

Doctrina



Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*

Eduardo Demetrio Crespo

Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: El artículo versa sobre las diferentes teorías que se han formulado con carácter general en orden a la fundamentación de una posible responsabilidad en comisión por omisión de los directivos por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal empresarial, comisión por omisión, deber de garante.

ABSTRACT: This article explores the different general theories supporting the eventual liability of business executives for criminal omissions and the failure to prevent offences committed by their employees.

KEY WORDS: corporate criminal law, criminal omissions, duty to act.

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Posición de garante como consecuencia de la existencia de deberes jurídicos extrapenales? III. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de protección? IV. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia? IV.1. Basado en el comportamiento anterior: A) Por razón del actuar precedente (injerencia); B) Por razón del comportamiento previo (“permitido”) que incrementa el riesgo; C) Por razón de la desestabilización de un “foco de peligro” preexistente. IV.2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa. IV.3. Basado en la idea de la “competencia organizativa”. IV.4. Basado en la idea del “dominio” o “control del dominio”: A) Clases de dominio; B) El dominio sobre el fundamento del resultado; C) ¿Criterios normativos complementarios? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

* Aparecido en Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, Colex, 2010, pp. 11-37.

I. Introducción

Una de las cuestiones más controvertidas del moderno Derecho penal empresarial radica en conocer cómo se articula la *responsabilidad penal por omisión del empresario*.¹ Tanto es así que esta dimensión del problema de la imputación de responsabilidad penal en la empresa es calificada por la doctrina especializada como “la verdaderamente importante desde el punto de vista político-criminal y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática”.²

Pues bien, este artículo tiene por objeto profundizar únicamente en los distintos puntos de vista en torno al *fundamento de la posición de garante* de los directivos de la empresa que está detrás de la eventual atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los mismos por la no evitación de determinados delitos “cometidos” por terceros a su cargo plenamente responsables.

Hay que tener en cuenta que una solución contrastada (en cualquier ordenamiento jurídico) a este difícil problema pasa necesariamente por el análisis de la dogmática de la comisión por omisión a la luz de la regulación vigente³ —así como la correspondiente a la autoría y participación—, y, en segundo término, por la estructuración jurídica de la respuesta. Esta última no puede eludir arduas cuestiones como son, entre otras, el principio de responsabilidad por el hecho propio, la conformidad o disconformidad a derecho de las acciones precedentes peligrosas, la naturaleza del riesgo permitido y relación entre el deber de cuidado y el deber de garantía en la empresa, o la delegación de competencias.⁴

II. ¿Posición de garante como consecuencia de la existencia de deberes jurídicos extrapenales?

Una posibilidad manejada por la doctrina para fundamentar la posición de garante del empresario, es-

pecialmente en el ámbito de la responsabilidad por el producto, ha sido la existencia de específicas obligaciones jurídicas existentes en la normativa extrapenal, a las cuales debe atender éste en su actividad.

Sin embargo, como advierte *Roxin*, la posición de garante no deriva sin más de la existencia de dichas prescripciones, lo que resulta ya del rechazo de la teoría formal del deber jurídico.⁵ De la misma manera que no es posible fundamentar una infracción objetiva del deber de la mera causalidad, tampoco es posible hacerlo de una previa infracción legal.⁶

III. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de protección?

La figura del garante-protector (*Beschützergarant*) se discute en la bibliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, puesto que éstos son responsables, precisamente en razón de su puesto, de la protección de determinados bienes jurídicos. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa —relativo a la dirección de grandes empresas— este principio parece no encajar bien, porque con carácter general no se da el elemento fundamentador de la posición de garante relativo al monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes jurídicos.⁷ Por este motivo advierte *Rotsch* que el ordenamiento jurídico no sitúa al empresario en una situación parecida en orden a evitar la plasmación de los peligros, sino que su marco de actuación se ve delimitado previamente por numerosas disposiciones estatales dirigidas a preservar la seguridad. Más allá no habría posibilidad, en su opinión, de fundamentar un deber de protección genérico.⁸

Otra posibilidad que se maneja, y que se presenta en cierto modo como correctivo a la incapacidad de acción de las personas jurídicas, es el recurso al *pues-*

¹ Trato de aproximarme desde una perspectiva más global en DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, 2009, *passim*; *id.*, Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (eds.), 2008, pp. 61 y ss.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE. PG*, 2007, p. 493.

³ Nos remitimos a la bibliografía citada en DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Para un balance de la discusión en Alemania, sobre todo, WEIGEND, *LK* (2006), pp. 815 y ss.; y la crítica de SCHÜNEMANN, *FS-Amelung*, 2009, pp. 303 y ss., esp. p. 306, en la que el autor alcanza la desalentadora conclusión de que mientras que en otros países como Inglaterra o Francia la dogmática sobre la comisión por omisión no ha alcanzado resultados dignos de mención, en Alemania se han elaborado un conjunto de teorías contradictorias que permiten hablar de un “caos dogmático”.

⁴ Sobre todo ello, DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

⁵ ROXIN, *AT. Band II.*, 2003, § 32/10, pp. 714 y ss.

⁶ *Ibid.*, § 32/207, p. 781; en el mismo sentido, GALLEGO SOLER, *EDJ* 72 (2006), p. 74.

⁷ HEINE, *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 115.

⁸ ROTSCH, *Individuelle Haftung*, 1998, p. 189.

to orgánico (*Organstellung*), en el sentido de que los órganos de las personas jurídicas están obligados según el derecho privado a velar por los bienes jurídicos de la persona jurídica frente a posibles perjuicios. El problema aquí es que esta posición de garante, aun admitiendo su existencia, no comprende los casos que nos planteamos en la presente investigación, sino que todo lo más se encuentra en relación únicamente con los intereses económicos de la empresa.⁹

IV. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia?

IV. 1. Basado en el comportamiento anterior

A) Por razón del actuar precedente (injerencia)

Constituye una opinión ampliamente aceptada que la posición de garante puede resultar de un comportamiento anterior contrario al deber que pone en peligro un bien jurídico. La dificultad estriba, sin embargo, en la fundamentación de la infracción del deber (*Pflichtwidrigkeit*).¹⁰ Es evidente, de acuerdo con los parámetros dogmáticos hoy dominantes, que no es suficiente con la mera desaprobación jurídica del resultado de puesta en peligro, sino que se precisa un injusto de comportamiento (*Verhaltensunrecht*). Como sostiene *Roxin*, no es posible asumir una “infracción objetiva del deber” que no implique “lesión del deber de cuidado” (*Sorgfaltspflichtverletzung*).¹¹ Esto significa que la posición de garante por injerencia no se puede hacer derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo.¹² En otros términos, el autor debe haber creado un *riesgo no permitido*.¹³

Este planteamiento aparece como decisivo en los supuestos de *responsabilidad penal por el producto*, y, en particular, cobra especial relevancia en la controvertida Sentencia del BGH en el caso del *spray* para

el cuero, ya que no se puede decir que concurra un riesgo no permitido cuando la producción y distribución de las mercancías tiene lugar sin falta de cuidado alguna.¹⁴ Que la causalidad no es un criterio decisivo se demuestra también cuando la persona sobre la que recae el deber de evitación del resultado ha comenzado a desempeñar ese puesto de trabajo después de la entrega de las mercancías.

