentales para el desarrollo del tema.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	6
Capítulo I. Análisis del Caso Lederspray.....	20
1. Hechos del caso.....	20
2. Criterios jurídicos del BGH en torno a la decisión colegiada.....	28
2.1. Principio de actuación conjunta.....	31
2.2. Causalidad.....	34
2.3. Coautoría.....	38
3. Otras dificultades que plantea el Caso Lederspray.....	40
3.1. Causalidad general.....	41
3.2. Posición de garante de los directivos.....	49
3.3. Presupuestos de la tesis.....	56
Capítulo II. Causalidad en las decisiones colegiadas.....	60
1. Causalidad concreta: ¿Cuándo se responde por la adopción de un acuerdo antijurídico adoptado en el seno de un órgano colegiado?.....	60

1.1. Posiciones que afirman una relación de causalidad en la omisión impropia a través de los mismos fundamentos del BGH.....	64
1.1.1. Argumentación del BGH en el Caso Lederspray: La aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones y el uso de normas de derecho societario.....	64
1.1.2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Stuttgart.....	79
1.1.3. Doctrina italiana del delito colegial.....	83
1.1.4. Apreciaciones provisionales.....	89
1.2. Posiciones que afirman la idea de causalidad en los delitos de omisión impropia a través de criterios alternativos a los planteados por el BGH.....	95
1.2.1. Reformulaciones de la teoría de la condición.....	95
a) Fórmula de la supresión cumulativa de factores.....	96
b) Teoría de la condición ajustada a la ley.....	101
c) Teoría de la condición mínima suficiente.....	108

1.2.2. Fórmulas “cuasi-causales” basadas en la imputación objetiva del resultado.....	123
a) Teoría de la probabilidad rayana en la certeza.....	124
b) Teoría de la disminución del riesgo.....	132
c) Teorías de la competencia común.....	143
d) Apreciaciones provisionales.....	157
2. Causalidad e intervención de terceros: el problema de las conductas alternativas conforme a Derecho.....	167
Capítulo III. Coautoría en las decisiones colegiadas.....	185
1. Planteamiento del problema: ¿Cómo se responde por la adopción de un acuerdo contrario a deber adoptado en el seno de un órgano colegiado?.....	185
1.1. La argumentación del BGH en el Caso Lederspray a favor de la coautoría: dominio colectivo del hecho e imputación recíproca.....	188
1.1.1. La teoría del dominio del hecho.....	191
1.1.2. Requisitos de la coautoría y su aplicación al Caso Lederspray.....	195
a) Decisión común al hecho.....	195

b) Ejecución en común.....	201
c) La imputación por coautoría a los gerentes de las filiales....	206
1.1.3. Apreciaciones provisionales.....	209
1.2. Criterios alternativos al BGH para afirmar coautoría en los delitos de omisión impropia.....	212
1.2.1. Teoría del dominio objetivo y positivo del hecho.....	212
1.2.2. Teoría del dominio competencial del hecho.....	226
1.2.3. Teoría de los delitos de infracción de deber.....	243
1.3. Posiciones que niegan la idea de coautoría en los delitos de omisión impropia.....	252
2. Apreciaciones provisionales.....	260
Apreciaciones Finales.....	265
Bibliografía.....	274

Resumen

La presente memoria tiene por objeto revisar las problemáticas fundamentales que giran en torno a los delitos de omisión impropia. Específicamente se centrará en aquellos delitos en los que interviene un colegio de personas que determina la decisión de omitir por medio de una votación, a partir del caso real del aerosol para cueros o “Lederspray”. Por una parte se analizarán las cuestiones referentes a la causalidad en este tipo de delitos y, por otra, aquellas que dicen relación con la coautoría.

El trabajo comienza por un análisis del Caso en el que se revisan los criterios utilizados por el Tribunal Supremo Alemán para condenar a los intervinientes. Luego se explora el problema de la causalidad en las decisiones colegiadas, presentando posturas tanto que apoyan la argumentación del Tribunal como otras que se valen de argumentos diversos. A continuación se trata el problema de la coautoría, explicando los criterios utilizados para afirmarla en el caso concreto, como también presentando posturas alternativas. Finalmente se realiza una apreciación final que consiste en una síntesis de las apreciaciones provisionales y proyecta temas de discusión futura.

Introducción

a) Cuestiones Preliminares

La responsabilidad por productos defectuosos es un tema que originalmente ha sido tratado en sede extracontractual civil, pero se ha ido trasladando también a sede penal en forma relativamente reciente, en cuanto ofrece una mayor disuasión a los responsables de delitos de esta especie por medio de la sanción penal.

El estudio de la responsabilidad penal por el producto, tiene como objeto a la empresa como sujeto activo del delito, en la medida en que es ésta, a través de sus distintos órganos de dirección, producción y venta, la que pone a disposición de los consumidores los productos en el mercado. Esto ha suscitado múltiples debates a nivel doctrinario y jurisprudencial en torno a diversos ejes temáticos, tales como la posición de garante del fabricante, el problema de la causalidad general y el principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, entre otros. En esta tesis me detendré en un problema en particular que ha generado especial debate para

el cual aún no existe un criterio uniforme de solución; el problema de la decisiones colegiadas al interior de los órganos directivos de la empresa.

Dentro del marco de la empresa, las formas clásicas de imputación de responsabilidad penal no otorgan soluciones adecuadas, ya que los delitos no se cometen por sujetos individuales y determinables que llevan a cabo todos los elementos del tipo¹, sino se dan dentro de estructuras de organización compleja² en las que “existe una desmembración entre actividad de dirección, facultad de información y poder de decisión que

¹ La cuestión acerca de hasta qué punto los miembros del colegio individualmente considerados carecen de competencia para actuar por sí mismos, sino solo a través del órgano colegiado, será uno de los problemas a tratar en esta tesis. A modo de introducción entenderemos que, en principio, la doctrina entiende esto afirmativamente, no obstante hay autores que postulan que en casos límite la situación de hecho obliga a infringir el principio de actuación conjunta. “El principio de dirección conjunta sirve a los intereses de la sociedad de responsabilidad limitada y de sus socios. Pretende garantizar una mayor seguridad de la corrección de las medidas de gestión individual (...) Puesto que frente a este interés resulta prevalente el de los usuarios de evitación de importantes daños a la salud, incluso con peligro para la vida, es indiscutible que hubiese estado justificada una infracción por parte de cada gerente individual del principio de gestión conjunta”. SCHUMANN, H. Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre “Sentencia Erdal” del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH)”. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch.213p.

² “Ya no encontramos un autor que tome la decisión de realizar un hecho típico con conocimiento del alcance de su decisión y que ejecute dicha decisión. Todo lo contrario. Dentro de grandes empresas y sociedades que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, conocimientos sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre sus efectos en el entorno de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar una persona en la que coincidan creación de riesgo o participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial”. FEIJOO, Bernardo. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO, S. y GOMEZ-JARA, C. 2008. Gobierno corporativo y derecho penal. Mesas redondas de derecho y economía. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces.192p.

representa un problema central para la constatación de responsabilidad”³. En este contexto, las esferas de actuación de los individuos que la componen se rigen por dos pilares fundamentales: la división de tareas, en el plano horizontal y el principio de jerarquía, en el plano vertical⁴. Es por esto que, a la hora de determinar la infracción a normas de conducta y la existencia de responsabilidad penal, se hace imprescindible atender a los ámbitos de competencia de los distintos órganos⁵. “(S)e trata de ver si ciertas personas pueden ser objeto de reproche por su comportamiento en el marco del papel que desempeñan en la empresa. La posición de cada uno en la organización fundamenta, es decir, constituye y limita, un ámbito de competencia y responsabilidad personal que la consideración jurídico-penal no puede pasar por alto”⁶. Sin duda, para dicha determinación, no bastará

³ FEIJOO, Bernardo. *Op. Cit.* 192-193p.

⁴ ÍÑIGO CORROZA, M. 2001. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, J.M Bosch. 247-248p. “En la organización lineal una serie de órganos están comprendidos en la ejecución de un mismo trabajo decidido en operaciones especializadas en línea, en la forma en que normalmente se presentan las funciones principales de la empresa, como pueden ser la organización de la producción o ventas. Este proceso tiene lugar en todos los niveles de la empresa. En cada una de las fases hay una serie de operarios y un jefe por sección (...) Esta organización está basada en el principio de división técnica y especialización, pues cada miembro de la empresa tiene determinada, en estos aspectos, sus funciones. Por otro lado, la organización jerárquica de la empresa establece la relación entre un superior que decide y un subordinado que acepta estas decisiones”. ÍÑIGO CORROZA. *Op. Cit.* 248p. Para efectos de la materia de estudio de esta tesis me centraré solo en los problemas comprendidos dentro de este plano horizontal. Específicamente, en la relación que existe entre los directores de una empresa, dejando de lado los problemas diversos que se originan de la relación entre el superior jerárquico y sus subordinados. Ello, ya que en el Caso Lederspray, como veremos, no existe una delegación de funciones del órgano directivo a los subordinados, sino que las decisiones de producción, distribución y venta se llevaron a cabo íntegramente por el órgano colegiado.

⁵ *Ibid.* 252p.

⁶ FEIJOO, Bernardo. *Op. Cit.* 195p.

con el mero análisis de organigramas de distribución de tareas, en la medida en que las empresas modifican de facto estas estructuras rígidas, que al final servirán como una mera referencia, pero en ningún caso como base de la imputación criminal. Primará por el contrario, el poder de decisión y mando que posean en el hecho cada órgano para impartir instrucciones por sobre la distribución formal de tareas.

En particular, en la responsabilidad penal por el producto, el rol de los directores de la empresa resulta especialmente relevante, en cuanto son éstos quienes poseen el control sobre de la toma de decisiones al interior de la organización. Es por ello que actualmente ha existido un desplazamiento de las teorías de la imputación regulares hacia un modelo “*top-down*”⁷, ya que se entiende que el acto de ejecución material no resulta determinante a la hora de imputar responsabilidades, como ocurre en los supuestos de autoría clásica y supone la teoría del dominio del hecho en su forma original. Al contrario, este dominio recae esencialmente en los directivos y mandos medios de la empresa, por lo que se hace imperativo acudir a

⁷ BOLEA BARDÓN, C. Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial. En: LUZÓN, D. 2010 Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig. Madrid, La Ley.759p.

teorías que expliquen el alejamiento entre ejecución material y dominio sobre la actuación delictiva⁸. Especialmente problemático resulta el hecho de que en la mayoría de los casos, estos órganos directivos están compuestos por varios miembros, que toman las decisiones en forma conjunta. Este constituirá el problema central a tratar en esta tesis.

b) Presentación del problema de las decisiones colegiadas

La problemática sobre las decisiones colegiadas se origina cuando un grupo de sujetos con poder de mando dentro de una empresa toma una determinación conjunta contraria al ordenamiento jurídico. Este constituye un tema problemático no solo en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, sino también en las demás áreas del derecho penal económico, en que la toma de decisiones al interior de la empresa no se realiza por un órgano unipersonal, sino por un conjunto de individuos que ocupan cargos directivos. En este sentido, el ámbito de aplicación de esta tesis sobrepasa la responsabilidad penal por el producto, siendo posible extenderla a todas aquellas áreas en que los delitos sean cometidos por un directorio u órgano colegiado. Sin perjuicio de ello, enfocaremos nuestro estudio a partir de esta

⁸ BOLEA BARDÓN, C. *Op. Cit.* 757p.

área en específico, en cuanto presenta características que hacen que el tema sea especialmente complejo. Dicha particularidad consiste en que las determinaciones que se toman dentro de la responsabilidad penal por el producto tienen que ver con la puesta o retirada de productos en el mercado. En particular, aquellas decisiones que dicen relación con la falta de retirada de un producto del mercado que termina por generar resultados lesivos en los consumidores, se califican como delitos de omisión impropia, lo cual implica una dificultad adicional en el estudio de la cuestión.

En primer lugar, se presentan interrogantes en torno a la idea de causalidad que dicen relación con dos dificultades generales. Por un lado, respecto de la verificación del nexo causal entre los aportes individuales de cada uno de los miembros del órgano colegiado a la toma de decisión y el resultado lesivo. Como veremos más adelante, no resulta evidente el poder acreditar que el cumplimiento del deber de actuar de los directivos en forma individual vaya a conducir a que se tome la decisión colectiva “correcta” o ajustada a derecho. En efecto, la doctrina se encuentra dividida entre quienes reconocen la causalidad en la omisión impropia del mismo modo en

que se comprueba en los delitos de acción y quienes sostienen criterios alternativos para su verificación.

Por otro lado, una segunda dificultad que plantea la causalidad en la omisión impropia en el ámbito de las decisiones colegiadas, tiene que ver con que, en la mayoría de los casos, las deliberaciones no son llevadas a cabo en la práctica por el mismo órgano que las toma, sino por un tercero. A modo de ejemplo, muchas veces las empresas productoras dan la orden de retirada de un producto a sus distribuidoras, no obstante son éstas quienes deciden en último término si obedecer la orden de retirada de la productora o no. Esto dificulta adicionalmente el juicio sobre si mediante el debido ejercicio de la acción omitida se hubiese evitado o no el resultado, dado que este en la práctica también depende de un tercero.

En segundo lugar, se presentan interrogantes en torno a la idea de coautoría, específicamente, en cuanto a si este constituye o no el título de imputación adecuado para los miembros del órgano que toman la decisión. Particularmente problemático resulta el hecho de que, por lo general, las decisiones se realizan por medio de una votación, lo que pone en tela de

juicio la concurrencia de los requisitos entendidos como necesarios por la doctrina mayoritaria para que el establecimiento de la figura.

A su vez, causalidad y coautoría son temas que se encuentran estrechamente relacionados, siendo la teoría del nexo causal el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado⁹ en un sentido naturalístico. En otras palabras, no podrá ser coautor, quien no se haya determinado previamente como causal para la producción del resultado que se le atribuye. Esto implica que la teoría del concurso de personas que se adopte para el delito en particular, va a depender en cierta medida de la concreta teoría sobre la causalidad que se acepte¹⁰, por lo que

⁹ ROXIN, C. 1997. Derecho penal parte general. Tomo I. Trad. 2da ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas. 346p. Con esta afirmación no pretendemos seguir una teoría extensiva del concepto de autor, según la cual “los tipos legales han de ser interpretados de modo que cualquiera que sea causal para la realización de un tipo, actúa típicamente, y con ello puede ser castigado (como autor) mientras lo permita su culpabilidad” DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. 1991. La autoría en derecho penal. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias.p.352. Paréntesis añadidos. En principio, en esta tesis nos basaremos en el concepto restrictivo de autor, según el cual no todos los intervinientes en un hecho delictivo a los que les sea objetivamente imputable el resultado son autores, sino solo algunos de ellos. *Íbid.*407p. Este concepto de autoría presupone la idea de causalidad, pero incluye requisitos adicionales para establecer aquel título de imputación y constituye la doctrina dominante con la Teoría del dominio del hecho.

¹⁰ NOVOA MONREAL, E. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II.3°. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 149-150p.

las conclusiones que podamos extraer sobre uno u otro problema en torno a las decisiones colegiadas estarán fuertemente relacionadas.

c) Objeto de la Investigación: *El Caso Lederspray*

El caso Lederspray de 1981 es reconocido como un *leading case*¹¹ dentro de la doctrina y jurisprudencia alemana por la gran complejidad que presenta en los distintos ámbitos de la responsabilidad penal por el producto, suscitando vastas interrogantes en torno a problemas que van desde la causalidad general, hasta la posición de garante de los directivos. Particularmente controvertido en este caso resulta el problema de las decisiones colegiadas, que ha originado hasta el día de hoy intensos debates en la doctrina tanto nacional como internacional, en que se siguen cuestionando fuertemente los criterios utilizados por el Tribunal Supremo Alemán para resolver la materia. La discusión se encuentra lejos de estar zanjada, lo que repercute directamente en la forma en cómo se están resolviendo hoy los casos que involucran decisiones colectivas en la responsabilidad penal por el producto.

¹¹ GIMBERNAT, E. 1999. La responsabilidad por el producto: el Caso Lederspray (spray para el cuero). En: Ensayos Penales. Madrid, Tecnos. N del A N°124; MEIER. 1992. NJW. 3199 (“Todo ello ha llevado a calificar la sentencia del Lederspray en “leading case”); BEULKE/BACHMANN. 1992. JuS. 378p.; BRAMMSEN. GA, 1003. 101p. (“iniciadora de nuevos caminos”).

Con el objeto de facilitar el análisis sobre el tema de las decisiones colegiadas, nos centraremos precisamente en este caso por ser indiscutiblemente el paradigma en el estudio de las mismas, en cuanto en él convergen todas las posibles interrogantes que pudieran surgir a propósito del tema. A través de esta tesis intentaré resolver dichas cuestiones, con la pretensión de que servirá para la futura toma de postura en esta materia, que en la actualidad se hace cada vez más común y compleja.

A principios de los años 80, el Tribunal de Land de Aquisgrán alemán condenó a seis gerentes de una reconocida empresa dedicada a la fabricación de un aerosol protector para el cuero que llevaba más de 20 años en el mercado. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo Alemán, donde se corroboró la existencia de los delitos de lesiones imprudentes y dolosoeventuales en comisión por omisión y lesiones dolosas por acción.

Al comenzar a recibir reclamaciones por parte de los consumidores relativas a la producción de enfermedades, tales como dificultades respiratorias, náuseas y fiebre, que en muchos casos terminaban en la

detección de edema pulmonar, los directivos de la empresa tratan de establecer las causas por diversas vías e incluso cambian la fórmula de elaboración del spray, no obstante los daños a la salud continúan apareciendo. Con motivo de lo anterior, se llama a una junta extraordinaria de emergencia donde participan todos los gerentes de la sociedad y se decide poner advertencias en el aerosol. Se determina que el producto no será retirado, sino hasta que existieran posteriores averiguaciones que demostrasen un auténtico defecto en el producto.

Finalmente el caso llega al Tribunal Supremo Alemán, quien condena a todos los gerentes, tanto por omisión de evitar daños a la salud al no retirar el producto del mercado, como por el delito activo de lesiones dolosas peligrosas, por seguir distribuyendo el producto luego de la junta extraordinaria de directores.

Este caso constituye un intento importante del Tribunal Supremo Alemán por resolver los múltiples problemas que origina la toma colegiada de decisiones, tales como cuándo se responde por la participación en los mismos, cómo se responde una vez adoptado el acuerdo, cuál es el

fundamento de dicha responsabilidad y cómo se determina la responsabilidad individual de cada uno de los directivos¹². No obstante, a juicio de una parte importante de la doctrina, el Tribunal Supremo Alemán habría pasado por alto varias de estas preguntas fundamentales, dejando sin resolver el fondo del asunto, cuestión por la cual esta sentencia resulta particularmente polémica y fuertemente criticada. Estas objeciones develan el debate jurídico que subyace a preguntas fácticas fundamentales, tales como el de las mayorías sobre-condicionadas, la ausencia de directores al momento de la votación, la emisión de un voto desfavorable que genera que se cumpla el quórum necesario para aprobar una decisión y la existencia de una obligación de los miembros del órgano para impedir el acuerdo antijurídico. Todas éstas constituyen cuestiones muy comunes en la práctica que se ha tenido que plantear la doctrina a propósito de este caso y que aún no encuentran una respuesta definitiva y satisfactoria que sienta las bases para la resolución de casos similares.

¿Juega un rol en la imputación de responsabilidad penal el tipo de sociedad de que se trate? ¿Deben ser imputados a título de coautoría todos

¹² MEINI, I. 2003. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. Valencia, Tirant lo Blanch. 225p.

los actos que se decidan en forma colegiada? ¿Responden del mismo modo todos los miembros del órgano colegiado? ¿Resulta aplicable la teoría dominante del dominio del hecho a casos de decisiones grupales y delitos de omisión? A través de esta tesis, responderé a las preguntas anteriores por medio de un análisis del Caso Lederspray, intentando determinar si fue acertada la solución otorgada por el Tribunal Supremo Alemán o si, al contrario, las críticas propuestas por la doctrina son fundadas y el problema de las decisiones colegiadas en la responsabilidad penal por el producto debería resolverse a través de criterios alternativos.

d) Estructura del Trabajo

El primer capítulo de esta tesis tratará sobre la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán en el Caso Lederspray y el problema de las decisiones colegiadas al interior del mismo. Comenzaré con el relato de los hechos que dieron paso a la sentencia del Tribunal Supremo, para continuar con el estudio particular de los criterios jurídicos utilizados por el BHG para dar solución a los problemas que suscita la imputación a un órgano colegiado.

Describiré de los diversos ejes en la Sentencia Lederspray que han generado debate en torno a la responsabilidad penal por el producto, con el objeto de contextualizar el problema a tratar, exponer los presupuestos sobre los cuales se basará la tesis y en definitiva acotar el área de estudio únicamente a las decisiones colegiadas.

I. Capítulo I. Análisis del Caso Lederspray

1. Hechos del Caso¹³

La sociedad de responsabilidad limitada W y M se dedicaba, entre otras cosas, a la fabricación de aerosoles para el cuidado de artículos de cuero y piel (“Ledersprays”), el cual se impregnaba en zapatos y ropa de este material. El producto era comercializado a través de dos de sus sociedades filiales, bajo las marcas “Erdal” y “Solitär”. La sociedad productora W y M contaba con 4 directores-gerentes; el “Gerente A”, se encontraba a cargo del área de química y además era el apoderado general de la sociedad productora, el “Gerente B”, poseía competencia en el ámbito de técnica, adquisiciones, almacenamiento y transporte, el “Gerente C” se dedicaba al ámbito de administración y el “Gerente D”, estaba a cargo del área de ventas. Por su parte, las filiales Erdal y Solitär tenían un director-gerente cada una, además de los cuatro directores generales, que dependían del director de ventas (“Gerente D”) de la sociedad productora.

¹³ Antecedentes del caso extraídos en su mayoría de los textos de SCHUMANN, En: SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 200-213pp. y GIMBERNAT, En: GIMBERNAT, E. *Op. Cit.* 304-325pp.

Luego de 20 años de haber sido comercializados con normalidad, desde otoño del año 1980, W y M comenzó a recibir reclamos por los consumidores del aerosol protector para cueros. Dichas quejas decían relación con la producción de daños en la salud de quienes habían usado correctamente el spray, consistentes en dificultades respiratorias, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. En muchos de los casos los afectados tuvieron que solicitar asistencia médica y tratamiento hospitalario estacionario o incluso cuidados intensivos, por su estado de peligro para la vida. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones o edemas pulmonares que en la mayoría de los afectados se siguió de una mejoría radical después de ser tratados con cortisona¹⁴. A principios de 1981, a propósito de los reclamos, se llevaron a cabo investigaciones internas en la empresa productora con el fin de

¹⁴ “A partir de finales de otoño de 1980 se recibieron noticias en el grupo de empresas en las que se informaba que diversas personas habían sufrido daños en la salud después de utilizar los sprays para el cuero de la referida marca. Esos daños se exteriorizaban, casi siempre, en dificultades respiratorias, tos náuseas, escalofríos y fiebre. Los afectados tuvieron que solicitar, en muchas ocasiones, asistencia médica, necesitando a menudo tratamiento hospitalario de carácter estacionario, y teniendo que ser ingresados, en algunos casos, en algunos casos, por su estado de peligro para la vida, en unidades de cuidados intensivos. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones (edemas pulmonares). En la mayoría de los afectados se produjo enseguida una mejoría radical, especialmente después de la administración de preparados de cortisona, que llevó a la total curación”. BGHSt 37, 106. En: GIMBERNAT, E. *Op. Cit.* 305p.; GIMBERNAT, E. 1997. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. [en línea] ADPCP, Vol. L. http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernata.pdf.46 y ss.

establecer las causas de los daños, pero no se consiguió detectar ningún defecto manifiesto en la fabricación. Aun así, se introdujeron cambios en la fórmula de composición del producto, no obstante, los daños se siguieron produciendo, llegando la primera noticia sobre un consumidor afectado por el uso del spray, tras la modificación de la fórmula con fecha 14 de febrero de 1981.

El 12 de mayo de 1981, con motivo de las reclamaciones, se llamó a una junta extraordinaria de directores en que participaron los cuatro directores-gerentes de la sociedad productora. En esta instancia, el gerente del área de química de la empresa manifestó que “de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta entonces, no existía indicio alguno de propiedades tóxicas ni, consiguientemente, peligrosidad de los aerosoles, por los que no existía tampoco motivo alguno para retirar el producto”¹⁵, argumento en base al cual se decidió conjuntamente continuar su comercialización con normalidad y mejorar las advertencias existentes en los envases. Se resolvió además, retirar el producto del mercado solo en caso de que se realizaran posteriores averiguaciones que demostrasen

¹⁵ BGHSt 37, 106. En: GIMBERNAT, E. 1999. *Op. Cit.* 306pp.

fehacientemente que el producto era defectuoso. Luego de la junta, se informó a los gerentes de Erdal y Solitär la decisión de continuar la comercialización del producto y éstos “hicieron suya la decisión”¹⁶, poniéndola en práctica en cada una de las filiales a su cargo. Se adoptó, de este modo, el acuerdo unánime de continuar la distribución del aerosol, acuerdo que también podría haberse decidido por una mayoría de 4 votos, de un total de 6.

El producto se siguió comercializando y causando ulteriores daños en la salud de los consumidores (nunca la muerte), hasta que el 20 de septiembre de 1983, por orden de la Oficina Federal de Salud de aquel entonces en Alemania, se llegó a detener definitivamente la venta y se retiró el producto del mercado¹⁷. El caso llegó al Tribunal del Land (la Audiencia Provincial de Maguncia o Mainz), quien para resolver el caso distinguió entre los daños generados con anterioridad a la junta extraordinaria y con posterioridad a la misma. Siguiendo esta línea, el Tribunal sostuvo que, con

¹⁶ Así lo determinó tanto el tribunal de instancia como el Tribunal Supremo Alemán señalando que “en el círculo de autores también deben incluirse los acusados W. y D. (que trabajaban en las empresas distribuidoras del producto), aunque no se haya probado su presencia en la sesión especial. Pues ellos fueron informados ampliamente de la decisión que se tomó, con lo que la aprobaron y la hicieron propia para sus respectivos ámbitos de responsabilidad”. Trad. Libre del Prof. LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH de la sentencia del BGHSt 37, 106.

¹⁷ TIEDEMANN, K. 2010. Manual de derecho penal económico. Parte general y especial. Valencia, Tirant lo Blanch. 136p.

anterioridad a la junta, los gerentes eran responsables de lesiones imprudentes por omisión, al no retirar el producto del mercado y en consecuencia omitir la evitación de daños a la salud de los consumidores. La coautoría imprudente fue fundamentada en la posición de garante de cada uno de los gerentes individualmente, basándose en su deber de observación del producto y en el hecho de que a cada uno de ellos le era posible y exigible la retirada del mismo¹⁸. Se les atribuye a los gerentes, por tanto, un deber de aseguramiento del tráfico, basado en la confianza depositada por los consumidores en éstos¹⁹.

Desde la junta de directores de mayo de 1981, el Tribunal de instancia sostuvo que éstos se encontraban en conocimiento de que se producirían más daños en caso de no detener la comercialización, ordenando la retirada del producto del mercado, por lo que a partir de este punto, se generaría un cambio en el título de imputación a coautoría activa de lesiones dolosas peligrosas. En definitiva, el Tribunal del Land condenó a los 6 gerentes de la empresa W y M y sus dos filiales por lesiones

¹⁸ La fundamentación individual de la responsabilidad se debe a que, por una parte, en Alemania no existe la coautoría imprudente, cuestión que es debatida en la doctrina y que será tratada en los capítulos posteriores de esta tesis, y por otra, se basa en el régimen jurídico de sociedad en cuestión; en cuanto W y M era una sociedad de responsabilidad limitada.

¹⁹ Sobre el deber de aseguramiento del directivo, ver: ÍÑIGO CORROZA. M. *Op. Cit.* 268-269pp.

imprudentes por omisión y coautoría activa de lesiones peligrosas, distinguiendo entre los daños producidos con anterioridad a la junta de directores y con posterioridad a ésta.

El Tribunal Supremo Alemán (BGH) en su sentencia de 6 de julio de 1990²⁰, ratificó la decisión del Tribunal de instancia, no obstante, distingue tres títulos de imputación distintos, a partir de cuatro tramos temporales diversos en la comercialización del spray identificados por el Profesor GIMBERNAT²¹:

a) *Etapa impune*: correspondiente al periodo en que el producto comenzó a comercializarse, teniendo en cuenta que este se había fabricado de acuerdo con los conocimientos técnicos de la época y nada hacía prever que podría traer consecuencias dañinas para la salud de sus consumidores, ya que tampoco se habían verificado reclamaciones por un largo periodo. Las primeras lesiones no fundamentan condena ya que son reconducidas a un caso fortuito, por ausencia de dolo o culpa.

²⁰ La sentencia del Tribunal Supremo federal alemán se encuentra publicada en varias fuentes, entre las cuales se encuentran: BGHSt 37, 106; NJW 1990, pp.2560-2569; JR, 1992, 27; NStZ, 1990, 588.

²¹ GIMBERNAT, Enrique. 1999. Op. Cit. 306-307pp.; GIMBERNAT, Enrique. 1997. Op. Cit. 50-51pp.

b) *Lesiones imprudentes en comisión por omisión*: correspondiente a las lesiones ocasionadas en el periodo entre el 14 de febrero de 1981, en que se cambió la fórmula del aerosol ya que llegaron las primeras noticias de su nocividad y el 12 de mayo de 1981, en que se realizó la junta extraordinaria de directores. En este tramo la empresa productora ya poseía antecedentes del posible potencial dañino del aerosol a partir de las reclamaciones que le habían llegado al respecto. Correspondieron a un total de cuatro casos que fueron notificados a la empresa. El BGH, al igual que el tribunal de instancia, sostiene que la no retirada del producto en esta etapa corresponde a una imprudencia y la conducta omisiva consiste en la pasividad de permitir que el producto se siga utilizando.

c) *Lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión*: luego de la junta extraordinaria de directores, el BGH determina un cambio en el título de imputación respecto de todas las lesiones generadas por los productos no retirados del mercado con posterioridad a esta fecha, dada la consciencia que habían adquirido los directivos de que los aerosoles eran efectivamente peligrosos, por acumulación de indicios y persistencia en la no retirada.

d) *Lesiones dolosas cometidas por acción*: la conducta activa de introducir nuevos aerosoles en el mercado (en contraposición a la de dejar pasivamente los que ya estaban circulando), luego de la junta extraordinaria de 12 de mayo de 1981, fue catalogada por el BGH como una conducta activa dolosa, propiamente tal²². En total, se condenó por un total de 38 casos, incluyendo éstas y las lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión.

La decisión del BGH de condenar a los seis directores-gerentes por los tres delitos señalados, ha dado pie a un álgido debate en torno a las aristas más problemáticas de la responsabilidad penal por el producto. En el acápite siguiente haré una breve referencia a las mismas, para luego detenerme en el problema particular sobre las decisiones colectivas, centrándome en el delito correspondiente al tercer tramo que se indica; las lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión.

²² “la producción y comercialización de productos para una sociedad, en el marco de sus fines sociales, es imputable –también penalmente– a sus gerentes como acción propia. Ellos responden por los eventuales daños desde el punto de vista del delito comisivo”. BHGSt, 37, 106. En: SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 203p.

2. Criterios jurídicos del BGH en torno a la decisión colegiada

Como se mencionó anteriormente, el Tribunal Supremo federal alemán se pronunció en contra de los gerentes de la empresa productora, responsabilizándolos por tres delitos distintos. No obstante, respecto de las lesiones imprudentes, el BGH se remite a lo señalado por el Tribunal de instancia²³ y centra su argumentación en las lesiones producidas con posterioridad a la Junta Extraordinaria, haciendo responsables a los seis directores-gerentes por la coautoría lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión, y lesiones dolosas en comisión.

A continuación, expondré los argumentos que fueron utilizados por el BGH en la sentencia para fundamentar la coautoría, para luego profundizar en cada uno de ellos, mediante una reformulación de los mismos, agrupándolos según su idea principal.

²³ En Alemania se manejan dos conceptos distintos de autor “en los delitos dolosos el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor” MIR PUIG, S. 1998. Derecho Penal Parte General. 5° ed. Barcelona, Reppertor.368p.

Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo Alemán fueron los siguientes²⁴:

1. La coautoría en los delitos de omisión es posible cuando varios actores que ostentan el mismo deber de garante y lo deben cumplir en forma conjunta toman la iniciativa común de no hacerlo.
2. En el delito cometido, los aportes omisivos de cada uno de los coautores pueden imputarse a los otros y por esta razón deben responder conjuntamente por la omisión de la acción de retirada que todos debían realizar en común.
3. En la junta extraordinaria, todos los directores-gerentes tomaron la decisión unánime de no emprender la acción de retirada. Ello implica una decisión común de omitir la acción debida, infringiendo un deber jurídico y fundando la coautoría.
4. Respecto de los gerentes de las empresas distribuidoras, éstos también son coautores en cuanto “hicieron suya²⁵” la decisión común de no

²⁴ Criterios jurídicos extraídos de traducción libre del Prof. CONTRERAS CHAIMOVICH de la sentencia del Caso Lederspray, BGHSt, 37, 106.

²⁵ Ver Nota N° 16.

retirar, desde el momento en que fueron informados ampliamente de la misma y la aprobaron mientras la infracción no estaba consumada.

5. El hecho de que el quórum²⁶ ya se había cumplido con la decisión de los cuatro gerentes de la empresa productora no obsta a que se incluya a los dos gerentes de las distribuidoras, ya que en la coautoría no es necesario un acuerdo previo, sino basta una conformidad durante el hecho, mientras no se haya consumado.

6. El aporte de cada uno de los seis gerentes es causal para el resultado, ya que este solo puede tener lugar a partir de la suma del aporte de varios autores. De lo contrario, si la causalidad faltara, porque en el caso de que se hubiese votado a favor de la retirada el resultado hubiese acontecido de todas formas, los miembros de un cuerpo colegiado siempre podrían eximirse de sus deberes invocando el actuar de otro miembro, sin atender a los deberes propios.

²⁶ La palabra “quórum” será utilizada a través de esta tesis, como la proporción de votos favorables que se requieren para que exista un acuerdo dentro de un órgano colegiado y no como el número mínimo de individuos que deben estar presentes para que se voten determinados acuerdos.

2.1. Principio de Actuación Conjunta

A diferencia de la opinión del Tribunal del Land, el BGH sostuvo que el deber conjunto de todos los gerentes de retirar el producto es distinto de la obligación de actuar que compete a cada uno de los gerentes separadamente. Mientras que el Tribunal del Land había afirmado que a cada gerente, individualmente considerado, le era posible y exigible la retirada del producto, el Tribunal Supremo Alemán, atendiendo a la naturaleza de la sociedad de la que se trataba, considera que esta aproximación no se ajusta a las sociedades de responsabilidad limitada. Señala el BGH que en esta clase de sociedades rige el principio de actuación conjunta²⁷, según el cual varios gerentes solo pueden actuar colectivamente cuando se trata de materias que afectan a la totalidad de la empresa, por lo que no corresponde atender al deber individual de cada gerente en forma aislada, sino que se trata de un deber compartido, que solo puede ser ejercido colectivamente²⁸. El Tribunal Supremo desarrolla esta idea en la sentencia Lederspray:

²⁷ SCHUMANN, Heribert. *Op. Cit.* 206p.

²⁸ “En la sentencia del caso Lederspray, el BGH tomó en cuenta, a la hora de establecer responsabilidades, el régimen jurídico de las Sociedades, es decir, la distribución de deberes según la posición que cada uno ocupa en la empresa”. ÍÑIGO CORROZA, María Elena. *Op. Cit.* 267p.

“La responsabilidad penal del acusado por las lesiones causadas por el uso de spray deriva de su posición como Directivo de la empresa...La producción y distribución de productos en el marco de la política de empresa de una Sociedad Anónima [sic], son atribuibles –también en Derecho penal- a los Directivos de la misma como una acción propia...Corresponde, pues, a los procesados, en su calidad de directivos de la empresa el deber de tomar las medidas necesarias para que el usuario de un producto producido y distribuido por la misma no resulte lesionado. En principio, la distribución de los distintos ámbitos de la empresa entre los múltiples directivos de una SA no afecta para nada a la responsabilidad individual en la dirección global de la misma...Ciertamente, los deberes del directivo en general están vinculados (con un) sector de la empresa y al ámbito de responsabilidad a él confiados...; pero, el principio de responsabilidad y competencia globales de la dirección de la empresa se manifiesta allí donde, en virtud de determinadas causas –por ej. En situaciones de crisis o excepcionales- se ve afectada la empresa como un todo; en estos casos, toda la dirección de la empresa debe actuar”²⁹.

Siguiendo esta línea argumentativa, el BGH sostiene que en el caso concreto, para proceder a la retirada del aerosol del mercado, era necesaria una decisión unánime o al menos mayoritaria de la dirección de la sociedad y que a cada uno de los gerentes solo le correspondía el deber de realizar los esfuerzos necesarios para que se tomara esta decisión. Así, en opinión del BGH, solo le era exigible a cada gerente la emisión de su voto en contra, como contribución a la decisión colectiva jurídicamente correcta, pero no atribuir el deber de retirada en forma individual, ya que este constituía un

²⁹ BGHSt, 37, 106, 113 y ss. Paréntesis añadidos. En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1995. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch. 175-176pp.

deber esencialmente colectivo que solo podía llevarse a cabo en forma conjunta³⁰. En otras palabras, el aporte individual de cada director solo se considera relevante como pieza conformante de la deliberación grupal, cuestión que es fundamentada en la naturaleza de la decisión y el tipo de órgano que la lleva a cabo.

En suma, el principio de actuación conjunta utilizado por el BGH constituye el pilar fundamental para sostener que sobre los seis directores-gerentes recaía una posición de garante compartida. Del hecho de que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, el Tribunal concluye que para llevar a cabo ciertas acciones, los miembros del órgano solo pueden actuar conjuntamente y que, por tanto, no cabe distinguir los deberes que competen a cada uno individualmente, sino solo establecer que existe un deber de garante común, consistente en la retirada del producto del mercado: “para el TS alemán, la base y medida de la imputación por los deberes incumplidos lo constituyen el régimen jurídico de las Sociedades anónimas, es decir, la distribución de deberes según la posición que cada

³⁰ “En opinión del BGH, para una retirada del producto era necesaria una decisión conjunta, o al menos mayoritaria, de la dirección de la sociedad, porque la medida a tomar, la retirada, trascendía a los departamentos y afectaba a toda la empresa. Cada uno de los gerentes, en consecuencia, estaba obligado tan solo a realizar todos los esfuerzos precisos para que se tomara la decisión de la retirada”. SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 206p.

uno ocupa en la empresa. Sin embargo, en situaciones de crisis excepcionales, la responsabilidad y competencia son globales, diluyéndose en estos casos los principios que tradicionalmente han venido delimitando la responsabilidad hasta ese momento”³¹.

2.2. Causalidad

En una primera instancia, el BGH reconoce la dificultad que existe en el establecimiento de la causalidad entre la decisión individual y la deliberación antijurídica final, en cuanto los esfuerzos individuales de cada uno de los gerentes que hubiesen cumplido con el deber de retirada emitiendo su voto en contra, pudiesen haberse visto frustrados por los votos a favor de la mayoría. A propósito, señala que “(si la pregunta sobre la causalidad) se formula individualmente para cada uno de los acusados, su respuesta puede ser dudosa, ya que no se puede excluir que cada uno de los directivos, en su intento de promover la decisión exigible, hubiera fracasado por la resistencia que hubieran podido oponer los restantes directivos que rechazaban la retirada del producto”³². En otras palabras, el Tribunal alude

³¹ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit* .176p.

³² NJW, 1990. Paréntesis añadidos. En: GIMBERNAT, E. 2000. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “comisión por omisión”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (53): 53p.

al problema de que no es seguro que, aun cuando los directivos hubiesen actuado individualmente conforme a deber, no se hubiese acordado la resolución antijurídica de todas formas.

A pesar del argumento sobre causalidad hipotética, el BGH argumenta que los seis directores gerentes deben responder de todos modos por la ausencia de la retirada del producto y por los daños generados, ya que, “Si no fuera así, ello significaría que..., en una sociedad limitada con varios directivos, cada uno podría liberarse de su responsabilidad con la mera indicación de la inactividad equivalente e igualmente contraria a deber de los restantes”³³ y que “es evidente (que su absolución) no puede ser ajustada a Derecho”³⁴.

Luego, el BGH argumenta que no es preciso considerar el resultado lesivo en abstracto, sino corresponde atender al resultado en su configuración concreta y, “en su configuración absolutamente concreta, un acuerdo unánime no es lo mismo que uno adoptado por una mayoría de cuatro contra dos o de cinco contra uno, y para la unanimidad todos los

³³ NJW, 1990. En: GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 53p.

³⁴ *Ibid.* 54p.

votos son necesarios”³⁵. De este modo, la objeción de la falta de causalidad porque el voto en contra de un solo miembro de la junta directiva no habría podido modificar la decisión, fue rechazada por el TS federal alemán haciendo referencia a las reglas de imputación por coautoría³⁶, afirmando “causalidad cuando quien tiene la carga de actuar solo produce el resultado en colaboración con las acciones de otros -por tanto, solo es condición necesaria, pero no suficiente- del mismo modo cualquiera de las omisiones será causal, si el omitente solo hubiera podido evitar el resultado típico conjuntamente con otros”³⁷. En otras palabras, se argumenta que la contribución individual de cada uno de los gerentes es causal para la suma de dichas decisiones. Cada voto a favor, emitido individualmente, importaría como pieza conformante de la decisión total, que debe analizarse en forma ex post, y que, en concreto, se tomó de forma

³⁵ PUPPE, I. Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 218p.

³⁶ SCHÜNEMANN, B. 2002. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LV: 20p. Al respecto, TIEDEMANN, haciendo referencia al hecho a propósito del delito imprudente: “el Tribunal Supremo Federal alemán ha admitido, para las lesiones corporales, la causalidad de todos aquellos miembros del órgano colegiado que habían votado a favor de omitir la paralización de la producción y distribución, así como la retirada del producto del mercado. El Tribunal Supremo Federal busca fundamentar esto afirmando que todos los que votaron en este sentido tendrían una conducta que *sería causal en su totalidad*, para lo cual se hace la construcción de tal manera que las reglas reconocidas para la coautoría de una actuación conjunta con división del trabajo son trasladadas a la constelación de la complicidad” *Cursiva del texto original*. TIEDEMANN, K. *Op. Cit.* 138p.

³⁷ SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 206p.

unánime. Bajo esta perspectiva adoptada por el BGH, todos los votos aisladamente considerados son causales para la toma unánime de la decisión antijurídica y los resultados que esta desencadenó.

En definitiva, el Tribunal Supremo soslaya el análisis sobre la necesidad de cada voto en forma aislada, evitando la discusión sobre causalidad hipotética, aludiendo en parte a la forma de organización de las sociedades de responsabilidad limitada y las reglas de imputación por coautoría. En este sentido, se sostiene que el derecho a la dirección en este tipo de sociedades es de naturaleza colectiva y ninguno de los miembros del órgano puede modificar la decisión unilateralmente -ya sea para la omisión de la retirada o para dar la orden a favor de ésta-, por lo que concluye solo cabe analizar la causalidad de cada aporte en relación al resultado concreto de la decisión común; esto es, como elementos conformantes de una decisión unánime. Esto implica un cambio importante respecto de las reglas clásicas de imputación penal, pues se cambia la imputación individual, pilar fundamental de la responsabilidad penal, por la imputación al colectivo, es decir, “la imputación de un resultado a un grupo de personas, sin que sea

posible establecer una diferenciación entre los distintos grados de participación de cada una”³⁸.

