



UNIVERSIDAD  
DE CHILE

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Ciencias Penales**

**La responsabilidad penal como autores de los órganos directivos  
empresariales por la no evitación de los delitos de sus subalternos**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210463, «Hacia una superación de las limitaciones del Derecho penal chileno para hacer responsables como autores a los órganos superiores de las empresas»

**Pedro Cruz Maturana**

**Profesor guía: Prof. Dr. Lautaro Contreras Chaimovich, LL.M.**

**Santiago**

**2024**

*A mis padres y a mi novia*

## **Nota previa**

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210463, «Hacia una superación de las limitaciones del Derecho penal chileno para hacer responsables como autores a los órganos superiores de las empresas», a cargo del investigador principal Prof. Dr. Lautaro Contreras Chaimovich, LL.M.

Debo agradecer especialmente a mi profesor de derecho penal y tutor de esta tesis, el Prof. Dr. Lautaro Contreras Chaimovich, LL.M. El profesor confió en mí para desarrollar este tema, corrigió rápida y concienzudamente el manuscrito, dándome valiosas observaciones, y también tuvo una gran paciencia en todo momento. Fue, además, muy generoso al prestarme obras de difícil acceso que no hubieran podido ser consideradas de otra manera, y que enriquecieron considerablemente la tesis. Por último, me mostró la importancia del trabajo dogmático.

También me gustaría dar las gracias a mis padres y a mi novia, no solo porque siempre creyeron en el éxito de esta tesis, sino también porque me apoyaron cariñosamente durante todo el período de redacción. Escucharon varias veces los temas de la investigación, y también cuidaron de mí muchos días de estudio. Este trabajo es para ellos.

Santiago, marzo de 2024

*Pedro Cruz Maturana*

## Índice

Introducción.....	7
A. Planteamiento del problema .....	7
B. Objeto de la investigación.....	10
C. Finalidad de la investigación .....	11
D. Método de la investigación.....	11
E. Curso de la investigación .....	12
Capítulo 1: La admisibilidad constitucional de los delitos de omisión impropia en el derecho chileno .....	13
A. La creación de delitos de omisión impropia como problema constitucional.....	13
B. Rechazo de la doctrina minoritaria .....	14
C. El fundamento legal de la omisión impropia .....	17
I. Art. 1 inc. 1° CP .....	17
II. Art. 13 Ley de Delitos Económicos.....	18
III. Art. 492 inc. 1° CP.....	19
D. Compatibilidad del art. 492 inc. 1° CP con el mandato constitucional de determinación	21
I. Finalidad del mandato de determinación .....	22
II. Exigencias que el mandato de determinación impone al legislador penal.....	26
III. La constitucionalidad del art. 492 inc. 1° CP.....	27
E. Resultado provisional.....	29
Capítulo 2: Fundamento y límites de la posición de garante de los órganos directivos de empresas .....	31
A. Consideraciones metodológicas previas.....	31
B. El debate sobre el fundamento de la posición de garante .....	32
I. Posición de garante basada en la injerencia .....	33
1. Exposición .....	33
2. Análisis crítico.....	34
II. Posición de garante en virtud del dominio personal sobre los subordinados .....	38
1. Exposición .....	38
a) El “dominio sobre el fundamento del resultado” como punto de partida.....	39
b) El dominio personal sobre los trabajadores de la empresa.....	41
2. Análisis crítico.....	43
III. Posición de garante basada en la responsabilidad por la “fuente de peligro empresa” .....	49

1. Exposición .....	49
a) La distinción básica entre peligros materiales y peligros personales .....	49
b) Responsabilidad por los peligros materiales de la empresa ampliada a las personas .....	50
c) Responsabilidad por la “fuente de peligro empresa” .....	54
2. Análisis crítico .....	55
IV. Posición de garante como contrapartida de la libertad para configurar la empresa .....	57
C. La “relación con la empresa” como límite de la posición de garante .....	63
I. El criterio en la jurisprudencia del BGH.....	64
II. El criterio en la doctrina.....	68
1. Actuación en interés de la empresa .....	68
2. Actuación en cumplimiento de las tareas encomendadas.....	70
3. Aprovechamiento de las posibilidades de actuación fácticas o jurídicas que permite el empleo en la empresa .....	71
4. Hecho configurado por los factores criminógenos que afectan a la empresa.....	72
5. Conexión con las tareas de la empresa .....	72
III. Toma de postura .....	73
Capítulo 3: La delimitación entre autoría y participación en la responsabilidad penal de los órganos directivos de empresas .....	76
A. La teoría de los delitos de infracción de deber .....	77
B. La teoría de la complicidad.....	79
C. La diferenciación según la clase de posición de garante .....	82
D. La diferenciación según la dificultad de evitación del resultado.....	84
E. Toma de postura.....	85
Resumen .....	89
Bibliografía.....	91
Jurisprudencia.....	112
Resoluciones.....	114

## Abreviaturas

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
art./arts.	artículo/artículos
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CC	Código Civil
coord./coords.	coordinador/coordinadores
CP	Código Penal
CS	Corte Suprema
Derecho PUCP	Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
dir./dires.	director/directores
ed.	edición
ed./eds.	editor/editores
FJ	Fundamento Jurídico
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GJ	Gaceta Jurídica
GS	Gedächtnisschrift
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
InDret	InDret. Revista para el Análisis del Derecho
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	JuristenZeitung

LH	Libro Homenaje
LK-StGB	Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar
LM	Libro en Memoria
MR-StGB	Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar
nm.	número marginal
Nº/Nºs	número/números
p./pp.	página/páginas
párr.	párrafo
Polít. Crim.	Política Criminal
RChD	Revista Chilena de Derecho
RChDCP	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales
RDPUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RDUCN	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RP	Revista Penal
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
t.	tomo
v.	volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Introducción

### A. Planteamiento del problema

En los últimos años, el tema de la responsabilidad penal de los órganos directivos de empresas por los delitos derivados de la actuación empresarial ha ocupado especialmente a la dogmática jurídico-penal. El debate gravita actualmente en torno a los delitos de omisión impropia<sup>1</sup>. En efecto, la atención académica se centra no tanto en la intervención activa de los órganos directivos, sino ya en su responsabilidad por no evitar que sus subalternos delincan. En lo fundamental, se trata de la cuestión de si, y en qué medida, los órganos directivos deben impedir como garantes determinados resultados delictivos provocados por sus trabajadores, y de si pueden ser sancionados si no lo hacen<sup>2</sup>.

La razón del interés en los delitos de omisión es que, por regla general, los órganos directivos no podrán ser calificados como autores tratándose de la realización activa de delitos dolosos de dominio<sup>3</sup>. Si el delito del subordinado responde a una orden de los directivos se plantea, en el mejor de los casos, una sanción a título de inducción<sup>4</sup>. Sin embargo, castigar a los órganos directivos como meros partícipes no hace justicia a la importancia de su intervención<sup>5</sup>. Por otro

---

<sup>1</sup> ROBLES PLANAS, en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (coords.), *LH-Bajo-Fernández*, 2016, pp. 490 s.

<sup>2</sup> Sobre la discusión véase MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., 2022, § 29 nm. 64; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., 2023, § 6 nm. 56 ss.; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 134 ss.

<sup>3</sup> Se descarta la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata activas. Véase FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 122 ss.; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, 2020, p. 146; CONTRERAS CHAIMOVICH/CASTRO MORALES, *Derecho PUCP*, (89), 2022, pp. 327 ss., 356 s.

<sup>4</sup> Véase MATUS/RAMÍREZ, *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 2021, p. 531, señalando que la dictación de órdenes como forma especial de inducción tiene larga data en nuestra tradición hispánica.

<sup>5</sup> PEÑARANDA RAMOS, en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, 2008, p. 163; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 125; SCHÜNEMANN/GRECO, «25», *LK-StGB*, t. II, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, nm. 152, incluyendo nota 4; FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 156; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, pp. 42 s.; SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995, p. 369:

lado, se presentan dificultades de naturaleza práctica. Y es que la realización de aportes activos de los órganos de dirección será, a menudo, difícilmente comprobable<sup>6</sup>.

En la dogmática chilena se ha tratado la responsabilidad de los órganos directivos por la no evitación de los delitos de sus subalternos, principalmente por Hernández Basualto<sup>7</sup>. Sin embargo, se echa en falta un estudio monográfico del tema, pues este ofrece considerables problemas.

Un problema preliminar, “apenas considerado” en nuestro ámbito jurídico<sup>8</sup>, refiere a la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia<sup>9</sup>. En la escasa jurisprudencia existente sobre delitos de omisión se ha admitido la punición de los delitos de omisión impropia<sup>10</sup>. Sin embargo, ello no es en absoluto evidente considerando que, en contraste con ordenamientos jurídicos comparados como el alemán o el español, el chileno no posee una cláusula legal general que permita interpretar los delitos de acción de resultado como delitos de omisión impropia<sup>11</sup>.

En lo que respecta al fundamento y los límites de la responsabilidad de los órganos directivos por la no evitación de los delitos de sus subalternos, solo puede observarse acuerdo en aspectos básicos. Según la opinión dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparadas, los órganos directivos empresariales tienen una posición de garante de vigilancia que los obliga a evitar los delitos de sus trabajadores<sup>12</sup>. Sin embargo, se discute intensamente cuál es el fundamento normativo de dicha posición de garantía<sup>13</sup>. Por otro lado, constituye una opinión común que la posición de garante está limitada a los “delitos relacionados con la empresa”, pero existe una confusa diversidad de opiniones acerca de cuál es el contenido exacto de esa

---

“no deja de producir perplejidad la calificación de partícipe para quien para quien domina de modo esencial el acontecer típico”.

<sup>6</sup> GÓMEZ MARTÍN, *Derecho PUCP*, (85), 2020, p. 116.

<sup>7</sup> Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 547 ss., 570 ss.

<sup>8</sup> MAÑALICH R., *RDUCN* (21-2), 2014, p. 234, con nota al pie 29.

<sup>9</sup> Véase solo HERNÁNDEZ BASUALTO, «Artículo 1º», *Código Penal comentado*, 2011, pp. 23 ss.

<sup>10</sup> Así SCS, rol N° 1338-1998, de 4 de agosto de 1998, *GJ*, (218), 1998, pp. 96 ss.

<sup>11</sup> MAYER LUX/VERA VEGA, en RODRÍGUEZ COLLAO (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, 2022, p. 378.

<sup>12</sup> Véase solo MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 7.ª ed., 2022, § 29 nm. 64. En cuanto a la jurisprudencia, véase, en Suiza, BGE 96 IV 155, recaída en el histórico caso *Bührle*; en España, STS 7059/2002, Penal, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:7059), FJ 1.3; en Alemania, BGH, 17.07.2009 - 5 StR 394/08; BGH, 20.10.2011 - 4 StR 71/11; BGH, 6.2.2018 - 5 StR 629/17.

<sup>13</sup> SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, pp. 123 ss., DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, pp. 125 ss.

conexión<sup>14</sup>. Esto ha llegado a tal punto que se ha caracterizado a la relación con la empresa como el “punto de aguja” dogmático de la responsabilidad por omisión de los órganos directivos<sup>15</sup>. En este contexto, la cuestión del fundamento y los límites de la posición de garante no puede considerarse resuelta<sup>16</sup>. Sin claridad sobre estos puntos, no puede legitimarse una declaración de culpabilidad y una consecutiva sanción penal de los órganos directivos de empresas.