Precisamente ha advertido con razón *Roxin*, en el segundo volumen de su *Manual*, que uno de los problemas de la moderna dogmática jurídico-penal menos aclarados hasta el momento es el de la responsabilidad por productos peligrosos.¹⁵ Si dichos productos se introducen en el mercado, pese a tener conocimiento de su peligrosidad, entra en consideración un *delito imprudente* por medio de un comportamiento activo. Sin embargo, si tras tener conocimiento de las consecuencias dañosas no se adoptan medidas para evitar el resultado, como p. ej. la retirada de las mercancías o la alerta a los compradores, puede concurrir en su caso un *delito doloso de comisión por omisión*. En estos casos la posición de garante derivaría de la actuación precedente. Pero, en cualquier caso, resultará especialmente controvertido fundamentar la posición de garante en aquellos casos en los cuales la peligrosidad de las mercancías no se conocía en el momento de la producción e introducción en el mercado de los productos, sino que se manifiesta posteriormente.¹⁶ Esto fue lo que sucedió en el ya famoso caso del *Lederspray*, en el que la firma introdujo en el mercado un *spray* para el cuidado del cuero, que produjo en una serie de consumidores edemas pulmonares.

Las críticas vertidas por la doctrina, especialmente frente al camino argumentativo emprendido por el BGH en la sentencia del *spray* para el cuero, han sido numerosas y contundentes.¹⁷ Advierte *Hilgendorf* que el BGH en esta sentencia, a primera vista, parece haber querido seguir la opinión según la cual no se

⁹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, op. cit., p. 116; ROTSCH, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 190.

¹⁰ ROXIN, *AT. Band II.*, op. cit., § 32/195 y ss., pp. 778 y ss.

¹¹ *Ibid.*, p. 779.

¹² Véase, sobre todo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, 1988, *passim*.

¹³ MEINI, *Responsabilidad*, 2003, pp. 321 y 323.

¹⁴ Sobre el problema, entre otras referencias, vid. JUANATEY DORADO, en Boix Reig y Bernardi (dirs.), 2005, pp. 133 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en Boix Reig y Bernardi, op. cit., pp. 115 y ss.

¹⁵ ROXIN, *AT. Band II.*, op. cit., pp. 778 y ss.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Vid., entre otras referencias, KUHLEN, *NSZ* 12 (1990), pp. 566 y ss.; HILGENDORF, *Produktenhaftung*, 1993, pp. 134 y ss.; HASSEMER, *Produktverantwortung*, 2ª ed., 1996, pp. 50 y ss.

precisa un comportamiento previo peligroso contrario al deber para fundamentar una posición de garante por injerencia.¹⁸ El Tribunal acepta en esta sentencia las limitaciones a la idea de la injerencia desarrolladas por la doctrina: *a)* el actuar precedente debe haber ocasionado un peligro próximo de aparición de daños (adecuación); *b)* se exige además una relación de infracción del deber entre la vulneración de la norma y el resultado, en el sentido de que la infracción del deber debe consistir en la lesión de una norma que esté dirigida justamente a la protección del concreto bien jurídico afectado; *c)* por último, el comportamiento previo debe ser ciertamente contrario al deber, por lo que un comportamiento anterior ajustado a derecho no fundamenta en principio una posición de garante.¹⁹ El problema reside, sin embargo, en que el Tribunal cree poder afirmar la infracción objetiva del deber ya por el hecho de que el ordenamiento jurídico prohíbe en principio generar peligros cuyo curso libre conduzca a lesiones corporales de terceras personas, sin que la misma decaiga desde el punto de vista del riesgo permitido.²⁰

La crítica de *Kuhlen* a dicha sentencia se basa en que de la condición de un comportamiento previo contrario al deber no resulta sin más el requisito de un comportamiento previo culpable. Por otro lado, el propio Tribunal habría hecho decaer el requisito de un comportamiento previo contrario al deber, toda vez que se basa en el “resultado de peligro jurídicamente desaprobado” al tiempo que pretende derivar la infracción objetiva del deber —relativa al hecho de introducir los productos en el mercado— desde una perspectiva *ex post*.²¹ Sin embargo, en la discusión sobre la injerencia se exige un comportamiento previo contrario al deber que conlleve una creación de riesgo desaprobado desde la perspectiva *ex ante*, la misma que según la doctrina dominante es capaz de generar un injusto de comportamiento.^{22 23}

Es claro, por consiguiente, que la introducción en el mercado del *spray* para el cuero sólo podía considerarse contraria al deber si se podía reconocer su peligrosidad en ese momento, cosa que no sucedió en este caso. Otra cosa es que, con todo, se admita que la posición de garante por injerencia puede surgir, no obstante, sin necesidad de un comportamiento previo contrario al deber, criterio que parece ir ganando terreno en la doctrina.²⁴

Con todo, la STS de 23 de abril de 1992 (caso colza) fue más respetuosa que la del BGH respecto al criterio limitativo de que el actuar precedente que fundamenta el deber de garantía supere, al menos, el nivel de riesgo permitido. Señala *Peñaranda Ramos* a este respecto que hay un acuerdo generalizado en la doctrina acerca de que los deberes de aseguramiento del tráfico establecidos en el ámbito jurídico-civil no son trasladables sin más al Derecho penal, sin que tampoco se considere en general oportuna una renuncia completa al criterio de la contrariedad a Derecho en el pensamiento de la injerencia.²⁵ En su opinión, la cuestión estriba en examinar si en los supuestos de responsabilidad por productos, más allá de la simple puesta en peligro objetiva, existe algún factor diferencial que contribuya a justificar la admisión del deber de garantía. La labor tendría que centrarse, pues, en encontrar algún criterio con consenso suficiente, concluyendo que el avance de una más intensa responsabilidad penal por el producto parece en todo caso imparable.²⁶

De todos modos, en el supuesto de la *responsabilidad por omisión del empresario por hechos cometidos por sus subordinados* hay que observar que en un principio ésta no puede derivar en todo caso de la mera apertura del establecimiento y la consiguiente contratación de trabajadores, puesto que ambas cosas son en cuanto tales hechos conformes al Derecho, que nada dicen sobre las relaciones de dominio con res-

¹⁸ Sobre este punto *vid.* DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

¹⁹ HILGENDORF, *Produktenhaftung*, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

²⁰ *Ibid.*, p. 136.

²¹ KUHLEN, *NStZ* 12, *op. cit.*, p. 568.

²² *Idem.*

²³ Sobre la discusión en el ámbito de la tentativa en orden a la formulación del juicio de peligro, véase mi opinión en este sentido ya en DEMETRIO CRESPO, *La tentativa*, 2003, pp. 1 y ss.

²⁴ Véase TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., § 4/7/a, 2007, donde el autor señala que no resulta claro si en los *casos de puesta en circulación de productos peligrosos* la posición de garante deriva de la injerencia o bien es una consecuencia del deber de garantizar un tráfico seguro.

²⁵ PEÑARANDA RAMOS, *Liber amicorum*, 2006, p. 427.

²⁶ *Ibid.*, pp. 427 y 428.

pecto al comportamiento posterior de los empleados en el establecimiento.²⁷

Sin embargo, el problema no se reduce sólo a este último extremo, sino que es más amplio. En palabras de *Jakobs*, cabe formularlo del siguiente modo: “¿existe un deber de actuar positivamente, para poner a salvo una organización ajena por haber creado previamente el riesgo para esta organización y, por tanto, la necesidad de su salvamento?”²⁸ Para este autor, la cuestión fundamental es si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso o concluyente de asunción, como en el caso del contrato, o si, por el contrario, el Derecho puede suplirlo por una conducta precedente de características aún por determinar. Su conclusión es afirmativa: en el marco de la competencia por la configuración del propio ámbito de organización la pérdida de seguridad se produce igualmente en los casos de injerencia sin asunción y, por consiguiente, en ambos casos la organización peligrosa daría lugar a un deber de salvamento.²⁹