2.3. Coautoría

A partir de la deliberación de que sobre todos los directores-gerentes recaía un deber común, consistente en la retirada del aerosol del mercado, el Tribunal Supremo argumentó que el aporte de cada uno de éstos en la omisión de dicha acción de retirada era imputable a los demás, fundamentando la coautoría. En otras palabras, además de basarse en el tipo de sociedad para argumentar que las decisiones solo se podían tomar en común, el BGH fundamentó la imputación a título de coautoría, sosteniendo que existía una posición de garante conjunta. Así, a partir de ambos elementos, el tipo de sociedad y la posición de garante común, se sostiene que la decisión unánime de no retirar el producto del mercado fue reflejo de una determinación conjunta de omitir la acción debida que solo cabía imputar a título de coautoría.

³⁸ Más específicamente, “la diferencia entre la imputación colectiva y la individual reside en la incapacidad *lege artis* de distinguir entre las personas individualmente consideradas. La imputación colectiva lanza una única red sobre muchas personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo”. HASSEMER, W. 1999. Persona, mundo y responsabilidad. Bogotá, Temis. 99-100p.

Por otra parte, el Tribunal entiende que dicha decisión grupal – contraria a deber- solo se consuma cuando todos los miembros del órgano colegiado han emitido su voto, por lo que resulta irrelevante el orden en que éstos se pronuncien, ya que ello implicaría tomar en cuenta individualmente cada decisión, cuestión que es descartada por el Tribunal por las razones esgrimidas anteriormente.

Respecto de la posibilidad de fundamentar la coautoría en un acuerdo simultáneo al delito, el Tribunal señaló que para que se establezca la coautoría no es necesario que dicho acuerdo se lleve a cabo previo a la ejecución, sino que resulta suficiente que exista una conformidad de los autores durante la ejecución del hecho³⁹, que en este caso consiste en la emisión de los votos favorables.

³⁹ “la importancia y la peculiaridad de la sentencia del Tribunal Supremo Federal radica en que (al faltar decisión conjunta a cometer el hecho) se transmite la imputación de la coautoría a la constelación de la complicidad. Pero posiblemente también en la coautoría pueda renunciarse por completo a la exigencia de una decisión conjunta hacia el hecho (que de todos modos no es mencionada en la ley) debido a la pertenencia de todos los participantes a una única y misma empresa. Por cierto que esta reflexión para la coautoría constituye una reorientación dogmática de la teoría de la autoría en las empresas” TIEDEMANN, Klaus. *Op. Cit.* 140p.

En cuanto a la responsabilidad de los directores de las dos distribuidoras, el BGH afirma la coautoría sucesiva de ambos⁴⁰, en la medida en que se les informa la decisión y la ponen en práctica en las respectivas empresas de las que se encuentran a cargo, “haciéndola suya”. En este sentido, su aquiescencia a la decisión de los cuatro gerentes de la sociedad productora es equivalente a la emisión de un voto a favor, lo cual genera, en definitiva, la unanimidad en la decisión de todos los gerentes en la determinación de continuar la comercialización y producción de los aerosoles y, a su vez, la necesidad de cada uno de los votos que conforman el acuerdo unánime.

3. Otras dificultades que plantea el Caso Lederspray

A pesar de que esta tesis se centrará en la cuestión de las decisiones colegiadas, resulta importante enunciar brevemente algunos problemas adyacentes que se presentan en la sentencia del Lederspray, con el fin de delimitar el objeto de este trabajo y dado que servirán como marco de

⁴⁰ “En cuanto a X e Y, que no tomaron parte en la Junta, la sentencia afirma la coautoría sucesiva, porque “hicieron suya” la decisión”. SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 202p.

referencia, en cuanto la mayoría estas discusiones se relacionan en algún nivel.

En términos generales, se distinguen tres ámbitos criticados por la doctrina en la Sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Lederspray; en torno a la causalidad general, la posición de garante de los directivos y respecto al tema de las decisiones colegiadas. Me referiré sucintamente a los primeros dos, para luego adentrarme en los capítulos posteriores al tema central de esta tesis.

3.1. La causalidad general

La pregunta sobre la causalidad general en los casos de responsabilidad penal por el producto, dice relación con la aptitud de un determinado producto para causar lesiones o incluso la muerte de sus consumidores. De forma más general, el mismo Tribunal Supremo la define en el caso Lederspray como aquellos “principios de experiencia que sirven de base en el caso concreto a la constatación de la causalidad y que normalmente hacen tan probable la relación entre causa y efecto que

razonablemente permiten excluir dudas”⁴¹. Este caso constituye un precedente importante en materia de causalidad en la responsabilidad penal por el producto, ya que el BGH admite que la imposibilidad de las ciencias empíricas para determinar con precisión cuál es el factor nocivo en un producto compuesto no tiene por qué afectar a las ciencias penales en la verificación de la causalidad⁴². Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo sostuvo en la sentencia:

“La Sala de lo Penal...ha constatado expresamente en la descripción de los hechos que la causa de los accidentes solo puede ‘existir en algunos mecanismos toxicológicos causales de concretos componentes del producto o por lo menos en su combinación con otros. Esta constatación, vinculante para el Tribunal de Casación, es suficiente para afirmar la relación de causalidad. Nada cambia en esto que todavía hasta hoy no haya sido posible identificar exactamente desde el punto de vista científico-natural esa sustancia o combinación de sustancias, que confiere al producto esa propiedad específica para causar daños a la salud. No interesa la investigación de la sustancia responsable de los mismos, ni el conocimiento de su eficacia tóxica en el caso presente. Y como se ha constatado de manera jurídicamente correcta que alguno de los componentes integrantes del producto –aunque no se haya podido aclarar más detalladamente cuál de ellos- fue el causante de los daños, ya no es necesario para demostrar la relación de causalidad que además se compruebe por qué esas sustancias han podido causar esos daños”⁴³.

⁴¹ BHG NJW, 1990. En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* p.140.

⁴² *Ibid.* 133p.

⁴³ BGH NJW 1990, 2560, 2562. En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 132p.

Esta doctrina desarrollada por el BGH en torno a la causalidad, se describe nítidamente como lo que HASSEMER denomina una “black-box”. En la medida en que estén controladas la entrada y salida de la caja —el producto compuesto- aunque su contenido permanezca en la oscuridad, si es posible encontrar una relación suficiente entre este y los daños, pudiendo excluir otros factores nocivos distintos al producto, sería posible establecer de todos modos la causalidad sin saber cuál es el componente específico del producto que ocasionó las lesiones⁴⁴.

En términos concretos, en el caso Lederspray, el BGH se adhirió a los argumentos presentados por el Tribunal del Land corroborando el nexo causal entre el spray protector para cuero y las lesiones reclamadas por los consumidores. Según el Tribunal de instancia, existía una ley causal por la cual determinadas sustancias desconocidas del spray, bajo condiciones indeterminadas, provocaban daños en la salud. Dicha convicción se fundamentó principalmente en que los daños reclamados por los afectados eran del mismo tipo, se produjeron temporalmente después de la utilización del spray y no fue posible verificar otras causas distintas a la utilización del

⁴⁴ *Ibid.* 133p.

mismo⁴⁵, por lo que, por exclusión, no cabía sino concluir que los daños eran atribuibles al aerosol: “El Tribunal Supremo Federal consideró que era suficiente que todas las imaginables causas de reemplazo y de reserva hubieran sido excluidas por el juez. Sería suficiente la comprobación de la causalidad del producto para los daños, sin que fuera necesario esclarecer el por qué”⁴⁶.

La argumentación en base al “principio de exclusión”, que el BGH considera suficiente para confirmar el nexo causal entre el spray y las lesiones⁴⁷, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de diversos autores quienes advierten el peligro de una posible “desformalización”⁴⁸ de los presupuestos clásicos de imputación penal en materia de responsabilidad penal por el producto, que también se han evidenciado en casos similares como el de la Colza en España, donde la causalidad general también ha sido

⁴⁵ SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 202p.

⁴⁶ TIEDEMANN, K. *Op. Cit.* 135p.

⁴⁷ *Ibid.* 136p. Al respecto, se afirma en la sentencia del BGH: “[La Audiencia Provincial de Maguncia], dentro del marco de su descripción del supuesto de hecho, ha constatado expresamente que la causa de los sucesos solo puede residir y solo ha residido ‘en algunos mecanismos de eficacia toxicológica de algunas materias primas por sí solas o, al menos, en combinación con otras materias primas’. Esta constatación vinculante para el Tribunal de Revisión [el BGH] es suficiente para afirmar la relación de causalidad. Y ello no lo modifica en nada que hasta ahora –como reconoce el propio Tribunal de instancia- no haya sido posible identificar exactamente, desde un punto de vista científiconatural, qué sustancia o combinación de sustancias fueron la que confirieron a los productos su específica propiedad para causar daños en la salud”. En: GIMBERNAT, Enrique. 1999. *Op. Cit.* N del A N° 129, 307p.

⁴⁸ Concepto acuñado por HASSEMER En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit. passim.*

tema de controversia⁴⁹. De la insuficiencia que poseen estas fórmulas clásicas en su aplicación a delitos económicos modernos de mayor complejidad, surge la necesidad de adaptar las fórmulas que tradicionalmente se han utilizado. Dicha suavización de los requisitos para verificar la procedencia de ámbitos como la causalidad, ha generado debate en torno a la posible puesta en riesgo de otros principios rectores del derecho penal, como el “*in dubio pro reo*”⁵⁰.

⁴⁹ En la sentencia del TS español del 23 de marzo de 1992 se responsabilizó a los directores de una empresa importadora y distribuidora de aceite de colza, destinado exclusivamente a usos industriales, que había sido introducido a España en el mercado de comestibles. Entre los consumidores del aceite se declaró una enfermedad hasta entonces desconocida, denominada “síndrome tóxico”, que lesionando los vasos sanguíneos de los afectados, produjo la enfermedad crónica en más de 15,000 personas, de las cuales fallecieron 330. Véase GIMBERNAT, E. 2001. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 54 (Nº1). Similar a lo que ocurrió en el Caso Lederspray, en el caso de la adulteración del aceite de colza, jamás se pudo verificar con certeza cuál era el componente específico que causó la intoxicación masiva: “el Tribunal, obviamente carente de los conocimientos técnicos de los peritos que intervinieron en el proceso, se inclinó por la que a su juicio era más fiable, dando, en todo caso, por probado que fue el aceite de colza desviado al consumo humano el vehículo a través del cual se produjo la intoxicación. El agente causal mismo (anilida, anilina, etc.) quedó sin identificar, pero ello no fue obstáculo para que el TS diera por probada la relación de causalidad. En la STS 23 de abril 1992 se utilizan diversas fórmulas, pero al final lo único que queda claro es que, aún sin identificar el concreto agente causal de la intoxicación, había datos probatorios suficientes...para hacer responsables de la misma a los que, de un modo u otro, habían contribuido a la desviación del aceite de colza desnaturalizado al consumo humano”. HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 88p.

⁵⁰ HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 143-144pp. A mayor abundamiento, señalan: “los casos de responsabilidad por el producto se caracterizan precisamente, por no ofrecer, o no hacerlo de un modo fiable...conocimientos empíricos seguros- tradicionalmente considerados centrales para la determinación de la causalidad- Los datos existentes en este momento sobre las relaciones conforme a las leyes o no dicen nada, o no son suficientes, o no son fiables...La jurisprudencia se ha adaptado a estos nuevos problemas suavizando las tradicionales exigencias del concepto jurídico penal de causalidad, al considerar que ya no es necesario el conocimiento de las condiciones específicas de las leyes de la experiencia, sino solo la seguridad general del black-box...Esto significa naturalmente –desde el punto de vista de la teoría de la condición conforme a las leyes de la experiencia- una reducción esencial de los presupuestos de la penalidad (uno de los cuales es el concepto de causalidad)”.

En el Caso Lederspray, la crítica en concreto apunta a que nunca se corroboró fehacientemente que un elemento específico en la fórmula de elaboración del spray era lo que efectivamente produjo la tos, fiebre, náuseas y edema pulmonar de quienes lo utilizaron⁵¹ y que, por tanto, el nexo causal entre el producto y los daños era demasiado indeterminado como para afirmar la causalidad general en la sentencia:

“No pudo explicarse con claridad la relación causal concreta entre el aerosol y los daños a la salud producidos; algunas pericias partían de una relación causal, otras la rechazaban. Pese a que con ello quedaron sin conocerse la sustancia tóxica y la ley causal, el Tribunal Supremo Federal consideró que era suficiente que todas las imaginables causas de reemplazo y reserva hubieran sido excluidas por el juez (“principio de exclusión”). Sería suficiente la comprobación de la causalidad del producto para los daños, sin que fuera necesario esclarecer ‘el por qué’ (...) la literatura objetó que no existía ni era conocida una ley causal con ayuda de la cual pueda hacerse la subsunción del caso; la sola comprobación de una idoneidad general sería demasiado indeterminada”⁵².

En este sentido, se han manifestado en contra del criterio utilizado por el Tribunal Supremo Alemán autores como PUPPE, SAMSON y

⁵¹ “hasta la fecha, no se ha aclarado cuáles son las sustancias contenidas en el spray que provocaron los daños. El Tribunal del Land admitió que existía una ley causal por la cual determinadas sustancias desconocidas del spray, bajo condiciones también desconocidas, provocaban daños a la salud. Esta convicción se basa sobre todo en que los daños a la salud de todos los afectados eran del mismo tipo, se produjeron temporalmente tras la utilización del spray y no se han encontrado otras causas distintas de la utilización del spray. El que el Tribunal Supremo haya consentido expresamente esta formación de la convicción ha provocado fuertes críticas”. SCHUMANN, H. *Op. Cit.* 202p.

⁵² TIEDEMANN, K. *Op. Cit.* 136p.

BRAMMSEN, donde la primera se manifiesta como una de las fuertes opositoras. Al respecto sostiene que “Las regularidades estadísticas, que el BGH y el Tribunal Supremo han aplicado en los casos del Lederspray y del aceite de colza, no son en realidad leyes causales (...) son solo indicios de la existencia de una ley causal que todavía debe formularse (...) en el caso del aceite de colza, los indicios son más consistentes que en el caso del Lederspray, donde, entre millares de usuarios del Lederspray, solo en unos cuarenta casos se ha observado la aparición de edema pulmonar. En el caso Lederspray, yo tengo grandes dudas sobre la prueba de la causalidad”⁵³. Según su punto de vista, no basta con corroborar una gran cantidad de casos en los que exista una conexión temporal entre la acción del autor y los daños para probar la causalidad, sino además se requiere una teoría causal que explique el vínculo entre ambas⁵⁴, cuestión que, a sus ojos, no ocurre en el caso Lederspray.

Por su parte, KUHLEN avala la metodología utilizada por el Tribunal Supremo, constituyendo uno de los pocos representantes de la doctrina minoritaria alemana: “...la diferencia entre la respuesta jurídica afirmativa

⁵³ PUPPE, I. *Op. Cit.* 223-224pp.

⁵⁴ *Íbid.* 225p.

y la científica negativa o aun no decidida a la cuestión de la causalidad no es en estas circunstancias una respuesta fundamentada empíricamente, sino normativamente...es decir, en los distintos standards de adecuación de las explicaciones causales”⁵⁵. En términos diversos, HILGENDORF defiende la posición del BGH sosteniendo que nuestros conocimientos científicos siempre se encontrarán limitados a lo que ocurre en el “mundo real”: “dada la limitación del conocimiento empírico humano nunca puede excluirse que haya otros factores co-causales. La suposición de que un determinado factor sea causal de la aparición de un daño está siempre sometido a la reserva de la limitación de nuestro conocimiento. En caso de que existan explicaciones alternativas, el tribunal debe darse por satisfecho con la seguridad práctica del ‘mundo real’”⁵⁶.

Se debate, en definitiva, si para hacer responsable de unos daños concretos al productor “basta con que se pueda establecer con suficiente seguridad que el producto en sí era lesivo”⁵⁷ o sí acaso es necesario que exista una comprobación absoluta de su potencial dañino, estableciendo los

⁵⁵ KUHLEN NStZ lug cit. En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 139p.

⁵⁶ HILGENDORF, E. 1988. Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (41): 99-100pp.

⁵⁷ *Ibid.* 101p.

componentes específicos del producto que generaron dicho resultado o bien, excluyendo de modo absolutamente fiable todas las demás condiciones causales ajenas⁵⁸. Sin adentrarme en profundidad en la discusión doctrinaria, basta con mencionar que la doctrina se ha manifestado en ambas direcciones y que, en principio, en casos de responsabilidad penal por el producto en que será difícil establecer la causalidad con una certeza absoluta, se trata de resolver si existen elementos suficientes como para estimar que el principio *in dubio pro reo* ya no es aplicable⁵⁹. Una aplicación sin límite de un concepto en extremo laxo de causalidad podría llevar a una incerteza de estos conceptos fundantes, descuidando los principios que inspiran el derecho penal en favor de argumentos político-criminales.

3.2. La posición de garante de los directivos

Como requisito de imputabilidad de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, es necesario que el agente a quien se le atribuye la omisión se encuentre en una especial posición respecto del bien jurídico protegido por el tipo penal que lo obliga a evitar el resultado lesivo que

⁵⁸ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.*146p.

⁵⁹ *Ibid.* 151p.

recae sobre aquel⁶⁰. Dicha posición, denominada *deber de garante*, corresponde a una obligación *extrapenal* que seleccionaría de entre todas las personas a aquellos encargados de vigilar la integridad de un bien jurídico determinado, haciéndole responsable del mismo y de no evitar su lesión, se le atribuye a ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción⁶¹. Este deber “se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro”⁶², funciones que han permitido distinguir diversos supuestos ampliamente aceptados⁶³ donde existe una posición de garante, los cuales es posible agrupar dentro de estas dos principales.

A diferencia del Tribunal del Land, quien se basó en un deber de aseguramiento del tráfico similar al que impera en la responsabilidad extracontractual civil⁶⁴ para fundamentar la posición de garante de los

⁶⁰ JESCHECK, H. 1993. Tratado de derecho penal. Parte General. 4º ed. Granada, Comares.564p.

⁶¹ GIMBERNAT, E. 1997.*Op. Cit.*12p.

⁶² MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 306p.

⁶³La “teoría de las funciones” fue creada por KAUFMANN y entró a reemplazar a la “teoría de las fuentes formales del deber jurídico”, siendo aceptada ampliamente en la doctrina alemana, aunque no así en Chile y España, donde aún se atiende al criterio restrictivo de las fuentes formales para decidir la existencia de una posición de garante. Al respecto, MIR PUIG la señala como “muy extendida en España”. MIR PUIG, S. *Op. Cit.* N. del A. 306p.

⁶⁴ “La Sala de lo Penal –la Audiencia de Mainz- deduce este deber de impedir el resultado [de retirar el producto del mercado] del deber jurídicoprivado de aseguramiento del tráfico, a saber, del deber de observación del producto, y se apoya directamente en los principios que han sido desarrollados por la jurisprudencia del BGH [Sala de lo Civil] para el ámbito de la responsabilidad jurídicoprivada por el

directivos, el Tribunal Supremo Alemán se basó en la injerencia para sostener que sobre ellos recaía dicha posición y el consecuente deber de retirada del producto del mercado. La injerencia es un supuesto de posición de garante que se encuentra dentro de la función de control de una fuente de peligro y se entiende tradicionalmente como aquella que deriva del actuar precedente peligroso. En otras palabras, se origina de haber ocasionado un peligro que pone en riesgo el bien jurídico protegido y por tanto genera el deber de evitar que este se verifique en un resultado lesivo: “quien ocasiona una perturbación del orden social establecido para impedir la lesión de los bienes jurídicos (‘injerencia’) debe preocuparse de que el peligro que ha creado no se transforme en un resultado típico”⁶⁵.

El BGH sostuvo que, por regla general, a cada uno de los gerentes solo le corresponde responder dentro su ámbito de competencia, pero en situaciones de crisis o excepcionales en los que se ve afectada toda la

producto. Ciertamente que existen argumentos para afirmar que los mismos deberes que son determinantes para la responsabilidad civil por el producto pueden constituir también el fundamento de la responsabilidad penal, especialmente porque la obligación de indemnizar por los daños de productos defectuosos se concibe como un supuesto de responsabilidad extracontractual...Pero por otra parte, los principios de responsabilidad del Derecho civil, orientados a la reparación del daño, no deben ser utilizados automáticamente para determinar la responsabilidad penal. Si –y, en ese caso, en qué medida– los deberes civiles de prevenir daños coinciden con los fundamentadores de la responsabilidad penal, no es necesario decidirlo en esta sentencia. Pues, en cualquier caso aquí, sobra la base de los hechos probados, se daba una posición de garante de los acusados que, de acuerdo con los principios jurídicopenales, les obligaba a impedir el daño”. BGHSt, 37, 106. En: GIMBERNAT, E. 1999. *Op. Cit.*52p.

⁶⁵ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 568p.

empresa, como la que existe en el Caso Lederspray, está llamada toda la dirección a actuar en conjunto y debe existir una decisión de todos ellos para retirar el producto del mercado. Siguiendo esta línea, el BGH determinó que la falta de retirada del aerosol del mercado cuando ya existían datos sobre su peligrosidad era calificable como una omisión impropia basada en la injerencia, determinada por una conducta peligrosa anterior consistente en la puesta en el mercado de productos nocivos:

“Quien, poniendo en circulación tales productos, ocasiona, infringiendo un deber, un peligro para los consumidores, tiene en principio que procurar que este peligro no llegue a producir el correspondiente daño. Esto vale sobre todo para la producción y distribución de aquellos bienes de consumo cuya composición y utilización correcta supongan para los consumidores –en contra de sus legítimas expectativas- el peligro de producción de daños a la salud...La conducta previa de los acusados generadora del peligro constituyó también objetivamente una infracción del deber. Ello se deduce de que el Ordenamiento jurídico, aunque no sin excepciones, prohíbe en principio crear peligros de los que se deriven...daños corporales para terceros. Y ello vale también incluso allí donde no hay ninguna norma legal específica que sancione tales conductas de puesta en peligro, ni, especialmente, una que haga al causante jurídicopenalmente responsable. La protección general de la que goza el bien jurídico de la integridad corporal proporciona ya el fundamento jurídico”⁶⁶.

⁶⁶BGHSt 37, 106, 116. En: HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 161p.; GIMBERNAT, E. 1997. *Op. Cit.* 55p.

Yendo aún más lejos, el Tribunal Supremo Alemán sostiene:

“Y tampoco es admisible el argumento del recurrente de que la impresión de la peligrosidad del spray en todo caso solo se confirmó después de la reunión de los directivos y que solo la distribución posterior a ese momento o el mantenimiento del producto en el mercado es lo que puede parecer ‘contrario a deber’. ...-La contrariedad objetiva con el deber del comportamiento previo no presupone que el agente haya lesionado ya, con ello sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente...En tanto en cuanto, basta con la desaprobación jurídica del resultado del peligro, siendo irrelevante si el comportamiento de quien lo ha provocado es reprochable en el sentido de la culpabilidad personal. De acuerdo con ello, la creación de una situación de peligro fundamenta una posición de garante que obliga a la evitación del daño, incluso aunque en todo ello no resida ninguna infracción del cuidado debido; el comportamiento previo del garante no tiene por qué ser culpable”⁶⁷.

Como mencionamos, la doctrina, ha entendido que “no todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante”⁶⁸, entendiéndolo en forma *absolutamente dominante*⁶⁹ como primera limitación de la injerencia, el requisito de que ésta solo puede provenir de un hacer precedente peligroso en sí para la producción del resultado⁷⁰. No obstante, el Tribunal Supremo Federal Alemán, a través

⁶⁷ GIMBERNAT, E. 1997. *Op. Cit.* 55p; BGHSt 37, pp. 118 y ss. En: ÍÑIGO CORROZA, M. *Op. Cit.* 274p.

⁶⁸ GIMBERNAT, E. 1997. *Op. Cit.* 20p.

⁶⁹ *Ibid.* 21p.

⁷⁰ *Ídem.*

de su decisión, se aleja de esta noción clásica, omitiendo los requisitos que tradicionalmente eran exigidos para su corroboración. La particularidad del caso Lederspray en este ámbito, radica en que la introducción del aerosol en el mercado no era presumiblemente nociva, en la medida en que el producto había sido comercializado con completa normalidad por un largo periodo de tiempo⁷¹, por lo que “sobre la base de las reglas que rigen la posición de garante por injerencia, no resulta fácil fundamentar la obligación del fabricante de retirar el producto causante de los daños”⁷². Así, señala HASSEMER que “en casi todos los casos los implicados introdujeron en el mercado el producto *bona fide*, creyendo que no era nocivo. En la mayoría de estos casos nadie podía en aquel momento diagnosticar la peligrosidad del producto, que solo posteriormente se manifestó, y además en todos los casos de forma paulatina”⁷³. Aun así el Tribunal Supremo da por hecho el requisito de peligrosidad de la conducta precedente y también afirma el requisito de cognoscibilidad admitiendo en

⁷¹ “La particularidad del caso Lederspray reside en que el comportamiento activo de comercializar el producto fue durante muchos años jurídicopenalmente irreprochable-el hacer precedente fue, por consiguiente, conforme a Derecho- por lo que, sobre la base de las reglas que rigen la posición de garante por injerencia, no resulta fácil fundamentar la obligación del fabricante de retirar el producto causante de los daños” GIMBERNAT, E. 1999. *Op. Cit.* 304-305pp.

⁷² GIMBERNAT, E. 1997. *Op. Cit.* 48p.

⁷³ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 160p.

forma inédita, que ésta puede ser corroborada ex post, es decir, a partir del resultado lesivo.

En este sentido, para seguir afirmando la injerencia es necesario, ya sea, aceptar el hecho de que ésta puede surgir sin la infracción previa de un deber de cuidado –es decir, de una conducta conforme a derecho o de buena fe- o bien, cambiar el concepto clásico de injerencia, en que la cognoscibilidad de la peligrosidad debe determinarse siempre ex ante, por uno que acepte que dicha peligrosidad pueda determinarse también ex post. Ya que existe unanimidad en rechazar la tesis del BGH de que el hacer precedente de introducir el producto en el mercado pueda ser considerado ‘*objetivamente contrario al deber*’⁷⁴, la discusión se ha centrado más bien en la segunda posibilidad, que sostiene que la peligrosidad de la conducta

⁷⁴ GIMBERNAT, E.1999. *Op. Cit.* 312p.; GIMBERNAT, E.1997. *Op. Cit.* 56p. En este sentido, SCHÜNEMANN: “El Tribunal Supremo federal alemán (...) no ha respetado la limitación de la posición de garante por injerencia a la conducta a deber precedente estatuida antes por su nueva jurisprudencia reiterado, ya que, queriendo permitir que para la contrariedad a deber baste ‘la reprobación jurídica del resultado de puesta en peligro’ (supra, sentencia BGHSt37, 119), para ella no exige nada más que la causalidad de la lesión, la que, sin embargo, no puede cambiar nada respecto a que la conducta precedente realizada con observancia del cuidado objetivamente necesario en el tráfico no infringe ninguna norma de conducta y, por eso, no es contraria a deber”. SCHÜNEMANN, B. 2002. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LV: 32p.

podría ser determinada con posterioridad a la verificación del resultado lesivo.

Sobre esta nueva concepción de la injerencia la doctrina ha debatido vastamente, existiendo opiniones divididas⁷⁵. Al respecto cabe mencionar que uno de los peligros que conllevaría, es el sinnúmero de posibles casos en que podría establecerse la posición de garante basada en la injerencia, dada la flexibilización de los criterios de conducta exigibles⁷⁶ y, por otro lado, que la *indeterminación* de dichos peligros podría responder a lo que se entiende como fenómeno propio de una sociedad del riesgo⁷⁷ con las consecuencias nefastas de una responsabilidad basada en el resultado.

3.3. Presupuestos de la tesis

Al igual que en el resto de las ciencias, en las ciencias jurídicas también se hace necesario dejar ciertas variables constantes, con el fin de

⁷⁵ Existe una gran cantidad de literatura en torno al tema de la fundamentación de la injerencia en el caso Lederspray. En general sobre esta discusión ver: ÍÑIGO CORROZA, M. *Op. Cit.* 273-274pp; GIMBERNAT, E. 1999. *Op. Cit.* ; GIMBERNAT, E. 1997. *Op. Cit.* 51 y ss. Existen también posiciones que critican la calificación del BGH de acción positiva u omisión impropia por el delito de lesiones. Dicha corriente es partidaria de que los directivos solo pueden responder por una omisión de socorro. Al respecto, ver: SCHÜNEMANN, B. *Op. Cit.* 13p.

⁷⁶ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 167p.

⁷⁷ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 163p.

poder enfocarnos en un problema central. Es por esto que, habiendo enunciado aquellas áreas que frecuentemente se discuten en doctrina a propósito del Caso Lederspray -que dada su profundidad podrían ser material para una investigación independiente-, se deberán pasar por alto los problemas sintetizados y las múltiples interrogantes que éstos arrojan, como base para el análisis pormenorizado sobre el tema específico de las decisiones colegiadas. En este sentido, para efectos de esta tesis, entenderé como verdaderos –en principio- los siguientes presupuestos:

1. La existencia de una posición de garante sobre los seis directores-gerentes que los obligaba a retirar el producto del mercado.
2. La relación causal entre el spray protector para cuero y las lesiones verificadas en los consumidores.

Dichas presunciones son necesarias en cuanto la pregunta sobre el título de imputación que corresponde a los seis gerentes solo tiene sentido si, por una parte, se asume que sobre ellos efectivamente recae una posición de garante -independiente de su posible fundamentación-, y por otra, se entiende que el spray ha causado materialmente las lesiones verificadas en

los consumidores. Tanto los elementos objetivos de la posición de garante como la causalidad material, son requisitos del tipo objetivo⁷⁸ del delito de lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión, por lo que el estudio sobre título de imputación correspondiente al mismo, solo puede comprenderse asumiendo como verdaderas las premisas anteriores. Sin perjuicio de ello, me valdré de las críticas expuestas, en la medida en que éstas incidan en la discusión sobre las decisiones colegiadas y, en particular, el título de imputación correspondiente a los seis directores-gerentes.

Por otra parte, acotaré el área de estudio de esta tesis a los problemas que suscita el delito de lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión, dejando de lado tanto el delito de lesiones imprudentes como el delito activo de lesiones, en cuanto se entiende que el primero constituye el núcleo del problema y resulta un buen punto de partida para el análisis de las mismas.

⁷⁸ Los elementos objetivos que conforman la posición de garante de los directivos, son parte de los elementos subjetivos del tipo (objetivo) de lesiones en comisión por omisión. Por ello, no es posible concebir este tipo penal, sin que recaiga sobre los directores gerentes dicha especial posición respecto del objeto tutelado. Ya que esta tesis se centrará en el problema específico de las decisiones colegiadas, asumiremos, en principio, que todos los directores eran eventuales “autores idóneos”, es decir, cumplían tanto con los requisitos objetivos como subjetivos del tipo penal. Al respecto ver: JESCHECK, H. *Op. Cit.* 617p.

Las lesiones imprudentes se remontan a un periodo en que todavía no se llevaba a cabo la Junta Extraordinaria de directores, por lo que representan un estadio en que aún no se ha llevado a cabo la decisión conjunta, de modo resulta atingente acotar el estudio al periodo desde que ésta se manifiesta, es decir, desde la votación de la Junta de Directores. Por otro lado, el delito de lesiones imprudentes trae a colación la discusión en torno a la coautoría imprudente⁷⁹, lo cual añade una serie de argumentos ajenos al problema de las decisiones colegiadas, que para efectos de esta tesis, deberemos soslayar. En cuanto al delito activo de lesiones dolosas, este constituye una hipótesis menos problemática y será tratado en forma secundaria, a propósito del delito de omisión impropia, que constituirá el eje central de estudio en materia de decisiones colegiadas.

⁷⁹ En general, la doctrina alemana no admite la hipótesis de coautoría imprudente, ya que entiende que en estos supuestos no es posible el acuerdo entre las partes (requisito de la coautoría). Al respecto, ver: MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 392p.

Capítulo II. Causalidad en las decisiones colegiadas

1. Causalidad Concreta: ¿Cuándo se responde por la adopción de un acuerdo contrario a deber adoptado en el seno de un órgano colegiado?

En la responsabilidad penal por el producto, en general, nos encontramos con tres problemas modernos en torno a la causalidad: no se conoce la ley causal, no se conoce al causante o no se conoce a la víctima⁸⁰. El primero de este grupo corresponde al campo de la causalidad general, que en definitiva, trata el problema sobre la aptitud de un determinado producto para dañar a los consumidores, dificultad que también acontece en el Caso Lederspray y a la que hicimos referencia en el capítulo anterior. En este capítulo, nos centraremos únicamente en problemas de causalidad concreta, que presuponen la corroboración inicial de la causalidad general y que, en el Caso Lederspray, presentan especiales dificultades por tratarse de un delito de omisión impropia.

⁸⁰ TIEDEMANN, K. *Op. Cit.* 135p.

La cuestión acerca de las decisiones colegiadas, cuando es abordada en sede de causalidad, lo es, específicamente, dentro de la causalidad concreta. No obstante, como ya lo hemos mencionado, existe una estrecha relación entre ambas: “El examen de la causalidad se efectúa en dos niveles. Primero se plantea, en el nivel de comprobación de la causalidad general, si se da la regularidad comprobable empíricamente entre el tipo de suceso A y R (...) En el nivel de examen de la causalidad concreta se cuestiona si el concreto caso en cuestión, por ejemplo la acción del actor, puede calificarse como portadora de una condición A. En ese caso puede decirse que el actor ha causado mediante su acción A el resultado R”⁸¹. En este sentido, lo que pretende la causalidad concreta es establecer un vínculo entre la acción de un sujeto y el resultado lesivo “R”, valiéndose de la ley general que liga el factor causal directo con el resultado. Este ejercicio resulta relativamente sencillo por ejemplo, en un caso de muerte por balazo, en que la causalidad general diría relación con la aptitud del balazo para ocasionar la muerte, de modo tal que se pueda crear una ley universal que sostenga que si disparo a una persona le ocasionaré la muerte. La causalidad concreta, en cambio, liga la acción de quien dispara con el resultado de muerte, por lo que

⁸¹ HILGENDORF, E. *Op. Cit.* 96p.

permite afirmar que quien mediante su acción de disparar pone la condición para que se genere el balazo, es también causante del resultado final de muerte.

En particular, en el Caso Lederspray, una vez determinada la ley causal general, a saber; que el spray generó las lesiones en los consumidores, -cuestión que presumiremos en esta tesis-, lo que se busca posteriormente a través de la causalidad concreta es establecer un vínculo entre los seis directores-gerentes y el resultado de lesiones en sus consumidores. En la medida en que éstos generan una condición que permita que “A” ocurra, es posible atribuirles el resultado “R” y sostener que éstos lo *causaron*; se plantea, en definitiva, “la cuestión del modo en que haya de configurarse la relación entre acción y resultado para que este puede ser imputado al autor como un hecho propio”⁸². En términos concretos, lo que compete determinar en el ámbito de la causalidad en el Caso Lederspray, es si acaso las decisiones individuales de los seis gerentes de no retirar el producto del mercado son portadoras de una condición que

⁸² JESCHECK, H. *Op. Cit.* 249-250pp.

permite atribuirles a éstos causalmente las lesiones producidas en quienes utilizaron el aerosol.

Dicha comprobación de causalidad resulta especialmente problemática en casos como el presente, donde se trata de un delito de omisión impropia. A diferencia de lo que ocurre en los delitos comisivos, en que la imputación objetiva del resultado presupone que el autor lo ha causado, en este tipo de delitos solo ocurre que este no se ha impedido⁸³, por lo que surge la pregunta sobre cómo es posible establecer un nexo causal entre el “no hacer” -consistente en la omisión punible- y un determinado resultado lesivo. La causalidad en la omisión es un tema complicado en la doctrina, pero si todavía añadimos que dicha omisión se llevó a cabo a través de una decisión colegiada, nos adentramos en un terreno que se ha tratado, a decirlo menos, de manera poco frecuente ¿Es posible aplicar las mismas reglas que vinculan la acción individual al resultado a aquellos delitos cometidos por omisión en forma conjunta? ¿Qué forma adopta la causalidad en un delito colegiado de omisión impropia?

⁸³ JESCHECK, H. *Op. Cit.*562p.

A través del siguiente apartado veremos que la doctrina no es conteste frente a la pregunta inicial sobre cuándo se debe responder por la adopción de un acuerdo contrario a deber en el seno de un órgano colegiado. La respuesta dependerá de la noción que se tenga sobre el concepto de causalidad e imputación objetiva y su aplicación a los delitos de omisión impropia. A continuación, revisaremos las posiciones más representativas de la doctrina en torno al problema que se presenta en el caso Lederspray, partiendo por la argumentación del BGH en el mismo.

1.1. Posiciones que afirman una relación de causalidad en la omisión impropia través fundamentos similares al del BGH en el Caso Lederspray

1.1.1. La argumentación del Tribunal Supremo en el Caso Lederspray: aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones y uso de normas de derecho societario.

Para afirmar la causalidad en la sentencia Lederspray, el Tribunal Supremo Alemán se acoge inicialmente a la doctrina mayoritaria de la

condición necesaria o “equivalencia de las condiciones”⁸⁴, para luego apartarse de esta idea y terminar corroborando el vínculo causal por aplicación de normas de derecho mercantil y las reglas que regulan la coautoría. Mediante esta argumentación, el BGH decide obviar la imputación individual a cada uno de los miembros del órgano, reemplazándola por la consideración de los votos en conjunto, es decir, imputando responsabilidad al colectivo.

Según la teoría de la “equivalencia de las condiciones”, la cual se ha venido aplicando de manera constante tanto en la jurisprudencia del TS como en la del Tribunal Imperial⁸⁵, se entiende por causa “toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *conditio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado”⁸⁶. De acuerdo con esta teoría, se consideran igualmente causas de un resultado, es decir, de igual valor o equivalentes, *todas* aquellas condiciones de las cuales depende su producción, con

⁸⁴ PÉREZ CEPEDA, A. 1997. La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución. Barcelona, Cedecs. 304p.; PUPPE, Ingeborg. Op. Cit. 217p.

⁸⁵ JESCHECK, H. Op. Cit. 252p.

⁸⁶ ROXIN, Claus. Op. Cit. 347p.

independencia de la mayor o menor proximidad que guarden con el resultado⁸⁷. Siendo todas las causas equivalentes y por tanto igualmente necesarias, carece de sentido según esta perspectiva el distinguir entre causas y condiciones⁸⁸.

El modo en que se aplica esta teoría a los casos concretos, con el objeto de establecer si un factor es o no causa de un determinado resultado, es mediante su fórmula conocida como “*conditio sine qua non*” (*c.s.q.n*) que establece un *procedimiento hipotético de eliminación*⁸⁹ conforme al cual “una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiendo mentalmente aquella conducta –es decir, imaginando la hipótesis de que no se hubiera efectuado-, desaparecería también el resultado (condición *sin la cual* no se habría producido el resultado)”⁹⁰. Esta fórmula resulta de simple aplicación en aquellos casos en que se reconoce preliminarmente una acción como causa, como en el ejemplo de la persona que mata a otra mediante un balazo: si suprimo in mente la acción de disparar del sujeto “A”, el resultado de muerte en el sujeto “B” también

⁸⁷ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 218p.

⁸⁸ CEREZO MIR, J. 1998. Curso de derecho penal español. Parte General II. 6º ed. Madrid, Tecnos. 52p.

⁸⁹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 253p.

⁹⁰ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 219p.

desaparece, de lo que se desprende que la acción de “A” es condición y por tanto *causa* de la muerte de “B”.

Sin embargo, hoy la doctrina reconoce de modo general⁹¹ que esta fórmula es de poca utilidad en casos un poco más complejos, ya que por un lado, extiende demasiado la noción de causa⁹² y, por otro, la niega en aquellos en que parece lógico darla por hecho. Estos últimos son los casos de causalidad hipotética, causalidad alternativa (o sustitutiva) y causalidad cumulativa. Los casos de causalidad hipotética son aquellos en que, de no haberse llevado a cabo la acción que realmente causó el resultado, otro factor distinto lo hubiese generado *igual y en el mismo momento*⁹³, de todos modos. El clásico ejemplo de este tipo de causalidad es aquel en que el sujeto “A” mata a “B” de un disparo, situación que coincidentemente un tercer sujeto “C” observa, quien se disponía también a matar a “B” -del mismo modo y en el mismo momento-, pero deja de hacerlo al presenciar la escena. En estos casos, si suprimimos *in mente* la acción de “A” tenemos

⁹¹ PUPPE, I. 1993. Causalidad. Cuadernos de análisis jurídico (28): N del A. 33p.; JESCHECK, H. *Op. Cit.* 253-254pp.

⁹² MIR PUIG otorga el clásico ejemplo del sobrino que, queriendo que su tío muera, lo insta a viajar en avión esperando que este se caiga, hasta que un día esto ocurre en la realidad. Ver: MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 226p.

⁹³ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 219p.

que el resultado de muerte de “B” se hubiese producido de todos modos, puesto que “C” lo hubiese llevado a cabo, por lo que para la teoría de la condición, “A” no debiese ser considerado causa⁹⁴. Por otra parte, los supuestos de causalidad alternativa, son aquellos en los cuales condiciones independientes actúan conjuntamente, no obstante, cada una de ellas es suficiente para provocar el resultado por sí sola. Siguiendo con el ejemplo inicial, estaríamos frente a un caso de causalidad alternativa en la hipótesis en que “A” y “C”, actuando independientemente, le disparan al mismo tiempo a “B” en el corazón, de modo que la conducta de cada uno puede ser suprimida sin que desaparezca el resultado de muerte. Por último, un caso de causalidad cumulativa presupone el ejemplo en que un grupo de sujetos, entre los que se encuentra “A”, le dan puñaladas a “C” ocasionando su muerte⁹⁵. Aunque se eliminara cada una de las condiciones por separado, las demás seguirían siendo por sí solas eficaces para producir el resultado de muerte⁹⁶, por lo que en este caso, según la teoría de la equivalencia de las

⁹⁴ Cabe precisar que resulta necesario para que fracase la teoría de la c.s.q.n, que la causa de reemplazo se produzca hipotéticamente en el mismo momento y del mismo modo, ya que de lo contrario, no podría sostenerse que el resultado se hubiese producido igual en su “concreta configuración”, como ésta supone. (Véase MIR PUIG, S. *Op. Cit.*220p). Por esta razón, no podría objetarse la teoría con causas como que “A” iba a morir de todos modos o que “A” iba a morir en el corto plazo ya que padecía de una enfermedad terminal.

⁹⁵ El clásico caso de causalidad cumulativa es usualmente retratado por la muerte de César mediante 23 puñaladas.

⁹⁶ MIR PUIG, S. *Op. Cit.*220p.

condiciones, “A” podría exonerarse de responsabilidad argumentando que el resultado se hubiese ocasionado de todos modos por las puñaladas que le proporcionaron los demás sujetos.

Lo que ocurre en los casos anteriores, es que cuando varios sujetos intervienen en la acción delictiva, según la teoría de la *conditio sine qua non* aplicada en abstracto, cada uno de ellos podría exonerarse aportando solo condiciones parciales del resultado que sean recíprocamente sustituibles o condiciones del resultado distintas efectivamente realizadas⁹⁷. En otras palabras, cuando se aplica la fórmula de la supresión mental hipotética en supuestos donde existen causas de reemplazo, el resultado se sigue produciendo, lo que según esta teoría indicaría que causas que evidentemente inciden en la producción de este resultado no sean consideradas tales, cuestión que resulta de inaceptable aplicación práctica. Por esta razón, allí donde no es posible poner en duda la causalidad, la jurisprudencia se ha pronunciado siempre a favor de corroborarla de todos

⁹⁷ PUPPE, I. 1996. *Op. Cit.* .217p.

modos, a pesar de que esta no sería la solución que correspondería admitir a partir de la aplicación directa de la teoría de la *c.s.q.n*⁹⁸.