Por último, aun cuando pueda fundarse convincentemente una posición de garante de los órganos directivos, cabe preguntarse si el directivo omitente debe responder como autor de un delito de omisión impropia, o como cómplice en el delito del subordinado<sup>17</sup>. Esta cuestión está incardinada en el difícil problema de cómo debe tratarse jurídicamente al garante que dolosamente no impide un delito doloso de acción cometido por un tercero, que, aunque en Chile se ha examinado poco<sup>18</sup>, se discute acaloradamente en el derecho comparado<sup>19</sup>.

La falta de claridad y particular dificultad de este problema se explica por su ubicación sistemática, pues está a caballo entre dos ámbitos muy discutidos individualmente, a saber, la dogmática de los delitos de omisión impropia y la teoría de la intervención delictiva<sup>20</sup>. En el mismo sentido, las disposiciones legales que regulan la autoría y participación, así como las teorías tradicionales en la materia, están concebidas para los delitos de acción, por lo que chocan con la especial naturaleza los delitos de omisión impropia<sup>21</sup>. En este contexto, cabe concordar con Cuello Contreras cuando afirma que “si el capítulo de la omisión es el más oscuro de la teoría del delito, el de la participación en y por omisión se lleva la palma dentro de ella”<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS- Frisch*, 2013, pp. 338 ss., 342 ss.

<sup>15</sup> SCHRAMM, *JZ*, (67-19), 2012, p. 971.

<sup>16</sup> ENGELHART, en ENGELHART *et al.* (eds.), *FS-Sieber*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., 2022, p. 111.

<sup>17</sup> Véase WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 336 ss.

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, «Artículo 16», *Código penal comentado*, 2011, p. 414: “Si bien en general la doctrina chilena admite la complicidad por omisión, cuando el que omite es garante [...], no se han desarrollado entre nosotros criterios de delimitación entre autoría y participación en materia de omisión. A esta valoración del estado de la cuestión que Hernández Basualto efectuaba en 2011, debe agregarse el artículo de MAÑALICH R., *RDUCN* (21-2), 2014, pp. 263 ss., que, por lo que se ve, ha sido el único en referirse a la cuestión.

<sup>19</sup> Véase FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023; MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009.

<sup>20</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, pp. 27 ss.; KRÜGER, *ZIS*, (1), 2011, p. 2; MURMANN, *ZIS*, (5), 2010, p. 390.

<sup>21</sup> MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 15.

<sup>22</sup> CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, v. II, 2009, p. 520; asimismo, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.<sup>a</sup> ed., 2022, § 44 nm. 544 es terminante al afirmar que “la delimitación entre autoría y

La distinción entre autoría y participación por omisión no solo implica una diferencia de pena, sino que también tiene aparejadas significativas consecuencias dogmáticas<sup>23</sup>. El aspecto de mayor relevancia práctica es que art. 16 CP, que regula la complicidad, refiere literalmente a “actos” anteriores o simultáneos. Según las primeras dos acepciones de “acto” en el Diccionario de la lengua española, no parece haber cabida para la omisión<sup>24</sup>. Ante ello, un sector de la doctrina ha planteado que este artículo solo abarca comportamientos positivos y que, por consiguiente, la complicidad omisiva no es, *de lege lata*, punible<sup>25</sup>.

## B. Objeto de la investigación

El trabajo se centra responsabilidad de los órganos directivos empresariales por la no evitación de los delitos de sus subalternos. Desde el punto de vista dogmático, el problema se sitúa en el ámbito de los *delitos de omisión impropia*. Por tanto, el objeto de la investigación está constituido por los tipos penales de omisión impropia del derecho positivo chileno. A pesar de que la admisibilidad constitucional de esta clase de delitos omisivos es objeto de debate, para un sector importante de la doctrina estos ilícitos corresponden al art. 492 inc. 1º CP, en relación con algunos delitos contra las personas (Título VIII del Libro II CP).

---

participación en la omisión constituye hoy el terreno más irresuelto de la dogmática de la intervención delictiva”; KRÜGER, *ZIS*, (1), 2011, p. 2 define a la intervención delictiva omisiva como “una de las cuestiones más controvertidas de la Parte General”; y, después de exponer la disparidad de soluciones en la jurisprudencia española, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 48 s. afirma que “el propio estado de la cuestión en la doctrina científica en materia de participación por omisión puede definirse [...] como especialmente confuso”.

<sup>23</sup> Véase NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 185, con especial énfasis en las exigencias del dolo.

<sup>24</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23.ª ed. [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [consultado el 3 de marzo de 2024]. Se trata de “acción” como “ejercicio de la posibilidad de hacer”, por un lado, y de “acción” como “resultado de hacer”, por otro lado.

<sup>25</sup> Así MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.ª ed., 2021, p. 535 y, como exponen estos mismos autores, la jurisprudencia de la CS en el caso de una madre que permaneció inactiva mientras su conviviente daba una paliza a sus hijos. En contra, la doctrina mayoritaria admite la complicidad por omisión cuando el cómplice es garante. Véase solo NAVAS MONDACA, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., 2023, p. 367, quien ofrece una argumentación al respecto, afirmando que un “alcance teleológico” da cuenta de que el art. 16 CP no solo incluye a las acciones, sino a los “actos o comportamientos, sin que parezca problemático desde un punto de vista de su legalidad incluir la omisión como forma de comportamiento”. Por supuesto, el posible resultado de que la complicidad por omisión no es punible debe matizarse por la observación de que, según algunos, por ejemplo, CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2005, pp. 615 s., la complicidad no está solo en el art. 16 CP, sino también en el art. 15 N° 3 del mismo cuerpo legal, que sí permite abarcar conductas omisivas.

### C. Finalidad de la investigación

La finalidad de la investigación consiste en dilucidar si, de conformidad con el derecho positivo chileno, puede fundarse una posición de garante de los órganos directivos empresariales que les imponga el deber jurídico de evitar que sus subalternos en la respectiva organización cometan delitos, pudiendo ser sancionados penalmente por omitir impedirlos y, si este el caso, bajo qué título de intervención delictiva.

### D. Método de la investigación

Para llevar a cabo la finalidad de la investigación se empleará el método de la *dogmática jurídica*. Hay que realizar algunas precisiones al respecto. La dogmática jurídica no será entendida aquí como una ciencia hermenéutica, esto es, como una disciplina dedicada a la mera interpretación del derecho positivo. Como ha destacado en tiempos recientes Frisch, cuestiones como la de quién puede ser responsable como garante de que no se produzcan determinados resultados y, en caso de no evitarlos, sancionado por un delito de omisión impropia, o la de cuál es la delimitación entre la autoría y la participación, difícilmente puede resolverse mediante la exégesis de los textos legales<sup>26</sup>. Antes bien, avances en estos terrenos solo pueden lograrse desarrollando teorías o modelos teóricos relativamente complejos que den cuenta de una solución razonable, justa y adecuada<sup>27</sup>.

Con arreglo a lo anterior, ha de emprenderse un estudio acabado de las teorías y modelos teóricos atingentes a la investigación construidos por la doctrina y la jurisprudencia. Solo una reconstrucción dogmática detallada del estado de la cuestión, y su posterior análisis crítico, puede arrojar luz sobre la pregunta de si procede en nuestro derecho castigar penalmente a los órganos directivos de empresas que no impidan los delitos de sus subalternos, así como, en este caso, la de si deben responder como autores o como partícipes.

El trabajo tiene especialmente en cuenta desarrollos de origen alemán y español. Esto obedece a que, mientras el tema apenas encuentra desarrollo en Chile, en Alemania y España lleva ya un largo trecho. La experiencia ganada en estos países resulta provechosa por la afinidad entre

---

<sup>26</sup> FRISCH, en STÜRNER (ed.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, p. 173.

<sup>27</sup> FRISCH, en STÜRNER (ed.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung* p. 173.

nuestros ordenamientos jurídicos, en particular en cuanto a la vigencia de un concepto restrictivo de autor.

### **E. Curso de la investigación**

El estudio se divide en tres capítulos. El *primer capítulo* pretende sentar las bases para el desarrollo de la investigación, analizando el problema de la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el ordenamiento jurídico chileno. Para ello, primero se explicará el problema (A.). A continuación, se criticará una postura minoritaria según la cual los delitos de omisión impropia pueden extraerse de los delitos de acción sin infringir el principio de legalidad (B.). A continuación, se expondrá el fundamento legal de los delitos de omisión impropia en nuestro derecho (C.). Luego, se mostrará que este fundamento está suficientemente determinado a la luz del mandato constitucional de determinación (D.). Los resultados extraídos permiten establecer la posibilidad de castigar a los órganos directivos por medio de delitos de omisión impropia, pero dentro de un ámbito muy ajustado (E.).

El *segundo capítulo* se encarga del fundamento y los límites la posición de garante de los órganos directivos empresariales. En este contexto, se iniciará con algunas consideraciones metodológicas, atendida la extensión y dificultad del tema (A.). En seguida, se expondrá críticamente la discusión sobre el fundamento normativo de la posición de garante de los órganos directivos en la dogmática penal, propugnando una solución (B.). Aclarado lo anterior, se pasará a revisar el límite de esta posición de garante, compuesto por los delitos relacionados con la empresa, siguiendo el mismo procedimiento (C.).

El *tercer capítulo* se dedica a la “intervención delictiva por omisión”. Se tratará de responder cómo debe responder jurídicamente al órgano directivo que dolosamente no evita un delito doloso de acción cometido por un subordinado. Para ello también se intentará mostrar un cuadro completo del debate (A., B., C., D.), para luego elaborar una toma de decisión (E.).

La investigación concluirá con un resumen de los resultados obtenidos.

## Capítulo 1

# La admisibilidad constitucional de los delitos de omisión impropia en el derecho chileno

## A. La creación de delitos de omisión impropia como problema constitucional

Los delitos de omisión propia están tipificados legalmente. En ellos se sanciona expresamente la omisión como forma de comportamiento típico<sup>28</sup>. Un ejemplo básico es el delito de omisión de socorro del art. 494 N° 14 CP. Por otro lado, los delitos de omisión impropia no están tipificados legalmente<sup>29</sup>. Estos ilícitos omisivos deben formarse a partir de delitos de resultado redactados activamente, entendiéndose que, bajo determinados presupuestos, también resulta punible la no evitación del resultado típico<sup>30</sup>.

Sin embargo, esto es problemático en vista del principio constitucional de legalidad, consagrado en el art. 19 N° 3 inc. 9° CPR. De acuerdo con la exigencia formal del principio de legalidad, solo es posible sancionar penalmente las conductas que se encuentren comprendidas por el tenor literal de una norma de sanción legal<sup>31</sup>. El sentido literal posible fija los límites infranqueables de lo que una determinada norma de sanción puede abarcar<sup>32</sup>. Toda interpretación que sobrepase

---

<sup>28</sup> MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 7.ª ed., 2022, § 29 nm. 5.

<sup>29</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 279 ss.

<sup>30</sup> VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 131 ss.; MAÑALICH R., *RDUCN*, (21-2), 2014, p. 233.

<sup>31</sup> FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 2019, § 1 nm. 70; CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 165; KUHLEN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, 2012, p. 159; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.ª ed., 2021, p. 175.

<sup>32</sup> Así ya la fundamental obra de LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª ed., 1980, pp. 318 s.; más recientemente véase, entre otros SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, pp. 100 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 5 nm. 26 ss.; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. I, 6.ª ed., 2004, pp. 73, 210; CÁRDENAS ARAVENA, *RDUCN* (20-2), 2013, pp. 128 s.; CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31),

el sentido literal posible del respectivo tipo penal importa castigar supuestos que no están regidos por la norma de sanción y constituye, por tanto, una analogía fundante de la punibilidad, prohibida en derecho penal<sup>33</sup>. En este contexto, el castigo de conductas omisivas a partir de delitos redactados activamente implica una creación analógica de tipos penales<sup>34</sup>.