B) Por razón del comportamiento previo (“permitido”) que incrementa el riesgo

Una posición que ha sido objeto de especial controversia es aquella que extrae la posición de garante del empresario del comportamiento previo, pero sin exigir una infracción del deber, sino que se contenta con que dicho comportamiento (“permitido”) aumente o cualifique el riesgo.³⁰ Así, por ejemplo, *Freund* advierte lo siguiente: “Quien ejerce actividades cualificadamente riesgosas, que, por decirlo así, se ejercen con la más o menos expresa o tácita reserva de, en caso de necesidad, actuar para evitar un peligro, debe hacerlo —si quiere practicar dicha actividad— en virtud de una responsabilidad especial”.³¹ También *Jakobs* habla de que “dado que en los riesgos especiales no se trata especialmente de riesgos de acciones, sino de la imputación de esferas de riesgo, es posible el deber de salvación también como consecuencia

de la mera responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación ‘prolongado’”.³² El ejemplo utilizado por este autor es el del dueño de una empresa química que, en caso de accidente (escape de una nube de gas venenosa), “está obligado a salvar, debido al peligro especial de la actividad, y ello sin tener en cuenta su comportamiento previo en relación con este suceso en especial”.³³

Por otra parte, *Brammsen* ha desarrollado la tesis —formulada en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto— según la cual la posición de garante derivada del deber de vigilancia del productor de mercancías dañinas para la salud lo obliga a una retirada de las mismas, con independencia de si los productos se hallan todavía en el ámbito de la empresa, o ya han sido comercializados.³⁴ Esta solución, como advierte *Roxin*, despierta algunas reservas. En primer lugar, choca con la idea básica de la injerencia, según la cual la acción previa, en la medida en que se trate de la imputación típica, tiene que haber creado una fuente de peligro de un modo *ex ante* contrario al deber. En segundo lugar, la diferenciación entre riesgo permitido “normal” e “incrementado”, en su opinión, es inútil debido a su indeterminación. En este sentido, advierte, todo incremento del riesgo se mueve en una escala continuada sin cesura alguna en la que se puede determinar un incremento relevante desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas.³⁵

La fabricación de productos, junto con la conducción de automóviles, es vista como ejemplo de conductas que implican un riesgo incrementado. A este respecto se pregunta *Roxin* dónde radica el riesgo incrementado cuando se han observado todos los estándares de seguridad. Incluso desde el punto de vista estadístico, rara vez se conocen efectos lesivos de productos fabricados de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el posible criterio del elevado número de potenciales afectados tampoco convence, dado que si se quiere asumir la posición de garante del productor, ésta debería concu-

²⁷ BOTTKE, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), 1996, p. 134.

²⁸ JAKOBS, *Estudios*, op. cit., p. 353.

²⁹ *Ibid.*, p. 354.

³⁰ FREUND, *Strafrecht. AT*, § 6/69 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 29/42; KUHLEN, *NSiZ*, op. cit., p. 568; LACKNER y KÜHL, § 13/13; OTTO, *WiB*, 1995, p. 933; *id.*, *Strafrecht. AT*, 2004, § 9 III 1.a.; RENGIER, *JuS* (1989), p. 807; NK-SEELMANN, § 13/117.

³¹ FREUND, *Strafrecht. AT*, § 6/69, p. 200.

³² JAKOBS, *Derecho penal. PG*, § 29/42, p. 985.

³³ *Idem.*

³⁴ BRAMMSEN, *GA*, 1993, pp. 97 y ss.

³⁵ ROXIN, *AT. Band II.*, op. cit., § 32/202.

rrir razonablemente cuando los daños aparecen justo después de la primera entrega, aunque el número de afectados sea todavía pequeño. Por último, a esta posición le sería igualmente aplicable la crítica de que la posición de garante de quien ha ingresado en la empresa posteriormente no se puede deducir de su comportamiento anterior.³⁶

Por su parte, *Otto* indica, con razón, que aunque la idea de que la fundación de un riesgo especial legítima también la asignación de una responsabilidad especial, convence absolutamente; sin embargo, existen dudas razonables acerca de una posición de garante específicamente referida al productor. Entre ellas menciona que el concepto de “comportamiento que incrementa el riesgo” es demasiado indeterminado para poder ser utilizado como criterio idóneo para la delimitación de una posición de garante, si se renuncia a la cognoscibilidad del peligro en el momento de la entrega.³⁷ También en relación con la tesis de *Brammsen*, cabe aducir, como hace *Roxin*, que aun cuando se creyera correcto el resultado al que llega, éste se alcanza con gran dificultad si se le desvincula de cualquier base real. Si las mercancías han abandonado el ámbito de dominio real del productor y se hallan en posesión de comerciantes desconocidos o de los consumidores, no es posible hablar sin más de una vigilancia para la que no se dan las posibilidades reales de acceso.³⁸

C) Por razón de la desestabilización de un “foco de peligro” preexistente

Gimbernat ha tratado de fundamentar la tesis según la cual

sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien —para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado— lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho.³⁹

El autor parte del caso de la **STS de 4 de septiembre de 1991**, en el que se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente de la fuente de peligro (en este caso, un paciente sometido a una operación) como también al cirujano jefe director de la operación, y al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte. Puesto que no se trataba de un mero error médico dentro del exclusivo campo de competencia del anestesista, sino de una imprudencia directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, como consecuencia de una pauta generalizada —conocida por el director del hospital— que impedía la presencia permanente del anestesista durante la operación, éstos deben ser considerados *garantes secundarios*. Estos garantes secundarios están obligados, según este punto de vista, a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión, “de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era reconducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso”.⁴⁰

En el caso de la **STS de 17 de junio de 1995** (Alcalá 20), la defensa manejaba efectivamente la hipótesis de que el incendio hubiera podido ser provocado dolosamente por un tercero, lo que, aun siendo cierto, no hubiera impedido el hecho de que los resultados de muertes, lesiones y daños producidos también tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente, por parte de los directores de la empresa, de las medidas prescritas por la normativa administrativa en materia de prevención de incendios, cuyo objetivo es mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y cosas en caso de que se declare un incendio.⁴¹

El mismo razonamiento lleva a *Gimbernat* a sostener, en el caso de la **STS de 23 de marzo de 1992** (caso de la colza), que el TS debió condenar a Fernando B. (responsable de los almacenes y de la factoría) por la no evitación imprudente en comisión por omisión de los homicidios y lesiones imputados dolosamente al otro titular de la empresa, en lugar

³⁶ *Ibid.*, § 32/203 y 204.

³⁷ OTTO, *FS-Hirsch*, 1999, p. 308.

³⁸ ROXIN, *AT. Band II, op. cit.*, p. 782.

³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, vol. LIV (2001), p. 12.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

de limitarse a condenarlo por un delito imprudente contra la salud pública. Dado que Fernando B. tenía que vigilar que los productos vendidos a los consumidores llegaran a éstos en buen estado,

entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito de aceite adulterado, pues *el aceite está igual de adulterado cuando estas deficiencias son reconducibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo, a un hecho punible doloso-eventual)*, por lo que también aquí es perfectamente compatible—sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso— condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por la no evitación de la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro “aceite”, cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores.⁴²