El mismo BGH en el Caso Lederspray, advierte, en principio, las dificultades en la aplicación de esta teoría al caso concreto, donde se requería establecer un nexo causal entre el resultado de lesiones en los consumidores y los votos de cada uno de los miembros del órgano. Al respecto, el Tribunal Supremo señala en forma explícita:

“(Si la pregunta sobre la causalidad) se formula individualmente para cada uno de los acusados, su respuesta puede ser dudosa, ya que no se puede excluir que cada uno de los directivos, en su intento de promover la decisión exigible, hubiera fracasado por la resistencia que hubieran podido oponer los restantes directivos que rechazaban la retirada del producto”⁹⁹.

Si se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones al caso Lederspray, correspondería considerar el voto de cada uno de los directores en forma individual y suprimirlo mentalmente, en cuyo caso el acuerdo contrario a deber se seguiría adoptando, puesto que la mayoría se sigue

⁹⁸ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 254p.

⁹⁹ NJW, 1990. Paréntesis añadidos. En: GIMBERNAT, E. 2000. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “comisión por omisión”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (53): 53p.

alcanzando con los demás votos. En este sentido, por aplicación directa de la fórmula, habría que negar la causalidad de cada uno de los votos individualmente considerados. Esta cuestión es considerada inaceptable por el Tribunal Supremo Federal, el que opta por salvaguardar el caso mediante una variante de la teoría de la condición: poniendo atención no en el resultado lesivo en abstracto, sino ateniéndose al mismo “*en su configuración absolutamente concreta*”¹⁰⁰. Sostiene de este modo el BGH que, si bien resulta problemático afirmar el nexo causal entre las decisiones individuales y el resultado, ello no ocurre cuando se considera la decisión en conjunto, argumentando que es ésta decisión -colegiada y unánime-, la que realmente determina el resultado en los hechos. Así, señala que “en su configuración absolutamente concreta, un acuerdo unánime no es lo mismo que uno adoptado por una mayoría de cuatro contra dos o de cinco contra uno, y que, para la unanimidad todos los votos son *necesarios*”¹⁰¹, por lo que correspondería ceñirse a la realidad, sin añadir nada que no haya sucedido realmente.

¹⁰⁰ PUPPE, I. 1996. *Op. Cit.* 217-218p. Cursivas añadidas.

¹⁰¹ *Ibíd.* 218p. Cursivas añadidas.

Siguiendo esta línea, afirma que los directores-gerentes aportan a una conducta que es *causal en su totalidad*¹⁰² y que radicaría en la naturaleza de la decisión colegiada que todos los que actuaren positivamente en ella son causales para la producción del resultado¹⁰³. La pregunta que correspondería hacer, considerando el resultado en su concreta configuración, sería entonces la siguiente: ¿Son necesarios los votos de los seis directores-gerentes para que se dé como resultado un acuerdo contrario a deber unánime? De aquí aparece que si suprimo mentalmente cualquiera de los seis votos no obtengo “un acuerdo contrario a deber unánime”, sino solo un acuerdo por mayoría de votos, por lo que a través de esta modificación sería posible afirmar que todos los votos son efectivamente causales para la producción del resultado en su configuración concreta.

La modificación anterior constituye un intento por eliminar el problema de las causas de reemplazo. No obstante, considerando que la propia teoría de la equivalencia se basa en la fórmula de la supresión mental hipotética, la propuesta de adhesión al resultado concreto resulta contradictoria. Dicha fórmula llama precisamente a preguntarse qué es lo

¹⁰² TIEDEMANN, K. *Op. Cit.* 138p.

¹⁰³ *Ídem.*

que hubiese sucedido si se elimina imaginariamente el factor que se tiene por causa. Si, apegándonos al resultado en su configuración absolutamente concreta, se elimina además, cualquier causa de reemplazo, tendré como solución que aquello sometido al test siempre va a ser considerado causa¹⁰⁴, lo cual evidentemente pone en tela de juicio la validez de la teoría de la *c.s.q.n* como teoría delimitadora de la causalidad. El Tribunal Supremo federal alemán cae en un error que parte importante de la doctrina ha denunciado: la teoría de la equivalencia de las condiciones “no es más que una herramienta para comprobar las relaciones causales, pero no puede sustituir la definición de causalidad”¹⁰⁵. Las debilidades de esta teoría para delimitar las causas de un resultado dicen relación con que ésta parte de la

¹⁰⁴ PUPPE, I. 2008. El resultado y su explicación causal en Derecho penal. [En línea] Revista Para el Análisis del Derecho InDret, N°4 < http://www.indret.com/pdf/578_es.pdf>.7p. La autora agrega: “es irrealizable la instrucción de suprimir mentalmente la acción, pero sin agregar nada no ocurrido en la realidad, en los casos en los cuales admitimos la causalidad. Pues solo representándonos sin la acción un curso ulterior irreal de los sucesos, que justamente no habría conducido al resultado, llegamos a admitir su causalidad”.8p. En el mismo sentido, ENGISCH: “¿Qué significa propiamente la pregunta de si el resultado se habría producido también sin la conducta que interesa? Evidentemente ella nos obliga a comparar el curso que sigue a la conducta real, en determinados puntos, con aquel curso que tenemos que representarnos sin la conducta en virtud de los antecedentes. La construcción de este último curso, empero, solo es posible por medio de la categoría causal y, sobre su sentido, la fórmula de la *c.s.q.n* no nos dice absolutamente nada, pues su sentido es justamente uno especial, ligado a la categoría causal, pero sin embargo distinto de ella”. ENGISCH, K. 2008. La causalidad como elemento de los tipos penales. Buenos Aires, Hammurabi.46p.

¹⁰⁵ HILGENDORF, E. *Op. Cit.* 94p. En el mismo sentido, MIR PUIG: “se trata de una determinación amplísima de la causalidad que tiende al infinito” MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 219p; JESCHECK: “la teoría de la condición, en cuanto basada en las leyes empíricas naturales, desemboca teóricamente en el infinito: desde esta perspectiva, también los padres y abuelos del asesino han causado la muerte del asesinado”...“La fórmula tiene así, a lo sumo, importancia en la función de control”. JESCHECK, H. *Op. Cit.* 256 y 254pp; ROXIN: “no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que por el contrario se consideran equivalentes (o sea, de igual valor) todas las condiciones”. ROXIN, C. *Op. Cit.*348p.

respuesta que supuestamente está buscando; “la fórmula solo es útil respecto a aquellas conductas que previamente puedan suponerse hipotéticamente causales. La fórmula de la *conditio sine qua non* presupone, pues, el conocimiento previo de la capacidad causal de una acción o de otras similares”¹⁰⁶. La objeción de circularidad que se le ha efectuado a esta teoría radica en que considera la causa como parte de la definición del resultado. Esto, en la práctica, permite manipular el concepto de causalidad insertándole al resultado cualquier hecho que haya tenido lugar antes de su producción, cuyo efecto será el que pasará a formar parte de la condición necesaria y así de la causa de ese resultado¹⁰⁷.

El problema resulta fácil de entender mediante el ejemplo que propone ENGISCH: A pinta un jarrón que B tira al piso, de modo que el

¹⁰⁶ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 222p. En profundidad: ENGISCH: “se presupone ya como causal precisamente aquello que primero habría que demostrar. Pregunto por la causalidad de la conducta C y quiero ver contestada la pregunta por medio de la fórmula de la *c.s.q.n.*; y ésta me explica: por la vía de los especiales eslabones intermedios, causales, que existen en el caso concreto, a saber, por vía de la conducta de C, sin su conducta no se habría producido el resultado concreto. Es manifiesto que tal consecuencia del razonamiento es inadmisibles. Se puede comparar el desarrollo hipotético y el real solo en los elementos que siguen a la conducta a suprimir mentalmente”. ENGISCH, K. *Op. Cit.*43p.; BACIGALUPO: “La fórmula de la teoría de la condición, es decir, la fórmula de la supresión hipotética de la acción, es en realidad engañosa. En verdad, solo es posible saber si con la supresión hipotética de la acción desaparecería el resultado, si se conoce ya de antemano la causalidad. En otras palabras, para responder a la pregunta de si el resultado no habría tenido lugar en caso de suprimirse mentalmente la acción realizada es preciso saber previamente si la acción ha causado el resultado”. BACIGALUPO, E. 1999. *Derecho Penal Parte General*. 2° ed. Buenos Aires, Hammurabi. 258-259pp.

¹⁰⁷ PUPPE, I. 1996. *Op. Cit.*218p.

jarrón se quiebra en pedazos de vidrio pintados, en lugar de sin pintar¹⁰⁸. Para la teoría de la condición, habría que preguntarse quién quebró el jarrón pintado, a lo que no cabría más remedio que añadir como causa a A que lo pintó. El ejemplo anterior explica por qué la teoría de la condición deviene en causas ilimitadas: porque al igual que agrega el hecho de que el jarrón esté pintado como parte de la definición de resultado, permite agregar ilimitadamente cualquier otro hecho que suceda después de este, el cual se considerará como factor causal a pesar de que no sea realmente parte integrante del mismo¹⁰⁹. En palabras simples, la teoría de la condición, en su variante del resultado “en su configuración concreta”, deja un espacio amplísimo para agregar a la definición de resultado todo lo que queramos que haya sucedido en la realidad, aunque de ello no dependa realmente la realización del mismo. En el ejemplo del jarrón “el hecho de que el florero esté pintado no configura en absoluto una parte integrante del resultado concreto delimitado conforme al tipo legal del daño. El daño de una cosa se consuma con la destrucción del florero que ocurre *hic et nunc*, sea que los trozos estén pintados o no”¹¹⁰. De este modo, en la práctica, podríamos

¹⁰⁸ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 33p.

¹⁰⁹ PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 11p.

¹¹⁰ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 36p.

agregar como parte de la configuración concreta del resultado el hecho de que el jarrón haya sido pintado o que una decisión se haya tomado en forma unánime, ya que para la unanimidad, todos los votos son necesarios y para que se quiebre un jarrón pintado, es necesario que alguien lo pinte, pero la verdad es que estos hechos nada tienen que ver con el resultado de que el jarrón se haya roto o se haya tomado una decisión antijurídica.

En definitiva, lo que ocurre en la sentencia Lederspray, es que el Tribunal Supremo, advirtiendo las dificultades en la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones inicialmente, luego las ignora para sostener que todos los votos son necesarios, porque todos los votos son causa del resultado “en su concreta configuración”. Esta solución, según la cual el BGH pretende asemejar el caso Lederspray a un supuesto de causalidad cumulativa¹¹¹, tampoco resulta satisfactoria ya que ésta requiere necesariamente que cada factor sea capaz de generar el resultado de forma independiente, lo cual no ocurre en el Caso Lederspray; cada voto individualmente considerado no posee aptitud para generar ninguna decisión, cuestión que el BGH omite. En lugar de ello, por medio de la

¹¹¹ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 304p.

aplicación de normas de derecho mercantil y las reglas que regulan la coautoría, se decide considerar los votos en conjunto, obviando la imputación individual a cada uno de los miembros del órgano.

Para el Tribunal Supremo en el Caso Lederspray, la *base y medida de la imputación*¹¹² lo constituyen el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, por lo que la aplicación directa de las normas que la regulan constituye el fundamento ulterior de la atribución de responsabilidad en la sentencia: “La responsabilidad penal del acusado por las lesiones causadas por el uso de spray deriva de su posición como Directivo de la empresa...La producción y distribución de productos en el marco de la política de empresa de una Sociedad Anónima, son atribuibles –también en Derecho Penal- a los Directivos de la misma como una acción propia”¹¹³. De aquí que el Tribunal sostenga que en situaciones de crisis o excepcionales, donde se ve afectadas la empresa en su totalidad, toda la dirección se encuentra llamada a actuar¹¹⁴ y reemplaza la imputación

¹¹² HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 176p. Paréntesis añadidos.

¹¹³ BGHSt, 37, 106, 113. En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 175p.

¹¹⁴ *Ibíd.* 176p.

individual por la imputación al colectivo, aplicando las reglas de la coautoría.

Al soslayar la pregunta sobre la causalidad individual de las decisiones, el BGH pasa por alto el principio de responsabilidad personal de Derecho Penal, bastión en el que a su vez se funda el principio “*societas delinquere non potest*”, que representa la concepción dominante en Derecho Penal económico en Alemania y la mayoría de los países del sistema continental¹¹⁵, incluyendo España y Chile. Según este principio, las personas jurídicas y las asociaciones de personas solo pueden actuar a través de sus órganos y son incapaces de realizar una acción penal en sentido estricto, por lo que no pueden delinquir¹¹⁶. No obstante, en la actualidad, este principio ha sido parcialmente modificado, permitiéndose imponer sanciones a las personas jurídicas, por los hechos cometidos por sus órganos¹¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, para que le sea aplicable la sanción a la persona jurídica, se exige en cualquier caso que se *individualice* la responsabilidad de los directivos, representantes u órganos

¹¹⁵ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 204p.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 2000. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Navarra, Aranzadi. 174p.

¹¹⁶ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 205p. ; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Op. Cit.*174p.

¹¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Op. Cit.*103p.

de la empresa, probando que ellos realizaron tanto el tipo objetivo como el subjetivo del delito¹¹⁸. De este modo, al realizarse la imputación al colectivo en vez de a cada uno de los individuos que componían el órgano de dirección, el Tribunal Supremo Alemán genera un cambio inédito respecto de las normas clásicas de imputación penal, lo que le obliga a utilizar las reglas de la coautoría para justificar la carencia de vínculo causal entre las decisiones individuales y el resultado lesivo.

1.1.2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Stuttgart¹¹⁹

A pesar de que la renuncia tácita del BGH al requisito de causalidad ha sido ampliamente rechazada por la doctrina, esta manera de resolver los problemas de causalidad en casos de decisión conjunta no resulta novedosa, habiéndose ya aplicado anteriormente por el Tribunal Superior del Land de Stuttgart. En su jurisprudencia de 1980, basándose en las reglas de la coautoría con una actuación conjunta y división de trabajo, este señaló que era de la naturaleza de las decisiones colegiadas que todos los que actuaren positivamente en ella son causales para la producción de su resultado y que lo único importante es la decisión final que toma el órgano colegiado, no así

¹¹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Op. Cit.*178p.

¹¹⁹ JZ, 1980, p. 774 y ss. En: TIEDEMANN, K. *Op. Cit.*138p.

las decisiones individuales que aportan cada uno de sus miembros. En este sentido, sostiene:

“(S)olamente puede importar la causalidad de esta (la) decisión colectiva. Si uno quisiera decidir de una manera distinta, entonces prácticamente nunca podría verificarse positivamente la causalidad, pues es característico de las decisiones colectivas que, en caso de dudas, o sea, considerando el principio *in dubio pro reo*, siempre podría excluirse mentalmente el voto particular sin que el resultado desapareciese. Por ello, otra vez no se atinaría a la naturaleza de la decisión colectiva, pues en este procedimiento de decisión, el individuo, por regla general, precisamente se somete a la posibilidad de que su voto por sí solo pueda causar algo; si bien él quiere decidir conjuntamente con otros, dado el caso también quiere acatar la decisión en mayoría”¹²⁰.

Esta fundamentación resulta muy similar a la reproducida por el BGH en el Caso Lederspray, según la cual no puede faltar la causalidad, ya que en ese caso “los miembros de un cuerpo colegiado siempre podrían eximirse de sus deberes invocando el actuar de otro miembro, sin atender a los deberes propios”¹²¹. Ambos tribunales utilizan el argumento político-criminal sobre la necesidad de no dejar impune estas acciones bajo la circunstancia de que cualquier director podría haberse excusado de sus deberes sosteniendo que su voto podría excluirse -o suprimirse in mente-

¹²⁰ JZ, 1980, p. 774 y ss. En: TIEDEMANN, K. *Op. Cit.* 138p. Paréntesis añadidos.

¹²¹ Ver Supra: criterios jurídicos del BGH en torno a la decisión colegiada página 28.

sin que desaparezca el resultado. Dicho argumento parece suficiente a ambos tribunales como para afirmar que frente a una decisión colegiada, cabe presumir la causalidad de cada uno de los votos que la conforman, solo correspondiendo verificar el nexo entre el resultado y la decisión en su totalidad.

Al igual que en la Sentencia Lederspray, el Tribunal de Stuttgart saca a la luz el argumento sobre la naturaleza de la decisión colectiva, sosteniendo que en estos casos la importancia del voto individual es nula, en cuanto el miembro del órgano se somete a la posibilidad de que su voto “pueda causar algo”, por lo que siempre deberá responder por la decisión de la mayoría. Bajo esta lógica, los miembros del órgano colegiado que emiten su voto, incluso en contra de la decisión contraria a deber -cumpliendo individualmente con el mandato-, siempre debiesen responder por la decisión grupal ya que, en la configuración concreta de los hechos, ellos también serían causales de la decisión final por pertenecer al órgano y someter su voluntad a la mayoría¹²². Según este punto de vista, compartido

¹²² Otra cuestión diversa es si incluso votando a favor de la decisión de retirada los miembros del órgano debían tomar acciones tendientes a impedir la decisión contraria a deber de los demás. Este problema dice relación con el contenido de la posición de garante de los directivos y, específicamente, intenta resolver la pregunta sobre hasta dónde llegan los deberes jurídicos de los miembros de un órgano colegiado, lo que

por el BGH en el Caso Lederspray, todo miembro perteneciente al órgano colegiado sería causal de la decisión final que este tome, por su sola pertenecía al mismo. Según este criterio, fundado en la naturaleza del órgano y el argumento político-criminal de evitar la impunidad, correspondería atribuir la decisión del órgano a los individuos y no al revés, reemplazando la causalidad individual por las reglas de la imputación al colectivo. Esto constituye una modificación a las reglas de imputación penal clásicas en el campo del Derecho Penal de la Empresa, cuestión que parece difícil de pasar por alto. Al respecto, HASEMMER enfatiza: “una ‘responsabilidad de la empresa’, en el sentido de que la responsabilidad sea primero medida de forma global y luego ‘dividida’ de forma general es desconocida en nuestro Derecho penal”¹²³.

constituye una discusión ajena a la que se tratamos en esta tesis. Por esta razón, con el objeto de centrarnos en los problemas propios de las decisiones colegiadas, deberemos suponer que los miembros del órgano cumplieron a cabalidad con sus deberes jurídicos.

¹²³HASEMMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 172p. En el mismo sentido SCHÜNEMANN: “debe calificarse de sensacional que el Tribunal Supremo federal alemán, sin un análisis o una fundamentación profundos, concibiera en la sentencia del Lederspray un nuevo concepto de acción revolucionario de todo el sistema penal anterior”. SCHÜNEMANN, B. *Op. Cit.* 13p.

1.1.3. Doctrina italiana del delito colegial

El delito colegial se enmarca dentro del concepto unitario de autor que existe en Italia¹²⁴ -que impide distinguir entre autores y partícipes- y nace con el fin de evitar las dificultades probatorias que implica la individualización de responsabilidad penal cuando este ha sido cometido mediante un consejo de administración¹²⁵. El concepto es atribuido a los autores RENDE y GRISPIGNI¹²⁶, quienes, basándose en la frecuencia con que los órganos reparten sus funciones en forma colegiada en el seno de sociedades mercantiles¹²⁷, llevaron a una parte minoritaria de la doctrina italiana a considerarlo como categoría autónoma.

Se plantea inicialmente la pregunta acerca de si, en el caso de que un consejo de administración tome una decisión contraria a deber, correspondería a cada uno de los miembros responder o si existe la posibilidad de que algunos queden exonerados de responsabilidad. Con el fin de responderla, se acude a las normas del Código Civil italiano que

¹²⁴ ANTOLISEI, F. 1964. Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades. Bogotá, Temis. 392p.

¹²⁵ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 283p.

¹²⁶ ANTOLISEI, F. *Op. Cit.* 313-314p.; PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 283p. ; MEINI, I. *Op. Cit.* 220p.; TERRADILLOS BASOCO, J. 1987. Delitos societarios. Madrid, Akal. 61p.

¹²⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. 1984. Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 37, Mes 3: 686p.

regulaban parcialmente esta cuestión en sede mercantil, estableciendo el principio de *responsabilidad solidaria* para regular la responsabilidad de los administradores de las sociedades por acciones y sus auditores. La doctrina del delito colegial trasladada directamente dichas normas a sede penal, sosteniendo que los órganos deben responder *colectivamente* en cuanto su responsabilidad emanaría de una voluntad colectiva¹²⁸. Inicialmente, RENDE consideró como presupuestos que lo determinan como un delito propio, en primer lugar, que todas las personas que componen el colegio poseen una determinada cualidad y, en segundo, que se trata de un delito que requiere un concurso necesario de personas para su existencia, cuyo número estaría determinado por ley a través de las normas de derecho mercantil que regulan el quórum en la toma de decisiones¹²⁹. GRISPIGNI se adhirió a la construcción anterior, añadiendo que el delito colegiado se encontraría dentro de la categoría del delito-acuerdo; en particular, se trataría de un delito plurisubjetivo, en el que son necesarias para su existencia una pluralidad de conductas homogéneas correlacionadas, dirigidas la una a la otra¹³⁰.

¹²⁸ ANTOLISEI, F. *Op. Cit.* 215-216pp.

¹²⁹ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* .283p.; MEINI, I. *Op. Cit.* 220p.

¹³⁰ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 284p.; ANTOLISEI, F. *Op. Cit.* 317p.

El delito colegial se entendió finalmente como aquel en que los sujetos activos del mismo no se unen con el fin de cometer delitos, sino se lleva a cabo por personas constituidas por ley para actuar en conjunto, como órgano de una persona pública o privada, que cometen delitos en el ejercicio de sus funciones¹³¹. Se excluyó de esta categoría conceptual, por una parte, los actos ajenos a las funciones del órgano colegiado, aunque se cometan por sus miembros con ocasión de hallarse reunidos y, por otra, los hechos que según la ley no exigen la intervención del órgano¹³². Con respecto al título de imputación, se consideró que correspondía a todos por igual la coautoría, ya se estimó que todos los miembros del Consejo con su voluntad habrían contribuido a formar la unanimidad o la mayoría y, del mismo modo, correspondía atribuir la misma pena a todos los intervinientes. No obstante, el administrador disidente no respondería por el delito, por falta de voluntad para cometerlo, pero su oposición debía manifestarse expresamente para quedar exonerado de responsabilidad¹³³.

¹³¹ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 283p.; ANTOLISEI, F. *Op. Cit.* 316p. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Op. Cit.* 687p.; MEINI, I. *Op. Cit.* 220p.

¹³² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Op. Cit.* 687p.; MEINI, I. *Op. Cit.* 220p.

¹³³ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 283p.

A pesar de que no existe ninguna referencia explícita a esta doctrina en el Caso Lederspray, las similitudes que guarda con esta doctrina minoritaria italiana son evidentes. En ambos casos, como respuesta a la mayor complejidad que conllevan aquellos delitos cometidos por un órgano directivo actuando en forma colegiada, se opta por reemplazar las normas básicas de imputación de Derecho Penal, por la primacía del derecho societario. Aquellas normas que regulan el funcionamiento y atribución de responsabilidad de los órganos pluripersonales al interior de la sociedad entran a fundamentar la responsabilidad penal. Así, en lugar del principio de responsabilidad personal propio del Derecho Penal, para estos casos se utilizaría la imputación al colectivo, ya sea en forma casuística como ocurre en el Caso Lederspray o en forma institucionalizada, como propuso la doctrina minoritaria italiana.

No obstante, la construcción del concepto de delito colegial de RENDE no tuvo eco dentro de la doctrina italiana, antes al contrario, despertó una fuerte oposición por parte de la mayoría de los autores contemporáneos¹³⁴ y unánimemente en la doctrina moderna española¹³⁵, que

¹³⁴ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 284p.

lo han sometido a una serie de críticas. La primera consiste en una de carácter fundamental, que sostiene que no existen razones suficientes como para otorgarle a este delito un tratamiento autónomo. La realización del hecho delictivo mediante actos colectivos no es requisito esencial del delito, pues también puede llevarlo a cabo una sola persona¹³⁶, por lo que, teniendo su característica principal naturaleza meramente incidental, lo que compete en realidad es acudir a las reglas generales sobre participación de Derecho Penal¹³⁷. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO sostiene que los elementos contingentes del delito colegial solo “puede(n) tener efectos en el marco de la responsabilidad civil, pero no puede derogar el principio fundamental de que la responsabilidad penal es estrictamente *personal*”¹³⁸. Más allá, MARTÍNEZ-BUJÁN enfatiza; “una cosa es la viabilidad de una responsabilidad **civil** solidaria y otra cosa, muy diferente, es que esa responsabilidad pueda ser trasladada al sector del Derecho Penal en el que – como sabemos- hace tiempo que quedó desterrado todo signo de

¹³⁵ MARTINEZ-BUJÁN, C. 1999. Derecho penal económico. Parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch.183p.

¹³⁶ ANTOLISEI, F. *Op. Cit.* 318p.

¹³⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. *Op. Cit.* .61p.

¹³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Op. Cit.* 687p. En términos similares PÉREZ CEPEDA: “se estaría configurando un delito colegial que no es nada más que la construcción de una nueva categoría jurídico-penal estéril, abstracta y carente de todo fundamento, que contradice la naturaleza individual de la responsabilidad penal estrictamente personal”. PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 287p.

responsabilidad objetiva e impera, consecuentemente, el principio de la responsabilidad individual por los hechos personalmente cometidos”¹³⁹.

Otras críticas apuntan al hecho de que en la configuración del delito colegial, se permite que los disidentes queden exonerados de responsabilidad y se habla de mayorías absolutas y relativas, ya que esto implicaría en parte aseverar que la responsabilidad de cada uno es individual; “ambas circunstancias están contradiciendo la afirmación del principio de colegialidad, cuya principal consecuencia, como sabemos, es la responsabilidad indiscriminada y general de todos los miembros del Consejo”¹⁴⁰. Por último, se sostiene que no existen razones para afirmar que todos los miembros del órgano deben responder en idéntica medida (como coautores) y que la responsabilidad de unos condicione la de otros, pudiendo responder algunos como autores, cómplices o encubridores¹⁴¹. Se estima como correcto que “deben seguir rigiendo también aquí las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en el delito y que,

¹³⁹MARTINEZ-BUJÁN, Carlos. *Op. Cit.* 183p. (Negrita del texto original)

¹⁴⁰PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.*285p.

¹⁴¹RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Op. Cit.* 687p.

con base en las mismas, habrá que averiguar cuál fue la contribución real de cada sujeto a la ejecución del hecho delictivo”¹⁴².

1.1.4. Apreciaciones provisionales

Frente a la pregunta inicial sobre cuándo se responde por la adopción de un acuerdo contrario a deber adoptado en el seno de un órgano colegiado, la teoría de la *c.s.q.n* falla en dar una respuesta porque lleva a negar la causalidad en aquellos casos en que ésta resulta evidente. Con el objeto de evitar este resultado político-criminalmente nefasto, el BGH en el Caso Lederspray funda la imputación al colectivo en las normas de derecho societario que regulan la distribución de funciones y atribuciones al interior del mismo. Mediante este ejercicio se pasa por alto las reglas básicas de imputación penal.

Existe una opinión dominante en la doctrina en cuanto a rechazar el modo en que el Tribunal Supremo Alemán enfrentó la cuestión sobre causalidad en el Caso Lederspray, encontrando solo algunas aceptaciones

¹⁴²MARTINEZ-BUJÁN, C. *Op. Cit.* 183p.

parciales¹⁴³ respecto del resultado o algunas de las justificaciones utilizadas por el mismo. A pesar de no existir unanimidad en la forma en que se entiende la causalidad en los delitos de omisión impropia y en particular, en cómo se debió haber verificado en el caso concreto, sí se critica en forma generalizada la manera en que el BGH deja esta cuestión sin resolver, aplicando infructuosamente la teoría de la equivalencia de las condiciones y supliendo su vacío mediante normas de Derecho mercantil.

La aplicación directa de las reglas que regulan las sociedades de responsabilidad limitada¹⁴⁴, en particular, aquellas que regulan el quórum en la toma de decisiones al interior de las mismas, a la responsabilidad penal de los individuos que la componen, constituye una modificación metodológica sin precedentes¹⁴⁵, que deja sin aplicación el principio de imputación individual que ha informado la responsabilidad del partícipe en

¹⁴³ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 305p.

¹⁴⁴ Cabe precisar que en Alemania las sociedades de responsabilidad limitada, “Gesellschaft mit beschränkter Haftung” o “GmbH”, se rigen específicamente por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Mientras, en Chile, la Ley 3.918 que regula este tipo de sociedades, señala que le son aplicables supletoriamente las reglas generales establecidas para las sociedades colectivas en el Código de Comercio.

¹⁴⁵ Al respecto, HASSEMER: “la sentencia del TS alemán (BGHSt 37, 106) no basa la responsabilidad de los partícipes en la infracción primaria, sino en las posteriores. Desde el punto de vista metodológico, su fundamento no es la lesión, sino la división de deberes dentro de la empresa. Esto significa un cambio notable del método tradicional en la investigación sobre la responsabilidad penal”. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 178p.

nuestro Derecho Penal¹⁴⁶. De acuerdo con este, “en consonancia con los principios constitucionales de proporcionalidad y ‘*nulla poena sine culpa*’, un sujeto solo responde de lo que haya realizado, aunque se den situaciones complejas de participación”¹⁴⁷. Esta modificación resulta inédita hasta este momento, en que tanto en el Derecho Penal alemán como en el nuestro, no existe la imputación al órgano colectivo. Incluso la responsabilidad por coautoría se basa en el aporte individual de cada uno de los miembros que llevan a cabo el hecho delictivo y se entiende que existe un vínculo causal entre cada uno de ellos y el resultado lesivo; “la coautoría presupone la causalidad de cada uno de los coautores individuales respecto del resultado; esto es, que la coautoría tiene que fundamentarse con la causalidad y no la causalidad con la coautoría”¹⁴⁸.

Si bien este “*nuevo método*”¹⁴⁹ utilizado en el caso Lederspray podría constituir un cambio en la manera de enfrentar problemas de Derecho Penal moderno, -como el de las decisiones colegiadas en la responsabilidad penal por el producto-, resulta necesario reconocer las debilidades que posee esta

¹⁴⁶ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 172p.

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ PUPPE, I. 2001. La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Granada, Comares. 53p.

¹⁴⁹ Terminología utilizada en: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 177 y ss.

fórmula en su primera aproximación, sobre todo en lo que respecta a su incompatibilidad con el principio de imputación individual. Si se invierte el método que ha sido utilizado tradicionalmente en Derecho Penal -partir desde la lesión y el individuo que la comete, para luego atribuírsela al órgano- y se busca, en lugar de ello, partir desde las competencias de los órganos hasta los individuos que lo componen, ello no puede hacerse traspasando directamente la responsabilidad en razón de competencias generales o posiciones que ocupen al interior de la empresa *sin más*¹⁵⁰. “(L)a imputación de las obras del sistema al propio sistema es casi una afirmación analítica, o al menos una afirmación que se encuentra completamente dentro del marco del ordenamiento previamente construido, la imputación a una persona física perteneciente a ese sistema...presupone lógicamente una ‘constatación de identidad’ adicional, en virtud de la que las obras del sistema puedan valorarse jurídicamente de modo directo como obras de la persona física”¹⁵¹. En otras palabras, dicho cambio de método debe hacerse con arreglo a los principios de Derecho Penal, que presuponen que se haya corroborado la vulneración individual de cada uno de los

¹⁵⁰ KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. *En*: MIR PUIG, S y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 239p.

¹⁵¹ SCHÜNEMANN, B. *Op. Cit.* 16p.

miembros que componen dicho órgano. En este sentido, adherimos completamente a la postura de HASSEMER:

“(Si) el método de imputación se sigue basando en criterios derivados de las normas del Derecho societario sobre división de deberes, en lugar de partir de infracciones primarias que nos lleven a la investigación de lesiones de los deberes de inspección, organización y control...dicho método debe, como premisa mínima, concretar estos criterios atendiendo a las necesidades del Derecho Penal: incluso en situaciones complejas de acción la imputación a un individuo presupone que la participación puntual de dicho individuo en la realización de la lesión típica sea aclarada y medida en forma concreta. Ello significa en cualquier caso que las reglas de competencia (responsabilidad) en el ámbito de la empresa deben ser concretizadas –y, en su caso, modificadas- con los criterios penales del injusto y de la culpabilidad. La imputación colectiva es una figura extraña a nuestro Derecho penal que no puede permitirse mientras que el sujeto pasivo de la sanción penal sea la persona individual”¹⁵².

Introducir un cambio de tal magnitud en los términos que se plantea en el Caso Lederspray, -renunciar a la comprobación de la causalidad individual en favor de una imputación al colectivo, por medio de la aplicación de las normas de coautoría-, sería sostener implícitamente que las normas actuales de Derecho Penal son insuficientes para responder a la complejidad de estas nuevas formas delictuales. Desde esta aseveración resulta imposible soslayar la pregunta sobre la necesidad de tratar este tipo

¹⁵² HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 180p.

de delitos en sede penal si se prescinde de sus principios generales. Frente a ésta interrogante, la respuesta orientada hacia meras necesidades político-criminales parece insuficiente. Sin embargo, adelantarnos a esta discusión sería pasar por alto la pregunta inicial -que el Tribunal Federal alemán falló en responder- sobre si efectivamente existen mecanismos que, con resguardo de los fines del Derecho Penal y sus preceptos fundantes, otorguen una solución al problema *desde* el sistema de Derecho Penal. Apoyando esta postura en principio, revisaremos aquellas posiciones que analizan la causalidad a partir de una perspectiva distinta al Tribunal Supremo Federal, ofreciendo argumentos desde el sistema penal, para negar o afirmar la existencia del nexo causal en el caso Lederspray.

1.2. Posiciones que afirman la idea de causalidad en los delitos de omisión impropia, corroborándola en el Caso Lederspray a través de criterios alternativos a los del BGH

1.2.1 Reformulaciones a la teoría de la *c.s.q.n*

Las siguientes teorías sobre la causalidad, constituyen teorías de la causalidad “propriadamente tal” o causación¹⁵³, en el sentido de que buscan atribuir mediante parámetros científico-naturales el resultado material -separable de la acción- a una conducta cuya tipicidad lo requiere¹⁵⁴. Todas éstas parten de la teoría de la equivalencia de las condiciones, admitiendo la igualdad entre las posibles causas de un resultado, pero además se valen de la teoría de la *conditio sine qua non* (*c.s.q.n*) -especie de la teoría de la equivalencia-, admitiendo como punto de partida, que la acción debe ser una condición para la producción del resultado. No obstante, reconociendo sus falencias, modifican el test de la supresión mental hipotética, estableciendo una relación de causalidad “no mecánica” entre la inactividad

¹⁵³. MARTÍNEZ-BUJÁN, C. 2011. Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. 3º ed. Valencia, Tirant lo Blanch. 251p.

¹⁵⁴ *Ídem*.

–el no hacer omisivo- y el resultado lesivo¹⁵⁵. Por causalidad “no mecánica” entendemos aquellas teorías que reemplazan el nexa físico-natural que conecta la acción con el resultado en el mundo exterior, por un proceso lógico, que explica los sucesos a partir de condiciones tanto positivas como negativas¹⁵⁶. En este sentido, “la omisión (sería) causal para el resultado porque su producción solo es posible si se dan, al mismo tiempo, comportamientos positivos que tienden a ocasionarlo y ausencia de comportamientos negativos (omisiones) que podrían impedirlos”¹⁵⁷. Mientras el hacer activo opera como condición positiva o causa, la omisión lo hace como condición negativa, consistente en el no impedir la producción del resultado¹⁵⁸.

a) Fórmula de la supresión cumulativa de factores

Frente a las críticas que se le realizan a la teoría de la *c.s.q.n.*, SPENDEL propone una reformulación consistente en excluir las causas hipotéticas, teniendo en cuenta solo las circunstancias efectivamente

¹⁵⁵ GIMBERNAT, E. 2000. *Op Cit.* 34p.

¹⁵⁶ *Íbid.* 34-35p.

¹⁵⁷ *Íbid.* 35p.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. 1978. *Derecho Penal Parte General.* Madrid, Civitas. 307p.

realizadas¹⁵⁹: “una acción es causal cuando sin ella –atendiendo únicamente a las circunstancias restantes, también efectivamente realizadas- el resultado concreto no se habría producido”¹⁶⁰. No obstante, esta fórmula solo permitiría resolver los casos de causalidad hipotética, pero no aquellos de casualidad cumulativa, respecto de los cuales aún no se podría corroborar la causalidad.

Frente a ello, TARNOWSKI propone una modificación que tome en cuenta los supuestos en que diversas condiciones obran conjuntamente, ya que al tomar las circunstancias efectivamente realizadas, se dejaría de lado aquellos factores sustitutivos existentes, pero no materializados. Tal es el ejemplo de las causas cumulativas, en que las condiciones sustitutorias se realizan realmente¹⁶¹ y cada una de ellas por sí sola hubiera sido suficiente para provocar el resultado. TARNOWSKI propone que sean consideradas como causas, solo aquellas condiciones que pueden ser suprimidas mentalmente de forma alternativa, pero no cumulativa, sin que desaparezca

¹⁵⁹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 254p.

¹⁶⁰ WELZEL, H. 1997. Derecho penal alemán. Parte general. 4° ed. castellana. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 52p.

¹⁶¹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 254p.

el resultado¹⁶². Dicho de otro modo, “si diversas condiciones pueden ser suprimidas in mente en forma alternativa sin que el resultado desaparezca, pero no así cumulativamente, cada una de ellas es causal para el resultado”¹⁶³. Esta teoría, hoy conocida como “fórmula de la supresión alternativa pero no cumulativa de factores”, ha sido propuesta por MIR PUIG¹⁶⁴, como criterio corrector para los casos de causalidad cumulativa y como posible solución para el problema de la causalidad en el caso Lederspray, por los autores MEIER y CEREZO MIR. MEIER¹⁶⁵ comparte el criterio del BGH según el cual se trataría de un problema de causalidad cumulativa de una omisión. No obstante, se aparta de su argumentación sosteniendo que dicho problema no puede ser resuelto a través de fundamentos político-criminales, como sostiene ocurre en la sentencia. En su opinión, el recurrir a este tipo de argumentos sería consecuencia de la aplicación poco fiable de la teoría de la *c.s.q.n.*, por lo que propone subsanar esta crítica a través de su reemplazo por la Fórmula de TARNOWSKI. A su vez, CEREZO MIR comparte la opinión según la cual la teoría de la *c.s.q.n.* falla en hipótesis de causalidad cumulativa, proponiendo la fórmula anterior

¹⁶² JESCHECK, H. *Op. Cit.* 254-255pp.

¹⁶³ WELZEL, Hans. 1997. *Op. Cit.* 53p.

¹⁶⁴ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 225p.

¹⁶⁵ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 306p.

para resolver supuestos de este tipo, particularmente, el caso Lederspray: “Esta fórmula permite resolver también las dificultades que se plantean en los acuerdos ilícitos adoptados por votación en órganos colegiados cuando la mayoría alcanzada es superior a la imprescindible; cabe hacer abstracción, alternativamente, de todos y cada uno de los votos favorables emitidos, pero no de todos ellos conjuntamente”¹⁶⁶. Correspondería por tanto, realizar el ejercicio de supresión mental, por un lado, respecto de cada uno de los votos individualmente considerados, en cuyo caso el acuerdo se seguiría llevando a cabo y, por otro, suprimir todos los votos de manera conjunta, en cuyo caso el resultado desaparecería, todo cual indicaría que los votos son causa del resultado.

A pesar de los esfuerzos por resolver el problema, esta teoría ha recibido críticas similares a la teoría de la *conditio sine qua non*, en el sentido de que presupone la causalidad de las condiciones en lugar de comprobarla¹⁶⁷: “Esta variación de la fórmula resuelve aparentemente el problema, pero la cuestión es que, así planteado, no es posible distinguir la causa de otros factores que no lo son. En definitiva, con dicha fórmula

¹⁶⁶ CEREZO MIR, J. *Op. Cit.* 57p. N del A. N°24.

¹⁶⁷ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 255p.

hemos de tener preconstituido el concepto de causa (y son aquellos factores que responden a este concepto los que se acumulan y suprimen mentalmente), pues de otro modo no habría forma de diferenciar entre factores causales y los que claramente no lo son y, por eso mismo, no se toman en cuenta”¹⁶⁸, sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. La idea que subyace a esta crítica consiste en que, sin razón alguna, la teoría parte de la respuesta que supuestamente está buscando, ya que identifica los votos como causa desde el momento en que se decide de antemano que son éstos los que se tienen que suprimir mentalmente. De este modo estaría implícitamente excluyendo otros factores, como por ejemplo, que la votación comenzara a determinada hora o el color del traje de los miembros del órgano¹⁶⁹. Por último, además del hecho de que esta fórmula incurre en el mismo error que se le puede criticar a la teoría de la *c.s.q.n*, la objeción principal en su aplicación al caso Lederspray, radica en que esta propuesta supone que el problema de la causalidad en las decisiones colegiadas se trata de un caso de causalidad cumulativa. Como premisa principal, estas hipótesis parten de la base de que cada el resultado solo puede generarse

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. 1998-1999. Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdo antijurídicos en el seno de órganos colegiados. Anuario de la Facultad de Derecho (Nº8): 192p.

¹⁶⁹ *Ídem*.

con una acción conjunta entre las diversas causas, sin embargo, en los supuestos de acuerdos sobre-condicionados, lo determinante está en que justamente no todos los votos son necesarios para generar el acuerdo, sino que este resultado también puede lograrse prescindiendo de uno o más votos.

b) Teoría de la condición ajustada a la ley

Valiéndose de las críticas a la teoría de la *c.s.q.n.*, ENGISCH desarrolla la propia partiendo de la premisa de que no corresponde analizar la relación entre la acción y el resultado en su configuración concreta, sino con cierta generalización; basándose en juicios normativos de valor o *abstracciones jurídicas*¹⁷⁰. Para ENGISCH, “una conducta –pensamos primeramente solo en el hacer activo- se manifiesta como causal de un resultado (positivo) concreto, delimitado según un determinado tipo de la ley penal, cuando a aquella conducta le han seguido modificaciones en el mundo exterior temporalmente sucesivas, que estaban ligadas a la conducta y entre sí en una secuencia, según la ley (de la naturaleza), y que han desembocado en alguna parte integrante de la situación de hecho concreta

¹⁷⁰ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 33p.

que está delimitada como resultado conforme a la ley penal”¹⁷¹. Conducta y resultado estarían vinculados por una *ley de la naturaleza*¹⁷², que se nutriría principalmente de las modificaciones que se siguen de la conducta y que conllevan al resultado de modo general, tal como se configuran las leyes científicas. En cuanto a la relevancia de dichas modificaciones, el autor sostiene que tanto las circunstancias conocidas al tiempo del hecho como también las reconocibles solo *ex post*, deben ser consideradas para esclarecer la cuestión del nexo causal¹⁷³, no obstante, las primeras serían más relevantes que las últimas a la hora de establecer el vínculo entre conducta y resultado.

Esta fórmula funcionaría también para casos donde existen causas de reemplazo -a diferencia de la teoría de la *c.s.q.n-*, en cuanto solo aspiraría a reconocer un tipo o clase de factor que, unido a otros, generan consecuencias concretas de la clase que se investiga¹⁷⁴. En términos concretos, al encontrar que C es condición de un determinado resultado R, esto no excluye de ningún modo las otras posibles condiciones hipotéticas

¹⁷¹ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 50p.

¹⁷² *Íbid.* 53p.

¹⁷³ *Íbid.* 51p.