## B. Rechazo de la doctrina minoritaria

Según una opinión minoritaria bastante extendida en el último tiempo, los delitos de resultado de la parte especial no se limitan a la comisión activa, sino que también pueden realizarse mediante omisión impropia sin infringir el principio de legalidad.

Ossandón Widow es una de las autoras que más ha escrito al respecto. La jurista sostiene que si el intérprete se vale de una interpretación teleológica, los verbos típicos no serían meras descripciones físicas de causación activa de un resultado, sino fórmulas de adscripción o atribución de responsabilidad<sup>35</sup>. En este orden de cosas, no es decisivo que “un bien jurídico sea afectado por una conducta activa u omisiva”, sino, más bien, que esa conducta sea contraria a deber<sup>36</sup>. Mientras tanto, Carnevalli Rodríguez comprende a los tipos penales como fórmulas

---

2021, p. 165; FERNÁNDEZ CRUZ, *RChD*, (44-3), 2017, p. 178; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.ª ed., 2021, pp. 175; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2.ª ed., 2001, p. 103; así como CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2005, p. 201, quien si bien no utiliza la expresión “sentido literal posible”, habla, no obstante, de mantenerse “dentro de los límites del tipo” para evitar vulnerar la prohibición de analogía *in malam partem*. En la jurisprudencia véase STC, rol N° 2615-14-INA, considerando 27°; 1351-09-INA, considerando 37°. La preeminencia del sentido literal posible tiene, además, asidero legal en las reglas de interpretación de la ley dispuestas en los arts. 19 a 24 CC, aplicables según opinión general al derecho penal (sobre este parecer mayoritario CÁRDENAS ARAVENA, «La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley N° 20.357», *RDUCN* (20-2), p. 129, con nota al pie 23). Dispone el art. 19 CC que: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Al analizar esta regla en relación con el principio de legalidad, la expresión “tenor literal” debe entenderse como sentido literal posible (MATUS ACUÑA, *La ley penal y su interpretación*, 2012, p. 190).

<sup>33</sup> Véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1997, § 5 nm. 28; CÁRDENAS ARAVENA, *RDUCN* (20-2), 2013, pp. 128 s.; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2.ª ed., 2001, pp. 103; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 1998, p. 113. Como ha señalado el TC, la aplicación de tipos penales por analogía consiste en aplicar una norma de sanción a un caso “no previsto expresamente” en la ley, con lo cual la decisión jurisdiccional se convierte en fundamento de la punibilidad (STC, rol N° 163, considerando 12°; 1281-08-INA, considerando 24°; 1351-09-INA, considerando 39°; 2615-14-INA, considerando 27°).

<sup>34</sup> CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2005, pp. 251 s.; NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984, p. 181.

<sup>35</sup> OSSANDÓN WIDOW, en MAÑALICH R., (coord.), *LH-Profesores*, 2013, pp. 447 s.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, 2009, p. 81; OSSANDÓN WIDOW, en VARGAS PINTO (dir.), *Casos destacados derecho penal. Parte general*, 2015, pp. 40 ss.; también así NAVAS MONDACA, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., 2023, p. 264.

<sup>36</sup> OSSANDÓN WIDOW, en MAÑALICH R. (coord.), *LH-Profesores*, 2013, p. 448.

adscriptivas o atributivas de responsabilidad criminal, desdibujando las diferencias entre acción y omisión<sup>37</sup>. Ambas formas de conducta pueden crear o aumentar riesgos para bienes jurídicos<sup>38</sup>, de forma que, para realizar el tipo, resultaría indiferente la modalidad del comportamiento<sup>39</sup>.

En sentido similar a los autores anteriores, Wilenmann von Bernath argumenta que buena parte de los términos que emplean las leyes penales son “conceptos sistemáticos”<sup>40</sup>. Esto quiere decir que su significado “depende de definiciones sistemáticas respecto a las cuales el postulado de que hay algo así como un “sentido literal posible” es inservible”. En estos supuestos, el “sentido debe ser determinado en atención al sistema técnico, sin consideración semántica de las relaciones con el lenguaje natural”. Así pues, entender que los tipos de la parte especial, a primera vista exclusivamente activos, también comprenden omisiones de garante, no infringiría el principio de legalidad “sistemáticamente considerado”, debido a que la dogmática sobre la omisión impropia, especialmente extranjera, estaría lo suficientemente desarrollada como para garantizar objetividad en la aplicación del derecho<sup>41</sup>.

Estas argumentaciones no son aceptables desde una perspectiva constitucional. Los tipos redactados activamente solo pueden captar conductas activas, no omisivas<sup>42</sup>. En efecto, el art. 391 N° 2 CP castiga literalmente *al que mate a otro*, no simplemente *al que no evite la muerte de otro*<sup>43</sup>. Como se ha señalado anteriormente, el tenor literal fija los límites infranqueables del respectivo tipo penal. Por ello, no puede anteponerse una interpretación teleológica o sistemática a la interpretación gramatical.

Hay que reconocer que, mediante un procedimiento interpretativo de los delitos activos de resultado, es posible equiparar *axiológicamente* la no evitación con la realización activa del resultado<sup>44</sup>. Sin embargo, ello no basta, pues en derecho penal debe darse estricto cumplimiento

<sup>37</sup> CARNEVALLI RODRÍGUEZ, *RDUCN*, (9), 2002, p. 75.

<sup>38</sup> CARNEVALLI RODRÍGUEZ, *RDUCN*, (9), 2002, p. 76.

<sup>39</sup> CARNEVALLI RODRÍGUEZ, *RDUCN*, (9), 2002, p. 77.

<sup>40</sup> WILENAMANN VON BERNATH, en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMANN NIEDMANN (coords.), *LH-Etcheberry Orthusteguy*, 2016, p. 305, al igual que las citas siguientes.

<sup>41</sup> WILENAMANN VON BERNATH, en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMANN NIEDMANN (coords.), *LH-Etcheberry Orthusteguy*, 2016, p. 306.

<sup>42</sup> GRÜNWARD, *ZStW*, (70-3), 1958, pp. 412 s.; MAÑALICH R., *RDUCN* (21-2), 2014, p. 229; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 328. JESCHECK, *Nuevo Foro Penal*, (59), 1993, pp. 15 s.

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, «Artículo 1º», *Código Penal comentado*, 2011, p. 23; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., 2005, pp. 251 s.

<sup>44</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 279 ss.

al principio de legalidad. Como la declaración de la culpabilidad y la imposición de una pena representan la injerencia estatal más grave en los derechos fundamentales de los ciudadanos, los tribunales deben estar habilitados legalmente para intervenir. Luego, para no infringir la prohibición de analogía es menester que el legislador habilite legalmente al juez para interpretar delitos de acción como delitos de omisión impropia<sup>45</sup>.

Así, en varios países del derecho comparado el legislador ha solucionado los problemas concernientes a la relación de la omisión impropia con la prohibición de analogía mediante la incorporación de cláusulas legales de equivalencia a la parte general de los códigos punitivos, regulando los requisitos para la equiparación de la no evitación de un resultado con su producción activa. Esta es la función cumplida por el § 13 StGB o por el art. 11 Código Penal español<sup>46</sup>.

A modo ejemplar, el § 13 StGB dispone que solo es punible por la no evitación de un resultado típico quien haya debido responder jurídicamente porque este no acaeciera, siempre que la omisión fuere equivalente a la realización del tipo mediante un hacer. Con esta disposición legal, puede afirmarse que el castigo de la omisión impropia en Alemania no se fundamenta en la analogía. Los delitos de omisión impropia se construyen poniendo en relación delitos de acción con el § 13 StGB<sup>47</sup>. Ahora bien, no debe perderse de vista que, técnicamente, la ley germana solo regula el injusto de resultado, mas no el de conducta, esto es, la infracción de un mandato de evitación del resultado<sup>48</sup>. La punibilidad del quebrantamiento de semejante norma de conducta no puede extraerse individualmente del respectivo tipo penal de acción o del § 13 StGB, ni de la combinación de ambos. En realidad, el § 13 StGB representa una habilitación legal que permite al juez crear, en forma legítima, delitos de omisión impropia<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Al respecto véase, entre otros, CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., 2005, pp. 251 s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, «Artículo 1º», *Código Penal comentado*, 2011, p. 23. En lo fundamental ya KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 288; y NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984, p. 189.

<sup>46</sup> En el mismo sentido art. 10 Código Penal portugués, § 2 Código penal austriaco, art. 13 Código Penal peruano, art. 25 Código Penal colombiano. Con un comentario al art. 25 Código Penal colombiano, véase SCHÜNEMANN, en BÖSE et al. (eds.), *FS-Amelung*, 2009, pp. 322 s.

<sup>47</sup> Véase FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 2023, § 22 nm. 1; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 29/1 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 131 ss.

<sup>48</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997, 29/3.

<sup>49</sup> Así VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 133. En contra, FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 2019, § 6 nm. 4 ss., con referencias a la jurisprudencia del BGH, otorgando al § 13 StGB una función meramente aclaratoria, no constitutiva de la punibilidad. Para estos

En contraste con el panorama comparado, en el derecho chileno no existe una cláusula general que permita al juez penal interpretar todos los delitos de resultado como delitos de omisión impropia<sup>50</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia predominantes se han esforzado por encontrar un fundamento legal que legitime la punición de estos delitos omisivos.

## C. El fundamento legal de la omisión impropia

### I. Art. 1 inc. 1° CP

Para la CS parece bastar, como regulación legal de los delitos de omisión impropia, el tenor literal del art. 1 inc. 1° CP, conforme al cual “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Así, en una muy conocida sentencia dictada el 4 de agosto de 1998, la CS reconoció la posibilidad de castigar el homicidio simple (art. 391 núm. 2 CP) en omisión impropia, puesto que:

“Prescindiendo de algunas reservas sobre la constitucionalidad de hacerlo (...) existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos (...) usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una “acción” como en una “omisión””<sup>51</sup>.

En la fundamentación citada la CS debe admitir que un “amplio acuerdo” fáctico sobre la aceptación de los delitos de omisión impropia no basta para proceder a su castigo. Es menester que, adicionalmente, exista un fundamento legal que legitime la punibilidad. Con todo, del art. 1 inc. 1° CP, tomado por sí solo, no es dable concluir la aceptación de la omisión impropia en el ordenamiento jurídico nacional. Básicamente, contra ello se podría responder que el tenor literal del art. 1 inc. 1° CP refiere solo a los casos en que la omisión se ha previsto *expressis verbis* en la ley, esto es, a los delitos de omisión propia<sup>52</sup>.

---

autores, los tipos de la parte especial pueden realizarse directamente tanto por medio de una acción como de una omisión equivalente.

<sup>50</sup> MAYER LUX/VERA VEGA, en RODRÍGUEZ COLLAO (ed.), *Derecho penal. Parte especial*, v. I, 2022, p. 378; NAVAS MONDACA, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., p. 269; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 1998, p. 203.

<sup>51</sup> SCS, rol N° 1338-1998, de 4 de agosto de 1998, considerando 13º, *GJ*, (218), 1998, p. 113; en la misma línea SCA Santiago, rol 2719-1988, de 19 de diciembre de 1988, considerando 2º, *GJ* (102), 1988, p. 69.

<sup>52</sup> En igual sentido ya POLITOFF LIFSCHITZ/GRISOLÍA CORBATÓN/BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal chileno. Parte especial*, 2001, p. 55.