Esta tesis le lleva a Gimbernat a sostener en primer lugar, como ya ha quedado dicho, que el dueño del negocio debe vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa. En segundo lugar, a la consecuencia de que *sólo* se le puede hacer responder en comisión por omisión “*si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido*—e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa— *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos*”. De ahí que, para él, haya que rechazar por este motivo la fundamentación de la posición de garante del empresario en todos aquellos casos en los que los hechos punibles no tienen que ver directamente con los auténticos focos de peligro de cuyo control es responsable (hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones del crupier del casino, acciones violentas del portero de la discoteca, etc.), y en los que, por otra parte, no se puede considerar al sujeto que actúa (un trabajador) como una “fuente de

peligro” por resultar incompatible con el uso normal del lenguaje.⁴³

Este último argumento plantea, a su vez, un problema de mayor alcance, como es la presunta imposibilidad de una equiparación al mismo nivel de cualquier peligro en el interior de la empresa, en particular de aquellos que provienen de las cosas y aquellos que provienen de las personas. Se trata de una conclusión que no resulta evidente, y que ha sido discutida por la doctrina. Así, p. ej., Roxin ha señalado que en la práctica difícilmente se puede distinguir la procedencia personal o no de los peligros dentro del potencial de la empresa.⁴⁴ En consonancia con este argumento, aduce Schall que no se entiende por qué lo que vale para el caso de hechos penales en relación con objetos de la empresa (como, p. ej., la entrega de productos) no puede valer para aquéllos en relación con el acometimiento de actividades típicamente empresariales aunque no ligadas a cosas (como, p. ej., en los casos del portero de la discoteca que se extralimita en su función, o el crupier que manipula la ruleta en el casino). De tal manera que no tendría que suponer problema alguno para el uso normal del lenguaje calificar como fuentes de peligro a aquellos empleados que mediante su intervención delictiva lesionan o dañan a clientes potenciales o reales del establecimiento y, con ello, al establecimiento mismo.⁴⁵

¿Significa esto que ya por ello necesariamente la empresa en sí misma se considera *in totum* la fuente de peligro que debe ser vigilada? A esto responde Schall en principio negativamente con el argumento de que la constitución de un deber de vigilancia de un peligro que resulta únicamente del hecho delictivo cometido por un tercero estaría en contradicción con el principio de responsabilidad por el hecho propio.⁴⁶ Sin embargo, finalmente, sí sostiene que en efecto la empresa en sí misma puede considerarse una fuente de peligro que ha de ser vigilada por el empresario, dado que las empresas son por regla general ámbitos de dominio organizado de modo complejo, de los cuales pueden resultar, según indica la experiencia, peligros para ter-

⁴² *Ibid.*, p. 17 (cursivas mías).

⁴³ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴ ROXIN, *AT. Band II.*, op. cit., § 32/139.

⁴⁵ SCHALL, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 276. Véase asimismo QUINTERO OLIVARES, *CGPJ* (2009), Punto 6.1, quien se muestra de acuerdo en un principio con la delimitación efectuada por Gimbernat, pero matiza que en realidad el planteamiento no resulta convincente “si se analiza despacio el origen de la ‘obligación’ de controlar el peligro, y, en segundo lugar, la previsibilidad del peligro especialmente *cuando ese peligro procede sólo de un factor humano* indomitable ‘a priori’”.

⁴⁶ Sobre este punto *vid.* DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, op. cit., pp. 95 y ss.

ceros, no sólo a través de los múltiples dispositivos, maquinarias o materiales peligrosos, sino también a través de las diversas actividades empresariales de los correspondientes encargados en la misma. Que los peligros que amenazan a terceras personas provengan de un objeto de la empresa en particular, de un dispositivo peligroso o de un comportamiento incorrecto contrario al deber de cuidado o doloso de los empleados de la empresa no implicaría diferencia alguna.⁴⁷ Concluye, por tanto, que es correcta la consideración de la empresa como una fuente de peligro que debe ser vigilada por el dueño del negocio, que se diferencia de otros focos de peligro complejos —a los que quepa considerar como susceptibles de fundamentar una posición de garante— en que aquí los peligros no suelen resultar de situaciones estáticas, sino más bien de acciones en el ámbito de organización del propietario, dentro de una organización regulada en una forma jurídicamente compleja. El fundamento para dicho deber de garantía del dueño del negocio no sería la responsabilidad por el hecho ajeno, sino el dominio sobre una fuente de peligro.⁴⁸

IV.2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa

1. En su magnífico y extenso escrito de habilitación sobre la responsabilidad penal de la empresa, *Heine* se ocupa de la cuestión central que es objeto de la presente investigación: la posición de garante del empresario por la no evitación de hechos penales cometidos por sus empleados. Tras el oportuno repaso a la trayectoria seguida por la más alta jurisprudencia de Suiza y Alemania en este asunto, hace hincapié en la enorme dificultad que conlleva, y en lo delicado que resulta en una comunidad de seres libres, atribuir responsabilidad por omisión por el comportamiento responsable de otras personas.⁴⁹ Este punto de partida lo lleva a excluir, de entrada, dos puntos de vista insostenibles: por un lado, aquel que equipara la mera existencia de una prohibición jurídico-civil o jurídico-administrativa con la posición de garante, y, por otro, aquel que argumenta de un modo global con una

(ficticia) posibilidad ilimitada de actuar.⁵⁰ Respecto a lo primero, es claro que dichas normas extrapenales únicamente desencadenan responsabilidad respecto a aquel que actúa en forma inmediata, pero no pueden al mismo tiempo ampliar el círculo de los sujetos responsables. Su función radica más bien en concretar la medida del deber de cuidado. Respecto a lo segundo, más allá de que es imposible afirmar con una base real una capacidad ilimitada de actuar, aun suponiendo que existiera, la mera existencia de los tipos penales de la omisión del deber de socorro (art. 195 CP; § 323 c StGB) demuestra que la mera posibilidad de salvación no fundamenta por sí misma una posición de garante.⁵¹

Por otro lado, tratando de aplicar las categorías y los conceptos generalmente admitidos en la dogmática de la omisión, y teniendo en cuenta que una posición de garante como consecuencia de un deber de protección está prácticamente excluida en este ámbito, se pregunta el autor por la posibilidad de aplicarla como consecuencia de un deber de vigilancia sobre singulares fuentes de peligro, en virtud de un dominio sobre las personas o sobre las cosas. Respecto al *dominio sobre las personas* conforme al principio de responsabilidad por el hecho propio estaría excluido en principio imputar responsabilidad penal a alguien por un hecho cometido por un tercero responsable. Sólo excepcionalmente, en casos prototípicos, como los de los educadores respecto a sus hijos, o de autoridades estatales de carácter funcional respecto a sus subordinados, se podría tomar en consideración algo así. Frente a los intentos de afirmación de una posición de garante del propietario de la empresa por hechos penales cometidos por sus subordinados sobre la base de conceptos como la “visión completa”, el “poder jurídico de dar órdenes”, o la “parcial dependencia de los miembros de la empresa”, cabe interponer sin embargo serias objeciones.⁵² En primer lugar, alega *Heine*, ya el solo hecho de la dificultad que radica en el hecho de afirmar una autoría mediata (en el comportamiento activo) a través del dominio de la organización o de las órdenes, debería ser suficiente para desistir de la idea cuando se trata de fundamen-

⁴⁷ *Ibid.*, p. 278.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, 1995, pp. 109 y ss., 113.

⁵⁰ GÖHLER, *FS-Dreher*, 1977, pp. 620 y ss.

⁵¹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, *op. cit.*, p. 114.