¹⁷⁴ *Íbid.* 57p.

del mismo tipo que posean la aptitud de producir el mismo resultado, cuestión que a la luz de la teoría de la *c.s.q.n* importaría negar falsamente la causalidad por aplicación del test de la supresión mental hipotética. En palabras de ENGISCH: “la contraposición esencial de la fórmula de la condición ajustada a la ley frente a la fórmula de la *c.s.q.n.*, consiste en que aquella pregunta solo por la posibilidad de subsumir el proceso concreto bajo la ley de la naturaleza, y no por lo que habría sucedido en concreto, si se suprime mentalmente la conducta que interesa”¹⁷⁵. Tampoco presentarían particulares dificultades los supuestos de causalidad cumulativa, en que una causa solo puede ser considerada tal cuando actúa conjuntamente con otras. Aquí, lo determinante sería que dentro de las circunstancias en que la conducta está ligada al resultado conforme a la ley, se encuentra el hecho de que estén también presentes las demás condiciones, de modo que “cada condición es causa, *presuponiendo las restantes*”¹⁷⁶.

Esta teoría también resultaría aplicable a los delitos de comisión por omisión, en cuanto ENGISCH entiende la causalidad no como un fenómeno físico que produce modificaciones, sino como la posibilidad de establecer

¹⁷⁵ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 57p.

¹⁷⁶ *Íbid.* 69p.

relaciones de legalidad entre dichas modificaciones y los resultados temporalmente siguientes¹⁷⁷. En este sentido, el autor reconoce que los hechos están causados por factores tanto positivos como negativos, es decir, que las modificaciones en el mundo exterior estarían determinadas tanto por un hacer positivo, como por uno negativo. En este último sentido, la omisión de una conducta que habría impedido ciertas modificaciones temporalmente posteriores sería causal cuando ésta y el resultado típico están entre sí en una relación ajustada a una ley¹⁷⁸. En definitiva, lo que ocurre en la omisión impropia, es que tanto las modificaciones como las no modificaciones entrarían en la manifestación del resultado:

“si un hacer positivo, por si solo o en unión con otro hacer, es apropiado para evitar la producción del resultado típico [lo “habría impedido”], entonces, existen relaciones ajustadas a la ley, entre aquel y la no producción del resultado respectivo. De ello se deriva ya por inversión lógica, que también entre la omisión de aquel hacer y la posterior producción del resultado existen relaciones ajustadas a la

¹⁷⁷ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 65p.

¹⁷⁸ *Íbid.* 59-60pp.

ley, por tanto, que la fórmula de la condición ajustada a la ley cubre sin más la causalidad de la omisión”¹⁷⁹.

WEIBER¹⁸⁰ sostiene que esta teoría sería aplicable al caso Lederspray para explicar la relación de causalidad entre los votos individuales y el resultado lesivo en los consumidores en los términos en que propone ENGISCH para la omisión impropia. Se trataría de buscar una relación abstracta entre la conducta debida y el resultado lesivo basándose en los antecedentes conocidos tanto como *ex ante* como *ex post* que permitan suponer, basándose en una *ley de la naturaleza*, que mediante el despliegue de la conducta debida se hubiese evitado el resultado o, a contrario sensu, que mediante la conducta omisiva se generó el resultado. En palabras de WEIBER: “La contribución individual de cada uno de los que votan (a favor) fue causal para el resultado de la votación como parte de la mayoría necesaria para ello...El voto individual está en conexión conforme a la ley con el resultado lesivo, pues cada voto lleva, junto con los demás, al resultado de la votación contraria a derecho, que es el fundamento

¹⁷⁹ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 50-60pp.

¹⁸⁰ En: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.* 193p.

para la producción del resultado lesivo o, en general, del hecho delictivo”¹⁸¹.

En definitiva, frente a la pregunta sobre cuándo se debería responder por la adopción de un acuerdo contrario a deber por un órgano colegiado, la teoría de la condición ajustada a la ley sostendría lo siguiente: se debe afirmar la causalidad entre los votos individuales y el resultado, cuando se tiene que cada uno de los votos a favor de la retirada, hubiese contribuido a evitar el resultado de lesiones en los consumidores. Para ello, se deben considerar los antecedentes que saltan a la luz tanto antes como después del transcurso de los hechos, de modo tal que se pueda realizar una abstracción del caso concreto que permita sostener que, según una ley general, la conducta debida hubiese evitado el resultado lesivo, por lo que la omisión de retirada lo causó según la misma ley. Se trataría en realidad de un juicio de idoneidad y previsibilidad de la conducta debida tomando en cuenta los antecedentes del caso concreto, mediante los cuales se realiza una abstracción de la misma (ley de la naturaleza), que permite su generalización para casos del mismo tipo. Sin embargo, esta *conexión*

¹⁸¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.* 193p.

*conforme a reglas*¹⁸² entre la omisión y el resultado que determina que “si acontece la acción (u omisión), también cabe esperar que lo haga el resultado en cuestión”¹⁸³, no establece una relación de causalidad propiamente tal entre ambos, puesto que no establece ningún criterio que determine la regularidad con que ésta se deba producir para afirmarla. En este sentido, a la teoría de la condición ajustada a la ley le faltaría un segundo paso; exigir que dicha regularidad se presente en la forma de una relación necesaria entre acción, omisión y resultado, de modo que siempre que se dé la acción, se produzca el resultado (conexión determinista o necesaria) o que la acción u omisión solo en determinados casos conduzca al resultado y en otros no (conexión probabilística)¹⁸⁴. En este sentido, para que un suceso se pueda explicar causalmente, se deberá determinar bajo qué otras condiciones la acción u omisión se conectará con el resultado según éstas leyes de carácter general.

¹⁸² HILGENDORF, E. *Op. Cit.* 95p.

¹⁸³ *Ídem.* Paréntesis añadidos.

¹⁸⁴ *Ídem.*

c) Teoría de la condición mínima suficiente

PUPPE señala que el problema de la teoría de la *conditio sine qua non* radica en que ésta exige demasiado al requerir una condición *necesaria* para la producción de un resultado ya que, de así serlo, las causas de reemplazo excluirían la causalidad¹⁸⁵. En otras palabras, según la teoría de la *.c.s.q.n.*, cada vez que nos preguntamos si se seguiría produciendo el resultado si determinado hecho no se hubiese producido y existen causas cumulativas o alternativas que lo hubiesen provocado de todos modos, nos veremos obligados a negar la causalidad de aquel hecho. En este sentido, la teoría de la *conditio sine qua non* “exigiría demasiado”¹⁸⁶, pues requiere que los hechos sean condición necesaria y por tanto única del resultado, ignorando los casos en que el mismo suceso puede originarse por más de un hecho. Así, la teoría de la *conditio sine qua non* propone una fórmula que responde del mismo modo –“el resultado se seguiría produciendo”- frente a hechos que efectivamente no son causa del resultado, pero también en supuestos en que un resultado posee más de una causa, lo que erróneamente lleva a negar su causalidad.

¹⁸⁵ PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 13-14p. ; PUPPE, I.1996. *Op. Cit.* 222p.

¹⁸⁶ Terminología empleada por PUPPE en varios de sus textos, véase: PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 53p.

La autora sostiene que este problema se debe al concepto de *necesariadad* que introduce la teoría de la equivalencia; las *condiciones necesarias* establecen relaciones recíprocas entre sus factores, de modo tal que permiten inferir el resultado a partir de la condición y, a su vez, la condición a partir del resultado. Esta relación es fácil de vislumbrar si pensamos en el enunciado “cada vez que se da C necesariamente ocurre R” (C=R), del cual podremos también inferir a la inversa que “cada vez que ocurre R se da C” (R=C). En términos concretos, si pudiésemos establecer relaciones *necesarias* entre causas y resultados, la relación entre ambos factores sería recíproca, es decir, podríamos inferir el resultado a partir de la condición y viceversa. Si ello fuera realmente así no existiría el problema de la causalidad, puesto que bastaría con conocer el resultado para saber a quién tenemos que hacer responsable del mismo¹⁸⁷, ya que a cada resultado correspondería determinada condición, cuestión que evidentemente no ocurre en la realidad. En los hechos, solo podemos inferir una serie de posibles condiciones a partir de un determinado resultado, pero no al revés. Este tipo de relación impediría concebir más de una causa para el mismo

¹⁸⁷ PUPPE, I. 1993. *Op. Cit.* 37p. ; PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 6p.

resultado, por lo que la autora renuncia a una definición del concepto de causa construida sobre la noción de condición necesaria¹⁸⁸, proponiendo en cambio, un cambio hacia la fórmula de la *condición mínima suficiente* (*c.m.s.*). De acuerdo con esta nueva formulación, creada en base a la “condición INUS” de MACKIE, se entiende por causa “todo componente necesario de una condición compleja a su vez mínimamente suficiente, *ceteris paribus*, para el acaecimiento del evento identificado con el respectivo resultado, con arreglo a leyes causales”¹⁸⁹.

La fórmula de la *condición suficiente*, prescindiendo del juicio de evitabilidad que supone la fórmula de supresión mental hipotética, solo se basa en la aptitud de un hecho para generar un resultado según las leyes naturales¹⁹⁰, lo que permitiría aceptar que más de un suceso sea causa de un mismo resultado y generar relaciones en que se infiere el resultado a partir de la condición, pero no al revés. A modo de ejemplo, si se establece que C es condición suficiente de R, cada vez que se produzca C se podría inferir

¹⁸⁸MAÑALICH, J. 2014. Norma, Causalidad y Acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros. Madrid, Marcial Pons. 41p.

¹⁸⁹ *Ibid.*42p.

¹⁹⁰ Señala PUPPE “Causa es una condición suficiente del resultado conforme a leyes naturales. Ahora bien, no todos los hechos que ponen al resultado en relación conforme a leyes con aquella causa se han producido efectivamente. Se reconoce una causa substitutiva por el hecho de que la explicación del resultado que la misma proporciona no es verdadera o, mejor, no es completamente verdadera”. PUPPE, I. 1993. *Op. Cit.* 38p. ; PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.*50p.

que se va a dar el resultado R, pero nunca al revés, ya que a pesar de que tengo una condición suficiente para un suceso, puedo conseguir otra condición igualmente suficiente si añado un hecho cualquiera¹⁹¹.

Esto revela un problema en la aplicación de este tipo de condiciones en oposición a la condición necesaria: la condición suficiente se presenta como “*demasiado débil*”¹⁹² para afirmar relaciones de causalidad en un sentido jurídico penal, ya que “la acción individual de un ser humano nunca es la condición suficiente para la aparición de un resultado, debiendo siempre asociarse a otras condiciones”¹⁹³. En otras palabras, la condición suficiente, por sí sola, no posee ninguna capacidad delimitadora, puesto que para probar que un comportamiento es enunciado dentro de una condición suficiente y por lo tanto causa, se puede insertar cualquier afirmación y ésta va a ser verdadera¹⁹⁴. PUPPE ilustra este problema mediante un ejemplo: A golpea con un bastón un jarrón de arcilla, perteneciente a B, el cual se rompe. Aquí se emplea la ley general según la cual si un objeto sólido golpea a un jarrón de arcilla con suficiente fuerza, el jarrón se rompe. De modo que

¹⁹¹ PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 51p.

¹⁹² PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 6p.

¹⁹³ PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 50p.; PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 6p.

¹⁹⁴ PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 51p.

si subsumo la acción de A en la ley general obtengo que su golpe es condición suficiente como para que el jarrón se destruya. Si luego agrego que C ha aplaudido a A por ello, obtengo como regla general que si un objeto sólido golpea a un jarrón de arcilla con fuerza y alguien aplaude por ello, el jarrón se rompe. De lo que podría inferir que C también es causa suficiente del resultado¹⁹⁵. Este mismo problema ya se evidenciaba en la construcción de la teoría de la *conditio sine qua non*, en su versión del resultado en su “configuración concreta”. Como observamos en el acápite anterior, según esta fórmula, es posible insertar cualquier hecho como parte integrante del resultado para cuyo caso será considerado como causa del mismo.

La ventaja que posee establecer relaciones de necesidad, que carece la condiciones meramente suficientes, es que éstas permiten aislar hechos, que es lo que finalmente lleva a establecer relaciones causales con un mayor grado de certeza (no obstante, poseen el irremediable problema de que fallan en cuanto existen causas de reemplazo). En cambio, las condiciones suficientes solo permiten agrupar hechos del mismo tipo que

¹⁹⁵ PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 51p.

generan un cierto resultado, pero no poseen ninguna capacidad delimitadora. La solución que propone PUPPE es juntar estos dos criterios para establecer relaciones de necesidad entre las acciones individuales (causa individual) y las causas suficientes de un resultado (causas globales), lo que permite no excluir otras posibles causas pero sí aislar las conductas individuales capaces de generarlas. Con esta restricción se llegaría a la formulación de leyes verdaderamente causales: “La conducta del autor no deber ser necesaria para la producción del resultado, sino que solo debe ser necesaria en el interior de una determinada explicación causal del resultado (dado que siempre existen causas de reemplazo); la conducta del autor es, por lo tanto, un componente *necesario* de una *condición suficiente* del resultado”¹⁹⁶. Así, mientras la relación entre la conducta individual (hecho o acción) y la causa global (condición suficiente) es necesaria, -de modo que ésta última no se hubiese producido sin aquella y viceversa-, la relación entre la causa global y el resultado es meramente suficiente; la primera posee la aptitud de causar el resultado sin excluir la posibilidad de que se den otras causas para la producción del mismo.

¹⁹⁶ PUPPE, I. 1996 *Op. Cit.* 219p. Paréntesis y cursivas añadidas.

Ahora bien, esta fórmula debe ser precisada, en el sentido de que la conducta individual no puede ser componente de cualquier explicación causal suficiente del resultado, sino que debe ser además, *mínima*. Este requisito se añade con el objeto de evitar que la relación entre conducta y resultado se base en meros indicios o la sucesión temporal entre ambos, sino se encuentren vinculados mediante una ley que no contenga definiciones superfluas o prescindibles¹⁹⁷. En este sentido, es fundamental determinar, en primer lugar, el contenido del resultado al cual se le busca atribuir determinada condición, para luego precisar el contenido mínimo de dicha condición. Para ello, no solo habría que acudir a reglas generales, sino también a reglas específicas, aplicables a los casos concretos, tales como aquellas que regulan el quórum para la toma de decisiones al interior de una sociedad¹⁹⁸. Así, en el caso Lederspray, si nos hiciéramos la pregunta acerca de cuál es la condición mínima suficiente para lograr el resultado, lo que nos deberíamos plantear primero es *cuál* es ese resultado. A juicio de la autora, precisamente esto es lo que no ocurre en la sentencia, en que se mezcla el delito concreto consistente en el acuerdo contrario a deber, con el hecho de que la votación para llegar el mismo se haya dado en

¹⁹⁷ PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 14p.

¹⁹⁸ PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 54-55pp.

forma unánime. Se comete el error de considerar el resultado concreto como “un acuerdo contrario a deber unánime”, en lugar de solamente considerar el resultado como “un acuerdo contrario a deber”. La modalidad en que se haya realizado el acuerdo, es decir, en forma unánime por mayoría absoluta o mayoría simple, sería superflua, lo que verdaderamente determinaría el resultado es el núcleo del delito y no sus modalidades; es decir, un acuerdo contrario a deber. Una vez determinado dicho resultado, cabría recién preguntarse en abstracto, cuál es la condición mínima para que este se produzca. Es aquí donde deberemos acudir a reglas específicas para dotar de contenido mínimo a la condición suficiente para que se produzca el resultado. En concreto, tomando en cuenta las normas que regulan el quórum en la toma de decisiones al interior de un órgano colegiado, deberemos responder que una mayoría simple es lo mínimo que se necesitaría para llevar a cabo el acuerdo sobre la no retirada del producto del mercado.

Una vez determinada la condición mínima suficiente “C”, al encontrarnos con un hecho “H” respecto del cual queremos saber si es causal o no para la producción del resultado “R”, correspondería

preguntarnos si este hecho es condición necesaria dentro de la condición mínima suficiente “C”. En otras palabras, correspondería hacernos la siguiente pregunta: ¿Es “H” *necesario* para que se logre la *condición mínima suficiente* “C”, del resultado “R”? En el Caso Lederspray, si sabemos que la condición mínima suficiente para que se produzca un acuerdo contrario a deber (R), corresponde a un acuerdo por mayoría simple de votos (C), la pregunta que correspondería formularse sería la de si cada voto (H) constituye una condición necesaria para que se dé el acuerdo por mayoría, que en el caso en cuestión corresponde a 4 votos de un total de 6. Según PUPPE, la forma de proceder sería tomar a 4 de los 6 administradores,-ya que únicamente 4 de éstos son efectivamente necesarios para conformar la condición mínima suficiente-, al azar, por ejemplo, A, B, C y D y suprimir mentalmente la votación de cualquiera de ellos, en cuyo caso la condición mínima ya no se seguiría produciendo. Asimismo, se podría formar varias combinaciones de condiciones mínimas suficientes, por ejemplo, tomando a B, C, D y E o C, D, E y F, etc. y proceder de la misma manera, comprobando la causalidad individual de

cada uno de los votos, sin importar que estas combinaciones tengan elementos comunes¹⁹⁹.

La respuesta a la pregunta sería afirmativa con independencia de que existan *varias combinaciones posibles de c.m.s* o *distintas c.m.s*: tanto para los casos de causalidad cumulativa, en los que existe más de una condición para llegar al resultado, cada una por sí misma suficiente²⁰⁰, como en los casos de causalidad múltiple, en el que concurriría más de una *c.m.s*, como estima la autora que ocurre en el Caso Lederspray. En estos últimos supuestos, la fórmula permitiría su resolución separando cada condición mínima suficiente, cuestión que la autora explica:

“En el caso Lederspray, yo puedo reunir tantos votos como sean necesarios para decidir el rechazo a la retirada del producto por el órgano colegiado en una condición suficiente para esta concreta decisión de rechazo de la retirada del spray. En el interior de esta condición, todos los votos emitidos contra la retirada del producto

¹⁹⁹ “Puedo establecer la ley general de que una decisión de los administradores de una sociedad administrada conjuntamente es tomada si la mayoría de los administradores están de acuerdo con ella. En cuatro administradores la mayoría asciende, cuanto menos, a tres. En este sentido, no necesito partir más que de tres votos para formar la condición mínima suficiente (...) En este caso existen precisamente varias condiciones de aparición del resultado, cada una por sí misma suficiente. Y ésta es precisamente la situación de la causalidad alternativa en la que fracasan la fórmula de la *conditio sine qua non* y el requisito de inevitabilidad. No es necesario que las distintas condiciones suficientes que pueden construirse no tengan elementos comunes. Que tengan estos elementos debería ser, más bien, la regla en la causalidad alternativa”. PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 55p.

²⁰⁰ PUPPE, I. 2008. *Op. Cit.* 14p. ; PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 55p.

son componentes necesarios sin los cuales esta condición resulta imposible de realizarse, porque, sin ellos, no se consigue la mayoría. Puesto que nosotros hemos renunciado al requisito de la evitabilidad, no exonera al autor el hecho de que también se dieran, al mismo tiempo, otras condiciones suficientes para la producción del resultado que no dependieran de su contribución. Por esto, todo miembro del órgano que ha votado a favor de una decisión ilegal, responde penalmente de sus consecuencias, aunque aquella haya sido acordada necesariamente por una mayoría más numerosa²⁰¹.

En síntesis, la teoría de la condición mínima suficiente, por una parte, utiliza la condicionalidad suficiente para ligar la causa global con el resultado, lo que evita los problemas de la teoría de la *conditio sine qua non* en relación a la existencia de causas de reemplazo, ya que, permite que más de un hecho o combinaciones de hechos sean causales para un resultado. Y, por otra parte, vincula la acción individual con la causa global en forma necesaria, lo que impediría que se abarquen en la definición de resultado hechos irrelevantes, permitiendo comprobar la causalidad de cada hecho en forma aislada con la condición mínima suficiente. Así, frente a la pregunta que nos hicimos en un comienzo acerca de cuándo se responde por la toma de un acuerdo antijurídico en el seno de un órgano colegiado, la teoría de la condición mínima suficiente sostendría que corresponde al miembro del

²⁰¹ PUPPE, I. 1996. *Op. Cit.* 220p. Paréntesis añadidos.

órgano responder toda vez que su voto individual es necesario para que se obtenga la cantidad mínima de votos para que el acuerdo tenga lugar.

PUPPE señala que sería posible establecer una relación de necesidad entre la conducta individual y la condición mínima suficiente del resultado. En el Caso Lederspray, la *c.m.s* consistiría en que el acuerdo antijurídico se lleve a cabo por mayoría simple de votos, teniendo en cuenta que existen, -en abstracto-, 3 posibilidades para que dicho acuerdo se genere: que se haya realizado en forma unánime, es decir con 6 votos de un total de 6 directores, se haya tomado con 5 votos favorables y 1 en contra o con un total de 4 votos y 2 en contra. Es dentro de estas posibilidades abstractas, que la autora identifica como condición mínima suficiente a la última de las posibilidades. PUPPE sostiene, que si se considera solamente una muestra de 4 directores (correspondientes a la *c.m.s*) de los 6, entonces es posible verificar el nexa causal entre cada uno de éstos y la *c.m.s*, de modo que cada uno sería necesario para que ésta se cumpla. Para ello, no importaría qué combinación se tome (no importa si tomo al director 1, 2, 3 y 4 ó 2,3,4 y 5 ó al 3,4,5 y 6, etc.) siempre que solo tome 4. Esto implica una modificación ficticia del espacio muestral que existía inicialmente,

correspondiente a 6 directores, que supone que se saquen justamente los cuatro directores que votaron a favor del acuerdo.

La autora, que correctamente parte del escenario abstracto -ex ante- que pudiera dar lugar al resultado para establecer la *c.m.s*, luego se vale del conocimiento -ex post- de que en los hechos todos los votos fueron afirmativos, por lo que al tomar una muestra aleatoria todos los votos van a ser favorables y por tanto causa necesaria del resultado. No obstante, tal como PUPPE le critica a la teoría de la *c.s.q.n*, no se pueden establecer relaciones de necesidad basándose en la configuración concreta de los hechos, ya que esto constituye un “trampa” que permite manipular la definición que se tiene de resultado, que es lo que hace PUPPE en su propuesta de solución del caso Lederspray. Si en abstracto, tomo aleatoriamente a 4 de los 6 directores, no es necesariamente verdadero que aquellos 4 que saqué corresponden a los que votaron a favor, ya que las posibilidades iniciales indicaban que el acuerdo podía ser tomado con 1 o 2 votos en contra, posibilidades que no se pueden eliminar antojadizamente cuando se saca a 4 de los votantes. Así, mediante la fórmula propuesta, no es posible establecer la causalidad individual de cada director, puesto que,

aunque reduzca el espacio muestral a la condición mínima suficiente, siempre va a existir la probabilidad de que alguno de esos 4 haya votado en contra. Por esta razón, la operación de suprimir mentalmente cualquiera de los 4 votos, para ver si el resultado se sigue produciendo, no tendría sentido porque desde un principio no es seguro que se produzca la *c.m.s*, a menos de que sepa de antemano que saqué a los 4 que votaron a favor, en cuyo caso solo podría comprobar la causalidad de ellos, pero no de los 6. SAMSON ya reconoce esta crítica a la teoría de la causa INUS, en su versión original, señalando que este concepto “no constituye realmente nada más que la fórmula de la *conditio sine qua non*, revestida con un atractivo juego de palabras”²⁰². Objeta el autor la circularidad aludida, señalando que la teoría evidenciaría una “trivialidad”; “la totalidad de las circunstancias temporalmente precedentes a un resultado constituyen una condición suficiente solamente por el hecho de que el resultado se ha producido. De la pura circunstancia de la producción del resultado se puede inferir sin dificultad, según ello, el conocimiento trivial de que, en la situación total,

²⁰² SAMSON, E. 2004. Condición-Inus y concepto causal jurídico-penal. En: SANCINETTI, M. 2009. (comp.). Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires, Hammurabi. 445p.

que ha preexistido temporalmente a la producción del resultado, había circunstancias suficientes que produjeron el resultado”²⁰³.

A lo sumo, si sabemos que se llevó a cabo un acuerdo antijurídico, es posible establecer la *causalidad potencial* de cada uno de los 6 directores individualmente considerados, ya que cada uno de ellos *podría* haber contribuido a la configuración de la *c.m.s*, más no es posible establecer una relación de *necesariedad* entre aquellos y ésta. Tanto la teoría de la *c.s.q.n* en su configuración concreta, como la teoría de PUPPE, constituyen herramientas para corroborar relaciones causales pero no para verificarlas en abstracto, ya que cualquier teoría de la causalidad con pretensiones científicas (que busque establecer relaciones necesarias) debe ser capaz de establecer leyes generales aplicables en forma *ex ante* y no solo a casos particulares.

²⁰³ SAMSON, E. *Op. Cit.* 442p.

1.2.2. Fórmulas “cuasi-causales” basadas en la imputación objetiva del resultado

En contraposición a las teorías expuestas en el apartado anterior, que buscan explicar la causalidad mediante el establecimiento de relaciones científico-naturales, las siguientes teorías dejan de lado dicha pretensión científica, para reemplazar el nexo causal por un examen conforme a criterios jurídico-normativos. En palabras de JESCHECK, “no resulta evidente que la relación entre acción y resultado haya de ser siempre *causal*, y tampoco que la relación causal *baste* en todo caso para estimar la responsabilidad del autor en cuanto al resultado, pues para el Derecho Penal no es esencial la relación entre causa y efecto, sino únicamente la cuestión de si el resultado puede ser *imputado* al autor desde la perspectiva de una punición justa”²⁰⁴. Esta visión corresponde a la opinión generalizada de la doctrina y jurisprudencia que mayoritariamente rechazan una causalidad de la omisión en el sentido de una producción real del resultado²⁰⁵. Lo que se busca vincular no es el resultado fáctico, sino una acción típica, -relevante para el Derecho Penal-, mediante la atribución del injusto específico de una figura delictiva a una conducta que coincide con la descrita por el tipo

²⁰⁴ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 250p.

²⁰⁵ *Íbid.* 562p.

penal²⁰⁶. En términos concretos, en el caso Lederspray, en lugar de establecer una relación causal naturalística entre los votos individuales y el acuerdo de no retirada, se busca establecer un nexo entre los votos y el delito de lesiones dolosas en comisión por omisión. En este sentido, se podría decir que las teorías que se expondrán a continuación no son teorías de la causalidad propiamente tales, sino teorías “cuasi-causales”²⁰⁷ que se basan en criterios puramente normativos.

a) Teoría de la probabilidad rayana en la certeza

Para este grupo de autores, no es posible establecer una relación de causalidad propiamente tal entre la omisión y el resultado, en cuanto consideran que este depende de una producción energética que la inactividad es incapaz de generar²⁰⁸. Esta noción se resume a menudo en la locución latina “ex nihilo nihil fit” o “de la nada, nada puede surgir”, idea que ha prevalecido predominantemente respecto a la causalidad en los delitos de omisión. En oposición a las perspectivas que reformulan la teoría de la *conditio sine qua non*, para esta corriente doctrinal el concepto causal es

²⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN, C. 2011. *Op. Cit.* 251-252pp.

²⁰⁷ Concepto utilizado por: GIMBERNAT. En: GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.*

²⁰⁸ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 2000.41p.

una realidad ontológica, ajena a la persona que la piensa²⁰⁹, por lo que resulta fundamental la producción física del resultado desde una fuente de energía para la corroboración de dicho vínculo. En este sentido, señala JESCHECK: “la causalidad requiere, como categoría del ser, una verdadera fuente de energía que sea capaz de aportar un despliegue de fuerzas, y esto falta precisamente en la omisión”²¹⁰. Por su parte, KAUFMANN también se encuentra dentro de los representantes de esta visión, argumentándola desde el punto de vista de la inutilidad en aplicación de la fórmula de la supresión mental hipotética a los delitos impropios de omisión: “(se puede) ‘suprimir mentalmente’ al omitente sin que decaiga lo omitido; nada cambia en la falta de empleo de energía, en la negación de la acción, porque esté o falte la persona capaz de acción. No hay relación causal entre el omitente y la acción omitida (solo existe aquí la relación de la ‘causalidad *potencial*’)”²¹¹.

²⁰⁹ *Ibid.* 43p. Asimismo, WELZEL: “El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera vinculación lógica y menos una simplemente ‘ideal’ de diversos acontecimientos, sino la conexión regular en la sucesión del acontecer real, no perceptible, es cierto, pero sí posible de ser captada por el pensamiento y por ello, como tal, tan real como el acontecer mismo. El derecho tiene que partir también de este concepto causal ‘ontológico’; no existe una causalidad jurídica especial”. WELZEL, H. *Op. Cit.* 51p.

²¹⁰ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 562p.

²¹¹ KAUFMANN, A. 1996. *Dogmática de los delitos de omisión*. Barcelona, Marcial Pons. 79p. El autor sostiene la existencia de una relación causal entre la omisión y el resultado, pero no entre el omitente y este último, entre los que solo cabría un nexo de causalidad potencial. A pesar de que esta argumentación no ha tenido eco en la literatura posterior -ya que se le critica que el hecho es del autor y por tanto no hay omisión sin omitente, (ver: GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 36p.)-, este autor debe ser agrupado de todos modos dentro de la categoría que postula una relación de cuasi-causalidad entre omitente y resultado ya se reconoce que “lo que se verifica y lo que se afirma en los límites de la posibilidad de acción es la

En este sentido, la perspectiva presentada a continuación, se caracteriza por el rechazo de la causalidad entre omitente y el resultado en los mismos términos que para las conductas activas. La aplicación de la teoría de la condición llevaría a negar esta relación, en cuanto la omisión no añadiría una condición para que el resultado se produzca; si se suprime mentalmente la omisión, el resultado sigue ocurriendo.

Lo determinante, en cambio, -en que existe coincidencia con las hipótesis de la teoría de la condición-, es que el resultado solo sería imputable al omitente cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado²¹². De este modo, se considera que una omisión es cuasi-causal respecto de un determinado resultado si, añadiendo mentalmente la acción omitida, dicho resultado desaparecería²¹³: “lo decisivo en la comisión por omisión no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino solo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo (“causalidad hipotética”), ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiese podido evitar el

causalidad potencial, la posibilidad del omitente de llegar a ser causal de una consecuencia...realizando su voluntad”. KAUFMANN, A. *Op Cit.* 84p.

²¹² GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 48p.

²¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN, C. 1998. Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. 3º ed. Valencia, Tirant lo Blanch 209p.

resultado”²¹⁴. De aquí que la fórmula de la *conditio sine qua non* se modifique para la omisión, correspondiendo afirmar causalidad cuando, al imaginar que el sujeto despliega la acción esperada, desaparece el resultado²¹⁵.

Dado que se trataría de una mera causalidad potencial, en el sentido de que la conducta que no se llevó a cabo solo *podría* haber evitado el resultado, existen discrepancias respecto de qué criterio debe ser utilizado para verificar la aptitud evitadora del resultado de la acción debida. En otras palabras, ya que no cabe decidir con absoluta seguridad si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado - más bien se trata de un juicio hipotético que escapa a todo cálculo seguro²¹⁶-, la doctrina no es conteste respecto del grado de certeza que cabe exigir con que la conducta omitida hubiese evitado el resultado. Frente a esta interrogante la doctrina actualmente dominante²¹⁷ postula que es posible imputar el resultado al omitente cuando la realización de la conducta debida hubiese podido evitar el resultado con una “*probabilidad rayana en la seguridad*”. En otras

²¹⁴ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 318p.

²¹⁵ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 563p.

²¹⁶ *Ibid.* 564p.

²¹⁷ *Ibid.* 319p.

palabras, debe constar con una probabilidad casi segura que la acción esperada hubiera evitado el resultado con el fin de establecer el vínculo causal en los delitos de omisión impropia²¹⁸. Esta ha sido la visión que ha predominado tanto en la doctrina como la jurisprudencia alemana, siendo la fórmula que utiliza al día de hoy para verificar la causalidad en los delitos de omisión impropia²¹⁹. A diferencia de lo que ocurre en la acción, en que se puede alcanzar una certeza sobre si una determinada conducta ha sido causal o no para la producción de un resultado, en la omisión solo es posible establecer vínculos hipotéticos²²⁰; solo cabe preguntarse qué hubiese ocurrido si una acción que no ha sucedido en la realidad hubiese tenido lugar. Acá “cabe emitir un juicio, no de seguridad, sino solo de *probabilidad* de que aquella hubiera evitado el resultado”²²¹, no obstante, se trataría de una altísima probabilidad o seguridad prácticamente absoluta, que de haber realizado la acción omitida el resultado no se hubiera producido²²².

²¹⁸JESCHECK, H. *Op. Cit.* 564p.

²¹⁹GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* N. del A. (43), 49p.

²²⁰*Íbid.* 50p.

²²¹*Ídem.*

²²²BACIGALUPO, E. 1983. Delitos impropios de omisión. 2° ed. Bogotá, Temis. 90p.

En definitiva, mediante esta teoría se propone una leve atenuación de los criterios de la *conditio sine qua non* para los supuestos de omisión, por tratarse de situaciones meramente hipotéticas, lo que impediría llegar a una certeza absoluta de que el resultado se hubiese efectivamente evitado, razón por la que solo sería exigible una suerte de “casi certeza”. De este modo, si del juicio hipotético aparece que aun habiendo llevado a cabo la acción debida, el resultado probablemente se hubiese ocasionado de todos modos, tal vez se hubiese dado o lo hubiese hecho con una probabilidad menor a la rayana en la certeza, entonces en todos estos casos faltaría el requisito de cuasi-causalidad y el delito no se podría castigar como consumado, sino a lo sumo como tentativa (en caso de que el omitente actúe dolosamente)²²³.

En opinión de KUHLEN, la sentencia del BGH sería materialmente adecuada, en el sentido de que quien haya votado a favor de una decisión colectiva debe responder por sus consecuencias²²⁴. No obstante, el autor critica que en este caso no sería razonable que el Tribunal Supremo haya renunciado en su decisión a la ponderación de la fórmula de la evitación del

²²³ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 50p. ; MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 319p.

²²⁴ KUHLEN, L. 1996. *Op. Cit.* 240p.

resultado con una probabilidad rayana en la certeza²²⁵ al dejar el tema de la causalidad sin solución. De haberse aplicado la fórmula modificada de la *conditio sine qua non* en el Caso Lederspray, cabría haberse preguntado si acaso el resultado –el acuerdo contrario a deber de poner el producto en el mercado- se hubiese evitado con una probabilidad casi segura si cada uno de los directores, individualmente considerados, hubiese votado en contra del acuerdo. Frente a esta interrogante, surge el problema sobre la resistencia que hubiesen podido oponer los demás directores: el hecho de que alguno hubiese votado en contra no implica de ningún modo que el acuerdo no se hubiese llevado a cabo en forma casi segura. Antes al contrario, si de los hechos se extrae que todos los directores votaron a favor, existen pocas razones para pensar que la disidencia de uno habría afectado la totalidad de la decisión. El hecho de que la acción de salvamento no hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza pone de manifiesto que la doctrina mayoritaria no ofrece una solución frente a los problemas que presenta la teoría de la evitabilidad. Sin embargo, esta cuestión será analizada en profundidad a propósito de las conductas

²²⁵ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 54p.

alternativas conforme a Derecho y su rol en el establecimiento de la causalidad²²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, KUHLEN sostiene que la renuncia al requisito de la probabilidad rayana en la certeza no sería problemática y propone una determinación de la causalidad en la omisión basada en el derecho individual de cada uno de los administradores de oponerse a la decisión de retirada²²⁷. En el delito doloso, de acuerdo con el principio de imputabilidad recíproca que funda la coautoría, sería posible establecer la causalidad de las omisiones individuales aun prescindiendo del juicio de certeza absoluta. Así, en definitiva, a pesar de reconocer la falta de aplicación de la jurisprudencia clásica del BGH en el caso Lederspray, KUHLEN apoya materialmente el criterio del Tribunal Supremo sosteniendo que los casos de doble causalidad -a diferencia de los de causalidad cumulativa- constituirían una excepción a la fórmula de la equivalencia de las condiciones, donde se justificaría modificar las reglas

²²⁶ Ver infra p.167.

²²⁷ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.*305p.

clásicas, por lo que la interpretación del Tribunal Supremo constituiría adecuado entendimiento de la cuasi causalidad²²⁸.

b) Teoría de la disminución del riesgo

Otro sector de la doctrina ha defendido un criterio más laxo que el anterior, en el que se considera suficiente que la acción esperada hubiera aumentado con seguridad las posibilidades de evitación del resultado, asegurado una disminución del riesgo de su producción²²⁹ o, a contrario sensu, que la omisión haya aumentado el riesgo de la producción del daño²³⁰. Se trata de la *teoría de la disminución (o aumento) del riesgo*, que parte de la base de que es imposible determinar con certeza si la acción omitida hubiese evitado el resultado a partir de un juicio hipotético. Se plantea que la aplicación práctica de la teoría de la probabilidad rayana en la seguridad resultaría insostenible, ya que de tomarla en estricto rigor no se podría condenar a nadie por delitos consumados de omisión impropia²³¹. Bajo la misma fundamentación que la doctrina dominante, esta corriente busca acercar los criterios utilizados por aquella a parámetros más realistas,

²²⁸ NStz 1990, pp.569-570. (Traducción libre del Profesor CONTRERAS CHAIMOVICH)

²²⁹ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 319p.

²³⁰ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 304p.; MARTÍNEZ-BUJÁN, C.1998. *Op. Cit.* 209p.

²³¹ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 65p.

que serían los que verdaderamente son utilizados en la práctica²³². En este sentido, se consideraría como requisito suficiente de la imputación la mera disminución del riesgo de producción del resultado o que la acción omitida *posiblemente*²³³ hubiese evitado el resultado: “basta con que la acción exigida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado para que entre el juego la responsabilidad por una comisión por omisión consumada”²³⁴. Tanto GIMBERNAT como SCHÜNEMANN se muestran como fuertes defensores de esta postura, proponiéndola como solución al caso Lederspray. Al respecto, sostiene el primero:

“(L)as dificultades de causalidad omisiva que se presentan en el caso ‘Lederspray’ habrían podido ser resueltas, sin ulteriores complicaciones, si el BGH hubiera asumido la teoría de la disminución del riesgo. Porque, por una parte, si cada directivo hubiera tratado de convencer a los restantes de que adoptaran una resolución de retirada del producto...habría aumentado la posibilidad de que aquella se acordase, con ello, también, la de que se hubiera retirado el producto, con lo que, de esta manera, *habría disminuido la posibilidad* de que los consumidores sufrieran daños en la salud”²³⁵.

²³² GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 65p.

²³³ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.* 90p.

²³⁴ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 65p.

²³⁵ *Íbid.* 66-67pp. *Cursivas originales del texto.* N. Del A. N°89.

SCHÜNEMANN, por su parte, quien reformula la teoría del aumento del riesgo que ROXIN establece para los delitos de acción, se muestra a favor de la ampliación de esta teoría a los delitos de omisión impropia dentro del marco del Derecho Penal de la Empresa²³⁶. Para el autor, no existe una identidad entre los delitos de acción y los de omisión y resulta imposible determinar la causalidad de éstos últimos en los mismos términos científico-naturales que para los primeros, por lo que en los delitos de omisión impropia, para poder imputarle un resultado a una persona, es necesario encontrar un criterio de equiparación respecto de los delitos activos diferente a la causalidad. De este modo, construye un criterio *sui generis* de equiparación, consistente en el “dominio sobre la causa o fundamento del resultado”, en función del cual el juicio de imputación procedería en dos etapas: “primero ha de indagarse la causa o fundamento del resultado, y luego ha de verificarse si el omitente ejerció el dominio sobre ella”²³⁷. Mientras que la pregunta sobre si una persona ha ejercido dominio sobre el resultado correspondería a un juicio ontológico,

²³⁶ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 67p.

²³⁷ SCHÜNEMANN, B. 2009. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Madrid, Marcial Pons. 285p.

aquella sobre el motivo o fundamento del resultado sería normativa²³⁸: “el que algo sea la razón de un resultado...no es en modo alguno lo mismo que la cuestión causal, no pudiéndose por tanto determinar sin valoraciones”²³⁹.

De acuerdo con los criterios propuestos por SCHÜNEMANN, cabría hacerse dos preguntas en relación a la imputación del resultado a los directores en el Caso Lederspray. En primer lugar, cuál es el fundamento o motivo del resultado de las lesiones en los consumidores del aerosol y, secundariamente, si acaso poseían los directores un dominio sobre el fundamento de dicho resultado. Con el fin de dar respuesta a estas preguntas SCHÜNEMANN utiliza el criterio de la disminución del riesgo.

Para el autor, en los delitos dolosos no cabe la pregunta sobre si se habría evitado el resultado en el caso de una conducta conforme a Derecho por parte de cada uno de los directores²⁴⁰, como lo propone la doctrina dominante. En sentido opuesto, correspondería preguntarse “si el comportamiento conforme a deber habría reducido el riesgo de la

²³⁸ SCHÜNEMANN, B. 2009. *Op. Cit.* 287p.

²³⁹ *Ídem.*

²⁴⁰ SCHÜNEMANN, B. 2002. *Op. Cit.* 21p.

producción del resultado tan notablemente que el correspondiente deber se ha de calificar incluso desde la perspectiva *ex post* como medida apropiada para la protección del bien jurídico”²⁴¹. El autor reconoce que la respuesta a esta pregunta debería ser negativa al considerar los votos en forma aislada desde una perspectiva *ex post*, cuando el acuerdo de no retirada ya es firme²⁴². Sin embargo, señala que dicho análisis resulta demasiado restringido y que solo desde una perspectiva *ex ante* se toma en cuenta el potencial valor de cada voto en miras a lograr la acción conforme a Derecho.

“(T)ambién forman parte (de la decisión) la participación en el debate y la actuación dirigida a la decisión correcta, es decir, dirigida concretamente a la decisión a favor de la retirada del producto. Y, entonces, puede partirse por lo general de que un voto fundado, expresado en el debate, a favor de la retirada del producto, desde luego habría tenido considerables oportunidades de imponerse, por lo que ha de afirmarse la imputación del resultado”²⁴³.

En este sentido, SCHÜNEMANN sostiene que si se analiza el panorama desde la configuración concreta de los hechos (*ex post*), hasta el momento en que se llevó a cabo la votación (*ex ante*), es posible apreciar la

²⁴¹ SCHÜNEMANN, B.2002. *Op. Cit.* 21p.

²⁴² *Ídem.*

²⁴³ *Ídem.*

verdadera influencia que podría haber tenido cada director mediante su voto en contra. Cada voto aisladamente considerado poseía la aptitud para haber disminuido las posibilidades de que el resultado se llevara a cabo, con independencia de que esto no haya sido lo ocurrido en la práctica.

A pesar de que esta teoría cuenta con algunos adeptos respecto a su aplicación en los delitos de omisión impropia, nunca ha sido acogida por la jurisprudencia del BGH, que se ciñe a la doctrina dominante. Ambas rechazan categóricamente la teoría del aumento del riesgo o, en este caso, en su variante de disminución del riesgo, bajo el argumento de que esta teoría infringe el principio *in dubio pro reo*²⁴⁴. Se objeta que, al contrario de lo que ocurre con la teoría de la probabilidad rayana en la certeza, ésta establecería un criterio demasiado laxo para imputar responsabilidad; si basta para dicha imputación con que la acción omitida hubiera solo disminuido el riesgo de las lesiones, entonces la posibilidad de la ejecución de la conducta conforme a deber hubiera sido inútil (y que el sujeto hubiese sido dañado de todos modos) se interpretaría en contra del reo, en

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 180p. ; PUPPE, I. 2006. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. [en línea] Revista Para el Análisis del Derecho InDret, N°4 <http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf>. 9p.

oposición a los principios generales²⁴⁵. Dicho de otro modo, “habiendo alguna duda respecto de la evitación del resultado por la acción omitida, no debería haber imputación del mismo a la omisión”²⁴⁶. Así, se señala de modo general que este criterio sería insuficiente como para establecer la causalidad, ya que que la acción no ejecutada habría reducido el riesgo de producción del resultado pero no necesariamente lo hubiera evitado, por lo que no se verificaría el vínculo de cuasi-causalidad²⁴⁷.