Esto ha sido sostenido por Pérez Rodrigo<sup>53</sup>. Para este autor, la expresión “penada por la ley” del art. 1 inc. 1º CP es sinónimo de *tipicidad*, por lo que el artículo debe leerse, en lo que interesa, del modo siguiente: “es delito toda omisión típica, descrita por la ley”. Luego, como la omisión impropia no está tipificada expresamente en la ley, es atípica y, en consecuencia, no punible *de lege lata*.

Por otra parte, los propios dichos de la CS en el fallo transcrito parecen apuntar a que el art. 1 inc. 1º CP no es concluyente acerca de la admisión de la omisión impropia en el ordenamiento jurídico. En efecto, para castigar al sujeto por la no evitación del resultado de muerte, el máximo tribunal señala que hay que prescindir de “algunas reservas sobre la constitucionalidad de hacerlo, las cuales no deberían ser desoídas por el legislador en modo alguno”.

## II. Art. 13 Ley de Delitos Económicos

Podría entrar en consideración como fundamento legal de la omisión impropia el art. 13 circunstancia 1.ª letra b) de la Ley N° 21.695, de Delitos Económicos, que otorga una atenuante al condenado que “se limitó a omitir la realización de alguna acción que habría impedido la perpetración del delito, sin favorecerla directamente”.

Sin embargo, este artículo no puede entenderse como una habilitación legal para la creación de delitos de omisión impropia. Él no establece un procedimiento para la creación de tipos penales omisivos, sino que simplemente es una norma de determinación de la pena (en concreto, de atenuación de esta), al estilo del § 13 párr. 2º StGB<sup>54</sup>. Entender que el art. 13 Ley de Delitos Económicos es una cláusula que habilita para crear delitos de omisión impropia, ya en general, ya para los delitos “económicos”, implicaría convertir una atenuante en una disposición fundante de la responsabilidad penal<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> PÉREZ RODRIGO, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (46-167), 1979, pp. 17 ss.

<sup>54</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, en NAVAS MONDACA (dir.), *Derecho penal económico. Parte general*, 2024, pp. 270 s.

<sup>55</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH/CHAHUÁN CHAHUÁN, *El Mercurio Legal*, 2023, <<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2023/11/27/913036/ley-delitos-economicos-miembros-directorios.aspx>> [consultado el 6 de marzo de 2024]

### III. Art. 492 inc. 1° CP

Revisadas las objeciones que se hacen valer al art. 1 inc. 1° CP, más apropiado para fundamentar legalmente el castigo de la omisión impropia es el tenor del art. 492 inc. 1° CP. Esta disposición legal castiga expresamente las *acciones* u *omisiones* que, a mediar malicia, constituirían un *crimen o simple delito contra las personas*. Los delitos contra las personas son los previstos en el Título VIII del Libro II CP. Sin embargo, en aquel Título del CP no se ha tipificado expresamente ninguna omisión, es decir, no hay delitos de omisión propia. De lo anterior se puede desprender que el legislador ha otorgado al juez penal una habilitación legal para que este interprete los delitos de acción contra las personas como delitos de omisión impropia<sup>56</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación de dicha habilitación, del carácter restrictivo del tenor literal del art. 492 inc. 1° CP fluye que aquel se limita a las normas de sanción contenidas en el Título VIII del Libro II CP<sup>57</sup>. Por ende, a través de delitos de omisión impropia solo pueden castigarse infracciones a las normas de conducta estabilizadas con pena por los delitos contra las personas, deberes de comportamiento que se dirigen a la protección de la vida humana independiente o de la salud individual<sup>58</sup>.

Pero no todo delito de acción puede interpretarse como delito de omisión impropia<sup>59</sup>. Para hacerlo es decisivo que la conducta omisiva sea compatible con la descripción de la acción típica o, dicho más radicalmente, que la omisión no esté excluida por el tipo de acción<sup>60</sup>. Debido a esto no todas las normas de sanción que integran el Título VIII del Libro II CP admiten una

---

<sup>56</sup> Esto se remonta al trabajo pionero de POLITOFF LIFSCHITZ/GRISOLÍA CORBATÓN/BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal chileno. Parte especial*, 2001, p. 55; véase además, entre otros, HERNÁNDEZ, «Artículo 1°», *Código penal comentado*, 2011, p. 24; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., 2005, p. 235; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., 2005, pp. 679 s.

<sup>57</sup> En el mismo sentido HERNÁNDEZ BASUALTO, en CURY URZÚA *et al.*, *Problemas actuales de derecho penal*, 2003, p. 165; CONTRERAS CHAIMOVICH/CASTRO MORALES, *Derecho PUCP*, (89), 2022, p. 328; CONTESSE SINGH, en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas penales*, 2017, p. 31, nota al pie 45. De otra opinión CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., 2005, p. 680, para quien lo establecido por el art. 492 inc. 1° CP presupone la legitimidad de construir delitos de omisión impropia *en general*.

<sup>58</sup> La protección de la vida humana dependiente, a través de las distintas figuras de aborto, se encuentra, en la sistemática del Código Penal, en el Título VII del Libro II CP, es decir, en los Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 17.ª ed., 1994, pp. 388 ss.

<sup>60</sup> MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.ª ed., 2021, p. 306; BASCUR RETAMAL, *Polít. Crim.*, (13-25), 2018, pp. 606 s.; MAÑALICH R., *RDUCN* (21-2), 2014, p. 238; aunque sin mencionar el art. 492 inc. 1° CP, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 1998, p. 203.

realización mediante un comportamiento omisivo. En particular, la transformación de un delito de acción en uno de omisión impropia, sencilla en los tipos puramente resultativos, que se cumplen con la mera producción de un resultado, es difícil en las normas de sanción que restringen la ejecución a determinadas modalidades típicas. En este sentido, según algunos solo se admite la omisión impropia en los tipos de resultado puro<sup>61</sup>.

De conformidad con lo anterior, no parece posible “castrar” (art. 395 CP) o “mutilar” (art. 396 CP) por omisión. Tampoco parece posible realizar por omisión el delito de lesiones graves, que limita la comisión en el sentido de que esta debe causarse hiriendo, golpeando o maltratando de obra a otro (art. 397 CP), todos verbos típicos que no admiten una realización omisiva.

Pues bien, para la investigación resultan relevantes los delitos contra las personas de homicidio y lesiones. Sin embargo, de estos ilícitos solo admiten ser realizados por omisión el homicidio simple (art. 391 núm. 2 CP) y las lesiones menos graves (art. 399 CP)<sup>62</sup>. El castigo de otros hechos como delitos de omisión impropia debe rechazarse, por no ser apto de legitimación constitucional.

Cabe mencionar que el entendimiento del art. 492 inc. 1º CP como una habilitación para crear delitos de omisión impropia no está exento de dudas. Por ejemplo, según Mayer Lux/Vera Vega la reciente introducción del tipo del art. 403 bis inc. 2º CP al Título VIII del Libro II podría relativizar esta idea, ya que la disposición en cuestión castiga al que, teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas del inc. 1º del mismo artículo, la maltratare de manera relevante o *no impidiere* su maltrato debiendo hacerlo<sup>63</sup>. Ahora bien, esto no es determinante, pues el art. 492 inc. 1º CP sigue hablando de acciones u omisiones, y no parece plausible entender que la alusión a omisiones ahora solo hace referencia a la omisión propia del art. 403 bis CP.

Por otro lado, Piña Rochefort ha señalado que la vigencia del principio de legalidad, en cuanto principio constitucional, no puede ser afectada por una cláusula meramente legal. Por tanto, de

---

<sup>61</sup> así, por ejemplo, RETTIG ESPINOZA, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2019, pp. 193 s.

<sup>62</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH/CASTRO MORALES, *Derecho PUCP*, (89), 2022, p. 328; POLITOFF LIFSCHITZ/GRISOLÍA CORBATÓN/BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal chileno. Parte especial*, 2001, pp. 55, 209, 226; BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, pp. 35 ss.

<sup>63</sup> MAYER LUX/VERA VEGA, en RODRÍGUEZ COLLAO (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, v. I, 2022, p. 379, nota al pie 54.

que la creación de delitos de omisión impropia esté conforme con el art. 492 inc. 1º CP no se sigue que este artículo esté conforme con el art. 19 N° 3 CPR<sup>64</sup>. Esta observación es novedosa, atendido el hecho de que la constitucionalidad del art. 492 CP no se ha estudiado. Sin embargo, el planteamiento de Piña Rochefort debe rechazarse. Desde una perspectiva jurídico-constitucional, crear delitos de omisión impropia por medio del art. 492 inc. 1º CP no vulnera la prohibición de analogía, precisamente porque se trata de una aplicación analógica *prevista expresamente por la ley*<sup>65</sup>. Por otro lado, constituye una opinión muy extendida que la propia CPR ha reconocido (o al menos no excluye) a los delitos de omisión impropia, porque la expresión “conducta” empleada en el art. 19 N° 3 inc. 9º CPR no se limita al hacer positivo, sino que debe entender comprendiendo tanto a la acción como la omisión<sup>66</sup>.

#### **D. Compatibilidad del art. 492 inc. 1º CP con el mandato constitucional de determinación**

En lo que respecta a la constitucionalidad del art. 492 inc. 1º CP, más graves son las implicancias para el derecho chileno del debate suscitado en Alemania acerca de la compatibilidad del § 13 StGB con el mandato de determinación<sup>67</sup>.

Según el art. 103 párr. 2º GG, la conducta punible debe estar legalmente determinada antes del hecho. Por su parte, el § 13 StGB no establece los supuestos que pueden dar lugar a la responsabilidad especial del garante, es decir, las fuentes de la posición de garante. Se limita, en cambio, a aludir genéricamente al deber de garante, mediante la expresión “haber tenido que responder jurídicamente” por la evitación de un resultado. Por consiguiente, se critica que el

<sup>64</sup> PIÑA ROCHEFORT, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, 2023, pp. 307 ss., nota al pie 934.

<sup>65</sup> Véase NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 2005, p. 147; VAN WEEZEL, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2011, p. 63; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 329.

<sup>66</sup> STC, rol N° 2897-15-INA, considerando 14º s.; POLITOFF LIFSCHITZ/GRISOLÍA CORBATÓN/BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal chileno. Parte especial*, 2001, p. 55; BUSTOS RAMÍREZ/CABALLERO BRUN, «Artículos 1º a 4º», *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, 2002, p. 51; NAVAS MONDACA, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., 2023, p. 270; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., 2005, p. 46; VARGAS PINTO, *Manual de derecho penal práctico*, 2.ª ed., 2010, p. 60.

<sup>67</sup> Con respecto al mandato de determinación en su sentido básico, véase por ahora DANNECKER/SCHUHR, «§ 1», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 179 s.; VAN WEEZEL, *Revista Penal México*, (5), 2014, p. 208; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 29.

legislador alemán no habría precisado todos los presupuestos de la punibilidad por omisión impropia, delegando esa tarea al juez penal<sup>68</sup>.

Al art. 492 inc. 1º CP resultan aplicables reparos semejantes y, quizá, mayores. La disposición legal chilena tampoco define las posiciones de garante y, en comparación con su contraparte extranjera, parece estar menos determinada, porque no refiere explícitamente a la responsabilidad especial del garante ni siquiera en forma genérica. Esto podría suscitar dudas razonables respecto a si el art. 492 inc. 1º CP cumple con el mandato de determinación, consagrado en nuestro medio en el art. 19 Nº 3 inc. 9º CPR, que exige, para imponer una pena, que la conducta punible esté “expresamente descrita” en la ley penal<sup>69</sup>.