⁵² *Ibid.*, pp. 116 y 117.

tar una posición de garante, que exige una responsabilidad intensificada. El recurso global al derecho de dirección de la empresa hace temer un regreso a la teoría formal del deber jurídico, con la consiguiente pérdida de cualquier orientación material. Tampoco convence la dependencia parcial de los empleados porque la estructura de dominio empresarial conoce unos límites que sólo permite un ejercicio determinado de poder sobre los empleados, y que no justifica por sí una especial obligación de intervenir.⁵³ El “dominio personal” en las grandes empresas se encamina cada vez más hacia un poder organizativo despersonalizado, de modo que los desarrollos dogmáticos recientes contemplan como autores de un delito comisivo también a aquellos que intervienen en el hecho en virtud de un aparato ilegal de poder organizativo. Criterios que, por un lado, no se pueden trasladar sin más al delito omisivo y que, por otra parte, han de permanecer limitados a las organizaciones desvinculadas del derecho.⁵⁴

Sólo restaría entonces una argumentación basada en una *posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia por razón de la existencia de fuentes de peligro específicamente empresariales en virtud de un dominio fáctico* (sobre las cosas). El punto de vista desarrollado por Heine coincide de manera parcial con algunas de las teorías expuestas anteriormente. Se trata sobre todo de poner de relieve que la creación de una empresa conlleva determinados riesgos que desencadenan a su vez una responsabilidad acentuada. La cuestión sería, por tanto, explicar adecuadamente el fundamento apropiado de la misma. Dependiendo de que se adopte el punto de vista según el cual se trataría de contemplar a la empresa como foco de peligro en sí mismo, en tanto institución puesta en marcha para la obtención de rendimiento económico, o más bien, de mantener bajo control específicos riesgos (potenciales amenazas) que derivan particularmente de esa clase de empresa, se obtendrían diferentes resultados en cuanto al contenido de los deberes.⁵⁵

Si se adopta el primer punto de vista, es evidente que la determinación del círculo de destinatarios

y del deber de garantía misma se hace muy difícil. Dado que la persecución de beneficios económicos pertenece a la naturaleza misma de la empresa, buscar una fundamentación de la responsabilidad penal por omisión en el seno de la misma basada en el carácter preponderante de estos últimos implicaría un giro hacia el Derecho civil difícilmente compatible con los principios tradicionales de la dogmática del Derecho penal. Por ello, en opinión de Heine, una *posición de garante del empresario por hechos cometidos en el seno de la empresa sólo puede derivarse del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro típicamente empresariales que resultan particularmente de determinadas empresas y procesos productivos*.

Si se considera que el director de la empresa es garante de que los especiales peligros que potencialmente derivan de la misma no acaben menoscabando intereses jurídicamente protegidos de terceras personas, entonces podría predicarse la existencia de un deber de garantía cuyo contenido general se basa en organizar el manejo con tales instalaciones y procesos productivos, de tal modo que no surjan lesiones de bienes jurídicos. Este deber comprendería el *control continuado* y, en su caso, la *adopción de medidas de seguridad*.⁵⁶

2. Frente a esta construcción, ha advertido Rotsch que la fundamentación de una posición de garante del empresario por razón de la potencial amenaza para bienes jurídicos que proviene de los procesos productivos y peculiaridades de la empresa, es equivocada. Para fundamentar esta crítica se basa en el reconocimiento general de que para la afirmación de un deber de garantía dirigido al encauzamiento de una fuente de peligro se precisa el *dominio fáctico* del que omite, que justamente no se da en el caso de grandes empresas.⁵⁷

Por otro lado, Rotsch⁵⁸ reprocha a Heine dejar abierta la cuestión de cómo es posible aislar decisiones previsibles y evitables de los órganos de dirección cuando reconoce la posibilidad de delegar la responsabilidad y, con ella, la transmisión de los correlativos deberes de

⁵³ *Ibid.*, p. 117.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 120 y 121. Véase asimismo, sobre el *contenido y límites* de la posición de garante, DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

⁵⁷ ROTSCH, *Individuelle Haftung*, 1998, p. 203.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 204.

garantía.⁵⁹ De tal manera que en la medida en que *Heine* afirma que la responsabilidad permanece tanto más próxima a la dirección del consorcio cuanto menos localizable y más amenazante es la fuente de peligro, y más amplias son las decisiones a adoptar, éste se halla obligado a explicar cómo pueden los órganos de dirección (alejados del hecho) actuar de modo que controlen el suceso. Justamente porque en las grandes empresas de complejidad creciente los riesgos —muchas veces gestados a lo largo de los años— se combaten con medidas a largo plazo, éstos no pueden ser dominados mediante la delegación, control y organización, y por ello, dice *Rotsch*, tampoco sería posible argumentar la correspondiente responsabilidad por omisión.⁶⁰

IV.3. Basado en la idea de la “competencia organizativa”

1. Nos dice *Jakobs* que en la vida cotidiana es completamente habitual que una expectativa pueda ser defraudada por acción u omisión y que, sin una expectativa normativa, hacer y omitir resulten igualmente indiferentes.⁶¹ El autor explica que en una sociedad moderna se pueden identificar dos fundamentos de la responsabilidad penal que abarcan tanto la acción como la omisión: la lesión de los límites *generales* de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo y, en segundo lugar, la inobservancia de los límites (particulares) trazados por el *estatus especial* que cada uno ostenta en la sociedad.⁶²

Dentro de este esquema es claro que la responsabilidad por comisión activa es un sector de responsabilidad por competencia de organización, incluso desde un punto de vista naturalista, entendido como “control voluntario del propio cuerpo”. Por omisiones habría que entender, por su parte, la *evitación de un output nocivo de la propia organización*. Pero la clave en orden al tema que nos interesa la ofrece *Jakobs* al advertir lo siguiente: “A cada uno compete, en virtud de su estatus general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con

una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido”.⁶³

Hasta aquí podría decirse que la conclusión a la que llega el catedrático emérito de la Universidad de Bonn no se aparta en lo esencial de lo ya apuntado por otros autores citados más arriba. Con todo, su base argumentativa le confiere un gran poder descriptivo:

Qué significa este deber de aseguramiento en el caso concreto es algo que depende del respectivo estado de la organización. Si este estado es inocuo, el aseguramiento se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en sentido nocivo, es decir, por la omisión de una conducta arriesgada. Si ese estado es, por el contrario, peligroso, el aseguramiento se produce por una reorganización activa, esto es, por medio de una acción.⁶⁴

Mientras que la lesión del deber de aseguramiento se produce en el primer caso mediante una acción, en el segundo acaece por omisión. Pero *Jakobs* no confiere a esto último relevancia alguna, produciéndose por esta vía una disolución de las diferencias a efectos dogmáticos, pues todo sujeto tiene en el plano del estatus general la obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda del riesgo permitido. Lo decisivo, nos dice este autor, no es la clase de conducta que se realiza, sino la atribución o no atribución del curso del daño al ámbito de organización.

Junto a ello, *Jakobs* distingue un grupo de casos referente a la *asunción del dominio del riesgo*, que reflejarían el tránsito de los deberes de aseguramiento a los deberes de salvamento. En esta constelación no se trataría ya sólo de evitar un *output* peligroso “externo a la organización”, sino de algo más: del salvamento de una organización ajena respecto de riesgos generados con el *output* peligroso del que se ha dispuesto con reserva de su segura revocación antes de que se produzca el daño.⁶⁵ Esto significaría, a su vez, que quien asume el dominio de ese riesgo está obligado a renunciar a una configuración interna que es en sí misma socialmente adecuada.

⁵⁹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, op. cit., p. 122 [“Soweit aber Kompetenzen zulässigerweise übertragen werden, entstehen korrespondierende Garantienpflichten bei den in den Unterabteilungen zuständigen Überwachungsorganen”].

⁶⁰ ROTSCH, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 204.

⁶¹ JAKOBS, *Estudios*, op. cit., p. 346.

⁶² *Ibid.*, pp. 347 y 348.

⁶³ *Ibid.*, p. 349.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 349 y 350.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 351.