Se critica además que este criterio generaría una transformación de los delitos de resultado a delitos de peligro²⁴⁸, puesto se estaría imputando el resultado típico no a quien realmente lo causa sino a quien solo ha generado un aumento del peligro de su producción²⁴⁹. Frente a este problema que GIMBERNAT ha denominado como de “sin salida”²⁵⁰, (en

²⁴⁵ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 68p.

²⁴⁶ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.* 91p.

²⁴⁷ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 69p.

²⁴⁸ ROXIN, C. *Op. Cit.* 381p.

²⁴⁹ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 69p.

²⁵⁰ *Íbid.* 71p. ROXIN en cambio, responde a estas críticas en su teoría del incremento del riesgo en la comisión activa. En contra de la posible vulneración al principio in dubio pro reo, sostiene que no cabe dividir un riesgo en una parte permitida y prohibida y averiguar para cada una la realización del peligro: “Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio in dubio pro reo”. Por otra parte, frente a la crítica que señala que transformaría a los delitos de resultado en delitos de peligro, sostiene que “la imputación de un resultado al tipo objetivo siempre se produce solamente mediante una puesta en peligro creada por el autor”, por lo que la única diferencia entre ambos es que en los primeros el peligro se realiza en un resultado lesivo

cuanto sostiene se le podrían realizar las mismas críticas a la doctrina dominante²⁵¹), el autor propone “concluir, realísticamente, que la circunstancia de que el hacer debido hubiera evitado o no el resultado no desempeña ningún papel para afirmar o negar la existencia de una comisión por omisión”²⁵². PUPPE, en cambio, argumenta que la crítica sería desacertada en cuanto solo se vulneraría el principio *in dubio pro reo* cuando el curso causal hipotético está determinado por leyes generales y se puede predecir objetivamente cómo se habría desarrollado el curso causal en caso de que el autor se hubiera comportado correctamente, no obstante, esto no sería válido para el comportamiento humano²⁵³: “el principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza. Así pues, solamente hay dudas cuando objetivamente existe una respuesta a la pregunta, pero, en el caso concreto, el juez no dispone de los medios para comprobarla”²⁵⁴. BACIGALUPO es de la misma idea, sosteniendo bajo una argumentación distinta que, siendo lo que el Tribunal debe determinar si el autor debía o no realizar la acción

típico, mientras que en los segundos el resultado consiste en la puesta en peligro. ROXIN, C. *Op. Cit.* 380-381pp.

²⁵¹ GIMBERNAT, E.2000. *Op. Cit.* 70p.

²⁵² *Ibid.* 72p.

²⁵³ PUPPE, I.2006. *Op. Cit.* 9p.

²⁵⁴ *Ídem.*

omitida, “los presupuestos de tal deber de acción no pueden decidirse con base al principio *in dubio pro reo*. Se trata de una cuestión dogmática relativa a la mayor o menor extensión del deber de actuar”²⁵⁵, cuestión ajena a la aplicación del principio.

Por último, ya que se trata de teorías de la imputación objetiva de resultado y no teorías científicas propiamente causales, cabe mencionar, que para que se configure dicha imputación, éstas, además de exigir que se dé el requisito de evitación del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad o que la acción debida hubiese disminuido el riesgo de su producción, también exigen que el omitente se encuentre en posición de garante respecto del bien jurídico protegido. Así, en la práctica, en los delitos de comisión por omisión, para que sea posible la imputación objetiva del resultado, no sería necesario formar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que bastaría con que el sujeto hubiese podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante²⁵⁶. La posición de garante del omitente constituye un requisito de imputación del resultado en la omisión impropia y, por lo mismo, es utilizado como

²⁵⁵ BACIGALUPO, E.1983. *Op. Cit.* 91p.

²⁵⁶ MIR PUIG, S.1998. *Op. Cit.* 319p.

argumento por los autores que postulan las teorías referidas para justificar la diferencia en el tratamiento de la causalidad entre acción y omisión: “si la omisión (toda omisión que determina la no evitación del resultado) es causal en idéntica medida que la comisión activa, no se concibe por qué en este último caso basta con la causalidad, en principio, para dar lugar a la responsabilidad y en la omisión, en cambio, se hace preciso integrarla con un complemento más”²⁵⁷.

Teniendo presente lo anterior, si volvemos a la pregunta inicial sobre cuándo se responde por un acuerdo contrario a deber adoptado en el seno de un órgano colegiado, las teorías esbozadas responderían que cabe imputar responsabilidad toda vez que se haya omitido una conducta que, ya sea, con una probabilidad rayana en la seguridad hubiese evitado el resultado lesivo o con certeza hubiese disminuido el riesgo de su producción, siempre y cuando el omitente haya estado en una especial posición de garante respecto del bien jurídico protegido. Por esta razón, si buscamos responder a la pregunta sobre la posible responsabilidad de los directores-gerentes en el

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. 1995. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en derecho español. En: Fundamentos de Un sistema Europeo del Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch. 361p. Asimismo: GIMBERNAT, Enrique. 2000. *Op. Cit.* 43-45pp.

caso Lederspray, en particular, debemos partir por asumir como verdadera su posición de garante, de lo contrario, de acuerdo con estas teorías que establecen deberíamos negar la imputación sin más.

Así, por un lado, la teoría de la probabilidad rayana en la certeza negaría la cuasi-causalidad en el caso de estudio, en cuanto cada voto individualmente considerado no evitaría el resultado con una probabilidad casi segura, pues probablemente los demás directores hubiesen mantenido su postura oponiéndose al disidente. No se llegaría a los mismos resultados por aplicación de la teoría de disminución del riesgo. A diferencia de aquella, ésta vincularía cuasi-causalmente a los votos individuales y el resultado, ya que cada uno implicaría un riesgo adicional de que se lleve a cabo el acuerdo contrario a deber. Desde una perspectiva inversa, cada voto en contra hubiese implicado una disminución del riesgo en la producción del resultado, por lo que cabría imputarles el resultado a todos los directores.

c) Teorías de la competencia común

Al igual que la teoría anterior, las posturas basadas en la competencia común buscan vincular la conducta típica con las acciones individuales, no obstante, se diferencian en que el criterio de atribución no es la creación de un riesgo por cada miembro del directorio, sino la idea de competencia del órgano sobre el resultado lesivo. Para esta corriente, la ejecución del delito adopta un sentido normativo que requiere ser dotado de contenido por normas -incluso extrapenales- que regulen los casos concretos. JAKOBS desarrolla nítidamente esta noción, relacionándola con la idea de causalidad, a través de los casos que denomina como de “resultados sobrecondicionados”²⁵⁸. Por su parte, VAN WEEZEL, comparte la idea de competencia común de JAKOBS, planteando ciertas modificaciones a la teoría original. Ambas serán revisadas a continuación.

Si bien JAKOBS nunca alude al caso Lederspray en particular, sí analiza el problema de la toma de decisiones al interior de un órgano colegiado de manera pormenorizada, argumentación que resulta aplicable al

²⁵⁸ Terminología utilizada por JAKOBS En: JAKOBS, G. Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch.75-98pp.

caso concreto. En oposición a la perspectiva tradicional de la doctrina, que busca resolver el problema en sede de causalidad, el autor desvía la pregunta hacia una revisión de los criterios de imputación, sosteniendo que la primera no es más que un derivado de la segunda: “Como en el plano del Derecho penal no se trata genuinamente de la causalidad, sino de la imputación, como por tanto la causalidad aparece en el Derecho penal como un derivado de la imputación, aquí se debe determinar qué es necesario en cuanto a causalidad según la función de la imputación”²⁵⁹. De este modo, la pregunta sobre el vínculo causal entre los votos individuales y el resultado lesivo es respondida en forma residual, desde el análisis de la imputación, específicamente, desde el momento en que se atribuye el resultado a los autores o partícipes del delito.

El autor sostiene que en los casos en que varias personas realizan el tipo penal, corresponde responder a la pregunta inicial sobre cuál es la obra

²⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* 78p. Esta primacía del juicio de imputación de los intervinientes por sobre la corroboración de su causalidad individual, es compartida por VAN WEEZEL: “la clave de la responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado no está ni en la búsqueda de una conexión causal (se trata de un problema de imputación) ni en el ámbito de la imputación subjetiva (se trata de determinar precisamente qué es lo que debe ser cognoscible). La clave está en la afirmación de una competencia común, es decir, se trata al menos en primera línea de un problema de imputación objetiva”. VAN WEEZEL, A. 2008. Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva? *En*: Pena y sentido. Estudios de derecho penal. Lima, ARA Editores. 295p.

común que los vincula, cuya respuesta sería la lesión a la norma que constituye el injusto²⁶⁰. Señala en este sentido que “solo la lesión a la norma constituye el injusto. Todo lo demás puede que sea una preparación peligrosísima, próxima al injusto penal, puede que, incluso, para alguno de los intervinientes en ese estadio previo se constituya en un injusto penal que pronto no podrá ser evitado, pero lo cierto es que el mismo no constituye por sí el injusto penal”²⁶¹. Siguiendo este punto de vista, argumenta que en el caso de los delitos que se dan a través de la intervención en una votación, por regla general, éstos no constituirían ejecución del hecho, sino preparación del mismo, ya que solo con la producción del resultado,-que generaría la lesión de la norma-, se llevaría a cabo la ejecución propiamente tal²⁶². Siguiendo esta línea, sostiene que “la votación, en todos los casos con relevancia práctica, no es en sí misma una exteriorización (ejecución del hecho), sino que –como ya se dijo al principio- prepara internamente una conducta negocial que se ejecutará posteriormente y que entonces se exteriorizará. Formulado de otro modo, la votación, por regla general, no

²⁶⁰ JAKOBS, G. 2005. La intervención delictiva. Cuadernos de Política Criminal (N°85): 73p.

²⁶¹ *Ibid.* 74p.

²⁶² JAKOBS, Günther. 1996. *Op. Cit.* 75-76p.

sería ejecución, sino participación en la misma”²⁶³. De este modo, cabría distinguir entre el momento en que la conducta es perfectamente peligrosa de aquel en que se perfecciona la infracción de la norma; mientras la votación favorable al acuerdo constituiría la primera, la infracción propiamente tal solo podría tener lugar mediante la exteriorización de la votación, es decir, cuando el acuerdo se pone en práctica. La conducta de ejecución, por su parte, “(sería) puesta en práctica por regla general por el último responsable, o sea, como muy pronto, por el miembro que dirige la votación que constata la mayoría y, generalmente más bien después, concretamente por el gestor del negocio competente en el ámbito de que se trate”²⁶⁴.

Excepcionalmente, el acuerdo contrario a deber constituiría un acto ejecutivo en aquellos casos en que dicho acuerdo corresponde al tipo penal, es decir, el acuerdo mismo constituye la infracción a de la norma. No obstante, esto no ocurre en el Caso Lederspray, ya que por tratarse de un

²⁶³ *Ibid.* 83-84p. Esta visión según la cual la votación por regla general constituiría un mero acto preparatorio y no ejecución del delito, no ha tenido mayor eco en la literatura jurídico-penal. No obstante, hay autores que apoyan esta idea. Véase: BATISTA, M. *En*: BACIGALUPO, E. 2005. Curso de Derecho Penal Económico. 2º ed. Madrid, Marcial Pons.146p.; PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 308-316pp. ; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.*194-198pp.

²⁶⁴ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 84p. Paréntesis añadidos.

delito de lesiones en comisión por omisión, este requiere de una ejecución posterior consistente en el resultado de lesiones en los consumidores. De acuerdo con la argumentación del autor, la votación del órgano directivo en el Caso Lederspray consistiría en un mero acto preparatorio que posteriormente sería ejecutado –exteriorizado- en cada una de las filiales en que se da la orden de no retirada del producto. Ello implica que, por ejemplo, si en este caso hubiese llegado la Oficina Federal de Salud a frenar la distribución del aerosol después de que el Consejo de administración hubiese votado a favor de la no retirada, dicho acuerdo consistiría en un acto preparatorio impune o a lo más podría ser castigado en grado de tentativa, dependiendo de las reglas concretas que regulen la punibilidad en los delitos de omisión impropia en cada sistema jurídico²⁶⁵.

Para la doctrina dominante la línea de delimitación entre autores y partícipes se da a nivel de tipicidad; “participación es intervención en un

²⁶⁵Al respecto, MARTÍNEZ BUJÁN: “que el Derecho penal pueda intervenir a partir de la exteriorización de la voluntad no implica que *deba* castigar cualquier resolución delictiva manifestada. En otras palabras, la exteriorización es *condición* del castigo pero no constituye todavía *fundamento*”. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2011.*Op. Cit.* 304p. Asimismo, MEINI: “La determinación de 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 antijurídico. Si estos existen, el acuerdo será un acuerdo antijurídico directamente ejecutivo...lo normal será que el tipo tenga otra configuración, es decir, que la adopción del acuerdo sea solo un elemento objetivo más...En estos casos, la participación en la aprobación del acuerdo antijurídico no deja de ser 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”. MEINI. *Op. Cit.*239p.

hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principal *pertenece* al autor, no partícipe. Este no realiza el tipo principal, sino, un tipo dependiente de aquel”²⁶⁶. Solamente el autor realiza actos de ejecución del tipo penal, mientras que el partícipe solo interviene en actos preparatorios²⁶⁷. Para JAKOBS, en cambio, la diferencia entre autores y partícipes es meramente cuantitativa, en términos de medición de la pena²⁶⁸. Desde su perspectiva, ambos –autor y partícipe- son competentes respecto de la configuración del hecho completo y, por tanto, el que los partícipes no hayan realizado actos propiamente ejecutivos, sino aportes previos a la lesión de la norma, no implicaría la imposibilidad de atribuirles el resultado²⁶⁹. En otras palabras, aún en estos casos se podría atribuir *ejecución* a quienes no ejecutan propiamente tal, sino a quienes posean la competencia sobre las consecuencias del delito, siendo posible equipararlo con la actuación en los actos previos²⁷⁰. Dicha visión es compartida por VAN WEEZEL quien también le otorga un contenido normativo a los actos de ejecución, en el cual incluye el acto de votación: “la aludida sesión especial del directorio no es en un sentido fáctico, sino en

²⁶⁶ MIR PUIG, S. Op. Cit. 393p.

²⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, C. 2011. Op. Cit. 306p.

²⁶⁸ JAKOBS, G.2005. Op. Cit. 81p.

²⁶⁹ *Ibid.*84p.

²⁷⁰ *Ídem.*

un sentido diferente (precisamente normativo) ejecución del delito de lesiones”²⁷¹.

En este caso, el criterio utilizado para dicha adjudicación sería la configuración de alguno de los elementos de los que se compone la obra común que constituye el delito²⁷² que, aun no exteriorizando el resultado, sí son capaces de *condicionarlo*²⁷³. En otras palabras, para que el aporte de cada interviniente sea relevante, este debe estar, al menos, “*teñido delictivamente*”²⁷⁴. De este modo, si un suceso “sobrecondicionante” que posea estas características es exteriorizado, al menos, simultáneamente a otras condiciones, este no perdería su cualidad causal; “un buen fundamento no pierde su cualidad por el hecho de que otros fundamentos sean también buenos”²⁷⁵. Esta noción de causalidad ya se encontraba presente en FRANK, quien sostiene la posibilidad de que un delito de resultado se encuentre sobrecondicionado a partir de la distinción entre causalidad transmitida física y psíquicamente. Si bien la autoría se caracterizaría por la comisión mediante causalidad física, que correspondería a poner una causa

²⁷¹ VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 297p.

²⁷² JAKOBS, G. 2005. *Op. Cit.* 74-78pp.

²⁷³ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 84p.

²⁷⁴ JAKOBS, G. 2005. *Op. Cit.* 74-78pp.

²⁷⁵ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 86p.

propriadamente tal, la participación accesoria se reconocería por la comisión mediante causalidad transmitida psíquicamente, que vendría siendo el añadir una mera condición por medio de una voluntad humana²⁷⁶. Para JAKOBS, el límite del aporte causal de estas condiciones psíquicas estaría determinado por su significación social, denominado por el autor como “*prohibición de regreso*”²⁷⁷. Mediante este máximo se evitaría la atribución de responsabilidad personas que se encuentran demasiado lejos de la cadena causal, como por ejemplo, el sujeto que vende el objeto con que se lleva a cabo el delito o quienes lo manufacturan.

VAN WEEZEL, en cambio, niega la posibilidad de afirmar un “sobrecondicionamiento”, en cuanto según su punto de vista, afirmar una relación de intervención delictiva en que los partícipes actúan mancomunadamente, implicaría aseverar que se trata de un solo riesgo (que configuran entre todos) y no así de varios, por lo que el problema del sobrecondicionamiento nunca llegaría a plantearse²⁷⁸. Según esta visión, no solo todos los miembros del órgano colegiado serían competentes del

²⁷⁶ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 142p.

²⁷⁷ JAKOBS, G.1996. *Op. Cit.* 86p.

²⁷⁸ VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 293p.

resultado, sino que además, al organizarse en forma mancomunada, serían competentes en común y con el mismo rango²⁷⁹. Esto quiere decir que, a diferencia de lo que postula JAKOBS, la competencia común determinaría además el hecho de que los intervinientes posean el mismo grado de intervención –coautoría-, cuestión que revisaremos en acápite posteriores.

En contraposición a la visión anterior, JAKOBS se vale de los conceptos de FRANK para postular que los resultados sobrecondicionados serían aquellos supuestos en que para un resultado (ya sea para su acuerdo o ejecución), existen más condiciones –más votos- que las mínimamente necesarias, porque en los hechos este ya estaría asegurado por la mayoría²⁸⁰. A pesar de que el autor distingue varios supuestos de votación en que ocurre este tipo de resultado, nos detendremos en dos; las hipótesis de votación simultánea y mayoría informal, ya que corresponderían eventualmente al caso Lederspray. Mientras que el primer caso importa que todos los directores voten al mismo tiempo, en el segundo, un miembro del órgano que no estaba presente al momento de la votación formal, otorga su conformidad con el resultado de la votación previa. Si bien nuestro caso de

²⁷⁹ VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 299p.

²⁸⁰ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 80p.

estudio resulta más cercano a la segunda hipótesis, ya que los gerentes de las dos filiales manifiestan su aceptación mediante la puesta en práctica de la decisión, con posterioridad a la votación formal de los cuatro gerentes de la sociedad productora, los argumentos para fundamentar la intervención en ambos casos son los mismos. Para el autor, “interviene quien psíquicamente allana la situación, incluso cuando el autor habría seguido delante de todos modos; pues se realiza una prestación de que de cualquier modo...tiene que ser realizada para que se llegue a la ejecución”²⁸¹. En este sentido, resultaría irrelevante el hecho de que las razones preexistentes sean por sí suficientes; si antes de que se consuma el hecho dichos fundamentos se aumentan o mejoran, éstos entran a reforzar la decisión a favor al momento de su exteriorización y por tanto serían igualmente condicionantes²⁸². Siendo lo único que podría variar en ambos casos el grado de intervención.

En principio, en los casos de votación simultánea, todos los votos a favor serían igualmente buenos fundamentos y por tanto “causas” del resultado. En el segundo caso, los votos otorgados con posterioridad también serían causales, (ya que implicarían un aporte necesario -que debe

²⁸¹ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 87p.

²⁸² *Íbid.* 88p.

ser realizado- para llegar a la ejecución²⁸³), pero su significación social debería limitarse por la aludida prohibición de regreso, cuyos efectos serían inexistentes en sede de causalidad, pero que sí afectaría el grado de intervención y la pena correspondiente a cada partícipe: “los votos a favor son buenos fundamentos; cuántos votos a favor se precisan se regula mediante el establecimiento del quórum. Si votan a favor más personas que las necesarias para la aprobación de la propuesta, los reglamentos empresariales no prevén casi nunca que deba hacerse recuento solo hasta la mayoría y hacer caso omiso del resto...estos votos se *exteriorizan* por tanto todos simultáneamente en la conducta negocial acordada”²⁸⁴. En este sentido, las normas de derecho mercantil proporcionarían un antecedente clave en la determinación de la significación de cada aporte individual para la configuración del resultado. En palabras de VAN WEEZEL, “las normas mercantiles y los estatutos sociales cumplen un rol importante en la respuesta a la pregunta central en lo que respecta a la teoría de la intervención delictiva: quién ha creado el riesgo no permitido que se ha realizado en la especie”²⁸⁵. Aún más lejos, el autor especifica el criterio de

²⁸³ JAKOBS, G.1996. *Op. Cit.* 87p.

²⁸⁴ *Ibid.* 86p.

²⁸⁵ VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 300p.

significación social del que habla JAKOBS, que en su visión estaría determinado por las expectativas sociales que generan las normas jurídicas. No se trataría de reemplazar las normas Derecho Penal por normas de Derecho Civil para convertirlas en fuente de posiciones de garante, pero éstas últimas establecerían una presunción a favor de la vigencia de una determinada expectativa²⁸⁶.

En las hipótesis de resultados sobrecondicionados, en el “mundo real”, la cuestión de si el acuerdo es tomado por 4 votos de 6, 5 votos de 6 o por unanimidad, no afectaría en lo absoluto al resultado concreto de obtención de un acuerdo contrario a deber. Sin embargo, en un mundo pensado conforme a la norma, cada voto a favor de dicho acuerdo contrario a deber implica una gestión negocial constitutiva de un riesgo no permitido, lo que se traduce en la coexistencia de varias condiciones para que este se lleve a cabo²⁸⁷. Con el objeto de ilustrar esta distinción gráficamente, JAKOBS describe un caso hipotético sobre un montacargas, cuyas poleas están oxidadas y solo soportan la mitad de la carga originalmente permitida: si a este se le monta un peso superior a la capacidad original, provocando

²⁸⁶ VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 298p.

²⁸⁷ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 81p.

que se rompan sus poleas, jurídicamente nos encontraríamos con dos riesgos igualmente no permitidos, la superación de la carga permitida y la disminución de la capacidad de carga generada por el óxido. Sin embargo, en el mundo real, tanto la observancia del estándar de carga como la mantención de las poleas son irrelevantes, ya que de todos modos estas se terminarían por romper dependiendo de uno u otro factor²⁸⁸. En otras palabras, en el mundo real resulta irrelevante que uno u otro deber sean infringidos, ya que en la práctica el resultado se va a producir de todos modos por cualquiera de ellos, pero ello no quita que en la realidad jurídica se hayan infringido dos normas de conducta diversas.

En este sentido, para solucionar el problema práctico al que alude explícitamente el BGH, en cuanto señala que todos los directores se podrían excusar de su propio deber señalando que el resultado se hubiese llevado a cabo de todas formas²⁸⁹, habría que plantearse -como señala JAKOBS-, si para regular las situaciones de sobrecondicionamiento hay que partir del mundo verdadero o del mundo conforme a la norma²⁹⁰. Frente a esto, el

²⁸⁸ JAKOBS, G.1996. *Op. Cit.* 81p.

²⁸⁹ NJW, 1990. En: GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 53p.

²⁹⁰ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 81p.

autor responde lo siguiente: “hay que tomar el mundo como es, pero en el cálculo de su configuración futura hay que partir de la conducta conforme a la norma por parte de todos”²⁹¹. Puesto que todos son causales en sentido jurídico, el sujeto siempre deberá actuar como si los demás cumplieran con su deber, ya que en caso de no hacerlo, todos responderán de la misma forma, lo único que podría variar sería el grado de intervención.

Al volver a la pregunta inicial acerca de cuándo responden los miembros de un órgano colegiado frente a un acuerdo contrario a deber, desde el punto de vista de la teoría de la competencia común, cabría sostener que se responde siempre que se haya exteriorizado una actuación, ya sea en forma simultánea al resultado o antes de que este haya sido consumado, en los casos en que el acuerdo constituya un acto preparatorio (con límite en la prohibición de regreso). Aplicado al caso Lederspray, los directores serían responsables en este segundo sentido, por haber exteriorizado su votación favorable antes de la consumación del resultado de lesiones, por lo que todos lo habrían condicionado o causado psíquicamente.

²⁹¹ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.* 82p.

d) Apreciaciones provisionales

No compete en esta tesis tratar sobre la naturaleza de la omisión, pues escaparía a los fines del trabajo. Lo que corresponde entender, en cambio, es hasta qué punto los delitos de omisión impropia, cometidos en el seno de un órgano colegiado, resultan punibles. Para resolver lo anterior, la cuestión filosófica sobre la naturaleza de la omisión carece de importancia²⁹², “en rigor lo que se castiga no es el hecho, ¡sino al autor *por el hecho!* Por eso, la pregunta correcta no reza: ‘¿puede castigarse una nada?’, sino ‘¿se puede castigar a una persona por una nada?’”²⁹³. Dicho de otro modo, aquello que se busca responder es qué condiciones habilitan para imputarle un resultado típico a alguien por una omisión, del mismo modo como si lo hubiese causado mediante una conducta positiva²⁹⁴.

En el ámbito de los delitos de resultado, la causalidad ha sido el criterio utilizado por la doctrina y jurisprudencia para responder a la pregunta anterior cuando es adjudicable a una acción²⁹⁵. No obstante,

²⁹² SCHÜNEMANN, B. 2009. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Madrid, Marcial Pons. 43p.

²⁹³ *Ibid.* 42p.

²⁹⁴ GIMBERNAT, E. 1999. El delito de omisión impropia. Revista de derecho penal y criminología 2º época (núm.4): 52p.

²⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. 2009. *Op. Cit.* 280p.

hemos revisado que la causalidad no opera del mismo modo en la omisión impropia y que, en los delitos cometidos por un órgano colegiado, los criterios clásicos fallan en establecer un vínculo que sirva al Derecho Penal para imputar a los miembros el resultado lesivo. Si bien la causalidad es una herramienta para resolver el problema de imputación de un resultado, la configuración particular de los delitos de omisión impropia nos obliga a dejar de lado las teorías científicas para guiarnos por parámetros jurídicos. Mediante esta clase de teorías se le otorga un valor normativo a la omisión, -equivalente al vínculo físico-material en el delito comisivo-, allí donde el vínculo causal no se puede establecer. La causalidad mecánica solo explica la imputación del resultado a la acción, pero no la imputación a la persona²⁹⁶, por lo que allí donde falta la acción, solo queda buscar mecanismos de equiparación que vinculen directamente a la persona.

Compartimos la solución material del BGH en el Caso Lederspray y asimismo la de la doctrina en que, -de una u otra forma-, sostiene la existencia de un nexo causal cuando un acuerdo es llevado a cabo por una cantidad de votos superior a la imprescindible para que este se configure.

²⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. 2009. *Op. Cit.* 281p.

No obstante, rechazamos los argumentos otorgados por el Tribunal Supremo federal alemán, en cuanto este se limita a presuponer el nexo causal atendiendo a normas de Derecho societario y transgrediendo el principio de responsabilidad individual de Derecho Penal. Casos de mayor complejidad como el presente develan las falencias de la teoría de la *conditio sine qua non*, evidenciando que no se trata de una teoría de la causalidad propiamente tal, sino solo un test para corroborar los vínculos una vez establecidos y que carece de capacidad para discriminar entre varios factores potencialmente causales. Los intentos por reformularla tampoco han resultado fructíferos a la hora de dar solución al problema de las omisiones sobrecondicionadas; ninguna de las teorías establece un vínculo propiamente causal entre la omisión y el resultado de lesiones.

Las teorías de la supresión cumulativa de factores y la condición ajustada a la ley fallan en otorgar una solución adecuada. Mientras la primera trata las mayorías sobrecondicionadas como si fuera un problema de causalidad cumulativa, la segunda establece que serían atribuibles a la omisión aquellos resultados que la acción debida previsiblemente hubiese podido prevenir según leyes de la naturaleza. No obstante, a nuestro juicio,

la pregunta sobre si se podría haber evitado el resultado implica un juicio de idoneidad respecto de la conducta debida para evitar el resultado y por tanto no vincula en forma necesaria a cada una de las omisiones y el resultado, como lo requieren las ciencias naturales.

Tampoco la teoría de la condición mínima suficiente resulta satisfactoria: creemos que no es posible derivar condiciones necesarias cuando se trata de resultados sobrecondicionados, como propone PUPPE. La teoría manipula la definición de resultado con el fin de acotarlo para que no se produzca el problema del sobrecondicionamiento, sin embargo, no resuelve el problema, sino solo lo ajusta a una situación ficticia, en los mismos términos que la teoría de la *c.s.q.n*. El sostener que hipotéticamente todos los directores son causales para un acuerdo por mayoría de votos, solo puede ser verdadero cuando se toma la mayoría -el resultado-, en su configuración concreta, pero no implica que cada uno de los directores, individualmente considerados, sean causales para el acuerdo. De aplicar la teoría de la *c.s.q.n* y preguntarnos qué hubiese ocurrido si alguno de ellos hubiese actuado conforme a deber, nuevamente entra el juicio de probabilidad del cual resulta imposible extraer relaciones de necesidad:

allí donde está involucrada una omisión impropia, siempre va a existir tan solo un juicio de probabilidad respecto al hecho de si la conducta debida hubiese evitado el resultado, ello impide el establecimiento de relaciones necesarias en la figura delictiva.

Sin perjuicio de lo anterior, esto no quiere decir que no sea posible establecer la causalidad en los delitos de omisión impropia, sino solo admitir, tal como lo ha hecho la doctrina dominante, que no es posible corroborarla desde un punto de vista científico-natural. Concordamos plenamente con SCHÜNEMANN en que el problema de la aplicación de las ciencias naturales a este tipo de delitos consiste en que éstas “pueden desvelar diferencias fácticas, pero no indicar si hay que tenerlas en cuenta estableciendo distintos conceptos o si puede obviárselas”²⁹⁷. A pesar de ello, esto no obsta a que el vínculo sea corroborado mediante una fundamentación diversa que sea capaz de identificar el valor jurídico de la omisión impropia que la ciencia es incapaz de proporcionar:

“Hoy no se pregunta si una acción o una omisión son *causales* del resultado, sino si el resultado es *objetivamente imputable* a la acción

²⁹⁷ SCHÜNEMANN, B. 2009. *Op. Cit.* 46p.

o a la omisión. La diferencia sustancial entre una y otra pregunta es clara: mientras que los problemas de causalidad deben resolverse según reglas físicas, los que plantea la imputación objetiva dependen de criterios derivados de la finalidad y contenido de la norma”²⁹⁸.

El hecho de que el “voto que sobra” nunca va a ser necesario para la decisión resulta una proposición casi analítica: el hecho de que algo sobre, implica que no es necesario y por tanto descarta la posibilidad de corroborar la causalidad desde una perspectiva científica, que requiere precisamente este tipo de vínculos para establecer relaciones causales. Sin embargo, ello no implica que la omisión no sea causal en un sentido diverso; un sentido jurídico-normativo. De nada afecta a las Ciencias Penales esta pretensión científica, pues en los delitos de omisión impropia la causalidad potencial es el único tipo de causalidad que corroborable y por tanto, es la única que verdaderamente importa. Aquí lo único que queda es establecer un juicio probabilístico.

La variante de la probabilidad rayana en la seguridad, reconociendo lo anterior, se basa en la teoría de la *c.s.q.n* y por tanto impone un test de eliminación hipotética, que exige para la determinación de la causalidad una

²⁹⁸ BACIGALUPO, E. 1983. Delitos impropios de omisión. 2° ed. Bogotá, Temis. 90p.

seguridad casi absoluta a partir de este juicio. Dicho nivel de certeza es igualmente impracticable y termina por conducir a los mismos problemas que la teoría de la equivalencia. Su aplicación en los términos en que la doctrina mayoritaria lo está haciendo hoy, importa un peligro a la seguridad jurídica, ya que, en los hechos, no se otorga una respuesta uniforme a un grupo de casos que se da cada día con mayor frecuencia. A fin de cuentas, esta situación termina por amenazar con mayor intensidad las garantías fundamentales que el sistema anhela proteger, argumento que constituye – paradójicamente- el principal motivo por el cual se prefiere ésta a la teoría de la disminución del riesgo.

En este sentido, creemos que la teoría de la disminución del riesgo serviría, al menos, como un criterio uniformador, realista y practicable. Al prescindir del juicio hipotético de evitabilidad y contar, en cambio, con el de la disminución del riesgo, esta teoría solo reconoce el potencial de los factores individuales para causar el resultado, pero no establece relaciones absolutas;

“la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, por lo tanto, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Dicha relación se da, en opinión prácticamente unánime, cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar causalidad *real* de la omisión respecto del resultado, sino la ‘*causalidad potencial*’ de una acción no llevada a cabo”²⁹⁹.

Sin embargo, no podemos obviar las críticas que apuntan a la excesiva laxitud de este criterio, señalando que esta teoría violaría el principio *in dubio pro reo* y transformaría a los delitos de resultado en delitos de peligro. A pesar de que las críticas no resultan infundadas, éstas no son propias de la aplicación de esta teoría a los delitos de omisión impropia y también es posible objetarlas respecto de su versión original propuesta por ROXIN para los delitos comisivos de resultado. Frente a ellas, las mismas respuestas que ha dado esta teoría de aceptación generalizada en el ámbito de la comisión activa son también válidas en los delitos de omisión impropia.

²⁹⁹ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.*90p.

Siendo la causalidad tan solo un presupuesto de la imputación de responsabilidad penal, estamos de acuerdo con JAKOBS en que la primera se encuentra al servicio de la segunda. La pregunta por la causalidad de una acción respecto de un determinado resultado, no tiene sentido si no se enmarca dentro de un determinado tipo penal. Lo que queremos, finalmente, no es decidir si una conducta ha causado un resultado en términos físico-naturales, sino establecer cuándo una conducta humana ha causado un resultado jurídico-penalmente relevante³⁰⁰. Si bien es cierto que la aplicación de criterios científicos para corroborar la causalidad nos simplifica el trabajo posterior de imputar la acción al tipo, los delitos de omisión nos obligan volver a la pregunta realmente significativa y aplicar criterios causales meramente normativos: “no hay que castigar la omisión antijurídica o la merecedora de punición, sino solo la *igual a la comisión*. Lo que significa que solo son esenciales para la punibilidad aquellos elementos de la omisión que la caracterizan como igual a la comisión”³⁰¹. Afortunadamente, estos criterios de equiparación ya han sido construidos y consisten en la aplicación rigurosa de los criterios de posición de garante y en la corroboración de la antijuridicidad y culpabilidad.

³⁰⁰ ENGISCH, K. *Op. Cit.* 30p.

³⁰¹ SCHÜNEMANN, B. 2009. *Op. Cit.* 278p.

Si tenemos que elegir entre la aplicación de un criterio como el de la teoría de la *c.s.q.n.* en su fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad, -con la ventaja de resguardar al máximo el principio *in dubio pro reo*, pero que en su aplicación estricta dejaría impunes a sujetos a los que evidentemente les es imputable un resultado-, y la aplicación institucionalizada de un criterio más laxo con sus correspondientes correctivos normativos, entonces optaremos por elegir la segunda. En primer lugar, puesto que la ventaja que supone la aplicación de la doctrina mayoritaria ni siquiera es tal, en cuanto esta no se aplica de forma estricta sino que, o se utiliza el criterio de la disminución del riesgo, o no se profundiza en la corroboración del vínculo causal, como ocurre en el Caso Lederspray. En segundo lugar, en cuanto genera que se otorguen razones político-criminales para su punición, lo cual importa una amenaza a los derechos fundamentales de los imputados al evaluarse razones de ésta índole en una etapa tan inicial del juicio de imputación. Y, por último, puesto que, en casos complejos donde se plantea el problema del juicio de evitabilidad, existen otros correctivos como el criterio del fin de la norma, que limitan la atribución de responsabilidad penal. Sin embargo, como

veremos a continuación, estos problemas son ajenos a la causalidad material.

2. Causalidad e intervención de terceros: breve mención al problema de las conductas alternativas conforme a Derecho

Una cuestión distinta a la que hemos revisado hasta ahora, plantea la interrogante acerca de qué hubiese ocurrido si los directores-gerentes de W y M, la empresa productora de aerosoles, hubiesen votado conforme a Derecho, ordenando la retirada del producto del mercado. Este fue precisamente el punto planteado por la defensa en el Caso Lederspray, quien argumentó que en los casos concretos en los que los usuarios habían padecido un edema pulmonar, no estaba demostrado que los comerciantes singulares hubieran también obedecido a la llamada de retirada y que, en los hechos, éstos frecuentemente continúan vendiendo para evitarse las molestias de retirar³⁰².

³⁰²PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 33p.

En este caso, por aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, de suprimirse mentalmente la conducta de los seis directores, existe una posibilidad de que el producto se hubiese seguido comercializando de todos modos a través de los minoristas, cuestión que podría presentarse como un eventual impedimento para establecer la relación de causalidad. En palabras de GIMBERNAT, “el problema general que se le presenta a la doctrina dominante para poder afirmar la relación de (cuasi)causalidad en la omisión impropia es cómo determinar si la acción debida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, cuando la evitación del resultado depende del ulterior comportamiento de otra u otras personas, a las que el garante, infringiendo su deber, y con su inactividad, no ha dado la oportunidad de actuar”³⁰³.

Esta cuestión no fue aludida por el BGH en el Caso Lederspray, quien dio por hecho que si los productores hubieran ordenado la retirada, los comerciantes habrían accedido a su demanda³⁰⁴, limitándose a señalar que se trataba de una cuestión de hecho que ya había sido resuelta por el Tribunal de instancia en la valoración de la prueba para establecer la

³⁰³ GIMBERNAT, E. 2000. *Op. Cit.* 58p.

³⁰⁴ *Íbid.* 56p.

causalidad³⁰⁵. No obstante, creemos que corresponde tratarla al menos tangencialmente, ya que, por lado se, trata de un problema común dentro de la responsabilidad penal por el producto –los bienes de consumo usualmente pasan por diversas manos dependiendo de la etapa en que se encuentren (p. ej.: dirección, producción, certificación, venta y control de calidad)- y, por otro, en cuanto importa resolver una interrogante que incidiría en la corroboración de la causalidad en nuestro caso de estudio, a saber: ¿Qué ocurre con la corroboración del nexo causal cuando el resultado posiblemente se habría producido de todos modos por un tercero, aún en el caso de que el sujeto activo se hubiese comportado conforme a Derecho?

El problema de las conductas alternativas conforme a Derecho, ha sido latamente discutido por la doctrina y jurisprudencia, quienes comúnmente hacen referencia al mismo a partir del clásico caso del conductor de un camión que quiere adelantar a un ciclista: el chofer no respeta la distancia mínima, acercándose demasiado al ciclista, quien, conduciendo ebrio, gira su bicicleta y es atropellado por el camión. Posteriormente se comprueba que el accidente muy probablemente se

³⁰⁵PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 33p.

hubiese producido de todos modos aunque el chofer del camión hubiese guardado la distancia suficiente de acuerdo con las normas del tránsito³⁰⁶. Tanto en Alemania como en España la doctrina dominante, siguiendo la teoría de la *conditio sine qua non* en su variante de la probabilidad rayana en la seguridad, sostiene que en estos casos, a pesar de que existe una causalidad material que se “da en la vida real”, existiría un quiebre de la causalidad jurídica; el resultado no sería consecuencia de la circunstancia que fundamenta el reproche cuando se demuestra con una probabilidad rayana en la certeza que el evento también se habría producido en el caso de que el autor se hubiera comportado intachablemente³⁰⁷, por lo que postulan que debiese exonerarse de responsabilidad al autor. Esta correspondería a la visión argumentada por la defensa en el Caso Lederspray, quien señala que, existiendo antecedentes de hecho para suponer que en caso de que se hubiese dado la orden de retirada, los comerciantes minoristas no hubiesen sacado el aerosol del mercado, se debería exonerar a los directores.

³⁰⁶ BGHSt, 11,1. En: ROXIN, C. *Op. Cit.* 379p.

³⁰⁷ GIMBERNAT, E. 1990. Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Madrid, Centro de estudios Ramón Areces. 127-129.

Mientras, otro sector de la doctrina aboga por establecer la causalidad bajo el argumento de que, de lo contrario, se dejarían impunes comportamientos típicos en que se ha infringido el cuidado debido. A este grupo pertenecen las argumentaciones de ROXIN, PUPPE y GIMBERNAT, quienes a pesar de que se encontrarían materialmente de acuerdo³⁰⁸ con la solución de no absolver que otorga el BGH en el Caso Lederspray, lo hacen mediante una argumentación totalmente distinta. En primer lugar, ROXIN, basándose su teoría del aumento del riesgo, sostiene que en la medida en que se supera el riesgo permitido y se produce el resultado como consecuencia del mismo, no existirían razones para liberar de responsabilidad al autor del riesgo y absolverle³⁰⁹. El límite máximo del riesgo sería el establecido legalmente, de modo que al infringir la norma, “todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor”³¹⁰.

Según ROXIN, en la mayoría de los casos, los cursos causales hipotéticos serían irrelevantes en la corroboración del nexo causal; la

³⁰⁸ ROXIN no se refiere al problema de las conductas alternativas conforme a Derecho en el caso Lederspray en particular, pero dentro de su argumentación concluye, en contra de la doctrina mayoritaria al igual que el BGH, que estos casos no pueden dejarse impunes. ROXIN, C. *Op. Cit.* 379-384pp.

³⁰⁹ ROXIN, C. *Op. Cit.* 379p.

³¹⁰ ROXIN, C. *Op. Cit.* 380p.

imputación no puede excluirse porque un autor sustitutivo estaría dispuesto a realizar el tipo en caso de que el agente falle³¹¹. Con todo, excepcionalmente, los cursos causales hipotéticos excluirían la imputación, -exonerando al autor- en aquellos casos en que “el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto”³¹². Estos supuestos se dan cuando un peligro natural ya pesa sobre la víctima y el autor, modificando el curso causal original, genera de todos modos el resultado. Aquí, el autor solo va a ser castigado por tentativa cuando actúa en forma dolosa, en cambio, cuando no hay dolo, se mantendría la impunidad. Si, por ejemplo, se desvía una bala que iba a alcanzar a la víctima originalmente en otra parte del cuerpo, solo se podrá castigar por tentativa de lesiones si se comprueba que el agente actuó con dolo, si se descubre, de lo contrario, que el desvío era en realidad un intento por salvar a la víctima, el autor será impune³¹³. Los casos de conductas alternativas conforme a Derecho se asemejarían, en este sentido, a aquellos casos excepcionales de cursos causales hipotéticos, pero se diferencian en que “no se trata de una causalidad ya predispuesta realmente, sino solo de

³¹¹ ROXIN, C. *Op. Cit.* 368p.

³¹² *Ibid.* 369p.

³¹³ *Ídem.*

³¹³ *Ibid.* 370p.

una causalidad hipotética imaginada a efectos comparativos y que sirve para conseguir un juicio normativo de peligro”³¹⁴. Mientras en el ejemplo de la bala, el primer disparo que la conduce hacia la víctima ocurre en la vida real y se sabe con certeza que la hubiese impactado aunque el segundo curso causal no hubiera tenido lugar, en el ejemplo del ciclista, si el chofer hubiese manejado respetando las normas del tránsito se tiene solo como probable que el resultado de lesiones en el ciclista no se hubiese producido, pero no se sabe con seguridad. Lo determinante para el autor sería el hecho de que, en cualquier caso, el chofer estaría infringiendo la norma de cuidado y aumentando el riesgo de que ocurra un accidente, por lo que, por el solo hecho de haberlo aumentado y que este se haya verificado en el resultado, debiese ser castigado bajo las mismas reglas con que excepcionalmente se castiga la causalidad hipotética.