Esta cuestión no puede ser analizada en abstracto. Una toma de partido sobre la constitucionalidad del art. 492 inc. 1º CP frente al mandato de determinación requiere aclarar la finalidad que persigue esta garantía, así como las exigencias que impone al legislador penal.

## I. Finalidad del mandato de determinación

A menudo se afirma que la finalidad del mandato de determinación consiste en la protección de la confianza de los ciudadanos, quienes en virtud de la descripción precisa del comportamiento típico en la ley penal podrían distinguir entre comportamientos jurídicamente desaprobados, por una parte, y jurídicamente tolerados, por la otra, evitando con ello ser sorprendidos por el derecho penal<sup>70</sup>. Esta idea rectora domina no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia actual del TC<sup>71</sup>. En este sentido, el TC ha sostenido que las normas de sanción deben determinar con suficiencia los comportamientos punibles, para asegurar que los

<sup>68</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 1995, § 46 nm. 38; GRÜNWARD, *ZStW*, (70-3), 1958, p. 418; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, 1995, p. 52. Pese a las reservas, la mayoría estima que el § 13 StGB cumple con el mandato de determinación. En contra, suele citarse a OTTO, *Manual de derecho penal*, 7.ª ed., 2017, § 9 nm. 21; así como a KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 213 s.

<sup>69</sup> Sobre este artículo constitucional como establecimiento del mandato de determinación en Chile, véase VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de derecho constitucional*, t. II, 2.ª ed., 2007, p. 356.

<sup>70</sup> OLIVER CALDERÓN, *RDPUCV*, (21), 2000, p. 81; CURY URZÚA, *La ley penal en blanco*, 1988, pp. 14, 91; RODRÍGUEZ COLLAO, *RDPUCV*, (8), 1984, p. 232.

<sup>71</sup> A lo menos desde STC, rol N° 46, considerando 18º. Este es también el entendimiento del BVerfG; véase, por ejemplo, BVerfG, 20.03.2002 - 2 BvR 794/95 nm. 64, señalando que el art. 103 párr. 2º GG obliga al legislador a describir los presupuestos de la punibilidad al punto de que los ciudadanos sean capaces de conocer el ámbito de aplicación de la respectiva norma de sanción, ya que solo así pueden guiar su conducta de acuerdo con el derecho, sin temer a un castigo estatal imprevisto.

ciudadanos “comprendan cabalmente lo que les es exigible”, así como que la realización u omisión de semejante conducta “les acarreará la aplicación de la pena”<sup>72</sup>. En definitiva, la taxatividad en la redacción legal permite a los individuos conocer “el ámbito de las conductas prohibidas”<sup>73</sup>. De esta forma, los individuos alcanzan “suficiente noticia previa” acerca de cómo deben conducirse para no incurrir en responsabilidad penal<sup>74</sup>.

La idea dominante de que el fin del mandato de determinación es la protección de la confianza de los ciudadanos es errónea. La ley penal no formula pautas de conducta que indiquen al ciudadano exactamente qué formas de comportamientos constituyen injusto y cuáles no. Por el contrario, las leyes penales contienen normas de sanción que ordenan al juez declarar la culpabilidad e imponer una sanción ante el quebrantamiento de normas de comportamiento — normalmente, cumpliéndose además otros presupuestos, como el acaecimiento de un resultado—<sup>75</sup>. Las normas de sanción se dirigen no al ciudadano, sino al juez, y en tal sentido están formuladas desde una perspectiva *ex post*, no siendo idóneas para eliminar o disminuir riesgos para bienes jurídicos<sup>76</sup>. Parece ilusorio, además, suponer que los profanos estarán al día con los distintos preceptos del Código Penal y, sobre todo, que los comprenderán correctamente, extrayendo las prohibiciones y mandatos que subyacen a cada uno de ellos<sup>77</sup>. El que se exija formular los tipos penales en un “lenguaje de fácil acceso al ciudadano”<sup>78</sup>, en desmedro de un lenguaje técnico-jurídico, no cambia el resultado. El lenguaje cotidiano es extremadamente variable, y no evoluciona con miras a resolver cuestiones jurídicas, como por ejemplo la delimitación entre conductas prohibidas y toleradas, sino que sigue un camino propio<sup>79</sup>. Finalmente, si la médula del mandato de determinación consistiera en informar a los ciudadanos de las conductas que llevan a la punibilidad, se hace evidente que para ello no sería necesaria una ley, sino que bastaría incluso un correo electrónico<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> STC, rol N° 4476-18, considerando 12°.

<sup>73</sup> STC, rol N° 2744-14, considerando 29°.

<sup>74</sup> STC, rol N° 2773-15-INA, considerando 10°.

<sup>75</sup> FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 2019, § 1 nm. 69.

<sup>76</sup> FRISCH, *REJ* (32), 2019, p. 18.

<sup>77</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, pp. 168 s.; VAN WEEZEL, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2011, p. 10.

<sup>78</sup> Como propone, recientemente, STC, rol N° 10732-21-INA, considerandos 6°, 13°.

<sup>79</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, p. 450.

<sup>80</sup> VAN WEEZEL, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2011, p. 10.

La finalidad del mandato de determinación consiste, antes bien, en asegurar que las competencias estatales de creación y aplicación de normas de sanción se mantengan en poderes del Estado distintos, asegurando la objetividad de la intervención punitiva estatal.

En ese orden de ideas, la facultad de creación de normas de sanción ha de recaer exclusivamente en el legislador. Como la declaración de culpabilidad y la imposición de una sanción penal representan la injerencia estatal más grave en los derechos fundamentales de los ciudadanos, se requiere que una norma de sanción legal emanada del Congreso habilite expresamente a los tribunales para aquello<sup>81</sup>. Tal necesidad se explica en que solo esta institución, conformada por los representantes electos del pueblo y que sigue en su labor un procedimiento deliberativo, goza de legitimación democrática directa para decidir los contornos de la punibilidad<sup>82</sup>. De este modo son los ciudadanos, por medio del legislador, quienes deciden sobre las restricciones a su propia libertad<sup>83</sup>. En contraste, los tribunales carecen de legitimación democrática directa. Por eso, su intervención requiere de la legitimación material del legislador, es decir, de una habilitación en forma de ley penal<sup>84</sup>.

Por otro lado, debe recaer privativamente en los tribunales penales la facultad de aplicar tipos delictivos a casos concretos, esto es, la de configurar una determinada norma de sanción y, de acuerdo con ella, declarar la culpabilidad del sujeto e imponerle una pena. Y es que, para garantizar la efectiva sujeción de los órganos estatales a la ley y, con ello, la legitimidad de la punición estatal, la aplicación de tipos penales debe ser confiada a un poder del Estado distinto del que los creó<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Fundamental CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 170; FREUND, *REJ* (31), 2019, p. 4.

<sup>82</sup> GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, p. 13 s.; DANNECKER/SCHUHR, «§ 1», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 55; NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, p. 36; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1997, § 5 nm. 20.

<sup>83</sup> NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, p. 37.

<sup>84</sup> Véase SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 11. El profesor alemán acompaña a la necesidad de legitimación de las decisiones jurisdiccionales una razón psicológica: el imputado encontraría arbitraria una decisión que no esté basada en la ley. Por otro lado, para el juez sería difícil imponer una pena, que tiene la aptitud cierta de destruir la vida del imputado, si no se ve obligado a ello como ejecutor de la voluntad general.

<sup>85</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 170.

En este esquema, el Poder Ejecutivo queda excluido tanto de la creación como de la aplicación de tipos penales<sup>86</sup>.

Cuando el legislador delimita con suficiente precisión qué clases de comportamientos injustos son punibles, la decisión sobre si una conducta es merecedora de pena, y en qué grado, queda decidida democráticamente de antemano, previniendo que esto sea determinado por el juez penal sobre la base de sus consideraciones personales sobre merecimiento de reproche<sup>87</sup>. En este sentido, el mandato de determinación persigue la separación de las competencias estatales relativas al castigo estatal al procurar evitar delegaciones subrepticias de la función legislativa<sup>88</sup>.

Habida cuenta de lo escrito hasta el momento, para justificar la constitucionalidad del art. 492 inc. 1º CP debe rechazarse de antemano emplear un argumento como el que el BVerfG ha esgrimido para defender la constitucionalidad del § 13 StGB. Para el BVerfG, las posiciones de garante estarían establecidas por varias décadas de jurisprudencia estable, de modo tal que el ciudadano no podría ser sorprendido por el derecho penal, eliminándose así las preocupaciones relativas al mandato de determinación<sup>89</sup>. Esto es debatible no solo por no ser efectivo que en Chile exista consolidación jurisprudencial de las posiciones de garante<sup>90</sup>. Además, si la finalidad del mandato de determinación consiste en asegurar la debida separación de competencias estatales en materia de intervención penal, desde una perspectiva constitucional es indiferente que una supuesta jurisprudencia uniforme permita a los ciudadanos anticiparse al derecho penal<sup>91</sup>. Lo decisivo es aclarar si la determinación de las posiciones de garante es una tarea exigida al legislador penal por la Constitución.

---

<sup>86</sup> DANNECKER/SCHUHR, «§ 1», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 55. Como señala CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 170, incluyendo nota al pie 32, el Ejecutivo solo está habilitado para concretizar deberes de conducta específicos (lo que se mantiene en el ámbito de lo injusto), no para establecer la conducta típica.

<sup>87</sup> FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 2023, § 4 nm. 11; GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, p. 14. En la jurisprudencia, STC, rol N° 1351, considerando 40º.

<sup>88</sup> NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, p. 97.

<sup>89</sup> BVerfG, 10.06.1997 - 2 BvR 1516/96, openJur 2011, 118472, nm. 91 ss.

<sup>90</sup> Véase ya ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 1998, p. 203.

<sup>91</sup> También HAAS, *MR-StGB*, 2.ª ed., 2020, § 13, nm. 6, rechaza la idea de que el comportamiento punible debe ser extraído por los ciudadanos de la ley penal, concluyendo que la cuestión de constitucionalidad que suscita el § 13 StGB no puede subsanarse por la jurisprudencia.

## II. Exigencias que el mandato de determinación impone al legislador penal

La protección de la confianza de los individuos se alcanza de manera idónea no con un farragoso Código Penal que se ponga en cada supuesto de la vida, sino con un orden primario de conducta adecuado, esto es, con prohibiciones y mandatos que indiquen a los ciudadanos cómo comportarse para conservar bienes jurídicos ajenos<sup>92</sup>. Las normas de sanción penal, que pertenecen al orden secundario de sanción, solo entran en consideración ante el quebrantamiento de normas de conducta<sup>93</sup>. Puesto que la condición básica de cualquier hecho punible es la infracción de un deber de comportamiento que haya regido para un contexto y destinatario específicos, en tanto en cuanto únicamente tal deber puede proteger efectivamente bienes jurídicos, ya con su seguimiento se asegura que ningún ciudadano sea sorprendido por el derecho penal<sup>94</sup>.

Pero además de no ser labor del derecho penal formular normas de conducta detalladas, ello es derechamente irrealizable para cualquier legislador del mundo atendida la multiplicidad de comportamientos que podrían ser necesarios para conservar bienes jurídicos en las diferentes situaciones de vida imaginables<sup>95</sup>. Una determinación absoluta solo puede ser cumplida tratándose de objetos concretos. Los enunciados legales, en cambio, siempre admiten un nivel de valoración<sup>96</sup>. La pretensión de una redacción demasiado casuística corre el riesgo de generar lagunas de punibilidad no deseadas<sup>97</sup>.