Finalmente, junto a los deberes en virtud de competencia de organización, distingue este autor los “*deberes en virtud de competencia institucional*”. Éstos se caracterizan por no ser deberes que resulten del estatus general de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con un estatus especial, como los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos.⁶⁶ La consecuencia más relevante a efectos dogmáticos es que, según *Jakobs*, se trata del reverso de los delitos de infracción de un deber y siguen sus mismas reglas, de modo que “por falta de relevancia del *quantum* organizativo decae la diferenciación entre autoría y participación basada en este *quantum*; más aún, todo sujeto especialmente obligado está de inmediato, esto es, sin accesoriidad, sometido al deber y es por ello autor si no le falta alguna otra cualificación para la autoría”.⁶⁷ La conclusión última es de nuevo que no hay diferencia entre acción y omisión: “la diferencia entre comisión y omisión es también en el ámbito de un estatus especial una diferencia *natural*, a la que falta una relevancia genuinamente *jurídica*”.⁶⁸

La construcción de *Günther Jakobs* es, como sucede en otros ámbitos, muy sugestiva y posee un enorme poder descriptivo y plástico. Sin embargo, conduce a una disolución en el plano normativo de las diferencias que vienen dadas por el —sin lugar a dudas— diferente acontecer típico respecto al desencadenamiento activo. Una visión garantista de la dogmática de la autoría pasa, en mi opinión, por la idea del dominio, también para los delitos omisivos. Aquí habrá que buscar, pues, la solución al fundamento de la posición de garante del empresario. Otra cosa bien distinta es que *no se den los elementos para imputar (objetivamente) el hecho a su autor*, lo que no convierte en decisivo el criterio de la asignación material de competencias ni ningún otro. De ahí que decaiga el argumento esgrimido por *Feijoo Sánchez* en el sentido de que el criterio del dominio sería insuficientemente normativo dado que “el dominio puede ser puramente casual o, incluso, en supuestos de omisión simple, puede haber un fuerte dominio

de la situación de desamparo sin que ello legitime la imputación del hecho”.⁶⁹ El argumento previo según el cual “cuando nos enfrentamos a la criminalidad de empresa, la imputación objetiva a los integrantes de la empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial”⁷⁰ no afecta a “*esferas de competencia*”, sino a cómo se relacionan las “*esferas de responsabilidad*” colectiva e individual, y puede contribuir a no extralimitar esta última.⁷¹

2. Para *García Caveró*, en cambio, es preciso distinguir entre la determinación de la posición de garante, por un lado, que con carácter general requeriría “*haber entrado a dominar o controlar el desarrollo de la actividad empresarial*”, y, por otro, la imputación al garante de un resultado en comisión por omisión. Para esto último sería preciso poder afirmar que el garante ha sido competente por el riesgo que se realiza en el resultado. A su vez, sin embargo, estima que “para determinar las competencias penalmente relevantes del directivo de una empresa, a efectos de fundamentar la equivalencia normativa de la omisión del garante con la realización activa, debemos diferenciar las competencias por organización (delitos de dominio) de las competencias institucionales (delitos de infracción de un deber)”.⁷² Llama la atención la “circularidad” de este tipo de argumentación en la que se es garante en virtud del “dominio”, pero luego hay que recurrir a la “competencia organizativa” para fundamentar la equivalencia normativa.

En rigor, la imputación al directivo en comisión por omisión se hace posible sólo si podemos afirmar que es garante de la evitación del resultado —en nuestro caso, el delito cometido por el subordinado— y se es garante si se domina la fuente de peligro de la que se es competente. En definitiva, la competencia organizativa aparece todo lo más como un presupuesto más del efectivo dominio sobre el fundamento del resultado, que no es otro que una concreta fuente de peligro representada por el comportamiento del subordinado.

Por lo demás, este autor también admite que “una competencia penalmente relevante por la gestión de

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 362 y 363.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 363.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones*, 2009, p. 268.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, op. cit., pp. 50 y ss.

⁷² GARCÍA CAVERO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 393.

asuntos específicos solamente podría admitirse si el directivo asume efectivamente esta gestión”.⁷³ De todos modos, tomar como punto de partida el criterio de la competencia lleva a *García Cavero* a un difícil camino en el que debe argumentar de un modo un tanto forzado que

la imputación a la esfera de organización del directivo se hará cuando el subordinado sólo ejecute la orden impartida por el directivo [porque en este caso] la prestación del dependiente forma parte de la esfera de organización del directivo, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por el dependiente, la autoría le corresponderá al directivo. En este sentido cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo.⁷⁴

Sin embargo, en este caso, cuando el directivo da una orden directa al subordinado —la de cometer una acción constitutiva de delito—, cabe preguntarse *en qué consiste la omisión*, pues más bien aparece como una *conducta activa*.

Sin embargo, la constelación que nos ocupa es también, y en primera línea, la que *García Cavero* menciona en segundo término, limitándola a aquellos supuestos en los que “el hecho realizado por el dependiente no se corresponde con la organización dispuesta por el directivo”, en los que en su opinión “solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo, si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes o ha configurado aspectos de la empresa de forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes”.⁷⁵ Es aquí cuando el autor estima que, en estos casos, el incumplimiento de labores de control o vigilancia no permite fundamentar una equivalencia normativa con la realización activa, por lo que considera que debe atenuarse la sanción penal con base en la posibilidad que otorga en este sentido el art. 13 del Código Penal peruano. También aquí cabe discrepar ante una argumentación que permite imputar el hecho en comisión por omisión, pero, si se me permite la expresión, “no del todo”. Se trata, lógicamente, de un problema de mayor alcance que afecta a cualquier

regulación de cláusulas de equivalencia que incluyen atenuaciones facultativas, como también sucede en el § 13 StGB. Sin embargo, las cláusulas de equivalencia sirven justamente para fundamentar en términos normativos la “equivalencia” entre la omisión y la acción en presencia de determinados elementos que convierten al sujeto activo en garante. Otro problema diferente es que, establecida esta premisa, el sujeto deba responder necesariamente como autor, o más bien, su intervención en el hecho deba ser considerada materialmente a título de partícipe, o que entren en juego reglas de determinación de la pena que atenúen su responsabilidad por otros motivos.

IV.4. Basado en la idea del “dominio” o “control del dominio”

A) Clases de dominio

Schünemann expuso ya en 1979 que la posición de garante de los órganos de la empresa podía entrar en consideración desde dos puntos de vista: el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento (“*Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen*”), y el poder de mando sobre los trabajadores (“*rechtliche Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer*”).⁷⁶ El alcance del deber de garantía del empresario se conforma de modo diferente en uno y otro caso, porque el “dominio material” (sobre cosas y procedimientos) es permanente ante el exceso, pero no ante la descentralización, mientras que el “dominio personal” (por medio del poder jurídico de mando sobre los trabajadores) no es permanente ante el exceso, pero sí ante la descentralización.⁷⁷ Para *Meini* es claro, no obstante, que el devenir de la actividad empresarial hará posible interrelacionar ambas formas de dominio, cuando por ejemplo el subordinado, en provecho propio, se vale de un descuido de sus superiores encargados del control de la calidad para introducir en el producto —que debe ingresar en el mercado— una sustancia tóxica. De aquí extrae la conclusión de que “el deber de garante con base en el dominio personal sobre el subordinado podrá ser

⁷³ *Ibid.*, p. 394.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 395.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 95.