Frente a la cuestión sobre cómo determinar cuándo efectivamente se genera un incremento del riesgo, ROXIN señala que este juicio debe hacerse *ex post*. Así, se debería considerar todas las circunstancias posteriormente conocidas, -como en este caso serían la embriaguez del

³¹⁴ ROXIN, C. *Op. Cit.* 382p.

ciclista, distancia de separación, velocidad del camión, etc.- y sobre estas condiciones, analizar si la observancia del riesgo permitido hubiese incrementado las posibilidades de evitar el resultado lesivo o si, al contrario, la conducta debida hubiese sido inidónea o impracticable³¹⁵. En este sentido, si quisiéramos aplicar la argumentación de ROXIN al caso Lederspray, bastaría con preguntarnos si la conducta debida, es decir, la orden de retirar de los aerosoles del mercado, hubiese disminuido el riesgo de que se generara el resultado, en cuyo caso la respuesta sería afirmativa, aún teniendo en cuenta la probabilidad de que los minoristas no lo hicieran.

Además de las objeciones que ya hemos señalado en contra de la teoría del incremento del riesgo, también se rechaza el hecho de que ésta solo se “conforme” con que se cree un riesgo, pero no exige que el resultado se produzca como consecuencia de la infracción del deber de cuidado, sino que tan solo se produzca “con ocasión” del mismo³¹⁶, crítica que sería extensible tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos. A partir de la misma, GIMBERNAT construye el criterio del “fin

³¹⁵ ROXIN, C. *Op. Cit.* 381-382pp.

³¹⁶ FEIJOO, B. 2001. Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”. Barcelona, José María Bosch. 323-324pp.

de protección de la norma de cuidado” penalmente relevante, en contraposición de una regla general de cuidado que carezca de naturaleza penal³¹⁷. Según este criterio “el resultado, para poder ser imputado, ha de ser siempre concreción del riesgo creado de forma imprudente (o, en su caso, de forma dolosa) y no de cualquier otro...En sentido contrario, el resultado no es imputable a una persona cuando no supone la realización del riesgo creado de forma descuidada, sino de un riesgo residual atípico que permite explicar el resultado con independencia de la conducta infractora del deber”³¹⁸.

El autor sostiene que, en la práctica, existen casos en que, a pesar de que la acción debida disminuya el riesgo del resultado, de todos modos corresponde absolver al sujeto que no la lleva a cabo. Para ilustrar este caso, señala el ejemplo de un conductor que circula imprudentemente por el lado izquierdo de la carretera al que se le cruza repentinamente un niño a recoger una pelota que se encontraba a ese mismo lado, por lo que es atropellado por el auto³¹⁹. En este caso, a pesar de que la acción prudente hubiese

³¹⁷ *Íbid.* 325p.

³¹⁸ FEIJOO, B. 2001. *Op. Cit.* 325p.

³¹⁹ GIMBERNAT, E.1990. *Op. Cit.* 140p.

evitado el resultado típico, -si el conductor hubiera estado conduciendo por el lado debido no habría matado al niño-, de todos modos el conductor debería ser absuelto, dado el sentido particular que posee aquel mandato, que impone un deber, no para impedir un resultado en general, sino uno determinado³²⁰. En este caso, el mandato de circular por la derecha se impondría de forma completamente general y no específicamente para evitar ese tipo de resultados, como sí ocurre con las normas que regulan la velocidad.

Siguiendo esta línea, bastaría con conocer el fin de la norma con el objeto de discernir “si el resultado producido es o no de los que se querían evitar con el establecimiento de un cierto deber del diligencia”³²¹. En este sentido, a juicio del autor, la cuestión sobre las conductas alternativas conforme a Derecho no tendría nada que ver con la actual causalidad material de los casos, sino con la determinación del fin de la norma. De este modo, correspondería absolver solo si el comportamiento negligente no se encontraba contenido en aquellos que la norma buscaba evitar y en los casos de delitos dolosos, este solo sería punible en grado de tentativa, de lo

³²⁰ *Íbid.* 141p.

³²¹ GIMBERNAT, E. 1990. *Op. Cit.* 142p.

contrario, el autor responderá por delito consumado³²². El fundamento del criterio del “fin de protección de la norma de cuidado” es, en definitiva, que “las normas de conducta no pretenden evitar todos los resultados que se pueden derivar casualmente de la conducta infractora del deber, sino solo unos resultados concretos: los planificables ex ante para el autor desde el punto de vista de la norma penal”³²³. Bajo esta perspectiva, en Lederpsray, habría que preguntarse si el resultado del acuerdo contrario a deber (omisión de retirada) correspondía a aquel que la norma quería evitar, en cuyo caso la omisión dolosa de los directores debiera ser castigada como delito consumado, o si, por el contrario, se trata de un riesgo residual al cual la norma no va dirigida. Frente a esta pregunta, aparece a todas luces que estaríamos más bien frente a la primera de las posibilidades; el riesgo principal no puede ser sino el de la decisión de poner el producto en el mercado, mientras que el residual correspondería a la continuación de la venta por los minoristas. Si no fuera así, se estaría implícitamente autorizando a los productores a violar la norma de cuidado, distribuyendo cualquier producto y dejando este peso en mano de los comerciantes pequeños, cuestión que indudablemente carecería de sentido.

³²² *Ibid.* 146-147pp.

³²³ FEIJOO, B. 2001. *Op. Cit.* 334p.

PUPPE identifica el problema anterior desde la perspectiva de la responsabilidad penal médica, llegando a conclusiones asimilables a la responsabilidad penal por el producto. Ambas aristas del Derecho Penal presentan problemas semejantes ya se trata de áreas en que existe una actuación conjunta de varios sujetos que asumen diversas tareas, tanto en relaciones de igualdad como de superioridad³²⁴.

El “principio de confianza”, desarrollado por el Tribunal Supremo alemán, informa éstos ámbitos denominados como de “tráfico rodado” en que coinciden varias personas que tienen que evitar un daño³²⁵. Según este, “todo sujeto participe en el tráfico puede partir, en la decisión de su propio comportamiento de que los demás sujetos que participan en el tráfico respetarán las reglas, mientras no tenga indicios claros de que otro no lo va a hacer”³²⁶. Este principio juega un rol fundamental en todas aquellas situaciones que involucran una división del trabajo, en que los sujetos

³²⁴ PUPPE, I. 2006. *Op. Cit.* 3p. ; También GIMBERNAT: “En una intervención quirúrgica, y también en la gestión empresarial de un hospital, estamos ante actividades estructuradas jerárquicamente que solo pueden ser ejecutadas adecuadamente si se organizan conforme al principio de la división del trabajo”. GIMBERNAT, E. 2001. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 54 (Nº1): 52p.

³²⁵ PUPPE, I. 2006. *Op. Cit.* 3p.

³²⁶ *Ídem.*

desarrollan una experticia propia de su campo de especialización, dejando espacios de deferencia en los ámbitos que les son ajenos, lo cual, en definitiva, permite la restricción de los deberes de cuidado según las propias áreas de competencia³²⁷. Sin embargo, esta restricción no es absoluta, sino se encuentra limitada tanto por los ámbitos en que existe subordinación como en aquellos casos en que se infringen los propios deberes de cuidado³²⁸. Es en este último sentido en que resultaría aplicable al caso Lederspray; el principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto se encontraría limitado por el propio cumplimiento de los deberes jurídicos de cada órgano de la empresa.

Como señalamos, en nuestro caso de estudio se nos presenta la posible objeción de que, en el caso hipotético en que los directores-gerentes hubiesen votado a favor de la retirada del aerosol del mercado, esta orden no se hubiese llevado a cabo por los distribuidores. Basándose en la lógica tras este principio, PUPPE sostiene que, por regla general, los directores no se pueden exonerar de su falta de cumplimiento aduciendo al caso hipotético de que si ellos hubiesen actuado conforme a Derecho, el producto

³²⁷ *Íbid.* 5p.

³²⁸ PUPPE, I. 2006. *Op. Cit.* 4p.

hubiese sido puesto en el mercado de todos modos. Ello, en la medida en que, al faltar a su propio deber jurídico, la expectativa de confianza en el tercero se vuelve ilegítima, tal como entiende la jurisprudencia del BGH: “quien se comporta infringiendo su deber de cuidado no puede confiar en que los demás respeten sus deberes de cuidado”³²⁹. Así, a través de esta restricción, se evitaría que quienes actúan en forma contraria a deber se exoneren recíprocamente basándose en que contaban con que el otro sujeto debía cumplir su deber o en que este hubiese infringido la norma de todos modos; “nadie puede alegar infracciones del deber ficticias por parte de otros, si él mismo ha hecho al otro imposible el cumplimiento del deber o no se lo ha hecho posible”³³⁰.

En el caso Lederspray, la posible responsabilidad de los comerciantes particulares del aerosol para cueros constituiría, según esta propuesta, una cuestión totalmente independiente a la responsabilidad de los directores. Así, si en el caso concreto, a los distribuidores se les hubiese también informado de los problemas que existían con el producto, entonces existirían posibles razones para imputarles responsabilidad *además* de la

³²⁹ BGHSt, 6, 282 (283); bghsT, 91 (95) En: PUPPE, I. 2006. *Op. Cit.*4p.

³³⁰ *Íbid.* 2p.

que se le atribuye a los directores gerentes, aunque éstos hayan dado la orden de no retirada, pero en ningún caso, la infracción de uno sería capaz de exonerar al otro; “el principio de confianza tiene exclusivamente la función de restringir los deberes de cuidado de cada interviniente, pero no su responsabilidad”³³¹, por lo que cuando existen dos infracciones de deber, ambas son igualmente punibles (aunque tal vez en distinta medida).

Sin perjuicio de lo anterior, en la hipótesis del caso concreto, los reclamos llegaban directamente a la empresa productora, por lo que en los hechos a los distribuidores ni siquiera se les da oportunidad de actuar conforme a Derecho. En este sentido, si se intenta resolver el caso de mediante el método de la supresión mental, no hay forma de saber cómo éstos hubiesen actuado de haberseles dado la orden de retirada³³²: “no existe una ley general que determine con precisión cómo se comportarán los comerciantes singulares, o un grupo determinado de comerciantes, si reciben una llamada de retirada”³³³. Se estaría por tanto, frente a la pregunta sobre si es posible imputar un resultado a un comportamiento que consiste

³³¹ PUPPE, I. 2006. *Op. Cit.* 5p.

³³² PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 33p.

³³³ *Ídem.*

en no haber dado a otro la oportunidad de salvaguardar el bien jurídico mediante el cumplimiento del propio deber³³⁴. PUPPE resuelve esta interrogante sosteniendo que la hipótesis que responsabiliza a los productores es más fuerte, y por ello constituye una explicación lógica preferente, respecto de aquella que imputa el resultado a los comerciantes singulares, ya que ésta solo ofrece una mera probabilidad de que ellos de todos modos no hubiesen retirado los productos del mercado, pero no seguridad³³⁵. Además, esta segunda infracción no se ha producido en realidad, por lo que siempre se debería partir de la regla de que los otros intervinientes cumplen sus deberes, mientras no los infrinjan fácticamente³³⁶. En síntesis, la autora sostiene que allí donde no es posible aplicar *leyes naturales*, como ocurre en los casos de conductas humanas donde se desconoce cómo actuaría una determinada persona en cierta situación, corresponde reemplazar la ley empírica por *leyes jurídicas*, siempre que no se haya infringido factualmente el deber. En términos simples, correspondería siempre en estos casos suponer que el tercero habría actuado conforme a Derecho.

³³⁴ *Íbid.* 34p.

³³⁵ PUPPE, I. 2001. *Op. Cit.* 35p.

³³⁶ *Ídem.*

Compartimos el resultado material al que llega el BGH de no exonerar a los directores, en la medida en que sostenemos que la probable conducta de los minoristas de no retirar el producto del mercado no obstaría a la comprobación de causalidad en el caso. En este sentido, apoyamos los argumentos esgrimidos por PUPPE, según los cuales se debería tener por supuesto que los minoristas hubiesen actuado conforme a Derecho. Esta idea también es compartida por JAKOBS, quien propone la necesidad de partir desde un mundo conforme a la norma, alegando que nadie puede incumplir su propio deber con la excusa de que el resultado se hubiese llevado a cabo igual por el incumplimiento ajeno: “hay que tomar el mundo como es, pero en el cálculo de su configuración futura hay que partir de la conducta conforme a la norma por parte de todos”³³⁷. De lo contrario, si se parte de la base de que las personas pueden incumplir sus propios deberes, se desvirtuarían las expectativas de conducta y las normas que las regulan perderían valor. Dicho de otro modo, si se parte de la praxis común de que los vendedores particulares no siguen las instrucciones de los productores,

³³⁷JAKOBS, G. Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 82p.

entonces la norma que los sitúa como garantes y los obliga a retirar los productos en casos de que éstos sean defectuosos pierde sentido. Si se parte de la infracción de los minoristas entonces resulta indiferente la conducta de los productores.

Finalmente, seguimos a GIMBERNAT al sostener que el problema de las conductas conforme a Derecho es uno ajeno al de la causalidad material. Si bien en el acápite anterior concluimos que la teoría de la disminución del riesgo era la que resolvía mejor el problema de las mayorías sobrecondicionadas, el criterio del fin de la norma permite distinguir en un plano distinto los riesgos principales de aquellos meramente residuales y por tanto no obstan a la comprobación del vínculo causal. De acuerdo con esta teoría, si el fin de la norma es la protección de los consumidores y evitación de resultados lesivos, entonces la conducta de los productores no puede ser indiferente para el Derecho; el acuerdo de no retirada implica una infracción a la norma que se materializa en las lesiones de los consumidores. El hecho de que hipotéticamente se pudiese haber producido una segunda infracción (por parte de los minoristas) no es razón para dejar a la primera impune.

Capítulo III. Coautoría en las decisiones colegiadas

1. Planteamiento del problema: ¿Cómo se responde por la adopción de un acuerdo contrario a deber adoptado en el seno de un órgano colegiado?

Como vimos, constituye un requisito de cualquier teoría de la intervención de personas en el delito, el hecho de que inicialmente se haya afirmado la causalidad respecto de los mismos. Sin embargo, “(l)a causalidad de varias personas, incluso con conocimiento o posibilidad de conocer la realización del tipo, no es suficiente para poder afirmar una intervención delictiva”³³⁸. Establecida la causalidad en el caso Lederspray, un paso adicional para poder imputar el delito a las personas que intervinieron en él implica determinar cuál fue el aporte de cada una de ellas en su configuración. A diferencia del apartado anterior, en que intentamos responder a la pregunta sobre cómo establecer un nexo causal entre la omisión y el resultado, en el presente apartado intentaremos responder la interrogante acerca de *cómo* debiesen responder los omitentes o bajo qué título de imputación correspondería atribuirles responsabilidad penal.

³³⁸JAKOBS, G. 2005. La intervención delictiva. Cuadernos de Política Criminal (N°85): 73p.

Revisaremos la decisión del BGH en el Caso Lederspray, también cuestionada por la doctrina, sobre si cabía imputar el delito a cada uno de los directores a título de coautoría y si, de así serlo, resulta coherente la fundamentación otorgada por el Tribunal Supremo, o si al contrario, no corresponde la imputación bajo este título sino alguna otra forma independiente de autoría o participación. En términos concretos, estudiaremos el debate sobre bajo qué título debió imputarse a los miembros del órgano colegiado el delito de omisión impropia consistente en no haber retirado los productos del mercado con resultado de lesiones en los consumidores. La solución a dicha interrogante no es banal, en cuanto de ella se derivan importantes consecuencias tanto cualitativas como cuantitativas³³⁹.

Por un lado, resulta necesario determinar si todos los directores intervinieron en forma principal como coautores, o al contrario, accesoriamente en el hecho de otro. En este sentido, afirmar la coautoría implica sostener la autoría común del hecho unitario por parte de los

³³⁹ A pesar de que la doctrina mayoritaria sigue un concepto restrictivo de autor que sostiene, precisamente, esta diferencia cualitativa entre autores y partícipes, hay algunos autores que sostienen que esta diferencia sería meramente cuantitativa, es decir, se reflejaría solo en términos de medición de la pena, sin importar ninguna otra diferencia, tal es el caso de JAKOBS.

directores³⁴⁰; “coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito”³⁴¹. En cambio, al afirmar participación, se hace referencia a un hecho cuyo autor principal es precisamente alguien distinto en función del cual se tipifica el hecho cometido³⁴².

Particularmente relevante resulta que tratemos con un delito de omisión impropia, en cuanto parte de las críticas en torno a la decisión del Tribunal Supremo se basan en que la pasividad que importa toda omisión impedirían que se configuren algunos de los requisitos que la doctrina dominante ha entendido como necesarios para establecer la coautoría. En este sentido, se sostiene que la sentencia impondría una sobreextensión no deseada de la dogmática de la coautoría³⁴³ al afirmarla en el caso sin que se corroboren los requisitos correspondientes. Otra parte de la doctrina, en cambio, apoya la decisión del BGH de imputar el delito a título de coautoría, sosteniendo que los requisitos clásicos que se han entendido para

³⁴⁰ WELZEL, H. *Op. Cit.* 154p.

³⁴¹ *Ídem.*

³⁴² MUÑOZ CONDE, F. 2007. Teoría general del delito. 4º ed. Valencia, Tirant lo Blanch. 197p.

³⁴³ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 183p.

su configuración, deben ser entendidos en forma distinta en la omisión impropia, por lo que presentan distintas propuestas para su corroboración. La respuesta dependerá, por una parte, de la teoría de la autoría que se siga y, por otra, de la interpretación que se haga del artículo 25 del Código Penal alemán (Art.28 del CP español o Art.15 del CP chileno), en cuanto a si se acepta o no una gradación de las formas de autoría ahí expuestas o si, al contrario, se consideran en sentido estricto.

1.1. La argumentación del BGH en el Caso Lederspray a favor de la coautoría: dominio colectivo del hecho e imputación recíproca

Como sostuvimos en el acápite anterior, con el objeto de justificar la carencia de vínculo causal entre las decisiones individuales de los directores y el resultado, el Tribunal Supremo federal alemán genera un cambio inédito respecto de las normas clásicas de imputación penal, adjudicándole el delito al órgano colectivo en lugar de a cada uno de los individuos que lo componían. Lo que ocurre en la práctica es que el BGH, reconociendo en un principio el ámbito de la causalidad como problemático, lo deja sin resolver para luego suplir este vacío por aplicación de las reglas de la

coautoría, específicamente, haciendo alusión al principio de imputación recíproca. De acuerdo con la lógica sostenida, bastaría con afirmar que el comportamiento individual de cada miembro del órgano puede ser atribuido a los demás para evitar la corroboración del nexo causal entre cada una de las conductas y el acuerdo contrario a deber. En otras palabras, se afirma implícitamente, que en aquellos casos donde corresponde aplicar las reglas sobre coautoría, no sería necesario verificar previamente que exista un nexo causal, ya que las reglas sobre causalidad cederían en favor de aquellas. Como fundamento de su argumentación, el Tribunal Supremo utiliza el tipo de sociedad en cuestión, -de responsabilidad limitada-, para establecer que, por aplicación de las normas de Derecho Mercantil que la regulan, correspondía valerse del principio de imputación recíproca para justificar la imputación por coautoría de sus miembros.

Antes de adentrarnos en los problemas específicos que presenta la imputación por coautoría en el caso Lederspray, es preciso aclarar que en Alemania, existe una separación en cuanto al tratamiento de la intervención delictiva dependiendo del tipo del delito del que se trate. Mientras en los delitos imprudentes y de omisión se conserva el concepto unitario de autor,

que no diferencia entre autores y partícipes³⁴⁴, en los delitos dolosos sí se realiza esta distinción. Hoy, la teoría del dominio del hecho, absolutamente dominante en la doctrina alemana y cada vez más en España, ha sido la encargada de establecer esta distinción para los delitos dolosos y determinar los requisitos para que se verifiquen los distintos supuestos de autoría. Sin embargo, aún existen “zonas grises” de la autoría donde se presentan interrogantes que la teoría del dominio del hecho no responde y que la doctrina y jurisprudencia han debido suplir sin llegar a consensos. En este sentido, señala BACIGALUPO: “el criterio del dominio del hecho se manifestó inadecuado para explicar la autoría en cuatro ámbitos: 1) en los delitos imprudentes, 2) en los delitos de omisión, 3) en los delitos especiales y 4) en los delitos de propia mano”³⁴⁵. La sentencia Lederspray constituye un interesante ejemplo de uno de los ámbitos que ha resultado especialmente desafiante para la doctrina mayoritaria, al involucrar la imputación por coautoría en un delito de omisión impropia. En el presente apartado nos enfocaremos en el delito de lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión, con el fin de establecer si fue acertada la decisión del

³⁴⁴ WELZEL, H. *Op. Cit.* 143p.

³⁴⁵ BACIGALUPO, S. 2007. *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*. Madrid, Marcial Pons 22p.

BGH de calificar a los directores como coautores del mismo. Para ello, revisaremos los argumentos principales utilizados por el Tribunal Supremo y las teorías en que fundamenta su decisión.

1.1.1. La teoría del dominio del hecho

Previo a la aparición de la doctrina del dominio del hecho, dos teorías principales explicaban la delimitación entre autoría y participación en el delito. Por un lado, las teorías objetivo-formales, anteriormente defendidas por la doctrina alemana³⁴⁶, consideraban autor a quienes ejecutaban por sí mismos las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial, mientras que todos los demás eran considerados inductores o cómplices³⁴⁷. Por otro lado, las teorías subjetivas, aplicadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán³⁴⁸, se caracterizaban por distinguir a autores y partícipes, “no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino solo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes”³⁴⁹. Dichas diferencias sin duda repercutían en la forma en que cada una de las

³⁴⁶ GIMBERNAT, E. 1966. Autor y cómplice en Derecho penal. Madrid, Universidad de Madrid. 19p.

³⁴⁷ ROXIN, C. *Op. Cit.* 54p.

³⁴⁸ *Ibid.* 19p.

³⁴⁹ ROXIN, C. *Op. Cit.* 71p.

corrientes entendía la coautoría³⁵⁰. Si bien la primera tenía como requisito que el sujeto siempre intervenga en la acción ejecutiva típica³⁵¹, las corrientes subjetivas tan solo requerían para la configuración de la coautoría que “cada interviniente hubiera querido el hecho, con la cooperación de los demás, ‘como propio’. Concurriendo la voluntad del autor, cualquier contribución parcial al hecho, en el marco de la resolución común de cometerlo, satisfaría las exigencias objetivas de la coautoría, aunque aquella tuviera muy escasa importancia en el exterior”³⁵².

Posteriormente, la doctrina llegó a la determinación de que ni la teoría objetiva ni la subjetiva eran suficientes para resolver problemas de acción; “la acción es una síntesis inseparable de momentos objetivos y subjetivos. Por lo que no es posible solucionar el problema de la coautoría con fórmulas míticas en base de lemas (voluntad de autor o acción de

³⁵⁰ A través de este apartado entenderemos coautoría como “la concurrencia de varios sujetos que conjuntamente y a sabiendas realizan lo que constituye el hecho típico, distribuyéndose cada uno una parte de la conducta señalada para el sujeto activo”. NOVOA MONREAL, E. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II.3°. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 158p. Este supuesto debe distinguirse de las modalidades de “comportamiento colectivo no vinculadas”, en que varios sujetos llevan a cabo un “comportamiento colectivo uniforme”, pero no jurídicamente colectivo, que nada tiene que ver con la coautoría: “a pesar de la apariencia uniforme de la conducta de todos y del sentido paralelo de las conductas individuales –solo responde de su propio comportamiento”. KINDHAÜSER, U. 2011. Cuestiones fundamentales de la coautoría. Revista penal. Enero (11): 53p.

³⁵¹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 615p.

³⁵² *Ídem.*

ejecución)»³⁵³. Por esta razón, se optó por adoptar la teoría del dominio del hecho como criterio abarcador de ambas perspectivas, teoría que impera hasta la actualidad en la doctrina alemana.

La doctrina del dominio del hecho tiene su origen en la tesis finalista, según la cual en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, por lo que lo decisivo recae en el control final de la acción³⁵⁴. Aunque ésta supone un control subjetivo, no requiere solo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho³⁵⁵. Esto ha llevado a que la teoría del dominio del hecho haya sido catalogada muchas veces como teoría ‘objetivo-subjetiva’³⁵⁶: “(e)l hecho aparece así como la obra de una voluntad que dirige el suceso. Pero no solo es determinante para la autoría la voluntad de dirección, sino también el peso objetivo de la parte del hecho asumida por cada interviniente. De ahí que solo puede ser autor quien, según la importancia de su contribución objetiva, comparte el dominio del curso del hecho”³⁵⁷.

Sin embargo, esta visión dualista ha estado sujeta a críticas, que sostienen

³⁵³ WELZEL, H. *Op. Cit.* 158p.

³⁵⁴ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 365p.

³⁵⁵ *Ídem.*

³⁵⁶ *Ídem.*

³⁵⁷ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 593-594pp.

que se trataría de una teoría de carácter preponderantemente objetivo, donde primaría casi absolutamente el control sobre las circunstancias materiales del tipo y solo secundariamente la cognoscibilidad sobre la situación de dominio³⁵⁸.

Para la teoría del dominio del hecho, la coautoría -como forma independiente de autoría-, exige a cada coautor poseer las cualidades personales de autor y ser además coportador del dominio final del hecho. Este dominio incluye “ser subjetivamente coportador de la decisión común al hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario”³⁵⁹. En síntesis, este concepto de coautoría consiste en el *dominio común* del hecho con *división del trabajo*³⁶⁰ o, en otras palabras, en un dominio sobre el acontecer global

³⁵⁸ Así, GIMBERNAT: “El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía (...) Ciertamente que es preciso que el titular del dominio del hecho sepa que lo tiene, que conozca, como dice Roxin ‘las circunstancias fácticas... que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento’; cierto que este ‘dolo’ del dominio del hecho es algo más que un mero ‘presupuesto de imputabilidad’: es ya una parte integrante del dominio del hecho (...= sin dolo no existe dominio del hecho. Pero querer llamar por esto a esta doctrina una objetivo-subjetiva sería olvidar lo que tradicionalmente quiere decir “subjetivo” dentro del marco de la teoría de la participación”. GIMBERNAT, E. 1966. *Op. Cit.* 126-127pp.

³⁵⁹ WELZEL, H. *Op. Cit.* 158p.

³⁶⁰ JESCHECK, H. *Op. Cit.* .614p.

en cooperación con los demás coautores³⁶¹. Para su concreta configuración la ley requiere la verificación de los siguientes requisitos: (1) la decisión común al hecho y (2) su ejecución en común³⁶².

1.1.2. Requisitos de la coautoría y su aplicación al caso Lederspray:

a) Decisión común al hecho

El primer requisito o componente subjetivo de la coautoría, que comúnmente se conoce también como “plan común”³⁶³ o “mutuo acuerdo”³⁶⁴, consiste en la resolución común o acuerdo de voluntades para realizar el hecho³⁶⁵. En cuanto a la forma en que se otorga el consentimiento, este puede darse tanto expresamente por los coautores, como también de manera tácita: “(e)l consentimiento puede prestarse tácitamente o mediante actos concluyentes. Los coautores no precisan siquiera conocerse entre sí, con tal de que cada uno sea consciente de que

³⁶¹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Trad. 7ma ed. alemana por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A. Madrid Barcelona, 1998.p.305.

³⁶² WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. 11ª. Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.p.155

³⁶³ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en derecho penal. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1991.p.653.

³⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 5ta Ed. Barcelona, 1998.p. 387.

³⁶⁵ JESCHECK, Hans. Tratado de derecho penal. Parte General.4ta Ed. Ed. Comares. Granada, 1993.p.618.

junto a él cooperan otro u otros, y éstos tengan la misma consciencia”³⁶⁶. Respecto del momento en el cual se otorga, en general, se entiende que el acuerdo de voluntades puede darse tanto antes como durante la ejecución del hecho hasta su terminación, en cuyo caso la coautoría se denomina como *sucesiva*³⁶⁷. Este tipo de coautoría es aceptada casi unánimemente, salvo contadas excepciones³⁶⁸. En este sentido, JESCHECK: “el acuerdo de los intervinientes se produce generalmente antes de iniciarse el hecho (*complot*). Sin embargo, también *durante* el hecho, y hasta su terminación (...) puede sumarse un coautor (...) haciéndose entonces corresponsable por las contribuciones fácticas que conozca y hayan sido realizadas por los demás intervinientes, en tanto le aprovechen y él las secunde con su intervención (*coautoría sucesiva*)”³⁶⁹.

³⁶⁶ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 618p.; También MIR PUIG: “Normalmente existirá un **acuerdo precedente y expreso**, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles. Pero basta que el acuerdo se produzca *durante* la ejecución (**coautoría sucesiva**) y que sea tácito”. MIR PUIG, S. *Op. Cit.*390p. *Cursivas y negritas del texto original.*

³⁶⁷ ROXIN, C. *Op. Cit.*318p.

³⁶⁸ A modo de ejemplo, en contra de la coautoría sucesiva: MUÑOZ CONDE: “Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Esto no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que basta un *acuerdo previo* en la realización del delito para que todos contraigan ese acuerdo sean ya por eso coautores del delito. El simple acuerdo de voluntades no basta”. MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 201p.

³⁶⁹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 618p. También a favor de la doctrina mayoritaria: MIR PUIG: “Normalmente existirá un **acuerdo precedente y expreso**, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles. Pero basta que el acuerdo se produzca *durante* la ejecución (**coautoría sucesiva**) y que sea **tácito**”. MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 390p.

La resolución común de realizar el hecho resulta fundamental para la configuración de la coautoría, ya que es este elemento subjetivo el que justifica la imputación recíproca de las contribuciones fácticas de los distintos intervinientes³⁷⁰. Solo al corroborar la existencia dicho “plan común” o aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno, se permite la imputación recíproca de cada una de las aportaciones a los demás coautores. Por esta razón, de no encontrarse presente el elemento subjetivo de la coautoría, se estará a lo sumo frente a un caso de autoría paralela (“cuando varias personas producen conjuntamente el resultado típico, sin estar vinculadas por una resolución común para realizar el hecho”³⁷¹), más no se podrá verificar la figura de la coautoría. El principio de imputación recíproca se presenta como contrapartida al principio de accesoriedad en la participación criminal, que determina que cuando intervienen varios sujetos en el delito, por regla general, “un acto de participación no tiene relevancia personal autónoma sino que su configuración penal depende del hecho realizado por el autor”³⁷². Por el contrario, el principio de imputación

³⁷⁰ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 618p.

³⁷¹ *Ibid.* 619p.

³⁷² NOVOA MONREAL, E. *Op. Cit.* 163p.

recíproca establece que “cada intervención se hace extensiva a los demás para que todos puedan ser considerados como autores del hecho colectivo, es decir, porque solo de esa forma se puede alcanzar el plan delictivo común del que cada uno responde de forma independiente”³⁷³.

Este principio constituye el pilar fundamental sobre el cual el Tribunal Supremo funda la coautoría. No obstante, para ello no acude a la verificación del elemento subjetivo del “plan común”, como establece la doctrina dominante, sino lo hace basándose en el tipo de sociedad que constituía la productora; una sociedad de responsabilidad limitada. El BGH argumenta³⁷⁴, que en esta clase de sociedades rige el principio de actuación conjunta, según el cual varios gerentes solo pueden actuar colectivamente en determinadas materias que afectan a la totalidad de la empresa, como ocurre con la decisión de retirada de un producto del mercado. Para el Tribunal Supremo, la iniciativa común de no cumplir con el deber de retirada, es decir, la decisión unánime de omitir, es suficiente como para fundamentar la aplicación del principio de imputación recíproca entre los

³⁷³ PÉREZ ALONSO, E. 1998. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal. Granada, Comares. 203p.

³⁷⁴ BGHSt, 37, 106, 113 y ss. Paréntesis añadidos. En: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 175-176pp.

directores-gerentes. Por aplicación de este principio, todo lo que hace un director es imputable a los demás como acción propia³⁷⁵, por lo que cada uno de ellos es considerado como autor de la totalidad de la decisión y no solo de su aporte personal.

La falta de verificación del elemento subjetivo de la coautoría en la sentencia Lederspray, ha sido criticada por parte de la doctrina, que presenta objeciones tanto desde el punto de vista de la imposibilidad de corroborar este elemento en el caso concreto, como también respecto del uso de normas de Derecho mercantil en reemplazo de normas penales. Por una parte, se sostiene que la corroboración de un plan común resulta particularmente compleja cuando la conducta de los intervinientes consiste en una omisión: “El TS alemán utilizó ese puente de la imputación uniforme para todos los partícipes, sin ponderar seriamente el hecho de que las personas del caso enjuiciado permanecieron en una total pasividad, con el que difícilmente se puede hablar aquí de un acuerdo entre ellos”³⁷⁶. Por otra, se critica que no es posible establecer la imputación recíproca de los intervinientes en un delito de omisión acudiendo a normas de Derecho

³⁷⁵ NOVOA MONREAL, E. *Op. Cit.* 163p.

³⁷⁶ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE. *Op. Cit.* 183-184pp.

mercantil, ya que el establecimiento de deberes de actuación debiese determinarse concretamente mediante normas penales: “(E)n Derecho penal, la imputación de la actitud pasiva a más de una persona obligada a actuar, no se puede establecer con criterios abstractos basados en el Derecho societario o, en todo caso, extrapenales. Sin una concretización específicamente penal no se puede justificar suficientemente una imputación recíproca ni describir con sentido obligaciones de actuar”³⁷⁷.

En definitiva, se condena que el Tribunal Supremo federal alemán habría hecho caso omiso a las reglas que rigen la imputación por coautoría, por medio de la aplicación sin límites del principio de imputación recíproca:

“El párrafo 25 II StGB tiende un puente muy cómodo para la resolución de casos de imputación plurisubjetiva; el comportamiento individual de cada partícipe puede ser atribuido al otro. La tupida red de la imputación que con ello se obtiene, resultó para el TS, como objetivo de su construcción, tan atractiva que, de paso, hizo tabla rasa de todos los demás presupuestos de la responsabilidad por coautoría. Estos presupuestos son, consecuentemente, todo lo exigentes que requiere la imputación por coautoría. Por un lado, exigen, por lo menos, un plan general, y por otro, una realización uniforme y acorde de dicho plan por parte de los coautores³⁷⁸ .

³⁷⁷ *Íbid.*185p. Mayúscula añadida.

³⁷⁸ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 183-184pp.

b) Ejecución en común

El segundo requisito o componente objetivo de la coautoría, consiste en la ejecución común del hecho. Ésta requiere que cada coautor preste una contribución objetiva al delito, de modo que la cooperación de cada uno en el papel que le corresponda constituya una pieza esencial en la realización del plan conjunto³⁷⁹. Es a través de este elemento donde se aprecia el rol del principio de división del trabajo: “cada coautor complementa con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo”³⁸⁰. A pesar de que hay acuerdo en que todos los coautores deben participar en el ejercicio del dominio del hecho³⁸¹ y realizar un aporte esencial que refleje dicho dominio, se discute qué se entiende por esencialidad de la contribución en el ámbito de la coautoría.

Con el objeto de precisar la idea de dominio en la coautoría, ROXIN desarrolló la idea de “dominio funcional” en la cual ésta adquiere un carácter material, determinado por la actividad; el dominio conjunto del

³⁷⁹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 614p.

³⁸⁰ WELZEL, H. *Op. Cit.* 155p.

³⁸¹ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 619p.

individuo resulta de su función en el marco del plan global³⁸². Aquí lo determinante es el dominio del hecho conjunto: “para ambos (coautores) la situación es la misma: solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos”³⁸³. La idea anterior es ilustrada por el autor a través del siguiente ejemplo: “Si dos personas gobiernan conjuntamente una región, esto es, son co-señores en sentido literal, ello suele manifestarse en que cada uno, al adoptar medidas, está vinculado a la cooperación del otro. El reverso de este proceder consiste necesariamente en que cada uno, denegando su intervención determina que la medida fracase”³⁸⁴. En otras palabras, la esencialidad de la contribución al hecho estaría determinada, según ROXIN, por la cuestión de que cada autor puede desbaratar todo el plan retirando su contribución al hecho³⁸⁵. Por otra parte, en términos prácticos, la teoría del “dominio funcional del hecho” requiere del ejercicio de acciones directamente ejecutivas de alguno de los elementos del tipo para la corroboración del segundo requisito de la coautoría.

³⁸² ROXIN, C. *Op. Cit.* 308p.

³⁸³ *Ibid.* 307p.

³⁸⁴ *Ídem.*

³⁸⁵ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. 1991. La autoría en derecho penal. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias. 666p.

Asimismo, podría sostenerse que de acuerdo con el criterio recién expuesto, en el caso Lederspray faltaría además la esencialidad de cada uno de los aportes de los intervinientes. Se critica en este sentido, que si alguno de los directores deja de realizar su aporte, es decir, vota en contra de la puesta del producto en el mercado, se abstiene de votar o no asiste a la votación, el plan global se sigue realizando: “habría que negar la coautoría, pues, individualmente consideradas ninguna de las aportaciones (votos) es decisiva, ya que la mayoría se habría configurado igualmente con las restantes”³⁸⁶. Según esta visión, la cooperación de todos los miembros no sería esencial o necesaria, sino solo la de un número suficiente para alcanzar la mayoría, por lo que no sería posible verificar dicho requisito desde la teoría del dominio funcional.

En cuanto al despliegue de acciones directamente ejecutivas, parte de la doctrina ha denunciado que la sentencia Lederspray no fundaría la

³⁸⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.* 201p. También, VAN WEEZEL: “El aporte de cada coautor debió ser –según la teoría del dominio funcional del hecho- esencial para que el hecho se realizara de la forma en que efectivamente se realizó, cabe preguntarse si, en el caso de decisiones por simple mayoría, el aporte de los directores “sobrantes” es esencial o no, y probablemente la respuesta sea –desde el punto de vista de la condición necesaria- que no”. VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 297p.

responsabilidad de los directores-gerentes en la infracción primaria - consistente en la ejecución misma del delito-, sino en infracciones posteriores que tienen que ver con la idea de competencia, cuestión que nuevamente resultaría incompatible con la teoría del dominio del hecho:

“(L)a sentencia del TS alemán (BGHSt 37, 106) no basa la responsabilidad de los partícipes en la infracción primaria, sino en las posteriores. Desde el punto de vista metodológico, su fundamento no es la lesión, sino la división de deberes dentro de la empresa. Esto significa un cambio notable del método tradicional en la investigación sobre la responsabilidad penal...este cambio en el método de investigación es incompatible con la moderna teoría sobre el dominio del hecho; su punto de partida respecto de la valoración no es el sujeto agente (aquí juega frecuentemente la causalidad) sino el responsable de la dirección de los hechos en base a las reglas de la competencia”³⁸⁷.

Sin embargo, para otros defensores “heterodoxos”³⁸⁸ de la tesis mayoritaria del dominio del hecho, este dominio esencial podría también manifestarse en actos que no necesariamente ejecutivos³⁸⁹. Tal es el caso de

³⁸⁷ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.* 179p.

³⁸⁸ Terminología utilizada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO En: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. 1991. *Op. Cit.* 603 y ss.

³⁸⁹ Concuerta con esta opinión MUÑOZ CONDE: “Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Esto no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que basta un *acuerdo previo* en la realización del delito para que todos contraigan ese acuerdo sean ya por eso coautores del delito. El simple acuerdo de voluntades no basta. Es necesario, además, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos), de tal modo que dicha contribución

MIR PUIG, quien basándose en el argumento de que no siempre los actos consumativos constituyen la parte más importante de un hecho, utiliza el criterio de pertenencia del hecho al autor como condición principal de imputación bajo este título:

“El control material del hecho es solo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo* (...) A mi juicio, solo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertenencia*, exclusiva o compartida del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (...) aparezcan como *protagonistas* del mismo, como *sujetos principales* de su realización. La ejecución material del hecho o su control efectivo pueden ser un criterio que permita afirmar dicho protagonismo...pero ello no siempre será así. El sujeto principal del hecho a veces es un co-causante que no controla efectivamente el hecho ejecutado materialmente por otro sujeto, pero que es el único al que puede imputarse el delito (...) o se limita a ejecutar solo una parte de la ejecución o incluso a aportar una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (*coautoría*)”³⁹⁰.

Según su punto de vista, se debe considerar coautores no solo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes

pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. La necesidad debe medirse con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso” MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.*201p.

³⁹⁰ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 367p.

aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva³⁹¹. Estos actos esenciales corresponderían a todos aquellos indispensables para la configuración del plan común, aun cuando que se den en etapas previas a su realización propiamente tal. Sin embargo, nuevamente cabe recalcar que esta visión no corresponde a la doctrina dominante, que exige los aportes de los coautores sean a través de actos propiamente ejecutivos.

c) La imputación por coautoría a los gerentes de las filiales

Para imputar responsabilidad por coautoría a los dos directivos de las filiales que no se encontraban presentes al momento en que se acordó inicialmente la decisión, el Tribunal Supremo utiliza una argumentación distinta. Se recurre al argumento de que ambos directores habrían “hecho suyo el hecho”, al ser informados de la decisión de no retirada y ponerla en práctica en sus áreas de competencia, lo que les haría extensible la imputación recíproca del hecho común. Según el BGH, para la configuración de la coautoría, no sería necesario el acuerdo previo de todos los directores gerentes, sino bastaría con la mera conformidad otorgada

³⁹¹ *Íbid.*389p.

durante la fase de ejecución del hecho. En base a esta fundamentación, el BGH postula tácitamente la coautoría sucesiva de los dos últimos gerentes, que se adhieren al “plan común” (aunque este nunca es identificado como tal) mediante el otorgamiento implícito de su consentimiento, en una fase posterior al acuerdo inicial, aunque con anterioridad a la consumación del delito.

La expresión “hacer suyo el hecho”, es utilizada por el Tribunal Supremo para la verificación de aquella “*relación de pertenencia*”³⁹² entre el autor y el delito, que, en otras palabras, implica afirmar una relación de dominio entre este y aquel. Sin embargo, el BGH tampoco provee de ninguna fundamentación para este afirmar este vínculo, sino que lo da por cierto a partir del hecho de que los directores fueron informados de la decisión y la ponen en práctica en su área de competencia. En este sentido, al igual que como ocurre con la imputación por coautoría de los cuatro directores-gerentes, también aquí el Tribunal Supremo parece afirmarla sin la corroboración de ninguno de los requisitos que ésta exige. Tal como se le criticaba al Tribunal Supremo la forma esquemática en que recurría a la

³⁹² MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 367p.

teoría subjetiva para fundamentar la coautoría, basándose en la fórmula sobre cuándo un sujeto “ha querido el hecho como propio o ajeno”³⁹³, de igual modo en este caso no basta con señalar sin la correspondiente fundamentación que los directores de las filiales “hicieron suyo el hecho” si no se explica con claridad qué se entiende por este término. Dicha afirmación requiere además, fundamentar que se encuentran presentes los requisitos objetivos y subjetivos que exige la coautoría, de modo que se haga evidente que el aporte global al hecho de los gerentes de las filiales es tan significativo como el de los demás y que, por tanto, se han dado los presupuestos necesarios para hacerles extensible también a ellos la autoría.

³⁹³ “Mediante la fórmula casi siempre esquemática y aplicada sin fundamentación, de que el autor “ha querido el hecho como propio –un modo de hablar que el propio RG considera ‘mera expresión sin sentido aprehensible’- , esta jurisprudencia ha caído en descrédito con razón”. ROXIN, C. 1998. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Trad. 7º ed. alemana por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons. 74p. ; Asimismo, JAKOBS: “la jurisprudencia priva de contenido las fórmulas de voluntad de autor o de partícipe, y del querer el hecho como propio o ajeno, hasta convertirlas en meros lemas, lo que el propio Reichsgericht en muchas ocasiones reprueba”. JAKOBS, G. 1995. Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons. 737p. ; WELZEL: “Los fallos posteriores emplean las expresiones querer ‘el hecho como propio o el hecho como ajeno’, las más de las veces como único criterio de autoría. Con esto se convierten, generalmente, en simples lemas”...“ Toda la fórmula del *animus* del RG es un artificio con el cual se coloca en lugar de una fundamentación una aseveración y luego se expone ésta en la forma de una fundamentación: Alguien es autor porque tenía la voluntad de autor –por qué poseía la voluntad de autor, y qué es lo que esto quiere decir, queda como una mera afirmación” WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. 11ª. Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976. 156-157p.