Las consideraciones anteriores hacen evidente que el mandato constitucional de determinación de la “conducta” punible, en el lenguaje del art. 19 N° 3 inc. 9° CPR, no puede conllevar una determinación máxima de esta<sup>98</sup>. Antes bien, el estándar de determinación concreto que esta garantía exige al legislador penal tiene que ajustarse a su finalidad, que es la debida separación de competencias de los poderes estatales en el ejercicio de la punición.

<sup>92</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 169, con nota 21.

<sup>93</sup> Véase en este sentido FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 2019, § 1 nm. 50; FRISCH, *REJ* (32), 2019, pp. 6 ss.

<sup>94</sup> Al respecto FREUND, *REJ* (31), 2019, p. 5, con nota al pie 16, así como p. 8.

<sup>95</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 177.

<sup>96</sup> En un sentido similar JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997, 29/5.

<sup>97</sup> En una línea parecida VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 329.

<sup>98</sup> Así, sin embargo, no hace mucho, OSSANDÓN WIDOW, *Revista de Derecho (Valdivia)*, (22-1), 2009, p. 160.

Como es sabido, para que el juez penal pueda declarar la culpabilidad e imponer una pena debe estar habilitado para ello por el Poder Legislativo, único poder del Estado facultado para crear tipos delictivos. En esta labor el legislador debe, para no convertirse en juez de hechos cometidos, tomar distancia de los casos concretos, dictando normas que miren a una “clase” de casos futuros<sup>99</sup>. Como ha destacado recientemente Contreras Chaimovich en un influyente trabajo, la “conducta” a que alude el art. 19 N° 3 inc. 9°, CPR no puede interpretarse como comportamiento exigible en un contexto dado, sino que debe entenderse como una clase o género de infracciones a normas de conducta, definida por términos legales abstracto-generales<sup>100</sup>.

Para cumplir con el art. 19 N° 3 inc. 9° CPR no basta con la descripción de la conducta punible, sino que esta descripción tiene que ser *expresa*. Esto sucede cuando la conducta contraria a deber es fijada con *suficiente precisión* por la ley<sup>101</sup>. Esa precisión suficiente debe al menos permitir reconocer el bien jurídico protegido por la norma de conducta típico-específica<sup>102</sup>. Ello es relevante porque al quedar establecido que la norma de conducta protege un bien jurídico determinado, su legitimidad queda fuera de dudas<sup>103</sup>.

### III. La constitucionalidad del art. 492 inc. 1° CP

El art. 492 inc. 1° CP no describe ninguna omisión punible, sino que permite interpretar los delitos de homicidio simple (art. 391 N° 2 CP), por una parte, y de lesiones menos graves (art. 399 CP), por otra, ambos redactados en términos activos, como delitos de omisión impropia. Por tanto, para examinar si el art. 492 inc. 1° CP cumple con el mandato de determinación es

<sup>99</sup> FREUND, *REJ* (31), 2019, p. 6.

<sup>100</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 178. El planteamiento introducido por este autor en la doctrina chilena ha permeado en la jurisprudencia constitucional reciente, mezclándose con las tesis ya establecidas por el TC (véase STC, rol N° 10732-21-INA, considerando 13°). Por lo demás, cabe mencionar que esta idea parece estar conforme con la teoría del tipo, pues ya el propio concepto de “tipo” indica que la ley penal no describe un hecho particular, sino que capta una clase o género de comportamientos desaprobados (véase VAN WEEZEL, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2011, p. 67).

<sup>101</sup> El TC también destaca la necesidad de precisión, al prevenir que para cumplir con el mandato constitucional de determinación no basta con “describir el comportamiento penalmente ilícito”, sino que el legislador debe hacerlo “con claridad y precisión” (STC, rol N° 3329-17-INA, considerando 19°).

<sup>102</sup> Expresamente en este sentido CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.* (16-31), 2021, p. 179, con bibliografía; coincidente OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, 2009, p. 505, señalando que todo tipo penal debe expresar “el bien jurídico que protege”, y “al menos genéricamente el *desvalor de acto*” (cursivas en el original).

<sup>103</sup> FREUND, *REJ* (31), 2019, pp. 6 s.

forzoso construir los respectivos delitos de omisión impropia poniéndolo en relación con los enunciados legales de los arts. 391 N° 2 y 399, ambos del CP.

El homicidio simple consiste en matar a otro ser humano. El comportamiento típico “matar” comprende la clase o género de infracciones a normas de conducta que tengan por objeto proteger la vida humana independiente. Por su parte, las lesiones menos graves captan todas las lesiones que no queden comprendidas por una de las figuras de lesiones agravadas; para realizar el tipo basta con la producción de un resultado de lesión, en tanto no se exige una modalidad típica particular<sup>104</sup>. El ámbito de la tipicidad está compuesto, así pues, por el conjunto de infracciones a normas de conducta dirigidas a la conservación de la salud individual.

De la vigencia del principio de legalidad se deriva que, sin el art. 492 inc. 1° CP, la aplicación de los delitos de homicidio simple y lesiones menos graves solo puede captar el quebrantamiento de *prohibiciones* que persigan la protección de la vida humana independiente o la salud individual. El art. 492 inc. 1° CP permite castigar, además, el quebrantamiento de *mandatos* destinados a eliminar o disminuir peligros para dichos bienes jurídicos. Estos mandatos de evitación de un resultado pueden ser infringidos únicamente por quienes se encuentren en una relación de garantía respecto del bien jurídico protegido por el tipo, esto es, quienes estén en una posición de garante<sup>105</sup>.

En tanto los tipos penales de omisión impropia creados a partir del art. 492 inc. 1° CP describen expresamente la clase o género de infracciones a mandatos que deben ser estabilizados a través de una pena, este precepto legal está suficientemente determinado. Dicho más claramente: el art. 492 inc. 1° CP cumple las exigencias de precisión impuestas por la Constitución, ya que los contornos de la punibilidad, es decir, la clase o género de conductas delictivas punibles, están establecidos democráticamente por el legislador penal.

En el art. 492 inc. 1° CP el legislador ha otorgado un margen amplio de desarrollo de la ley penal. Desde esta perspectiva, la cuestión de cuáles son las posiciones de garante específicas que pueden dar lugar a la responsabilidad especial de evitación del resultado puede quedar

---

<sup>104</sup> Véase al respecto BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, 1995, p. 35.

<sup>105</sup> Sobre este punto MAÑALICH R., *RDUCN* (21-2), 2014, pp. 241 ss.

entregada, sin transgredir el principio de legalidad, a la doctrina y la jurisprudencia, esto es, a la argumentación jurídica<sup>106</sup>.

### **E. Resultado provisional**

Este capítulo ha demostrado que la omisión impropia es compatible con el principio de legalidad, siendo así constitucionalmente legítima. La equiparación de la no evitación de un resultado típico con su producción activa puede justificarse legalmente mediante el art. 492 CP inc. 1º CP, salvando con ello los reparos relativos a la prohibición de analogía. A pesar de ser escueta, esta disposición legal cumple con el estándar que el mandato de determinación exige al legislador penal.

De lo expuesto en el capítulo se derivan, empero, relevantes consecuencias prácticas para el resto de la investigación. Al no existir en el ordenamiento jurídico chileno una cláusula legal de equiparación (o transformación) aplicable a todos los delitos de resultado, como sí ocurre en el derecho comparado, el ámbito de la omisión impropia es muy estrecho. El castigo de los delitos de omisión impropia se reduce a los delitos contra las personas y, dentro de ellos, a los tipos penales de homicidio simple y de lesiones menos graves.

Esto importa no solo que cualquier forma de afectación a la vida humana independiente o a la salud individual que no pueda ser subsumida en el tenor literal de los tipos mencionados es atípica a la luz de la legislación chilena. Más importante, *de lege lata* solo cabe confirmar la vigencia de mandatos que persigan la eliminación o disminución de riesgos para la vida humana independiente o la salud individual. Está exento de pena el quebrantamiento de mandatos que protejan cualesquiera otros bienes jurídicos.

Con esta acotación de la esfera de los delitos de omisión impropia, hay que descartar la posibilidad de hacer a los órganos directivos de las empresas por delitos contra el medio ambiente, la libre competencia, la confianza en el mercado, el patrimonio, etc. Ahora bien, la aplicación de delitos de omisión impropia en la empresa aún resulta relevante en casos

---

<sup>106</sup> Explícitamente CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 44, con nota al pie 205. Ya BUSTOS RAMÍREZ/FLISFISCH FERNÁNDEZ/POLITOFF LIFSCHITZ, en LONDOÑO MARTÍNEZ/MALDONADO FUENTES (eds.), *Clásicos de la literatura penal en Chile*, t. II, 2018, p. 1203 señalaban que, sin perjuicio de no estar escritas en la ley, las posiciones de garantía pueden extraerse del ordenamiento jurídico en su conjunto.

caracterizados por la producción de muertes o lesiones corporales, como por ejemplo, los de responsabilidad por el producto o de accidentes laborales<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH/CASTRO MORALES, *Derecho PUCP*, (89), 2022, pp. 328 s.

## Capítulo 2

### **Fundamento y límites de la posición de garante de los órganos directivos de empresas**

Tras el capítulo anterior puede afirmarse que los delitos de omisión impropia son punibles, aunque limitadamente. Esta aclaración solo constituye una cuestión preliminar. Para proceder al castigo de un delito de omisión impropia se requiere, fundamentalmente, que el omitente haya tenido la responsabilidad especial de actuar, es decir, que haya ocupado una posición de garante. Hay que referirse, pues, al fundamento y los límites de la posición de garante de los órganos directivos empresariales. Antes de ello, se realizarán algunas consideraciones metodológicas que allanen el camino de la investigación posterior.

#### **A. Consideraciones metodológicas previas**

La dogmática de los delitos de omisión impropia y, en particular, la de las posiciones de garante, representa un campo de trabajo difícil<sup>108</sup>. El debate sobre el fundamento y los límites de la responsabilidad por delitos de omisión impropia se remonta a Feuerbach<sup>109</sup>, y parece estar lejos de terminar<sup>110</sup>. Según una muy citada expresión de Roxin, se trata del “capítulo aún hoy más discutido y oscuro en la dogmática de la parte general”<sup>111</sup>.

Considerando lo anterior, en esta obra, que versa sobre la responsabilidad por omisión de los órganos directivos, y no propiamente sobre la dogmática de la omisión impropia, no se considerarán separadamente las opiniones sobre el fundamento y los límites de la posición de

---

<sup>108</sup> SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, p. 196.

<sup>109</sup> FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, 1989, § 24.

<sup>110</sup> Con extensas referencias bibliográficas, HERBERTZ, *Die Ingerenz*, 2020, p. 111, con nota al pie 172; VON COELLN, *Das »rechtliche Einstehenmüssen« beim unechten Unterlassungsdelikt*, 2008, p. 83, con nota 6.

<sup>111</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 2.

garante en la dogmática de la omisión impropia. En su lugar, se privilegiará exponer de manera exhaustiva las opiniones específicas acerca de la posición de garante de los órganos directivos empresariales. Ceñirse al terreno más acotado de la criminalidad empresarial puede, quizá, traer resultados más claros. Desde luego, como podrá notarse en las líneas siguientes, varias de las soluciones de la literatura especializada sobre la responsabilidad de los órganos directivos guardan estrecha relación con aquellas que pueden encontrarse también en la dogmática de la omisión impropia.