⁷⁷ MEINI, *Responsabilidad*, *op. cit.*, pp. 308 y 309; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (1988), pp. 540 y 541.

invocado como argumento para la imputación de los resultados lesivos al superior jerárquico”, al inscribirse dicho comportamiento en el proceso de producción empresarial.⁷⁸ También Arroyo Zapatero parte de que lo que debe comprobarse es en qué medida las lesiones de los bienes jurídicos que son obra directa del subordinado pueden ser considerados como “obra” de quien no las produjo materialmente. O lo que es lo mismo, **en qué condiciones la omisión de quien no impide la producción de los resultados típicos por otro es equivalente a la conducta activa de este último.** La respuesta del autor gira, en forma acertada, en torno a la idea del dominio.⁷⁹

B) El dominio sobre el fundamento del resultado

Señala Schünemann que

mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del “dominio sobre la causa del resultado” [...] puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación.⁸⁰

En su opinión, de esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio (atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominen) “se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamentos [...] se limitan al ámbito dirigido por él y por eso sólo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa”.⁸¹

A partir de ahí, estima este autor, pese a lo sostenido en trabajos anteriores,⁸² que la decisión del Tribunal Supremo federal alemán (BGH) en el caso del *spray* para el cuero —considerando la existencia de un deber de garantía de la empresa productora de evitar los peligros para la salud conocidos posteriormente— no contradice la teoría del dominio. Aduce, sin embargo, que el BGH hizo mal al fundamentar su decisión en la injerencia, solución que aparecía como tentadoramente fácil al disponer de la acción precedente de puesta en circulación del *spray*, pero al precio de borrar las limitaciones introducidas a la misma en decisiones anteriores, determinando en forma extensiva el alcance de los deberes de evitación del resultado e imposibilitando tener en cuenta la estructura de división del trabajo de la empresa económica moderna.⁸³ Para Schünemann la “solución correcta” pasaría por el criterio del *dominio por el desamparo parcial de la víctima* como subforma de posición de garante por asunción.⁸⁴ Como en el caso del *spray* para el cuero se trataba de un producto de marca, la decisión del BGH habría sido correcta porque ello implica una especie de “compromiso” explícito o implícito a una precaución de este tipo y los consumidores por regla general cuentan con ello.⁸⁵

En un trabajo más reciente, Schünemann habla ahora del “**dominio sobre el fundamento del resultado**” como base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro.⁸⁶ Ya en 1971, en su obra acerca de los delitos de omisión impropia, tomando como ejemplo los casos en que actúan niñeras, y partiendo de la crítica a la teoría formal del deber jurídico, llegaba a la conclusión de que la razón decisiva que justifica la equiparación de la omisión con el hacer activo no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la **categoría de la asunción de la custodia**. Esta asunción implica una *relación de dominio sobre el suceso consistente en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico*.⁸⁷

⁷⁸ MEINI, *Responsabilidad*, op. cit., p. 309.

⁷⁹ ARROYO ZAPATERO, *Seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 160 y 161.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 30 (≡ SCHÜNEMANN, *Festgabe BGH*, 2000, pp. 634 y ss.).

⁸¹ *Ibid.*, p. 31.

⁸² SCHÜNEMANN, *Spanisch-deutsches Symposium*, 1995, pp. 66 y ss.

⁸³ SCHÜNEMANN, *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 31.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 33 y 34.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, *BDP 2* (2005), pp. 29 y ss., 37 y ss.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 229 y ss. (§ 18 “Der Herrschaftsbereich als übergeordnete materiale Richtlinie”), pp. 334 y ss. (§ 22 “Verwandschaft, Gemeinschaft und Übernahme”).

De la misma manera, en los casos de posición de garante por injerencia, tampoco se trataría de una responsabilidad penal por mera causalidad, sino de una *forma de dominio sobre el suceso consistente en el dominio sobre una fuente de peligro*.⁸⁸

Este razonamiento le permite concluir, por tanto, que

en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir [...], de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión, no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor.⁸⁹

Al mismo tiempo, quedaría igualmente demostrado que los delitos impropios de omisión no son delitos de infracción de deber,⁹⁰ en el sentido de que en ellos la autoría se funde en la infracción de un deber especial extrapenal.⁹¹ *Schünemann* entiende incluso que esta posición tampoco merece rechazo desde el punto de vista del artículo 11 del Código Penal español, que no puede ser malinterpretado en el sentido de la ya superada teoría formal del deber jurídico. Finalmente —en su opinión—, este método de análisis no debe restringirse a los delitos impropios de omisión, sino que “debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal”.⁹²

Los razonamientos de *Schünemann*, desarrollados —como se ha visto— a lo largo de los años en múltiples trabajos, han encontrado la aprobación esencial

de muchos autores.⁹³ A diferencia de otras teorías, no se pierde de vista en la argumentación de este autor la conexión con la parte subjetiva del hecho, en la medida en que se quiere hacer derivar la misma mediante la asunción de la canalización del poder objetivo sobre el hecho y el conocimiento subjetivo del mismo a las esferas superiores de dirección.

Sin embargo, como advierte *Rotsch*, a este planteamiento subyace una idea del *concepto de autor* que puede considerarse incorrecta,⁹⁴ y que en todo caso es altamente discutible. Frente al concepto de autor de la dogmática tradicional, entendido como *autor individual que actúa en el marco de constelaciones abarcables*, poco a poco se abre camino un “concepto sistémico” de autor en el marco de organizaciones complejas, basado en los conocimientos de la moderna sociología organizativa.⁹⁵ Este último se caracteriza por la presencia de un *elemento objetivo*, relativo a la división del trabajo, y uno subjetivo, relativo a los *cauces de información*.⁹⁶ En particular, frente a lo sostenido por *Schünemann*, cabe preguntarse, desde la perspectiva tópica, si el criterio del *dominio por el desamparo parcial de la víctima* como subforma de posición de garante por asunción surge sólo cuando se trata de productos de marca, es decir, si no habría que afirmar más bien que un compromiso de esta clase surge sencillamente siempre que se lanza un producto al mercado, del que pueden derivarse daños para los consumidores.

No se nos oculta la “cuestionabilidad” dogmática y la necesidad de concreción ulterior que implica la propuesta de *Schünemann*, a la que no cabe acogerse *in totum*, como tampoco las importantes críticas que se le han dirigido.⁹⁷ En particular, cabe destacar las detalladas reflexiones en este sentido de *Hsü*, quien

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, op. cit., pp. 281 y ss.; *id.*, GA (1974), pp. 231 y ss.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, *RDP 2*, op. cit., p. 41.

⁹⁰ Sobre el problema, véase *supra* (§2), II.

⁹¹ SCHÜNEMANN, *RDP 2*, op. cit., p. 42.

⁹² *Ibid.*, pp. 43 y 44.

⁹³ Se suman a este criterio en nuestra doctrina, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, *DPEmpr*, 1995, p. 40 [“El deber de vigilar el comportamiento del subordinado, y la consiguiente exigencia de responsabilidades en caso de no hacerlo, surge del dominio del garante sobre la causa del resultado, tanto del control fáctico sobre los elementos materiales peligrosos como del poder de mando, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores”]; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin*, 1995, p. 372 [“El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo traslada al sujeto la competencia que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad”]; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE*, 2007, pp. 499 y ss., esp. p. 503 *in fine*, aclarando que el hecho de acoger el concepto del dominio sobre la causa del resultado propuesto por *Schünemann* para resolver por la vía de la omisión impropia los problemas de determinación de la autoría del directivo en el ámbito empresarial no implica asumir también la idea defendida por este mismo autor según la cual dicho concepto proporciona una base lógico-objetiva para todas las formas de autoría.

⁹⁴ ROTSCH, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 194.

⁹⁵ LUHMANN, *Funktionen*, 1995, *passim*; Beck, *Gegengifte*, 1995, *passim*.

⁹⁶ ROTSCH, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 194; HEINE, *Verantwortlichkeit*, op. cit., pp. 27 y ss.

⁹⁷ Véase, entre otras referencias, HSÜ, *Garantenstellung*, 1986, pp. 241 y ss.

parte de la distinción entre “posibilidad de acción” y “deber de acción”. Para este autor la teoría propuesta por *Schünemann* se enfrenta al problema de que al reconducir el lado fáctico del dominio a una mera “*posibilidad de evitación*” trata al mismo tiempo de deducir el “*deber de evitación*” de aquélla, siendo así que ambos conceptos (posibilidad de actuar y deber de actuar) deben mantenerse estrictamente separados.⁹⁸ Sin embargo, es obvio que no se trata aquí de una posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado como la que pudiera tener en determinadas circunstancias cualquier otra persona que no tenga nada que ver con la empresa, pues de ese modo habríamos disuelto toda posibilidad de distinción, sino la *concreta* posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado de aquel que *porque es garante* tiene el deber de hacerlo.