1.1.3. Apreciaciones Provisionales

En síntesis, la doctrina cuestiona la imputación por coautoría que realiza el BGH en el Caso Lederspray en base a tres ejes principales: en primer lugar, la falta del elemento subjetivo de la coautoría consistente en un “plan común”, en cuanto los directores se mantienen pasivos al tratarse de un delito de omisión. En segundo lugar, la aplicación del principio de imputación recíproca en base a normas extrapenales, específicamente, las reglas que regulan a las sociedades de responsabilidad limitada, en lugar de ceñirse a las normas de Derecho Penal y, por último, se critica la falta de esencialidad de la contribución de cada aporte al plan global, en cuanto la decisión se hubiese llevado a cabo a pesar de que cualquiera de los directores hubiese votado en contra de la decisión contraria a deber.

En general, lo que ocurre en la sentencia Lederspray es que la imputación por coautoría se explica únicamente en torno a normas de Derecho Mercantil, dándose por hecho los conceptos de utilizados por la doctrina mayoritaria sin una correspondiente fundamentación en base a normas de Derecho Penal. Se sostiene que aquellas primarían sobre éstas por tratarse de una materia específicamente regulada por las normas de las

sociedades de responsabilidad limitada, por lo que en la práctica, el BGH fundamenta la aplicación del principio de imputación recíproca y con él la coautoría solo a través normas mercantiles.

En realidad, la doctrina del dominio de hecho, con su versión del dominio funcional para la coautoría, no es aplicable –al menos en su versión clásica- a los casos de omisión impropia. De esta cuestión incluso se hace cargo ROXIN, quien los abarca dentro de un sistema independiente de delitos conocidos como de “infracción de deber”, a los que no son aplicables las reglas tradicionales que regulan la coautoría en los delitos de comisión. En la práctica, la corroboración de los requisitos clásicos para la imputación por coautoría en los delitos omisivos resulta de gran dificultad, ya que precisamente la teoría del dominio funcional fue construida para delitos de comisión activa, por lo que un traslado al campo de la omisión requiere necesariamente una ampliación de los mismos. Así, por ejemplo, habría que convenir en que para que se verifique el “plan común” debiese bastar con el consentimiento tácito por parte de todos mediante actos concluyentes, cuestión que solo algunos autores aceptan. Además, el requisito de ejecución en común tendría que entenderse de un modo distinto

y no como actos directamente ejecutivos, de modo que el concepto de “esencialidad” se expanda a contribuciones que tradicionalmente no serían consideradas tales.

Como es de prever, parte de la doctrina considera esta expansión tanto indeseable como incompatible³⁹⁴ con la teoría actual del dominio funcional del hecho. Creemos que, en parte, dichas deficiencias se reflejan en la sentencia Lederspray, en cuanto se pasa por alto la corroboración de las normas penales que regulan la coautoría y se opta por reemplazarlas por normas de Derecho mercantil. Creemos que la manera en que el BGH sostiene la coautoría de los seis directores gerentes, en forma casi institucionalizada, resulta insuficiente y concordamos en que no se puede acudir únicamente a deberes extrapenales para fundar deberes de actuar. En este sentido, sostenemos que las normas que regulan el quórum para la toma de decisiones al interior de una sociedad debiesen jugar un rol importante, pero jamás decisivo, en el juicio de imputación por coautoría, donde la base siempre debe estar construida a partir de normas de Derecho Penal. En el

³⁹⁴ “(L)a teoría del dominio funcional del hecho conduce a una separación de los actores respecto del comienzo de la tentativa: en el marco de la solución individualizadora sostenida por Roxin- la única consecuente con la teoría del dominio del hecho- cada coautor debe pasar la barrera del “dar inicio a la ejecución del delito por hechos directos” en forma independiente”. VAN WEEZEL, A. 2011. *Op. Cit.* 282p.; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Op. Cit.*179p.

acápite siguiente, exploraremos las nuevas propuestas para atribuir otras formas de dominio en la coautoría de un delito de omisión impropia y evaluaremos su posible aplicación al caso Lederspray.

1.2 Criterios alternativos al BGH para afirmar coautoría en los delitos de omisión impropia

1.2.1 Dominio objetivo y positivo del hecho

LUZON PEÑA busca solucionar el problema de la autoría en los delitos imprudentes mediante una argumentación extensible a la autoría en delitos dolosos³⁹⁵. El criterio que utiliza para la distinción entre autores y partícipes es el del “dominio objetivo y positivo del hecho” o posición de control del hecho³⁹⁶, según el cual se parte de un concepto restrictivo de autor, cuyas características serían la realización del tipo de la Parte especial y la posesión del dominio o determinación del hecho, como criterio material que concreta el anterior³⁹⁷. A partir de este concepto, junto a su discípulo

³⁹⁵ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 625p.

³⁹⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. 1991. La autoría en derecho penal. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias. 627p.

³⁹⁷ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. 1998-1999. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. Anuario de la Facultad de Derecho (Nº8): 53-88pp.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, construyen una “versión heterodoxa” de la teoría del dominio funcional del hecho. En términos simples, esta nueva propuesta se aparta de la teoría del dominio funcional, en cuanto considera que dicha forma de dominio constituye solo dominio negativo del hecho y, en su opinión, toda forma de autoría debiese estar determinada en un dominio positivo del hecho³⁹⁸, como se explicará en los siguientes párrafos.

Con esta modificación, se busca restringir la teoría del dominio funcional y que, en definitiva, se castigue a título de autoría solo aquella conducta “que más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, o sea, la que más directamente realice el injusto típico, la que de modo directo (que no hay que confundir con inmediato) lesione o ponga en el peligro descrito por el tipo de la parte especial el bien jurídico protegido por el mismo, la que según se desprende de la propia redacción típica, la ley pretende impedir de manera más perentoria o urgente”³⁹⁹. Para ello, se establecen los siguientes criterios: en primer lugar, debe existir una realización típica, es decir, el sujeto debe

³⁹⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M, SHÜNEMANN, B. y DE FIGUEIREDO DIAS, J. 1995. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Barcelona, José María Bosch Editor. 305p.

³⁹⁹ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 59p.

realizar una conducta subsumible en un tipo descrito en la Parte especial⁴⁰⁰ y, en segundo, el autor debe actuar con dominio del acontecer típico, el cual se verifica a través de aquellas conductas que deciden sobre el si y el cómo del hecho⁴⁰¹.

A diferencia de lo que propone la teoría del dominio funcional, este dominio no se entiende como una voluntad de dirección del suceso por parte del autor, sino como un ‘dominio objetivo del hecho’, que puede ser entendido como favorecimiento del delito⁴⁰² y que es independiente de la voluntad del agente, razón por la cual también se hace extensible a los delitos imprudentes.

Sin embargo, no solo se requiere un dominio objetivo, sino que además se debe tratar de un dominio positivo, requisito que se manifiesta en las hipótesis de coautoría y donde se produce una mayor divergencia entre ésta y las concepciones mayoritarias⁴⁰³. Al respecto, señalan los autores:

⁴⁰⁰ *Íbid.* 62p.

⁴⁰¹ *Íbid.* 64p. Paréntesis añadidos.

⁴⁰² *Íbid.* 66-67pp.

⁴⁰³ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 70p.

“(C)onsideramos insuficiente el criterio del dominio funcional para fundamentar con carácter general la coautoría...Ciertamente es requisito necesario para poder hablar de coautoría la existencia de un acuerdo de voluntades, entendido como una especie de dolo común (al menos en la coautoría dolosa), porque solo así se respeta el principio de responsabilidad subjetiva, y, sobre todo, porque es el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos lo que permite hablar de una *acción conjunta* que supera a las acciones parciales de cada uno; pero esto no es suficiente para sustentar ya la coautoría, pues el siguiente paso será contrastar si esa acción conjunta es una acción de autoría”⁴⁰⁴.

En otras palabras, no bastaría con la corroboración de una acción conjunta para determinar la coautoría de aquellos que la componen, ya que dicho hecho puede estar compuesto tanto de elementos propios de la autoría, como de elementos secundarios, que solo coadyuvan la acción principal. De acuerdo con lo propuesto por los autores, solo los primeros constituirían conductas de autoría, mientras que a los segundos correspondería una calificación diversa. Se trataría de un matiz no diferenciable por la teoría del dominio funcional, resultando fundamental para ello el concepto de dominio positivo, en lugar del criterio de esencialidad utilizado por aquella: “El que realiza una aportación esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el ‘si’ (‘ob’) del hecho, detenta un poder sobre el ‘no’, sobre la ‘no

⁴⁰⁴ *Íbid.*71p.

producción' del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca”⁴⁰⁵. Para ilustrar esta aseveración, se otorga el ejemplo de un acto esencial de vigilancia en un robo: “por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar, y, por tanto, ésa será la conducta de autoría”⁴⁰⁶. En otras palabras, de acuerdo con lo propuesto por los autores, una conducta considerada como “esencial”, abarcaría tanto acciones de dominio positivo como negativo, o en los términos prácticos del ejemplo, tanto al sujeto que vigila como al que roba. Se propone, en cambio, imputar a título de autoría solo aquellas conductas que envuelvan un dominio positivo del tipo penal y, al contrario, solo participación en las demás, que solo la apoyan o refuerzan, con el fin de mantener el apego absoluto al concepto restrictivo de autor defendido por esta visión.

⁴⁰⁵ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.*72p.

⁴⁰⁶ *Ídem.*

Por otra parte, los autores sostienen que existiría una contradicción entre el requisito de actuación en la fase ejecutiva que exige la teoría del dominio funcional y la idea central de co-dominio también construida por dicha postura. Para DÍAZ Y GARCÍA y LUZÓN PEÑA, el hecho de que un coautor se encuentre en condición de desbaratar el plan común podría también ocurrir durante la fase preparatoria⁴⁰⁷, por lo que el co-dominio no sería un elemento inherente a la ejecución del tipo. Asimismo, tampoco estaría presente este co-dominio en todas las acciones que se dan en la fase ejecutiva: “la exigencia de actuación en la fase ejecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones que la de quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila en un robo y la de quien toma la cosa; más bien creemos, como hemos señalado, que guardan relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores”⁴⁰⁸. En síntesis, se sostiene que la capacidad para co-dominar el hecho no es una cuestión inherente a determinada fase del delito, dado que existen acciones preparatorias con dominio del hecho y ejecutivas sin

⁴⁰⁷ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 73p.

⁴⁰⁸ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 73p.

dominio del hecho, por lo que el criterio para distinguir aquellas acciones que lo poseen de aquellas que no debiese ser uno distinto.

En definitiva, a través de esta teoría se busca restringir los requisitos que propone la doctrina tradicional de modo de obtener un círculo más acotado de autores que pueda ser utilizado tanto para delitos dolosos como imprudentes. Con este objeto, se construye una teoría que prescinde de la idea de voluntad que existe tras el dominio funcional y lo reemplaza por uno de carácter objetivo, razón por la que podría extenderse también a los delitos de omisión. En este sentido, se rechaza la posibilidad de una configuración de la autoría a través de un dominio negativo del suceso típico, bajo el argumento de que no sería suficiente para la imputación por coautoría el que el sujeto tenga mero poder sobre la no producción del hecho⁴⁰⁹. En contraposición a esta idea, se propone el reemplazo de los requisitos de esencialidad, contribución en la fase ejecutiva y plan común, por los criterios de “determinación objetiva y positiva del hecho” que, de

⁴⁰⁹ RODRÍGUEZ MESA, M. 2013. Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación. [en línea] Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR (N°11):107-126pp. <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero11/rodriguez.pdf>>. 114p.

acuerdo con esta visión, permitirían realmente distinguir acciones conjuntas de participación de una auténtica coautoría:

“El acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen. Pero ello no es suficiente para hablar de coautoría, pues también explica acciones conjuntas de coparticipación y podría hablarse incluso de un hecho conjunto de todos los intervinientes en la empresa delictiva en la línea de un concepto unitario de autor. Por tanto, para que esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos”⁴¹⁰.

La autora RODRÍGUEZ MONTAÑÉS se manifiesta específicamente en contra de la tesis de dominio colectivo propuesta por el BGH en el Caso Lederspray, postulando en cambio la tesis de LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA como una posible solución para los casos específicos de decisiones colegiadas en un delito de omisión impropia. En contra de la sentencia del Tribunal Supremo, sostiene: “considero metodológicamente incorrecto y dudosamente admisible, si se tiene en cuenta el principio de responsabilidad personal, afirmar la imputación –como autor- del colectivo y de ahí derivar el carácter de coautor de cada uno de los miembros que,

⁴¹⁰ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 74p.

perteneciendo a ese colectivo, votan a favor de la decisión antijurídica”⁴¹¹. Siguiendo a los autores españoles, plantea que lo relevante para la configuración de la coautoría es la codeterminación objetiva y positiva del hecho por parte de todos, precisando que en los casos de un acuerdo contrario a deber, el criterio debe aplicarse no en el momento de la emisión del voto, sino cuando el acuerdo se encuentra firme⁴¹².

Sostiene en este sentido, que en las hipótesis de acuerdos contrarios a deber directamente ejecutivos, es decir, en los casos que el acuerdo mismo supone ejecución del delito, como ocurre en el Caso Lederspray, -siempre que se parta de la igualdad de rango de las contribuciones o igual valor de cada voto⁴¹³-, todos los sujetos que votan codeterminan objetiva y positivamente la adopción del acuerdo y, por tanto, codeterminan el hecho, de modo que se puede afirmar la coautoría por parte de los mismos⁴¹⁴. “Esa codeterminación es real y no potencial; quiero decir con ello que para poder afirmarla no necesitamos la formulación de hipótesis sobre la eventual

⁴¹¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.* 203p.

⁴¹² *Ibid.*203-204pp.

⁴¹³ *Ídem.*

⁴¹⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.*203-204pp.

relevancia ex ante del voto individual, que podría haber sido el decisivo”⁴¹⁵, argumento mediante el cual se soslayaría la crítica en torno a la innecesaridad de todos los votos.

Cabe aclarar en este punto, que en el caso Lederspray el hecho típicamente relevante es precisamente la adopción del acuerdo, ya que, mediante él se da inicio a la decisión contraria a deber de “no retirar el producto del mercado” con resultado de lesiones en los consumidores. Así, es mediante el otorgamiento del voto que los gerentes realizarían el tipo penal, “determinándolo objetivamente”. La omisión de retirada, a pesar de constituir una abstención, -que adquiriría un carácter secundario en la mayoría de los delitos comisivos, como en el ejemplo del vigilante en el robo-, en un delito de omisión como el del caso de estudio, constituiría la conducta principal de dominio objetivo. Dicho de otro modo, la acción de votar es aquello que determinaría “el si y el cómo del curso del suceso” en una decisión colegiada que importa un delito de omisión impropia.

⁴¹⁵ *Íbid.* 204p.

Respecto del rol que poseen las normas mercantiles que regulan la toma de decisiones al interior de los órganos que componen una sociedad, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS sostiene que éstas son relevantes para el juicio de imputación penal, en la medida en que determinan en forma institucionalizada la actuación conjunta del órgano. Es decir, la actuación en común del órgano colegiado implicaría necesariamente una codecisión de los intervinientes, sin embargo, ello no sería sinónimo de coautoría, cuestión que requeriría una valoración adicional:

“En mi opinión en los casos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados sí puede afirmarse la actuación conjunta y la división del trabajo...La diferencia con los otros casos radica en que aquí es forzosa, está institucionalizada por las normas que rigen respecto de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados. Pero el que algo sea obligatoriamente de una determinada manera no nos puede llevar a la conclusión de que no existe, sino de que existe necesariamente. Es decir, que en el seno de los órganos colegiados todos los que votan en un determinado sentido a la hora de tomar una decisión actúan conjuntamente, codeciden. Pero ello, no lo olvidemos, no nos lleva automáticamente a la afirmación de la coautoría, sino tan solo de que todos los sujetos realizan conjuntamente una intervención en el hecho al mismo nivel, que solo posteriormente, una vez que existe el acuerdo, habrá que valorar”⁴¹⁶.

⁴¹⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.* .205p.

En otras palabras, una decisión colegiada establecida de ese modo por normas de Derecho mercantil, no implica nada más que eso; actuación conjunta con división del trabajo, pero no necesariamente coautoría. Para ésta se requeriría además distinguir entre quienes se encuentran en posesión de aquel control positivo de aquellos que solo lo tienen en forma negativa.

En cuanto al requisito del “plan común” propuesto por la doctrina tradicional, señala la autora que en el caso de la omisión basta con un acuerdo mínimo que puede ser tácito y simultáneo y que se cumple con la emisión del voto⁴¹⁷. Según su punto de vista, “bastaría con un acuerdo informal, es decir, que los sujetos se hayan puesto de acuerdo en no adoptar la medida o la decisión debida y que solo puede adoptarse en el seno del órgano colegiado. Si no hay acuerdo alguno...sino que simplemente no se adoptan (por el órgano) las medidas debidas para evitar el eventual resultado lesivo, desde luego no se podrá hablar de coautoría. Por último, resulta imprescindible la existencia de un deber común de actuar que solo

⁴¹⁷ *Ídem*. 205p.

pueda cumplirse actuando conjuntamente. Solo en esos casos tiene sentido hablar de coautoría⁴¹⁸.

Teniendo en cuenta todo lo señalado, sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que no existe problema al afirmar la coautoría de los que votan a favor del acuerdo en los casos de mayoría sobrecondicionada en los delitos dolosos, no obstante, esta solo será excepcionalmente posible en los delitos de comisión por omisión⁴¹⁹, cuando, además de existir una actuación conjunta determinada institucionalmente, haya una posición de garante común entre los coautores y un acuerdo mínimo de omitir.

Creemos que esta teoría podría llevar a una solución distinta a la resuelta por el BGH en el Caso Lederspray. A pesar de que esta visión permite soslayar las críticas más relevantes que se le han hecho a la sentencia en materia de coautoría, sostenemos que, de acuerdo con la misma, los dos directores de las filiales merecerían un tratamiento diverso al resto de los gerentes, solo permitiendo afirmar la coautoría de los otros cuatro, mas no de aquellos. Sostenemos que, si bien se cumpliría el

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. *Op. Cit.* 207p.

⁴¹⁹ *Ibid.* 206-207pp.

requisito del dominio objetivo del suceso respecto de todos, en cuanto todos construyen y ejecutan la decisión de no retirada a través de una suerte de acuerdo tácito mediante el acto de votación, el elemento adicional consistente en el dominio positivo, solo se contraría presente los primeros cuatro intervinientes, pero no en los directores de las filiales que se adhieren informalmente. Desde nuestro punto de vista, la cuestión de que su aporte al hecho haya sido otorgado con posterioridad a los demás, es reflejo de una menor intensidad de dominio en relación a la llevada a cabo por los demás directores inicialmente. En este sentido, los directores de las filiales ostentarían un rol secundario, similar al del ejemplo del vigilante en el caso del robo; a pesar de que configuran el hecho al otorgar su aprobación, facilitando la decisión, su dominio es, en cierto sentido, negativo, en cuanto la decisión ya estaba tomada en el momento en que acudieron a ellos y dicha aprobación solo importa un refuerzo, pero no resulta decisiva como la de los demás.

Los autores LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA reconocen la inconveniencia en la aplicación de este criterio en el Derecho Penal alemán, puesto que en supuestos como el anterior, en que no se cumplen los

supuestos de la coautoría, habría que penar a los intervinientes, en este caso a los gerentes de las filiales, como cómplices, con una considerable rebaja de la pena. En España, en cambio, existe la figura de la complicidad necesaria (además de la no necesaria), que permite castigar a cómplices con la misma pena que corresponde a los autores⁴²⁰, cuestión que solucionaría el problema brindando una respuesta tanto dogmáticamente coherente con la teoría, como político-criminalmente aceptable.

1.2.2. Dominio competencial del hecho

El siguiente grupo de autores parte de la idea de que el esquema tradicional aplicable a un autor único, que lesiona un deber individual de comportamiento, no es adecuado para resolver la cooperación de varias personas en un hecho punible al interior de una organización compleja⁴²¹.

En contraposición a esta visión que parte del sujeto individual, se propone una responsabilidad de sistema para los casos de coautoría, fundado en el

⁴²⁰ LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op. Cit.* 75p.

⁴²¹ JAKOBS, G. 2005. La intervención delictiva. Cuadernos de Política Criminal (Nº85): 69p. También, FEIJOO: “Representa una ceguera frente a la realidad querer entender normativamente las conductas de los que trabajan en una empresa en clave exclusivamente individual. Las soluciones dogmáticamente adecuadas están vetadas a los que se niegan a entender la realidad social y en este ámbito quieren resolverlo todo con una visión atomista o aislada de las diversas conductas delictivas o como un problema de infracciones de deberes más relaciones causales sin tener en cuenta que los potenciales autores están actuando como parte de una organización” FEIJOO, B. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO, S. y GOMEZ-JARA, C. 2008. Gobierno corporativo y derecho penal. Mesas redondas de derecho y economía. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces. 200p.

modelo de imputación bipartito en base a roles creado por JAKOBS. A grandes rasgos, el autor sostiene que la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol⁴²² o la infracción de un deber, de donde surgen dos clases de delitos: por una parte, los delitos de infracción de un deber específico basado en las distintas instituciones sociales⁴²³, como por ejemplo, aquel que existe respecto de los padres para con sus hijos, y por otra, los delitos de competencia por organización. Éstos últimos, respecto de los cuales nos enfocaremos aquí, tratan “del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho...Este rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros; este deber está dirigido hacia la configuración de un mundo común”⁴²⁴.

En el campo de la empresa, este rol de competencias por organización es asumido y quebrantado por medio de una determinada

⁴²² JAKOBS, G. 1996. La imputación objetiva en Derecho penal. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid, Civitas. 145-146pp.

⁴²³ *Ídem*.

⁴²⁴ *Íbid.* 147p.

estructura de personas al interior de la misma. A través del presente apartado, se expone la tesis según la cual una imputación penal que se condiga con dichas competencias por organización, permitiría una mejor comprensión de los delitos que se dan en el seno de la empresa⁴²⁵. En el campo de la autoría y participación, se propone un reemplazo de la idea de dominio sobre lo que ocurra en la empresa por el concepto de competencia, como fundamento de la responsabilidad penal al interior de ésta⁴²⁶. “La autoría (tanto en delito doloso como en el imprudente) tiene que ver con la idea del “dominio normativo” entendido como “dominio competencial del hecho” y no con una determinación objetivo-causal del hecho. Por dominio normativo se debe entender que lo relevante no es el dominio/no dominio psicofísico de procesos causales, sino que lo relevante es la incumbencia/no incumbencia respecto de un determinado hecho o suceso con reglas normativas de imputación”⁴²⁷. En definitiva, la libertad que poseen los miembros de la empresa para organizarse de una determinada manera, es decir, la distribución interna de las atribuciones que incumben a cada

⁴²⁵GARCÍA CAVERO, P. 2003. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 340p.

⁴²⁶FEIJOO, B. 2008. *Op. Cit.* 206p.

⁴²⁷*Íbid.* 211p.

individuo u órgano, es también fundamento de la responsabilidad por dicha esfera de competencia.

Especialmente significativa resulta esta modificación en el ámbito de la coautoría. Mientras la concepción mayoritaria se enfoca en la fundamentación de una imputación recíproca de los aportes entre los coautores, imputando a los demás partícipes el injusto típico indirectamente a través del principio de accesoriedad⁴²⁸, esta visión propone una imputación global a todos los partícipes competentes como injusto propio. Así lo explica con claridad VAN WEEZEL: “la realización del tipo es el objeto único de una imputación que afecta *por igual e inmediatamente* – como “injusto propio” – a todos los partícipes, es decir, a todos lo que son competentes por dicha realización. Esto implica, entre otras cosas, un nuevo entendimiento de la accesoriedad, que incluye también a los partícipes tradicionalmente denominados coautores”⁴²⁹. Desde este punto de vista, el fundamento de la imputación es igual para todos los partícipes; la competencia en el hecho delictivo. Por esta razón, la primera pregunta que

⁴²⁸ VAN WEEZEL, A. 2003. Coautoría en delitos de organización. En: El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 301p.

⁴²⁹ *Ídem*.

debe resolverse a la hora de imputar un injusto penal, “no (es) la de quién es autor y quién, partícipe, sino la de quién es competente por la realización del tipo”⁴³⁰. De este modo, en el ámbito de la coautoría, se reemplaza la imputación recíproca de los aportes entre los coautores por la idea de competencia común en la realización del tipo⁴³¹.

Desde esta concepción surgen, no obstante, dos preguntas relevantes: por una parte, cuál es la obra común que vincula a los intervinientes y, por otra, qué tienen que haber realizado éstos para ser considerados competentes respecto aquella. Frente a ellas se sostiene, en primer lugar, que la obra común que los reúne consiste en la lesión a la norma penal, ya que solo con su concreción se constituye el injusto y, en segundo lugar, que para ser considerado competente por este se debe haber configurado alguno de los elementos que componen esa obra concreta⁴³². De este modo, no se trata de imputar a cada aporte la realización total del injusto típico, sino que cada uno de éstos determina quienes son competentes por la infracción conjunta de la norma. En palabras de VAN WEEZEL: “los aportes

⁴³⁰ VAN WEEZEL, Alex. 2003. *Op. Cit.* 303p. Paréntesis añadidos.

⁴³¹ *Ibid.* 301p.

⁴³² JAKOBS, G. 2005. La intervención delictiva. Cuadernos de Política Criminal (N°85): 74p.

realizados, sea en el estadio previo o en la etapa de ejecución, no son objeto de la imputación, sino solo el motivo para fundar la competencia por la infracción de deber que constituye exclusivamente la realización del tipo. Estos aportes hacen que la infracción del deber pueda ser explicada como una infracción *colectiva* del deber”⁴³³. Según este punto de vista, todos los partícipes, independiente de si han realizado su aporte a la configuración del tipo en la fase tradicionalmente denominada como “preparatoria” o en la “ejecutiva”, son competentes de su realización y por tanto imputables bajo el mismo fundamento. Todos los intervinientes “ejecutan” de uno u otro modo el tipo penal, ya que ésta es entendida en un sentido diverso; no como la ejecución por actos materiales y directos sino como una de contenido normativo. “Ejecutar’ es un concepto que se define normativamente; a saber, mediante la competencia por las consecuencias, y es perfectamente equiparable a la actuación en el momento de los actos previos, que –como intervención delictiva que es- igualmente fundamenta la competencia por los resultados. El interviniente, haya actuado en la fase ejecutiva o no, es competente respecto de la configuración del hecho”⁴³⁴.

⁴³³ VAN WEEZEL, A. 2003. *Op. Cit.* 307p.

⁴³⁴ JAKOBS, G. 2005. *Op. Cit.* 64p.

En este sentido, sostiene FEIJOO que si varias personas que trabajan infringen su deber de cuidado, no existiría problema para imputar conjuntamente el hecho a los diversos infractores competentes por el hecho total⁴³⁵. Así, otorga el ejemplo de un grupo de personas que construyen un automóvil: “Si un coche es una obra conjunta de la empresa, un coche con frenos defectuosos es obra de aquellos que se comportaron defectuosamente de forma conjunta a la hora de construir el vehículo. No hace falta acuerdos previos o resoluciones delictivas conjuntas, la prueba de la concurrencia de éstos solo facilita las cosas. El tipo subjetivo de la coautoría solo exige conocer o deber conocer que se está organizando algo conjuntamente con otros”⁴³⁶. Se argumenta que, cuando un grupo de personas son corresponsables del control de un riesgo en régimen de división de tareas, el hecho típico se le imputa a todos aquellos que han infringido su deber de un modo relevante para el Derecho Penal⁴³⁷. Sin embargo, VAN WEEZEL especifica que no se trata de una imputación a una persona colectiva, sino solo una infracción colectiva del deber que da lugar a la coautoría por competencia común: “en la medida en que no cabe atribuir fidelidad al

⁴³⁵ FEIJOO, B. 2008. *Op. Cit.* 213p.

⁴³⁶ *Ídem.*

⁴³⁷ *Ídem.*

derecho o capacidad de culpabilidad a una persona colectiva, un sujeto total no es imputable, no puede ser designado como partícipe. No se trata por lo tanto de una persona colectiva, sino de prestaciones colectivas, de una infracción colectiva del deber”⁴³⁸.

Una vez determinados los intervinientes que han infringido el tipo penal en conjunto, todavía cabe decidir el grado de responsabilidad con que deberá responder cada uno. Al respecto, BOLEA BARDÓN señala: “De aceptarse la tesis de que la autoría en la empresa presupone la competencia sobre un ámbito de organización, una vez afirmada aquella todavía queda por decidir si al sujeto le pertenece el hecho por completo o solo una parte del mismo”⁴³⁹. En términos diversos, la autora sostiene que hay que evitar identificar competencia con autoría; tener competencia es solo presupuesto para afirmar la intervención en un hecho, pero no determina si la responsabilidad es a título de autor o partícipe. Los ámbitos de competencia nos ayudan a resolver si hay tipo objetivo y una vez que este se verifica

⁴³⁸ VAN WEEZEL, A. 2003. *Op. Cit.* 305p.

⁴³⁹ BOLEA BARDÓN, C. Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial. En: LUZÓN, D. 2010 Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig. Madrid, La Ley.764p.

debe procederse a determinar la autoría o participación de cada uno de los intervinientes:

“(H)ay que evitar caer en el error de identificar competencia con autoría...tener la competencia respecto a un determinado ámbito de organización, si bien es presupuesto para afirmar la intervención en el hecho, no determina todavía si la responsabilidad es a título de autor o de partícipe. La distribución de competencias, como cuestión previa a la determinación de responsabilidad penal, nos sirve para delimitar (excluir) la imputación objetiva del hecho respecto a determinadas conductas, pero no nos dice nada sobre la mayor o menor importancia de la contribución al hecho”⁴⁴⁰.

Según este punto de vista, el elemento que traza la línea entre autoría y participación, sería meramente cuantitativo y no cualitativo, como supone la doctrina mayoritaria; autores y partícipes son competentes respecto del suceso completo, pero se diferencian en la cantidad de intervención en el hecho punible. “La diferenciación entre autoría y participación es, por tanto, una diferenciación que debe ser graduada según su peso en el ámbito de la mediación de la pena; en particular, no hay una distinción material del coautor frente al cómplice y, todavía menos, no hay motivo alguno para

⁴⁴⁰ BOLEA BARDÓN, C. *Op. Cit.* 76p. N. del A. N°25. Paréntesis añadidos.

anudar el concepto de autoría a un tomar parte en el momento de la ejecución”⁴⁴¹.

Las esferas de competencia jugarían un rol fundamental a la hora de determinar responsabilidades en el caso particular de la toma de decisiones contrarias a deber por parte de los directivos de una empresa. Desde esta perspectiva, la competencia al interior de este ámbito se ampliaría a aquellas actividades de dirección que decidan sobre los aspectos más generales de la empresa, de modo que los directores deban responder tanto por las decisiones que tomen en este sentido, como por aquellas que han sido ejecutadas por subordinados bajo su orden:

“Las competencias por organización son, por el contrario, mayores en el caso de directivos de la empresa, sean éstos propietarios o no de la empresa...en los delitos cometidos desde la empresa las competencias organizativas de sus directivos se limitan solo a decidir sobre las actividades globales de la empresa y no abarcan, por tanto, todas las decisiones y actuaciones realizadas en la estructura empresarial. En este sentido, las competencias por organización de los directivos los hacen penalmente responsables solamente por la toma de decisiones generales antijurídicas en la administración de la empresa, así como también por la ejecución, por ellos mismos o por subordinados, de los aspectos establecidos en las mismas”⁴⁴².

⁴⁴¹ JAKOBS, G. 2005. *Op. Cit.* 81p.

⁴⁴² GARCÍA CAVERO, P. 2003. *Op. Cit.* 345p.

De acuerdo con esta perspectiva, en los supuestos de decisiones contrarias a deber por parte de órganos colegiados, ya que se considera que es el órgano el que decide y no cada uno de sus integrantes, a cada uno de los que ha apoyado la decisión delictiva se les pueden imputar los hechos que se deriven de esa decisión colectiva como una obra conjunta u organización conjunta de un hecho delictivo⁴⁴³: “los participantes en la sesión que votaron a favor de la decisión resultan competentes por la misma, mientras que no lo son aquellos que no lo hicieron o no estuvieron presentes, por lo que tampoco están obligados a impedir la realización de tal votación”⁴⁴⁴. En el fondo, el fundamento que determina la competencia de cada miembro del órgano es el voto a favor de la decisión contraria a deber, pero luego se le imputa esta infracción común al órgano, pues es este el que toma la decisión en términos organizacionales.

Sostiene VAN WEEZEL, que una teoría como la del dominio del hecho, que se concentra demasiado en lo que puede o no ser considerado como estadio de ejecución del delito, no es capaz de resolver este tipo de

⁴⁴³ FEIJOO, B. 2008. *Op. Cit* 212p.

⁴⁴⁴ GARCÍA CAVERO, P. 2003. *Op. Cit.* 347p.

casos. En las hipótesis de decisiones colegiadas, como el caso Lederspray, puesto que aún en el momento de la votación no se verifica el resultado de lesiones en los consumidores, esta etapa no es “ejecución” en los términos en que lo entiende la doctrina mayoritaria, por lo que constituiría un impedimento para afirmar la coautoría de los directores:

“(A)unque los gerentes actuasen con dolo respecto de los resultados, sería por ejemplo prácticamente imposible fundamentar una coactuación de todos ellos en el único intervalo relevante para la teoría del dominio funcional del hecho, es decir, en la etapa de ejecución del mismo. Pues la aludida sesión especial del directorio no es en un sentido fáctico, sino en un sentido diferente (precisamente: normativo) ejecución del delito de lesiones y, si fuera necesario considerarla como tal, ello excluiría automáticamente la corresponsabilidad de quienes quizá dieron origen e impulsaron la comercialización del producto peligroso pero no asistieron a la junta o se abstuvieron de votar. La única posibilidad sería fundar respecto de ellos una responsabilidad autónoma por omisión, lo cual, precisamente en el ideario del dominio del hecho, que considera todo delito de omisión como un delito de infracción de deber, impide afirmar co-responsabilidad con los que delinquen por comisión⁴⁴⁵”.

De acuerdo con el autor, las atribuciones de responsabilidad contenidas en los estatutos sociales y normas mercantiles, específicamente, aquellas que llaman a decidir a un colegio de directores sobre una determinada decisión al interior de la empresa, constituirían una forma

⁴⁴⁵VAN WEEZEL, A. 2008. *Op. Cit.* 305-386pp.

institucionalizada de delimitar la competencia de los votantes respecto de la misma y asimismo determinar la coautoría: “quien está llamado a decidir es precisamente un colegio: a él le compete la toma de decisiones, como se desprende del hecho de que todos los miembros del colegio están llamados a conducir conjuntamente los negocios de la firma en los asuntos de su competencia. Por esta razón, no son solo todos los miembros del colegio competentes, sino que deben organizar en forma mancomunada, por lo cual son asimismo competentes en común”⁴⁴⁶. Esta competencia común determinada por normas estatutarias es, a diferencia de lo que plantea BOLEA BARDÓN, sinónimo de autoría para VAN WEEZEL: “tiene razón Jung cuando afirma que las decisiones de órganos colegiados representan ‘una clase especialmente formalizada de autoría’”⁴⁴⁷. En su visión, los votos de cada interviniente son el “motivo de la mancomunidad”, sin embargo, el acto de votación en determinada sesión del directorio no es lo que realmente se imputa, sino cualquier acto, en cualquier momento de la ejecución, - entendida en términos normativos- que ayude a configurar el tipo:

⁴⁴⁶ VAN WEEZEL, A. 2008. *Op. Cit.* 387p.

⁴⁴⁷ *Íbid.* 388p. Paréntesis añadidos.

“(E)l único objeto de imputación, también en los casos de intervención delictiva, es la realización del tipo. Los aportes de cada interviniente son solo el motivo para considerarlo incluido en la mancomunidad. Por eso, lo relevante en nuestro caso no es una determinada sesión del directorio: no es este el acto que se imputa, no radica aquí la ejecución del delito. La ejecución es obra de todos los intervinientes, con independencia del momento en que hayan prestado su aporte y de la forma en que lo hayan hecho, siempre que ese aporte configure la realización típica en alguna de sus características concretas y permita firmar, de acuerdo a la semántica del contacto social operacionalizada en los criterios de imputación objetiva, la inclusión del que lo presta en la mancomunidad de los que tienen una competencia común por la realización del tipo”⁴⁴⁸.

A pesar de que estos autores convergen en la idea de que todos los directores-gerentes que votan a favor de la decisión contraria a deber serían competentes respecto de la misma, algunos proponen una distinción en base a si éstos son emitidos de modo formal o informal. A diferencia de lo que propone VAN WEEZEL, en cuanto todos los votos serían considerados igualmente configuradores del tipo, con independencia del momento en que hayan sido emitidos, -y por lo mismo todos los votantes igualmente coautores-, algunos autores sostienen que solo los que votan formalmente podrían ser considerados coautores, mientras que aquellos que emiten su voto con posterioridad, de modo informal, solo partícipes del hecho típico. En este sentido, el consentimiento emitido con posterioridad al acuerdo

⁴⁴⁸ VAN WEEZEL, A. 2008. *Op. Cit.* 392p.

supondría un reforzamiento criminal o apoyo psíquico que puede ser imputado como participación. Así lo propone GARCÍA CAVERO, cuando sostiene que “un miembro del órgano colegiado que no participó en el acto de votación y luego muestra su conformidad informal podrá responder como cómplice moral en la medida en que refuerza la decisión ya tomada”⁴⁴⁹. En el mismo sentido, PEREZ CEPEDA afirma: “el consentimiento emitido libremente *a posteriori* por el administrador ausente (al momento de la votación), tiene cierta relevancia jurídica, puesto que, anulando el obstáculo de su posible oposición, elimina las dudas de los ejecutores y respalda su voluntad delictiva. Dicho con claridad, el administrador con este apoyo informal del acuerdo, facilita la situación psíquica, puesto que, elimina las contra-razones que pudieran dificultar que el acuerdo pueda llegar a su ejecución”⁴⁵⁰. Este punto de vista distingue entre el peso de las intervenciones de cada uno de los votantes según el momento en que éstos otorgan su voto; cuando la decisión ya ha sido tomada por una mayoría, se entiende que el voto informal a favor posee una menor intensidad en la aportación al hecho respecto de aquellos que

⁴⁴⁹ GARCÍA CAVERO, P. 2003. *Op. Cit.* 347-348pp.

⁴⁵⁰ PÉREZ CEPEDA, A. *Op. Cit.* 311p. Paréntesis añadidos.

realmente configuran la decisión inicial, por lo que se considera que solo cabría imputarles el hecho a título de partícipes.

En suma, para quienes defienden esta visión, lo que distingue a autores y partícipes no es la intervención con o sin dominio del hecho, como afirma la doctrina dominante, sino la cantidad de la intervención⁴⁵¹, ya que la imputación se realiza en base al criterio de la competencia común, que la fundamenta para autores y partícipes por igual. En el ámbito de la empresa, la imputación penal debe llevarse a cabo según la distribución de competencias al interior de la organización⁴⁵² y, cuando se trata de la competencia de directivos, esta se amplía, abarcando las decisiones que tienen que ver con sus aspectos generales. Así, en el caso de una decisión colegiada contraria a deber respecto de una materia de dirección global de la empresa, -como la no retirada de un producto del mercado-, cada uno de los miembros del órgano que vota a favor de su realización, se considera por ello competente de la misma. Ahora bien, incluso al interior de esta teoría, la doctrina no es conteste respecto de la manera en que debiesen

⁴⁵¹ ROBLES PLANAS, R. 2003. Participación en el delito: fundamento y límites. Madrid, Marcial Pons. 268p.

⁴⁵² GARCÍA CAVERO, P. 2003. *Op. Cit.* 246p.

responder los directores competentes por dicha decisión. Si bien algunos sostienen que la organización del órgano determinaría siempre la coautoría de los votantes, otro grupo de autores argumenta que aquellos que emiten el voto informalmente, luego de que ya se encuentra tomada la decisión, deberían responder solamente como partícipes, ya que a pesar de que son competentes por la misma y la refuerzan, no la configuran con la misma intensidad.

La teoría del dominio competencial ha sido criticada bajo el argumento de que afirmar que lo único que distingue a autores y partícipes es el quantum de su intervención resulta equívoco. Se sostiene que, de entenderse el dominio del hecho en términos normativos como se propone, existiría una diferencia que iría más allá de lo meramente cuantitativo entre quienes lo poseen y quienes no lo poseen: “es forzoso ver en quien posee el dominio del hecho así descrito un aspecto cualitativamente distinto a quien no lo posee: Con otras palabras: lo que es cuantitativamente muy distinto puede definirse también como cualitativamente diferente”⁴⁵³. Desde el punto de vista de esta objeción, aquel ámbito que distingue

⁴⁵³ ROBLES PLANAS, R. 2003. *Op. Cit.* 269p.

cuantitativamente entre autores y partícipes debe contener algún criterio para efectivamente trazar la línea entre unos y otros, es decir, para que se considere que la intensidad de algunos aportes es más esencial que la intensidad de otros, por lo que, en definitiva, se trataría de un criterio cualitativo.

1.2.3. Teoría de los delitos de Infracción de Deber

Para la imputación a título de autoría, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de comisión activa, los delitos de omisión requieren de la corroboración de una infracción de deber por parte de los autores, además del dominio del hecho. Frente a esta insuficiencia⁴⁵⁴ de la teoría dominante en los delitos de omisión, en el sentido de que para la corroboración de la autoría siempre se exige además la infracción de un deber especial, ROXIN plantea que el criterio del dominio del hecho sería prescindible en este tipo de delitos: “Si así se afirma que el dominio del hecho no basta en los delitos de infracción de deber para fundamentar coautoría, la cuestión hay que plantearla de modo más radical: ¿Resulta necesario el dominio conjunto del

⁴⁵⁴ Al respecto, BACIGALUPO: “*La teoría de los delitos de infracción de deber es una necesidad generada por la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para explicar ciertos supuestos dentro de su concepto de la accesoriidad limitada*”. BACIGALUPO, S. *Op. Cit.* 22p. Cursivas del texto original.

curso del hecho al menos junto a la infracción del deber, o no hace falta? A mi juicio, hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho”⁴⁵⁵. Siguiendo este punto de vista, la teoría de los delitos de infracción de deber⁴⁵⁶ plantea un concepto distinto de autor para los delitos de omisión, en el cual el fundamento de la autoría es el quebrantamiento de un deber especial extrapenal, sin tener en cuenta la voluntad de autor ni su dominio del hecho⁴⁵⁷. Para ROXIN, el ámbito de aplicación de la teoría del dominio del hecho se acotaría solo a los delitos de comisión activa o “delitos de dominio”, mientras que los delitos de infracción de deber prescindirían de esta noción, como explica BACIGALUPO:

“Roxin ha cuestionado la generalidad con que podría enunciarse, en la teoría de la participación, el pensamiento del dominio del hecho. Este debe limitarse –en su concepción- solamente a los ‘delitos de dominio’, pero no puede alcanzar a todos los delitos, pues frente a los recién nombrados se encuentran los ‘delitos de infracción de deber’, en los cuales la idea del dominio del hecho no es decisiva para la determinación de la autoría (...) lo importante en estos delitos consiste

⁴⁵⁵ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Trad. 7ma ed. alemana por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A. Madrid Barcelona, 1998.p.386.