## B. El debate sobre el fundamento de la posición de garante

En su monografía de 1968 sobre el hacer precedente, Welp fue el primero en tratar concretamente la responsabilidad penal de los órganos directivos de empresas por la no evitación de los delitos de sus subalternos<sup>112</sup>. El impulso al debate vino un poco después, de la mano de la célebre obra sobre criminalidad empresarial de Schünemann, publicada en 1979<sup>113</sup>. Desde entonces, en el derecho comparado se han escrito numerosas e importantes contribuciones científicas que, o han tratado exclusivamente el tema de la responsabilidad omisiva de los directivos por la no evitación de los delitos de sus trabajadores, o bien han dedicado un amplio espacio a él<sup>114</sup>. Dan cuenta de este impresionante interés, tan solo en el ámbito monográfico, las minuciosas investigaciones de, por ejemplo, Bottke<sup>115</sup>, Walter<sup>116</sup>, Bosch<sup>117</sup>, Waßmer<sup>118</sup>, Demetrio Crespo<sup>119</sup>, Spring<sup>120</sup>, Utz<sup>121</sup>, Estellita<sup>122</sup> y Noll<sup>123</sup>.

---

<sup>112</sup> WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 235 ss. Como previene SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, p. 124, nota 383, del mismo año data el trabajo de PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, 1968, pp. 132 ss., que tiene un mención tratamiento de la responsabilidad de los órganos directivos empresariales. Sin embargo, refiere solo a los peligros provenientes de cosas, no de los trabajadores.

<sup>113</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 95 ss., 101 ss. Véase, como antecedente, muy tímidamente, SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 372 ss.

<sup>114</sup> Un cuadro general se encuentra en WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 2 ss.

<sup>115</sup> BOTTKKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, *passim*.

<sup>116</sup> WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, 2000, *passim*.

<sup>117</sup> BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pp. 142 ss.

<sup>118</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, *passim*.

<sup>119</sup> DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad por omisión del empresario*, 2009, *passim*.

<sup>120</sup> SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, *passim*.

<sup>121</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, *passim*.

<sup>122</sup> ESTELLITA, Heloisa, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017, *passim*.

<sup>123</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, pp. 49 ss.

En la doctrina chilena, la discusión sobre la posición de garante de los órganos directivos de empresas es menor. La obra más detallada hasta la fecha es la contribución de Hernández Basualto al libro en memoria de Enrique Cury Urzúa<sup>124</sup>. Hasta donde se ve, en la literatura general no hay exposiciones de la discusión<sup>125</sup>.

A pesar de los desarrollos en el derecho comparado, todavía se discute intensamente acerca del fundamento de la posición de garante de los órganos directivos. Por tanto, se requiere un nuevo examen del estado de la cuestión. Este análisis también puede contribuir a impulsar el debate chileno.

## I. Posición de garante basada en la injerencia

### 1. Exposición

Unos pocos autores fundan la posición de garante de los órganos de dirección empresarial en un actuar precedente peligroso<sup>126</sup>. Welp emprendió los primeros esfuerzos en este sentido, de la mano de su concepto central de “apertura del establecimiento”. El autor sostiene que los titulares de las empresas deben responder como garantes por injerencia ya por la “apertura del establecimiento”, pues el inicio de actividades, con la consecuente contratación de trabajadores, motiva las acciones peligrosas de terceros<sup>127</sup>.

Entre los defensores más recientes de una posición de garante por injerencia de los órganos directivos de empresas se encuentra Beulke. Para este catedrático alemán, la autonomía de los subordinados impide justificar una posición de garante para la evitación de los delitos cometidos por estos<sup>128</sup>. Sin embargo, los directivos tienen una posición de garante basada en el hacer

<sup>124</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 547 ss. Deben mencionarse también HERNÁNDEZ BASUALTO, *REJ*, (10), 2008, pp. 185 ss.; NOVOA ZEGERS, *Actualidad Jurídica*, (18), 2008 pp. 453 ss.

<sup>125</sup> Solo MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., 2021, pp. 307 s. mencionan marginalmente el problema de la posición de garante de los órganos directivos de empresas para la evitación de los delitos de sus subalternos. Con todo, no se adentran en la cuestión y la rechazan en atención al principio de autorresponsabilidad.

<sup>126</sup> Así WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 235 ss.; BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 39 s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 214 s.; mucho más limitadamente MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 453.

<sup>127</sup> WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 235 ss.

<sup>128</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 32 ss., 37 ss.

precedente respecto de los cursos causales peligrosos creados por ellos mismos. Desde esta perspectiva, el principio de autorresponsabilidad no plantea problemas, pues la punición se funda en la *propia conducta* de los órganos ejecutivos de la empresa, y no en la conducta de los trabajadores plenamente responsables<sup>129</sup>. La responsabilidad por injerencia es particularmente relevante cuando el peligro surge *inmediatamente* por el comportamiento de un trabajador, pero *mediatamente* por una organización de la empresa contraria a deber<sup>130</sup>. Así, por ejemplo, los órganos directivos son responsables por la contaminación de determinados alimentos en una planta productiva porque la empresa, en aras de abaratar costes, no cumple con las normas de higiene necesarias, aunque la contaminación pueda atribuirse en el caso concreto a un trabajador individual<sup>131</sup>.

## 2. Análisis crítico

Fundar la posición de garante de los órganos directivos de empresas en la injerencia presenta una serie de problemas. Existe unanimidad en cuanto a que, para la configuración de una posición de garante por un comportamiento previo, no basta con una simple relación de causalidad entre el hacer precedente y el acaecimiento del resultado<sup>132</sup>. La pregunta decisiva es, entonces, cuáles son las cualidades que debe reunir el comportamiento anterior para engendrar deberes de actuar<sup>133</sup>. Pues bien, de conformidad con la doctrina dominante, el hacer precedente tiene que ser *contrario a deber desde un punto de vista objetivo*, es decir, debe haber infringido una norma de conducta<sup>134</sup>. En vista de este requisito, es difícil legitimar un deber jurídico de los órganos directivos de empresas derivado de la injerencia, al menos en el sentido de una responsabilidad por la apertura del establecimiento. La puesta en marcha de una empresa, la explotación de instalaciones, la contratación de personal, el reparto de funciones entre distintas personas, etc., son todas conductas que, en principio, no infringen deber de comportamiento

<sup>129</sup> BEULKE, en GEISLER, *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 39 s.

<sup>130</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 40.

<sup>131</sup> BEULKE, en GEISLER, Claudius *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 40.

<sup>132</sup> Por todos HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 294; así como JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997, 29/39.

<sup>133</sup> ROXIN, *RP*, (19), 2007, p. 155.

<sup>134</sup> Véase JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 59 IV 4 a; GROPP/SINN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2020, § 11 nm. 69; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, 2005, § 13 nm. 32; CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 12. De hecho, algunos ni siquiera ponen en duda la exigencia de la contrariedad a deber y reservan la voz *injerencia* para un actuar precedente contrario a derecho, como se ve en DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, pp. 126 ss.

alguno, sino que representan un peligro inicialmente permitido que se debe seguir manteniendo como tal<sup>135</sup>.

Ahora bien, no se puede ignorar que un sector considerable de la doctrina prescinde del requisito de la contrariedad a deber del comportamiento anterior<sup>136</sup>. Esta corriente plantea que la infracción de una norma de conducta no puede ser el “único criterio decisivo” en la teoría de la injerencia<sup>137</sup>, pues ello limitaría demasiado la responsabilidad en algunos casos, o bien la ampliaría insosteniblemente en otros<sup>138</sup>. Para imputar al autor de la conducta precedente determinados resultados típicos, es decir, para hacerle cargar a él con las consecuencias del curso causal lesivo, y no a la víctima<sup>139</sup>, lo fundamental no es que el comportamiento previo haya sido antijurídico, sino que este haya creado un *riesgo especial* o *cualificado*<sup>140</sup>. Los supuestos de contrariedad a deber solo serían casos fáciles, pues “una conducta antijurídica genera en todo caso un riesgo especial”<sup>141</sup>. A menudo, la suficiencia de una actividad previa especialmente peligrosa se justifica en que quien emprende actividades que superan los riesgos

---

<sup>135</sup> En este sentido BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, p. 15; HERBERTZ, *Die Ingerenz*, 2020, p. 66; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, p. 130; DEMETRIO CRESPO, en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, p. 16; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 557 s.

<sup>136</sup> Así JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/39 ss.; JAKOBS, *ADPCP*, (52-1/3), 1999, pp. 22 ss., 44 ss.; FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, § 6 nm. 69; OTTO, *Manual de derecho penal*, 7.<sup>a</sup> ed., 2017, § 9 nm. 81; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 44; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 294 ss.; IZQUIERDO SÁNCHEZ, *RChD*, (33-2), 2006, p. 333; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 212; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 219 ss.; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 151 ss.

<sup>137</sup> WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 44.

<sup>138</sup> OTTO, *Manual de derecho penal*, 7.<sup>a</sup> ed., 2017, § 9 nm. 81. Para Otto el criterio de la antijuricidad puede ser muy estrecho, pero también muy amplio. Muy estrecho, porque podrían derivarse deberes de aseguramiento a partir de conductas conforme a derecho, lo que quedaría en evidencia por los deberes de garante en virtud del dominio de una fuente de peligro cuya apertura ha sido lícita. Muy amplio, porque frecuentemente la calificación de un comportamiento como injusto según el orden primario no tendría relación con los resultados penalmente relevantes. Ejemplo: la venta antijurídica de alimentos fuera del horario permitido no origina el deber de evitar peligros para la vida suscitados por el mal estado de la comida.

<sup>139</sup> Sobre este uso de los conceptos de “autor” y “víctima” de la creación del riesgo, véase JAKOBS, *ADPCP*, (52-1/3), 1999, p. 44.

<sup>140</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/42: “riesgo especial”; JAKOBS, *ADPCP*, (52-1/3), 1999, pp. 22 ss., 44 ss.: “riesgo especial”; en sentido similar FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, § 6 nm. 69: “actividades cualificadamente riesgosas”. Según JAKOBS, *ADPCP*, (52-1/3), 1999, pp. 23 s. —quien, a diferencia de OTTO, *Manual de derecho penal*, 7.<sup>a</sup> ed., 2017, § 9 nm. 81, solo menciona que el criterio de la antijuricidad es demasiado estrecho— los deberes de evitación de resultados del autor “no sólo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo especial”.

<sup>141</sup> JAKOBS, *ADPCP*, (52-1/3), 1999, p. 45.

normales de la vida debe neutralizar, como contrapartida de su autonomía, las posibilidades de daño que se desprendan de su actuar<sup>142</sup>.

La teoría del riesgo especial amplía considerablemente el ámbito de responsabilidad por injerencia, siempre que la actividad empresarial de que se trate constituya una conducta que sobrepase el umbral de los riesgos normales de la vida. Esta tesis contiene una idea correcta, a saber, que la imposición de deberes especiales de evitación de resultado tiene que ser el producto de una adecuada distribución de libertades y de cargas<sup>143</sup>. En concreto, en la medida en que los órganos directivos ejercen su libertad para configurar la empresa, parece lógico que los peligros derivados de tal ejercicio hayan de ser soportados por ellos y no por otros<sup>144</sup>. Empero, la idea de especial peligrosidad es demasiado vaga, pues carece de criterios objetivos con los cuales fundamentar y, más importante, limitar la responsabilidad del garante<sup>145</sup>. Para definir las conductas especialmente riesgosas se habla, verbigracia, de conductas “con mayor riesgo que el existente en el comportamiento cotidiano ineludible”<sup>146</sup> o de “actividades cualificadamente riesgosas”<sup>147</sup>. Para determinar cuándo se está ante un riesgo especial se insta a realizar una “contraposición de la organización del omitente y la de la víctima”<sup>148</sup>. Estos parámetros poco claros no logran asegurar una aplicación igualitaria de los tipos penales de omisión impropia, ni un control de la corrección de las decisiones jurisdiccionales que se dicten en este terreno, erosionando la seguridad jurídica<sup>149</sup>. Además, de seguir esta teoría se corre el riesgo de volver a una aplicación de la injerencia como cajón de sastre en aquellos casos en que la conducta omisiva aparece como merecedora de pena, pero la fundamentación de una posición de garante es difícil<sup>150</sup>.