Pero, por otra parte, bien mirado, casi todas las propuestas contemporáneas en torno a la fundamentación de la posición de garante en el ámbito empresarial suponen —como no podía ser de otro modo— concreciones en este ámbito de representaciones generales sobre la comisión por omisión que incorporan en no pocos casos elementos provenientes de evoluciones doctrinales de distinto signo. Lo que sí se adopta en este trabajo es la perspectiva metodológica que está detrás, que hace predominar la realidad material para cuya elaboración jurídica se hace uso de un criterio normativo determinado sobre el criterio normativo mismo. No se pretende una total “desnormativización” del problema, pues a nadie escapa que el criterio del dominio sobre el fundamento del resultado también es un criterio normativo, sino sólo seguir una pauta restrictiva no-niveladora en la solución del mismo.

C) ¿Criterios normativos complementarios?

Diversos autores se han ocupado de esbozar criterios normativos complementarios sobre los que hacer pivotar el fundamento último de la posición de garante

del empresario, tales como la “ponderación de intereses”,⁹⁹ la “equidad social”¹⁰⁰ o “el ejercicio de facultades individuales de autoorganización”.¹⁰¹

En mi opinión, sin embargo, todos estos criterios normativos, que en su conjunto tienden a poner de relieve la necesidad de una *estrecha conexión entre el hecho delictivo cometido y el concreto ámbito de organización individual en el desempeño de determinadas funciones*, aunque aclaratorios, no son decisivos en el plano dogmático. La mencionada conexión *debería ser un aspecto implícito del dominio sobre el fundamento del resultado*, pues en otro caso no se daría tal dominio, por lo que parece innecesario independizarlo de este último.¹⁰²

V. Conclusiones

Como resultado global puede decirse que:

1. Todas las teorías expuestas tratan de buscar el *fundamento idóneo* en el que basar una responsabilidad en comisión por omisión de los superiores en el ámbito empresarial.

2. Más allá de las *discrepancias metodológicas* debe situarse en primer plano el problema que se tiene entre manos y la realidad que está detrás, sin perder de vista en ningún caso la configuración garantista del Derecho penal.

3. La estructuración de una *respuesta jurídica fundamentada* requiere un fino análisis de complejas cuestiones dogmáticas que no se pueden pasar por alto. En este sentido, cualquier simplificación o, en su caso, generalización indebidas nos llevarán a un “callejón sin salida”.

4. Tan importante como buscar una explicación convincente para fundamentar una respuesta jurídico-penal contrastada con los grupos de casos que entran aquí en consideración, es el análisis de los *límites que sirven de barrera*, tanto de carácter general —tales como el principio de responsabilidad por el hecho propio,¹⁰³ la parte subjetiva del hecho o el título de

⁹⁸ *Ibid.*, p. 243.

⁹⁹ FRISCH, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), 1996, pp. 112 y ss.

¹⁰⁰ BOTTKÉ, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), *op. cit.*, pp. 142 y ss.

¹⁰¹ LASCURÁIN SÁNCHEZ, *LH-Tiedemann*, 1995, pp. 210 y ss.

¹⁰² DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 152 y ss., esp. pp. 156 y 157.

¹⁰³ También en sentido restrictivo sobre la base del principio del principio de autorresponsabilidad del empleado, WEIGEND, *LK* (2006), § 56, pp. 848 y 849, quien admite sin embargo excepcionalmente la posibilidad de exigir un deber de garantía en aquellos casos en los que de la naturaleza de una concreta empresa resulte una puesta en peligro especial, no sólo por tener que mantener bajo control los peligros

imputación— como específicos, tales como la delegación lícita de competencias o el carácter vinculado a la empresa de los delitos cometidos.¹⁰⁴

VI. Bibliografía

- ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en Bacigalupo (dir.), *La responsabilidad penal de las sociedades*, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 61 y ss.
- BECK, Ulrich, *Gegengift—Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 8ª ed., Francfort del Meno, Suhrkamp, 1995.
- BOTTKE, Wilfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en **Mir Puig y Luzón Peña (coords.)**, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 129-197.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Granada, Comares, 2003.
- _____, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en **Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (eds.)**, *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Madrid, Colex, 2008, pp. 61-87.
- _____, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, Iustel, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2009.
- FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlín-Heidelberg, Springer, 1998 [*Strafrecht. AT*].
- FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo”, en **Mir Puig y Luzón Peña (coords.)**, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 99-127.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, *Derecho penal económico. Estudios de Derecho Judicial*, 72 (2006), pp. 51-134 [*EDJ*].
- GARCÍA CAVERO, Percy, “La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía”, en Alonso Álamo *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 381-400 [*LH-Rodríguez Mourullo*].
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, *ADPCP*, vol. LIV (2001), pp. 1-20 [“Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht”, en Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 651-663].
- GÖHLER, Erich, “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen”, en Jescheck y Lüttger, *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1977, pp. 611-621 [*FS-Dreher*].
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.
- HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1996.
- HEINE, Günther, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden, Nomos, 1994.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymans, 1984.
- HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

derivados de las cosas pertenecientes a la empresa —como p. ej. armas de guerra—, sino también por tener que velar por que dichos peligros no lleguen a realizarse por un comportamiento indebido de sus subordinados.

¹⁰⁴ Con más detalle, DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, 2009, pp. 166 y ss.

- HSÜ, Yü-hsiu, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Paffenweiler, Centaurus, 1986.
- JAKOBS, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo”, en Günther Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, trad. de E. Peñaranda Ramos, 1997, Madrid, Civitas, pp. 347-363.
- _____, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1991 [*@ Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997].
- JUANATEY DORADO, Carmen, “Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado”, en Boix Reig y Bernardi (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 133-158.
- KUHLEN, Lothar, “Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte”, en *NStZ* 12 (1990), pp. 566-570.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Universidad Autónoma-Civitas, 1994.
- _____, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, BOE, 1995, pp. 209-227 [*LH-Tiedemann*].
- LUHMANN, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007 [*DPEE. PG*].
- MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1996.
- _____, “Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte”, en Weigend y Kupper (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 291-312 [*FS-Hirsch*].
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en *Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 411-430.
- _____, “Autoría y participación en la empresa”, en Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (eds.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2008, pp. 161-187.
- QUINTERO OLIVARES (2009), “La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos”, en *CGPJ*, Madrid (en prensa).
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, en Boix Reig y Bernardi (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 115-132.
- ROTSCH, Thomas, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat), München, C.H. Beck, 2003 [*AT. Band II*].
- SCHALL, Hero, “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”, en Rogall, Puppe, Stein y Wolter (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, Luchterland, 2004, pp. 267-283 [*FS-Rudolphi*].
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga, Otto Schwartz & Co., 1971.
- _____, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-München, Heymann, 1979.
- _____, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. de D. Brückner y J.A. Lascuráin Sánchez, en *ADPCP* (1988), pp. 529-558.
- _____, “Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte”, en Gimbernat, Schünemann y Wolter (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 49-82 [*Spanisch-deutsches Symposium*].
- _____, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización

- de la imputación”, trad. de B. Spínola Tártalo y M. Sacher, *ADPCP*, vol. LV (2002), pp. 9-38.
- _____, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro”, trad. de M. Sacher, *RDP* 2 (2005), pp. 29-62.
- _____, “Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt”, en Böse y Sternberg-Lieben (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, pp. 303-323.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en Silva Sánchez (ed.), Schünemann y Figueiredo Días (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, JM Bosch, 1995, pp. 357-379 [*LH-Roxin*].
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995 [*DPEmpr*].
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 2ª ed., Múnich, Carl Heymanns, 2007.
- WEIGEND, Thomas, “§13 Begehen durch Unterlassen”, *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlín, De Gruyter, 2006, pp. 815-873.