⁴⁵⁶ JAKOBS también distingue entre los delitos de infracción de deber y delitos de dominio, a los que llama delitos de organización. Mientras que en los delitos de infracción de deber los deberes de garante surgen de instituciones de la sociedad, como, por ejemplo, el deber de los padres para con los hijos, en los delitos de organización, los deberes surgen precisamente de haber adoptado una determinada organización que impone esferas de competencia. Por tanto, esta concepción es distinta a la propuesta por ROXIN, descrita en el presente apartado.

⁴⁵⁷ ROXIN, C. 1998. Autoría y dom. *Op. Cit.* 388-389pp.

en la infracción del deber, que determinará la calidad de autor con independencia del dominio del hecho”⁴⁵⁸.

En este sentido, se hace una diferenciación en base al argumento de que no se puede ejercer dominio, propiamente tal, en los delitos de omisión, en cuanto faltaría en éstos la dirección del curso del suceso⁴⁵⁹ por parte del autor. Este elemento sería propio de una relación entre el resultado producido y la persona del autor basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquellos casos en que la persona solo se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso⁴⁶⁰: “lo que aquí se denomina ‘dominio del hecho’ no es sino la posibilidad de evitar el resultado...Con el dominio del hecho real nada tiene que ver tal ‘dominio de impedir potencial’”⁴⁶¹. El dominio en este último sentido, no sería dominio de la voluntad propiamente tal, sino un elemento inherente a la infracción de deber surgida de la posición de garante, propia de todos los delitos de omisión. En definitiva, según esta visión, “los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisibles por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber,

⁴⁵⁸ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.* 162-163pp.

⁴⁵⁹ BACIGALUPO, S. *Op. Cit.* 26p.

⁴⁶⁰ ROXIN, Claus. 1998. Autoría y dom. *Op. Cit.* 500p.

⁴⁶¹ *Íbid.* 501p.

y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación”⁴⁶². En otras palabras, ROXIN crea un sistema bipartito para entender la autoría en base a la estructura del tipo penal del que se trate; aquellos en que existen posiciones de deber especiales, basta con la infracción del deber para fundamentar la autoría, en cambio, en todos los demás tipos, lo definitivo para determinar la autoría es el dominio del hecho⁴⁶³.

En términos prácticos, esto implica que, en los delitos de omisión, basta con la mera corroboración de la lesión del deber de evitar el resultado para establecer la autoría, con independencia de si el autor realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo⁴⁶⁴, ya que dentro de este ámbito no se distingue entre las diversas formas de participación. “(E)l criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso. En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente; basta cualquier ‘causar’ de la índole que sea, de

⁴⁶² ROXIN, Claus. 1998. Autoría y dom. *Op. Cit.* 497p.

⁴⁶³ BACIGALUPO, S. *Op. Cit.* 57p.

⁴⁶⁴ MIR PUIG, S. *Op. Cit.* 368p.

manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor⁴⁶⁵. De este modo, mientras en los delitos de dominio el autor conduce la causalidad del resultado, en los delitos de infracción de dominio basta con dicha infracción, sin que tenga que establecerse el vínculo causal⁴⁶⁶.

Esta estructura se traslada también a la figura de la coautoría en los delitos de infracción de deber, “en lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común. El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues solo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber⁴⁶⁷. Esta idea ya se encontraba presente en JESCHECK, quien sostenía la coautoría por omisión, tanto cuando uno de los intervinientes aporta una contribución al hecho mediante un hacer positivo, mientras que el otro, infringiendo un deber jurídico, se abstiene de impedirlo⁴⁶⁸, como

⁴⁶⁵ ROXIN, Claus. 1998. Autoría y dom. *Op. Cit.* 411-412pp.

⁴⁶⁶ BACIGALUPO, S. *Op. Cit.* 57p.

⁴⁶⁷ ROXIN, Claus. 1998. Autoría y dom. *Op. Cit.* 388-389pp.

⁴⁶⁸ JESCHECK, H. *Op. Cit.* 622.

cuando entre varios autores no cumplen un deber que les incumbe conjuntamente⁴⁶⁹. No obstante, sostiene que, mientras que en el primer caso correspondería según la teoría del dominio del hecho considerar al omitente como cómplice, solo el segundo constituye un auténtico caso de coautoría en la omisión⁴⁷⁰. A propósito de este último supuesto, señala:

“Constituye, en cambio, coautoría la omisión en la evitación de un resultado contrario a un deber jurídico de actuar que concierne a varias personas conjuntamente. No obstante, en este supuesto no necesita darse la imputación recíproca de las contribuciones al hecho, características de la coautoría, puesto que cada uno de los autores es ya responsable como garante por todo el resultado. Solo concurre el supuesto genuino de la coautoría cuando el deber común únicamente puede ser cumplido de modo conjunto”⁴⁷¹.

Lo determinante para establecer la coautoría en los delitos de infracción de deber, no es el co-dominio del hecho, como postula la teoría del dominio funcional, sino, la posición de garante común entre los coautores. Para establecer la coautoría, por tanto, lo que se requiere es la infracción conjunta de un deber conjunto⁴⁷²; “solo puede existir coautoría en los casos en que a ambas personas les incumba un deber cuya finalidad

⁴⁶⁹ *Ibid.* 582p.

⁴⁷⁰ *Ibid.* 622p.

⁴⁷¹ *Ídem.*

⁴⁷² BACIGALUPO, S. *Op Cit.* 61p.

de protección sea la misma. No se dará coautoría, por el contrario, cuando el perjuicio provenga de la infracción de un deber que incumba solo a cada uno de los partícipes. En tales casos se darán autorías individuales concurrentes⁴⁷³. El dominio del hecho resulta, por lo tanto, irrelevante para la determinación de la coautoría según la teoría de los delitos de infracción de deber⁴⁷⁴.

Sin embargo, esta visión también ha sido sujeta a críticas sobre todo por parte de la doctrina española, siendo la principal el hecho de que esta teoría constituiría una infracción al “*nullum crimen sine lege*” o principio de legalidad⁴⁷⁵. Al respecto, ROBLES PLANAS: “Toda infracción de deber, sea activa u omisiva, se dé en el estadio previo al inicio de la tentativa o en fase consumativa, se realice de modo directo o indirecto, da lugar a la misma calificación jurídico-penal: infracción completa del deber a título de autor. La lógica de la teoría del delito de infracción de deber es, pues, una lógica binaria (o blanco o negro), que no admite las gradaciones propias de la lógica más elaborada, precisa y distintiva, de la responsabilidad por el

⁴⁷³ *Ídem.*

⁴⁷⁴ *Ídem.*

⁴⁷⁵ ROBLES PLANAS, R. 2003. Op. Cit. 227p.

propio comportamiento organizador”⁴⁷⁶. En este sentido, se critica que la teoría, castigaría conductas que no se han exteriorizado aun en una lesión, bajo el único fundamento de que el sujeto ha infringido su deber⁴⁷⁷. Por otro lado, también existen autores, como SÁNCHEZ-VERA, al cual nos referiremos en mayor profundidad en el acápite siguiente, que postulan la inexistencia de los deberes conjuntos. Según el autor, los deberes son siempre individuales y personalísimos y nunca conjuntos, por lo que no es posible establecer la coautoría en los delitos de infracción de deber⁴⁷⁸. Por último, FEIJOO sostiene la imposibilidad de establecer deberes generales de solidaridad respecto a actos organizativos, como el caso de los directores en el Caso Lederspray, por lo que no es posible extender la autoría a toda omisión que sea cometida dentro de esta esfera organizacional: “El recurso a un delito de infracción de deber, que convierte toda omisión en autoría, no puede satisfacer. Solo existirá un delito de estas características...si la persona individual ha asumido un deber especial de solidaridad de la

⁴⁷⁶ ROBLES PLANAS, R. 2003. *Op. Cit.* 230p.

⁴⁷⁷ *Ibid.* 232p.

⁴⁷⁸ SÁNCHEZ-VERA, J. 2002. Delito de Infracción de deber y participación delictiva. Madrid, Marcial Pons. 204p.

empresa, pero no puede existir en general con respecto al desempeño de aspectos organizativos de la empresa”⁴⁷⁹.

La teoría de los delitos de infracción de deber, sin duda ayudaría a resolver los problemas que presenta la aplicación de la teoría del dominio funcional en el caso Lederspray. Dado que ésta no requiere intervención en la fase ejecutiva, un plan común, ni co-dominio del hecho, sino solo una posición de garante común, resulta fácil argumentar a favor de la coautoría en el caso concreto a partir de esta visión, sin tener que corroborar cada uno de los requisitos que impone la doctrina tradicional. En este sentido, bastaría para sostener la autoría de los directores gerentes, argumentar que sobre todos ellos recaía una posición de garante conjunta que fue infringida del mismo modo, unánimemente, por todos los directores que votaron en contra de la retirada del producto. Lo anterior, a pesar de tener la ventaja de soslayar las dificultades que presenta la verificación de requisitos pensados para delitos comisivos, abre la puerta a una serie de otros riesgos relativos a la laxitud que provee esta categoría para considerar autor a todo quien posea un deber extrapenal.

⁴⁷⁹ FEIJOO, B. 2008. *Op. Cit.* 217p. N. del A. N°49

1.3. Posiciones que niegan la idea de coautoría en los delitos de omisión impropia

Las teorías a favor de la coautoría en la omisión que acabamos de revisar, tienen en común el hecho de que postulan la existencia de una posición de garante compartida entre los coautores. En oposición a lo anterior, de acuerdo con el siguiente grupo de autores, una característica propia de la omisión es la imposición de un deber jurídico esencialmente individual o personalísimo. Por esta razón, bajo el argumento principal de que dicho deber no puede ser ‘repartido’ entre varios autores y que no es posible que se den los demás requisitos para la corroboración de la coautoría, se niega la posibilidad de establecerla en cualquier tipo de omisión.

En primer lugar, se sostiene, desde este punto de vista, que en la omisión faltaría la “voluntad” o requisito subjetivo de la coautoría, por lo no sería posible hablar de un “plan común” de sus eventuales intervinientes. A su vez, la falta de ejecución directa también impediría la división del trabajo necesaria para su corroboración. Al respecto, KAUFMANN señala: “(la coautoría) no es concebible en el hecho de omitir una acción. Como no

existe el dolo de omisión, tampoco una ‘decisión común del hecho’. Y tampoco existe la posibilidad de ‘división del trabajo’, pues la omisión no presenta ‘acción ejecutiva’ alguna⁴⁸⁰. En los mismos términos, BACIGALUPO acusa la falta de exigencia en el tipo subjetivo de la omisión impropia de una ‘voluntad de realización’⁴⁸¹ y sostiene la misma imposibilidad respecto del requisito de ejecución en común: “la falta de una acción o de una ejecución activa priva de sentido a una división del trabajo. En efecto, no es concebible que alguien omita una parte mientras otros omiten el resto. De aquí se deduce que la admisión de una coautoría resulta, ante estos presupuestos, inadmisibles”⁴⁸².

Dado que nos referimos a las críticas relativas a la inaplicabilidad de los requisitos generales de la coautoría en la omisión en el acápite anterior, en el presente nos centraremos exclusivamente en aquella que dice relación con la existencia de deberes de garante individuales y personalísimos. Tanto KAUFMANN como BACIGALUPO defienden la existencia de deberes

⁴⁸⁰ KAUFMANN, A. *Op. Cit.* 202p.

⁴⁸¹ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.* 173p.

⁴⁸² *Ídem.*

indivisibles, que no permiten la configuración de una sola infracción a partir de las contravenciones parciales de cada uno de los intervinientes:

“(S)ería muy difícil comprender que alguien puede omitir solo una parte de la acción que se le exige, mientras otro omite el resto. Una parcialización de la omisión –del incumplimiento del deber- resulta, desde todo punto de vista, incompatible con un hecho que se caracteriza, precisamente, porque toda infracción del deber emergente de una posición de garante no admite subdivisión alguna. Tal imposibilidad determina que la hipótesis de una pretendida coautoría sea directamente impensable. El recurso de buscar en el ‘acuerdo’ de los concurrentes (en este caso de los obligados a actuar) una base para sostener una vinculación de las omisiones de cada omitente, en todo caso, solo podría dar por cumplido uno de los requisitos, pero no permitiría unificar en *una sola infracción de deber* a la que concurrirían las diversas ‘partes de la omisión’ correspondientes a cada obligado”⁴⁸³.

De la misma opinión es SÁNCHEZ-VERA, quien en su monografía sobre los delitos de infracción de deber defiende esta misma argumentación, negando la coautoría en los delitos de omisión: “(p)uesto que el deber es personalísimo e independiente, la lesión del mismo se produce por parte de cada uno de ellos igualmente de forma completa e independiente. Cada cual será autor y, entre ellos, en su caso, autores paralelos. La coautoría no es posible, puesto que el *status* de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre

⁴⁸³ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.* 173p.

individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento”⁴⁸⁴.

Desde el punto de vista aquí defendido, se distinguen cuatro posibilidades de intervención omisiva: en primer lugar, participación omisiva en el hecho positivo de otro, en cuyo caso no habrá autoría, sino precisamente, mera participación accesoria en un delito de comisión⁴⁸⁵. En segundo lugar, se distingue la posibilidad de que para el mismo suceso haya más de un autor; uno respecto de un delito de dominio y, paralelamente otro, por un delito de infracción de deber, a partir del mismo hecho: “ambos son... figuras centrales del suceso, independientes la una de la otra o, dicho de una forma incluso todavía más exacta –desde un punto de vista estrictamente normativo-, figuras centrales de dos sucesos diferentes. Y es que no es posible una coautoría entre un autor por organización (con dominio del hecho) y un autor por infracción de su deber, pues la coautoría en general, presupone criterios de imputación únicos para todos los coautores”⁴⁸⁶. También en este caso se rechaza la posibilidad de imputar por

⁴⁸⁴ SÁNCHEZ-VERA, J. *Op. Cit.* 202p. Paréntesis añadidos.

⁴⁸⁵ BACIGALUPO, E. 1983. *Op. Cit.* 174p.

⁴⁸⁶ SÁNCHEZ-VERA, J. *Op. Cit.* 201p.

coautoría, constituyendo en cambio la presente hipótesis una de autoría paralela.

En tercer lugar, en aquellos supuestos en que varios sujetos intervienen omisivamente en un hecho común, se señala que no se tratará jamás de una división del deber de garante, sino de un reparto funcional del trabajo respecto del cual todos los omitentes serán considerados autores accesorios: “(S)i los obligados...han de ser vistos como coautores, no lo serán porque hayan quebrantado de forma conjunta el deber positivo que a todos, pero individualmente, les incumbía, sino en virtud de la ejecución conjunta en el sentido de un dominio del hecho funcional en reparto del trabajo”⁴⁸⁷. Esta hipótesis es retratada claramente por KAUFMANN a través de su ejemplo de los nadadores:

“Si cincuenta que saben nadar contemplan inactivos cómo se ahoga un niño, ciertamente todos ellos han omitido la salvación, pero no la han omitido ‘conjuntamente’. Cada uno por sí mismo es ‘autor por omisión’, si se quiere ‘autor simultáneo’ de la omisión. Cuando en una situación de desamparo dos circunstancias solo pueden evitar una consecuencia dañosa actuando conjuntamente, si permanecen

⁴⁸⁷ SÁNCHEZ-VERA, J. *Op. Cit.*205p. Paréntesis añadidos.

inactivos, ciertamente *omiten ‘obrar como coautores’*; pero no omiten *‘en coautoría’*”⁴⁸⁸.

En efecto, según este punto de vista, la ejecución en común que se da cuando varios sujetos especialmente obligados incumplen su deber, no constituirá coautoría en un supuesto de omisión, sino que éstos siempre serán considerados autores accesorios⁴⁸⁹.

Por último, se distingue un supuesto consistente en el caso especial en el que el resultado no delictivo solo puede ser alcanzado si diversos obligados cumplen con su deber o, dicho de otro modo, el resultado típico solo se produce si se omiten varios deberes positivos, que son igualmente necesarios para evitar el resultado⁴⁹⁰. Según esta perspectiva, tampoco en este caso estaríamos frente a una hipótesis de coautoría, sino que se trataría de una “omisión múltiple cumulativa”⁴⁹¹ que implicaría, en otras palabras, otro supuesto de autoría paralela.

⁴⁸⁸ KAUFMANN, A. *Op. Cit.*202p.

⁴⁸⁹ ROBLES PLANAS, R. 2003. *Op. Cit.* 228p.

⁴⁹⁰ SÁNCHEZ-VERA, J. *Op. Cit.*203p.

⁴⁹¹ *Ídem.*

Estamos de acuerdo con que efectivamente, el ejemplo de los nadadores que da KAUFMANN no corresponde a un supuesto de coautoría, sino que a un "comportamiento colectivo no vinculado"⁴⁹², en que varios sujetos llevan a cabo una conducta simultánea uniforme, pero no jurídicamente colectiva, que nada tiene que ver con la coautoría y en que existen deberes jurídicos individuales: "a pesar de la apariencia uniforme de la conducta de todos y del sentido paralelo de las conductas individuales – solo responde de su propio comportamiento"⁴⁹³. No obstante, el ejemplo de los nadadores es distinto a la cuarta hipótesis descrita que, creemos correspondería al supuesto de los directores-gerentes en el Caso Lederspray.

Sostenemos que la diferencia entre la tercera y cuarta hipótesis no es superficial y que la naturaleza de ambos deberes es distinta en cada una de ellas. Postulamos que en la última hipótesis sí existe un *deber en común*, distinto al deber individual que recae sobre los nadadores, en la medida en que solo se puede proteger el bien jurídico si todos o la mayoría de los intervinientes cumplen con su deber. En otras palabras, la actual protección del bien jurídico resulta de un esfuerzo colectivo y no se puede llevar a cabo

⁴⁹² KINDHAÜSER, U. *Op. Cit.* 53p.

⁴⁹³ *Ídem.*

sin los demás coautores y, al contrario, puede desbaratarse por el impedimento de cualquiera. Se trata en tanto de una misión en común encomendada a todos los intervinientes, o directores-gerentes en el Caso Lederspray, diferente del mandato personal que poseen los nadadores en la tercera hipótesis. Siendo el único argumento que se otorga para dar a ambos supuestos un tratamiento idéntico, - a pesar de reconocer las hipótesis como diversas-, el de los deberes personalísimos, creemos que dicho razonamiento resulta circular e insuficiente. La única razón que para no establecer la coautoría en la última hipótesis no puede consistir en que los deberes son siempre individuales, si incluso se reconoce que en el último caso el deber se cumple en forma conjunta. Este supuesto, que SÁNCHEZ-VERA identifica como una “omisión múltiple cumulativa”, corresponde al mismo al que los demás autores que hemos revisado han denominado como un “deber conjunto o común” y que, siendo la diferencia entre ambas meramente terminológica, no existen razones para sostener que las posiciones de garante son siempre personales, cuando, en la práctica, efectivamente se dan supuestos en que se requiere se la colaboración de un grupo de individuos para que el bien jurídico sea efectivamente protegido.

2. Apreciaciones Provisionales

Creemos que la argumentación del Tribunal Supremo en el Caso Lederspray para afirmar la autoría, es reflejo de la dispersión que existe en la doctrina respecto del entendimiento de los requisitos tradicionales que impone la teoría del dominio del hecho al tratarse de un delito de omisión impropia. Este vacío presenta dificultades adicionales cuando se da en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, donde la imputación debe hacerse al interior de una empresa que posee una determinada organización y distribución de competencias. En este sentido, compartimos el punto de vista de la teoría del dominio competencial cuando señala que “no es admisible trasladar sin más el paradigma del autor solitario al ámbito del actuar en conjunto”⁴⁹⁴. La afirmación de una coautoría con plena base en normas extrapenales, dando por hecho los requisitos de la doctrina tradicional sin un fundamento desde el Derecho Penal, revela la insuficiencia de los conceptos clásicos aplicables al autor individual. La teoría del dominio del hecho “ha identificado erróneamente dominio con responsabilidad olvidando entonces que puede existir mucha responsabilidad con poco dominio y, al revés, mucho dominio y poca

⁴⁹⁴ VAN WEEZEL, A. 2003. *Op. Cit.* 292p.

responsabilidad”⁴⁹⁵, supuestos que se presentan precisamente cuando interviene más de una persona en el delito y que la doctrina tradicional es incapaz de resolver. Todo lo cual, pone de relieve la necesidad de acudir a nuevos modelos, que tomen en cuenta las estructuras a partir de las cuales surgen los nuevos paradigmas de la criminalidad y se adapten a formas tanto comisivas como omisivas del delito.

Las propuestas revisadas poseen un criterio común como punto de partida para dar solución a las nuevas complejidades que presentan estos casos: tanto las teorías del dominio objetivo y positivo del hecho, dominio competencial y delitos de infracción del deber, coinciden en identificar un solo deber común y no varios en los supuestos en que más de un sujeto infringe la norma penal. Esta identificación de las aportaciones como un solo riesgo permite prescindir del concepto de imputación recíproca que requiere la coautoría en los delitos comisivos y, en cambio, atribuírselo a todos los coautores, ya que aquí es la infracción conjunta de la norma aquello que determina que el “injusto sea de todos”⁴⁹⁶. Por otra parte, estas

⁴⁹⁵ ROBLES PLANAS, R. 2012. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). [en línea] Revista para el análisis del derecho (InDret), Abril <<http://www.indret.com/pdf/886.pdf>> 6p.

⁴⁹⁶ *Ibid.* 4p. Cursivas del texto original.

teorías se alejan de la concepción tradicional que asocia el concepto de autoría con ejecución material. Si bien la teoría de los delitos de infracción de deber adopta una visión extensiva de la autoría, las demás se adhieren a un concepto de ejecución normativa. Según esta visión, se puede imputar a título de autoría a quien, sin realizar actos directamente ejecutivos, ha tenido una preponderancia fundamental en la fase preparatoria y, por el contrario, no necesariamente será autor quien ejecute directamente el tipo penal. Este concepto normativo de la autoría tiene la ventaja de que prescinde del concepto de voluntad en la dirección del suceso, que requiere la teoría del dominio del hecho para imputar a título de coautoría, y que se encuentra ausente en las conductas omisivas. Todo lo anterior refleja la idea que subyace a ambas teorías; cuando existen varias aportaciones de distintos intervinientes, todos ellos van a tener en cierta medida “dominio del hecho”, por lo que no puede ser este el criterio a seguir para distinguir autores y partícipes. Se debe tratar en cambio de comparar la naturaleza del dominio de unos en relación a otros. Mientras que la teoría LUZÓN y DÍAZ utiliza los criterios restrictivos de dominio objetivo y positivo, la teoría del dominio competencial realiza un balance respecto al *quantum* de la

intervención, sosteniendo que la diferencia entre autores y partícipes es meramente cuantitativa.

En definitiva, concordamos con un la idea según la cual, siendo la ejecución común para todos los intervinientes, no deben identificarse automáticamente los conceptos de autoría y ejecución⁴⁹⁷, ya que, tanto un partícipe puede intervenir en la etapa de ejecución del delito, como también un autor puede no hacerlo, cuestión que se da con mayor frecuencia en los delitos cometidos en el seno de una organización. En este sentido, estamos plenamente de acuerdo con la opinión de ROBLES PLANAS:

“(L)a intervención en el delito no depende de la existencia de un pacto de intervención, sino que se da normativamente. El concepto de intervención decae cuando no puede afirmarse desde un punto de vista normativo que varios sujetos actúan u omiten coordinadamente en un mismo hecho (y entonces aparece el concepto de autoría paralela). La esencia de la intervención está en que un mismo curso, del que responden varios, avanza hacia la realización típica, pasando del estadio preparatorio al ejecutivo y de ahí a la consumación. Los dos últimos son expresión del *injusto de todos*”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ ROBLES PLANAS, R. 2012. *Op. Cit.* 3p.

⁴⁹⁸ *Íbid.* 4p. *Cursivas del texto original.*

Siguiendo esta línea, creemos que la clave para la construcción de un concepto de coautoría que se adapte a las necesidades de la criminalidad moderna y, específicamente, sea aplicable a los delitos de comisión por omisión llevados a cabo por un órgano colegiado, se encuentra en la configuración por parte de los coautores de la ejecución del delito en un plano de igualdad aproximada⁴⁹⁹. En este sentido, se permite una suerte de “compensación de las intensidades de las aportaciones” que, prescindiendo de los requisitos clásicos de la coautoría, permite imputar bajo este título en la medida en que las aportaciones al hecho posean el mismo peso relativo. En otras palabras, “la decisión sobre la calificación como de ‘autoría’ o de ‘participación’ de una conducta omisiva dependerá –como en la comisión activa- del valor del injusto de la omisión para el conjunto del injusto del hecho”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ ROBLES PLANAS, R. 2012. *Op. Cit.* 4p.

⁵⁰⁰ *Íbid.* 18p.

Apreciaciones Finales

1. **La relevancia del Caso Lederspray.** El Caso alemán del Lederspray constituye una hipótesis fundamental a la hora de iniciar un estudio en base a la omisión impropia. Por sus particulares características, la existencia de una decisión colegiada y la manera en que esta decisión se lleva a cabo, presenta interrogantes que desafían áreas elementales del Derecho Penal. Dichos problemas fueron tratados principalmente en sede de causalidad y autoría, permitiéndonos ahondar en una serie de discusiones teóricas desde una aproximación práctica, mediante la realización de constantes referencias paralelas al caso de análisis. Al tratarse de problemáticas que surgen en el marco de un delito de omisión impropia, hemos encontrado posible extender la aplicación de las discusiones aquí revisadas a un amplio catálogo de delitos de similares características, sobre todo, aquellos relacionados con el derecho penal económico y la responsabilidad penal por productos defectuosos.

2. **No hay causalidad en la omisión impropia.** Concordamos con las posturas revisadas a través de esta tesis en entender que las teorías clásicas

utilizadas para explicar la causalidad fallan en los delitos de omisión impropia. La doctrina mayoritaria ha apoyado hasta el momento la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuanto considera que solo ésta respetaría el axioma del Derecho Penal acerca del carácter ontológico o naturalístico de la causalidad, en contraposición a un concepto normativo⁵⁰¹. Sin embargo, en forma ya casi generalizada, se reconoce que el método de la supresión mental hipotética derivada de la *conditio sine qua non* otorga soluciones desacertadas en los supuestos de causalidad más complejos e incluso se ha cuestionado su capacidad predictiva hasta en los ejemplos de causalidad más simples, siendo objeto de fuertes críticas que la acusan de circularidad. Creemos que la razón por la que, tanto la *conditio sine qua non* como sus reformulaciones, no salvan dichas objeciones, radica en el hecho de que este grupo de teorías falla en describir el nexo entre omisión y resultado. Todas ellas se basan en nociones científico-naturales que resultan imposibles de constatar entre omisión y resultado, en cuanto la naturaleza misma del delito en cuestión impide establecer relaciones de necesidad entre ambas.

⁵⁰¹PÉREZ BARBERÁ, G. 2006. Causalidad, resultado y determinación. Buenos Aires, Ad Hoc. 26p.

Las leyes causales son generalizaciones empíricas universales, que contienen un adverbio equivalente a un cuantificador universal, como “siempre” o “necesariamente”⁵⁰². “Dado el carácter universal de las leyes causales, presentan ellas la característica definitoria de que un solo contraejemplo basta para refutarlas o falsearlas. De allí que, si ese contraejemplo se presentara, la regularidad en cuestión dejaría de ser nómicamente necesaria y, por tanto, traería como consecuencia la refutación de esta ley natural”⁵⁰³. En términos prácticos, sería imposible sostener que la decisión de los directores gerentes es causa,- en los términos en que lo ha entendido la ciencia-, del resultado de lesiones en los consumidores y, a contrario sensu, que si dicha decisión no se hubiese llevado a cabo necesariamente desaparecerían las lesiones. Ello en cuanto no se pueden establecer vínculos de este carácter a partir de supuestos no comprobables en el tiempo. En otras palabras, no se puede establecer un hecho en forma necesaria a partir de una omisión, sino solo se pueden establecer suposiciones de lo que se cree más probablemente hubiese ocurrido en caso de que se hubiese desplegado la acción debida. Es por esta

⁵⁰² PÉREZ BARBERÁ, G. *Op. Cit.* 76-77p.

⁵⁰³ *Ibid.* 77p.

razón que entendemos que no hay causalidad en la omisión impropia, al menos, de la forma en que la ha venido entendiendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en el último tiempo. Estamos de acuerdo con PEREZ BARBERÁ en que las explicaciones propuestas hasta el momento en los casos de omisión impropia dan cuenta de la necesidad de intentar otro tipo de explicaciones, no causales. Hasta ahora, la doctrina ha “preferido construir un concepto de causa sumamente amplio, que les permita explicar ontológicamente el fenómeno de la omisión sin salirse de la categoría que les es familiar...en lugar de ensayar otro tipo de explicaciones para ése y otros fenómenos, ha optado por cambiar la formulación del enunciado causal, eliminando de él el componente genético”⁵⁰⁴. Concordamos con el autor en que ciertos hechos, como ocurre con la omisión impropia, en atención a su naturaleza no deben ser explicados causalmente, sino mediante un tipo diverso de reglas, de carácter probabilístico⁵⁰⁵.

Se propone el reemplazo de la causalidad, que vincula el resultado a la acción, por una teoría que vincule ya en un segundo nivel, el resultado a

⁵⁰⁴ PÉREZ BARBERÁ, G. *Op Cit.* 70p.

⁵⁰⁵ *Ibid.* 71p.

la persona. Se trata de una teoría de la imputación objetiva, no propiamente causal en el sentido que aquí se denuncia, pero que a ojos del Derecho Penal resulta de la misma utilidad para describir los factores que determinan, -en un sentido diverso de la causa-, un resultado.

3. Defensa de las teorías probabilísticas y, en particular, de la disminución del riesgo. Creemos que el vínculo científico-natural entre omisión y resultado debe ser reemplazado por una relación jurídico-normativa. Esta segunda clase de vínculos tiene la ventaja de ser “más laxa” en el sentido de que prescinde del juicio de necesidad, substituyéndolo por otro igualmente comprobable en forma empírica; las relaciones probabilísticas. A diferencia de las leyes causales, las leyes estadísticas o probabilísticas son generalizaciones empíricas no universales que tienen la característica de que un contraejemplo no es suficiente para refutarlas⁵⁰⁶: “lo que permite formular un ley estadística o probabilística, por su parte, es la posibilidad de realizar una generalización empírica no obstante la existencia de contraejemplos. La condición mínima para que esa posibilidad

⁵⁰⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. *Op. Cit.* 78p.

quede habilitada (y justificada) es que exista relevancia estadística”⁵⁰⁷. Creemos que este tipo de relación de carácter inductivo, donde solo es posible concluir en términos probabilísticos el antecedente a partir del resultado, pero no viceversa, -como ocurre en las relaciones causales-, se corresponde con la naturaleza de la omisión impropia. En palabras de PÉREZ BARBERÁ, “El recurso a leyes estadísticas o probabilísticas en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente no es, pues, de emergencia, sino *de principio*. En ámbitos estadísticos se emplean leyes probabilísticas no solo porque en ellos sea imposible (epistemológicamente) el empleo de leyes causales, sino porque el empleo de estas últimas *no corresponde...* respecto de las perplejidades cognitivas que provocan afirmaciones causales en ámbitos probabilísticos”⁵⁰⁸.

Dentro de este ámbito adherimos a la teoría de la disminución del riesgo en cuanto reconoce el potencial de los factores individuales para causar el resultado, sin establecer relaciones absolutas entre éstos y aquellos. Esta teoría toma como premisa de partida que es imposible

⁵⁰⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. *Op. Cit.* 79p.

⁵⁰⁸ *Ibid.* 109p.

determinar con certeza si la acción omitida hubiese o no evitado el resultado lesivo. Aplicado al Caso del Lederspray, entiende que basta con que una decisión por parte de los directores gerentes de retirar el producto del mercado, hubiese probablemente disminuido las probabilidades de que se causaran las lesiones en los consumidores del spray, para comprobar el vínculo de determinación entre ambos. Queda sin embargo, inconcluso el trabajo de la doctrina en cuanto a hacerse cargo de las críticas que apuntan a que se trataría de una teoría poco garantista, en tanto que su excesiva amplitud en la comprobación del nexo “cuasi causal” pondría en riesgo el principio de *in dubio pro reo*.

5. Nuevas formas de entender la coautoría. Creemos que la falta de claridad del Tribunal Supremo Alemán a la hora de imputar el delito a título de coautoría, se debe a la gran dispersión a nivel doctrinal en la aplicación de los requisitos de la teoría mayoritaria del dominio del hecho. Resulta necesario nuevamente modificar las formas clásicas en el entendimiento de los elementos que determinan su configuración, con el fin de adaptarse a las nuevas formas de criminalidad moderna.

En primer lugar, entendemos como necesaria para una resolución acertada del caso, la identificación de las distintas aportaciones como un solo riesgo. Este factor permitiría prescindir del concepto de imputación recíproca requerido por la coautoría en los delitos comisivos y, en cambio, atribuírselo a todos los coautores, ya que aquí es la infracción conjunta de la norma aquello que determina que el “injusto sea de todos”⁵⁰⁹. En segundo lugar, estimamos necesario un alejamiento de la concepción tradicional que asocia el concepto de autoría con ejecución material del hecho punible. Las nuevas formas delictuales comprenden casos en que existe dominio del hecho incluso en estados previos a la ejecución del mismo. Surge de aquí la necesidad de normativizar el concepto de “ejecución” de modo que lo fundamental para dotarla de contenido no sea la perpetración material del delito, sino consista en aquellas fases en que el autor, dominando el acto o su abstención, quebranta la norma jurídica. Según esta visión, no deben identificarse automáticamente los conceptos de autoría y ejecución. Se puede imputar a título de autoría a quien, sin realizar actos directamente ejecutivos, ha tenido una preponderancia fundamental en la fase

⁵⁰⁹ ROBLES PLANAS, R. 2012. *Op. Cit.* 4p. Cursivas del texto original.

preparatoria y, por el contrario, no necesariamente será autor quien ejecute directamente el tipo penal.

Siguiendo esta línea, creemos que la clave para la construcción de un concepto correcto de coautoría consiste en que las aportaciones de los autores de la ejecución del delito se den en un plano de igualdad aproximada⁵¹⁰. En este sentido, que se permite una suerte de “compensación de las intensidades de las aportaciones” que permita imputar a título de coautoría en función al peso relativo de las aportaciones al hecho.

⁵¹⁰ ROBLES PLANAS, R. 2012. *Op. Cit.* 4p.

Bibliografía

- ANTOLISEI, F. 1964. Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades. Bogotá, Temis. 313-333pp.

- ANTOLISEI, F. 1988. Manual de derecho penal. Parte general. 8° ed. Bogotá, Temis. 387-404pp.

- BACIGALUPO, E. 1983. Delitos impropios de omisión. 2° ed. Bogotá, Temis.

- BACIGALUPO, E. 1999. Derecho Penal Parte General. 2° ed. Buenos Aires, Hammurabi.

- BACIGALUPO, E. 2005. Curso de Derecho Penal Económico. 2° ed. Madrid, Marcial Pons.

- BACIGALUPO, S. 2007. Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Madrid, Marcial Pons.

- BOLEA BARDÓN, C. Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial. En: LUZÓN, D. 2010 Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig. Madrid, La Ley. 755-776pp.

- CANCIO MELIÁ, M. 2000. La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo. Revista de ciencias jurídicas ¿Más derecho? Noviembre: 21-66pp.

- CEREZO MIR, J. 1998. Curso de derecho penal español. Parte General II. 6° ed. Madrid, Tecnos.

- COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Libro primero. Santiago, AbeledoPerrot. 365-423pp.

- CURY URZÚA, E. 1985. Derecho penal parte general. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 229-268pp.

- DE FARIA COSTA, J. La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M, SCHÜNEMANN, B. y DE FIGUEIREDO DIAS, J. 1995. Fundamentos de Un sistema Europeo del Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch. 425-443pp.

- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. 1991. La autoría en derecho penal. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias.

- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M, SHÜNEMANN, B. y DE FIGUEIREDO DIAS, J. 1995. Fundamentos de

un sistema europeo del derecho penal. Barcelona, José María Bosch Editor. 305-307pp.

- ENGISCH, K. 2008. La causalidad como elemento de los tipos penales. Buenos Aires, Hammurabi.
- FEIJOO, B. 2001. Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”. Barcelona, José María Bosch.
- FEIJOO, B. 2009. Cuestiones actuales de derecho penal económico. Montevideo, B de f.
- FEIJOO, Bernardo. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO, S. y GOMEZ-JARA, C. 2008. Gobierno corporativo y derecho penal. Mesas redondas de derecho y economía. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces. 191-217pp.
- FRISCH, W. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 99-127pp.

- GARCÍA CAVERO, P. 2003. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 329-365pp.

- GARCÍA CAVERO, P. 2008. Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. Revista de estudios de la justicia (Nº10): 199-218pp.

- GIMBERNAT, E. 1966. Autor y cómplice en Derecho penal. Madrid, Universidad de Madrid.

- GIMBERNAT, E. 1990. Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Madrid, Centro de estudios Ramón Areces.125-148pp.

- GIMBERNAT, E. 1997. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. [en línea] ADPCP, Vol. L. http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat.pdf [consulta: 15 julio 2014]

- GIMBERNAT, E. 1999. La responsabilidad por el producto: el Caso Lederspray (spray para el cuero). En: Ensayos Penales. Madrid, Tecnos. 304-335pp.

- GIMBERNAT, E. 1999. El delito de omisión impropia. Revista de derecho penal y criminología 2º época (núm.4): 525-553pp.

- GIMBERNAT, E. 2000. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “comisión por omisión”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (53): 29-132pp.

- GIMBERNAT, E. 2001. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 54 (Nº1): 5-26pp.

- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1995. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

- HASSEMER, W. 1999. Persona, mundo y responsabilidad. Bogotá, Temis.

- HERNÁNDEZ, H. 2006. El problema de la causalidad general en el derecho penal chileno. [en línea] Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales (1) <
http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_7.pdf> [consulta: 1 mayo 2014]

- HILGENDORF, E. 1988. Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (41): 91-108pp.

- ÍÑIGO CORROZA, M. 2001. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, J.M Bosch. 243-285pp.

- JAKOBS, G. Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 75-98pp.

- JAKOBS, G. 1996. La imputación objetiva en Derecho penal. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid, Civitas.

- JAKOBS, G. 1995. Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons.

- JAKOBS, G. 1999. Teoría y praxis de la injerencia. Anuario de derecho penal y ciencias penales (52): 17-50pp.

- JAKOBS, G. 2005. La intervención delictiva. Cuadernos de Política Criminal (Nº85): 69-86pp.

- JESCHECK, H. 1993. Tratado de derecho penal. Parte General. 4º ed. Granada, Comares.

- KAUFMANN, A. 1996. Dogmática de los delitos de omisión. Barcelona, Marcial Pons.

- KINDHAÜSER, U. 2011. Cuestiones fundamentales de la coautoría. Revista penal. Enero (11): 53-70.

- KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. En: MIR PUIG, S y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 231-245pp.

- KUHLEN, L. 2002. Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (55): 67-90pp.

- LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. 1998-1999. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. Anuario de la Facultad de Derecho (Nº8): 53-88pp.

- MAÑALICH, J. 2014. Norma, Causalidad y Acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros. Madrid, Marcial Pons.

- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. 1998. Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. 3° ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTINEZ-BUJÁN, C. 1999. Derecho penal económico. Parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. 2011. Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. 3° ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MEINI, I. 2003. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. Valencia, Tirant lo Blanch. 213-254pp.
- MIR PUIG, S. 1998. Derecho Penal Parte General. 5° ed. Barcelona, Reppertor. 215-411pp.
- MUÑOZ CONDE, F. 2007. Teoría general del delito. 4° ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORENO TORRES, D. 2010. Problemas sobre causalidad en la responsabilidad penal por el producto. Tesis para optar al grado de licenciado de ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 47-54pp.
- NOVOA MONREAL, E. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II.3°. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- PÉREZ ALONSO, E. 1998. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal. Granada, Comares.
- PÉREZ BARBERÁ, G. 2006. Causalidad, resultado y determinación. Buenos Aires, Ad Hoc.
- PÉREZ CEPEDA, A. 1997. La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución. Barcelona, Cedecs.
- PUPPE, I. 1993. Causalidad. Cuadernos de análisis jurídico (28): 29-41pp.
- PUPPE, I. Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 215-229pp.
- PUPPE, I. 2001. La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Granada, Comares.

- PUPPE, I. 2006. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. [en línea] Revista Para el Análisis del Derecho InDret, N°4 < http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf> [consulta: 9 agosto 2014]

- PUPPE, I. 2008. El resultado y su explicación causal en Derecho penal. [En línea] Revista Para el Análisis del Derecho InDret, N°4 < http://www.indret.com/pdf/578_es.pdf> [consulta: 9 agosto 2014]

- ROBLES PLANAS, R. 2000. Participación en el delito e imprudencia. Revista de Derecho Penal y Criminología (6): 223-251pp.

- ROBLES PLANAS, R. 2003. Participación en el delito: fundamento y límites. Madrid, Marcial Pons.

- ROBLES PLANAS, R. 2012. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). [en línea] Revista para el análisis del derecho (InDret), Abril <<http://www.indret.com/pdf/886.pdf>> [consulta: 9 agosto 2014]

- RODRÍGUEZ MESA, M. 2013. Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación. [en línea] Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR (N°11):107-126pp.

<<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero11/rodriguez.pdf>>

[consulta: 12 septiembre 2014]

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. 1998-1999. Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdo antijurídicos en el seno de órganos colegiados. Anuario de la Facultad de Derecho (Nº8): 187-211pp.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. 1978. Derecho Penal Parte General. Madrid, Civitas.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. 1984. Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 37, Mes 3: 677-692pp.

- ROXIN, C. 1998. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Revista Penal (Nº2): 61-65pp.

- ROXIN, C. 1997. Derecho penal parte general. Tomo I. Trad. 2da ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas.

- ROXIN, C. 1998. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Trad. 7º ed. alemana por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons.

- ROXIN, C. 2006. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. [en línea] Revista de estudios de la justicia (Nº7) < http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENA_L_DOCS/Numero%2018/dominio.PDF> [consulta: 20 enero 2014]

- SAMSON, E. 2004. Condición-Inus y concepto causal jurídico-penal. En: SANCINETTI, M. 2009. (comp.). Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires, Hammurabi.

- SÁNCHEZ-VERA, J. 2002. Delito de Infracción de deber y participación delictiva. Madrid, Marcial Pons.

- SCHUMANN, H. Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre “Sentencia Erdal” del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH)”. En: MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. 1996. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto. Barcelona, José María Bosch. 200-213pp.

- SCHÜNEMANN, B. 1988. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (41): 693-714pp.

- SCHÜNEMANN, B. 2002. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LV: 9-38pp.

- SCHÜNEMANN, B. 2009. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Madrid, Marcial Pons.

- SILVA SÁNCHEZ, J. 1986. El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona, Librería Bosch.

- SILVA SÁNCHEZ, J. 1995. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en derecho español. En: Fundamentos de Un sistema Europeo del Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch. 357-379pp.

- TERRADILLOS BASOCO, J. 1987. Delitos societarios. Madrid, Akal.

- TIEDEMANN, K. 2010. Manual de derecho penal económico. Parte general y especial. Valencia, Tirant lo Blanch.

- KINDHAÜSER, U. 2011. Cuestiones fundamentales de la coautoría. Revista Penal, Enero (11): 53-70pp.

- VAN WEEZEL, A. 2003. Coautoría en delitos de organización. En: El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther

Jakobs. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 279-323pp.

- VAN WEEZEL, A. 2008. Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva? En: Pena y sentido. Estudios de derecho penal. Lima, ARA Editores. 373-396pp.
- WELZEL, H. 1976. Derecho penal alemán. Parte general. 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, H. 1997. Derecho penal alemán. Parte general. 4º ed. castellana. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 2000. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Navarra, Aranzadi.