La exigencia de una conducta previa infractora de un deber es, por lo demás, difícil de abandonar. Lo anterior se hace patente en el esfuerzo de Roxin por resolver la cuestión de los límites de la injerencia recurriendo a la teoría de la imputación objetiva. De acuerdo con Roxin,

---

<sup>142</sup> Así FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, § 6 nm. 69.

<sup>143</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 133.

<sup>144</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 133 ss.; MEINI MÉNDEZ, *Derecho PUCP*, (52), 1999, p. 898.

<sup>145</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 23.

<sup>146</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/42.

<sup>147</sup> FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, § 6 nm. 69.

<sup>148</sup> JAKOBS, *ADPCP*, (52-1/3), 1999, p. 44.

<sup>149</sup> Así CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, pp. 23 s.

<sup>150</sup> Sobre este empleo de la injerencia, crítico STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, 2005, § 13 nm. 28.

solo a quien puede imputarse objetivamente la creación de un peligro tiene la responsabilidad de evitar sus consecuencias dañosas<sup>151</sup>. Así, para observar una posición de garante basada en el hacer precedente deben reunirse los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva. El primer requisito de esta teoría es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de acaecimiento de un resultado. Frente a este presupuesto, Roxin debe señalar forzosamente que no hay posición de garante por injerencia si la conducta precedente no ha creado un peligro desaprobado<sup>152</sup>. Sin embargo, la creación de un riesgo desaprobado no importa apenas para la imputación del resultado, sino que importa ya para determinar el carácter prohibido de la respectiva conducta<sup>153</sup>. Así las cosas, exigir que el comportamiento previo haya creado un riesgo desaprobado para ser objetivamente imputable es, en los resultados, una *reformulación* de la exigencia de su contrariedad a deber.

Otro problema que suscita la aplicación de una posición de garante basada en el hacer precedente es que los mandatos fundados en la injerencia poseen un carácter altamente *personal*<sup>154</sup>. El injerente ha de responder por un determinado resultado precisamente porque el peligro que se realizó en el resultado surgió de su *propia conducta*<sup>155</sup>. Sin embargo, en las organizaciones empresariales es muy posible que ocurran cambios en la integración del cuerpo directivo. Ante lo anterior, los nuevos directivos no pueden ser abarcados por la responsabilidad que compete a los antiguos<sup>156</sup>. Paralelamente, el sustrato personal de los deberes jurídicos derivados de la injerencia se estrella con la realización de tareas empresariales en división del trabajo<sup>157</sup>. Este es, de hecho, el problema central del ejemplo de Beulke expuesto arriba. Y es que en la mayoría de empresas de cierta entidad la aplicación de las normas relativas a la producción y comercialización de productos no recaerá en los órganos de dirección, sino en trabajadores especialmente designados para ello. Debido a que, en este caso, el comportamiento previo penalmente relevante será desplegado por el delegado, ni siquiera entra en juego una responsabilidad por injerencia de los órganos directivos.

---

<sup>151</sup> ROXIN, *RP*, (19), 2007, pp. 152 ss.

<sup>152</sup> ROXIN, *RP*, (19), 2007, p. 156.

<sup>153</sup> FRISCH, *REJ*, (32), 2019, p. 20, con extensas referencias doctrinales.

<sup>154</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, pp. 15 ss.

<sup>155</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 16.

<sup>156</sup> DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, p. 132.

<sup>157</sup> Véase CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 24.

Por otro lado, aunque el planteamiento de Beulke se apegue al requisito del actuar previo contrario a derecho, la responsabilidad penal por los peligros que surgen de una organización defectuosa de la empresa apenas se distingue de la responsabilidad especial por los peligros que surgen del ejercicio de la libertad, que será revisada más adelante<sup>158</sup>.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, conviene analizar otras propuestas sobre el fundamento de la posición de garante de los órganos directivos de empresas.

## **II. Posición de garante en virtud del dominio personal sobre los subordinados**

### **1. Exposición**

Para una de las opiniones más extendidas en la doctrina, la posición de garante de los órganos directivos de empresas se deriva de su dominio personal sobre los trabajadores. La construcción de esta postura se debe, principalmente, a Schünemann<sup>159</sup>. A pesar de sus diferencias de razonamiento, se manifiestan a favor del dominio sobre los subordinados como fundamento de la posición de garante de los directivos, entre otros: Rogall<sup>160</sup>, Tiedemann<sup>161</sup>, Schilha<sup>162</sup>, De

---

<sup>158</sup> Por ahora, véase FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 133 ss.

<sup>159</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 84 ss., 95, 101 ss.; con antecedentes en SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 376 ss. A partir de su investigación de 1979, el catedrático alemán ha desarrollado esta tesis en aplicación a los órganos directivos de empresas en diversos trabajos. Véase, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, pp. 537 ss.; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (55-1), 2002, p. 30; SCHÜNEMANN, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, p. 1623; SCHÜNEMANN, *ZStW* (96-2), 1984, p. 318; SCHÜNEMANN, en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 575 ss.; SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, pp. 23 ss., 65 ss.

<sup>160</sup> ROGALL, *ZStW*, (98-3), 1986, pp. 616 ss.

<sup>161</sup> TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, 2010, § 4 nm. 185.

<sup>162</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, pp. 165 ss.

Vicente Remesal<sup>163</sup>, Terradillos Basoco<sup>164</sup>, Arroyo Zapatero<sup>165</sup>, Gracia Martín<sup>166</sup>, Bacigalupo Zapater<sup>167</sup>, Demetrio Crespo<sup>168</sup>.

a) *El “dominio sobre el fundamento del resultado” como punto de partida*

La solución de Schünemann a la cuestión de la posición de garante de los órganos directivos empresariales encuentra su origen en la teoría del *dominio sobre el fundamento del resultado* como criterio de equivalencia entre la no evitación del resultado y su producción mediante un hacer, propuesta en su importante tesis doctoral sobre el *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, publicada en 1971<sup>169</sup>. Para Schünemann, solo la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado puede dar tanto un fundamento convincente como una limitación adecuada a la responsabilidad de los órganos de dirección empresarial<sup>170</sup>.

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado sostiene que la nota común entre los delitos de acción y de omisión y, por eso, la pauta de equiparación entre la no evitación del resultado y su causación activa, es el dominio sobre el fundamento del resultado dañoso<sup>171</sup>. Para llegar a esta conclusión, Schünemann parte de la base de que hay que castigar solo la omisión igual a la acción<sup>172</sup>. Esta igualdad no debe entenderse, sin embargo, como igual merecimiento de pena, porque una aproximación así llevaría siempre a la inconstitucionalidad de la omisión impropia. El criterio de equiparación entre omisión y acción no está dado, pues, por la

<sup>163</sup> DE VICENTE REMESAL, *RP*, (34), 2014, pp. 188 ss.

<sup>164</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, 1995, p. 40.

<sup>165</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 160 s.: “relación de señorío”, “señorío o dominio”.

<sup>166</sup> GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, t. I, 1985, pp. 379 s.: “dominio social”; véase también GRACIA MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 81 ss.

<sup>167</sup> BACIGALUPO ZAPATER, en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Curso de derecho penal económico*, 2.ª ed., 2005, p. 187

<sup>168</sup> Debe hacerse la salvedad de que la posición de Demetrio Crespo no es inequívoca. Su apoyo a la idea de dominio parece deducirse de DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, pp. 156 s.; así como de DEMETRIO CRESPO, en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, 2010, p. 32.

<sup>169</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 259 ss. Las publicaciones posteriores que desarrollaron esta teoría se encuentran hoy compiladas en SCHÜNEMANN, *Gesammelte Werke*, t. II, 2020.

<sup>170</sup> SCHÜNEMANN, en BÖSE *et al.* (eds.), *FS-Amelung*, 2009, p. 315; SCHÜNEMANN, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, p. 1623.

<sup>171</sup> Extensamente SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 275 ss.

<sup>172</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 278.

punibilidad entendida como valoración jurídico-penal, sino más bien por el fundamento lógico-objetivo, es decir, pre-jurídico-penal de la punibilidad<sup>173</sup>.

Este fundamento lógico-objetivo no es el mismo siempre, sino que depende de la categoría específica de delito de que se trate. En el caso de los delitos de resultado, que son los relevantes en materia de omisión impropia, el fundamento de la punibilidad estriba en la imputación del resultado al autor<sup>174</sup>. Luego, parece que la cuestión de la imputación se resuelve casi por sí sola: el resultado se imputa al autor porque este lo ha *causado*. Sin embargo, la solución conforme al nexo causal es engañosa. La causalidad aclara solo la cuestión de la imputación del resultado a la *acción*, pero no la imputación del resultado a la *persona que realiza la acción*<sup>175</sup>. En realidad, en los delitos de acción el resultado se imputa al autor por el *dominio* que este tiene sobre su propio cuerpo, es decir, porque domina el movimiento corporal que, junto al nexo causal, constituye el fundamento inmediato del resultado. Así pues, lo que permite imputarle el resultado a una persona es el dominio sobre el fundamento del resultado<sup>176</sup>.

El fundamento de la punibilidad de los delitos omisivos también es el dominio sobre el fundamento del resultado<sup>177</sup>. La singularidad de la omisión es que en ella el dominio sobre el fundamento del resultado no equivale a un dominio sobre el movimiento corporal, sino que se trata de un dominio sobre una fuente de peligro o sobre el desamparo de un bien jurídico<sup>178</sup>.

Entre los casos de dominio sobre una fuente de peligro, que son los que interesan aquí, se encuentra el dominio sobre *personas peligrosas*<sup>179</sup>. La responsabilidad por los delitos de personas peligrosas supone que el autor directo esté dentro del *poder de control y mando* de

---

<sup>173</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 279.

<sup>174</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 280.

<sup>175</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 280 s.

<sup>176</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 282: “Dado que el movimiento corporal, merced al nexo causal, aparece como fundamento *inmediato* del resultado, el dominio inmediato de este fundamento inmediato del resultado es, pues, el *fundamento mediato del resultado* que permite la imputación a la persona” (cursivas en el original).

<sup>177</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 284.

<sup>178</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 287 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 19.

<sup>179</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 371 ss. Curiosamente, en otra parte dice Schünemann que considerar a los subordinados de las empresas una “fuente de peligro” que debe ser vigilada por los órganos de dirección sería por lo menos difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje (SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 535).

otro<sup>180</sup>. Este dominio se concreta en un dominio fáctico cuando se trata de personas penalmente incapaces, y en un poder de mando jurídico cuando se trata de personas penalmente capaces<sup>181</sup>. Debido al principio de autorresponsabilidad, el poder de mando jurídico debe abarcar la voluntad de quien obra directamente, para lo cual es necesario que este posea una incapacidad *connatural* (natural) o *parcial* (jurídica)<sup>182</sup>.

Cabe mencionar que la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado ha gozado de un amplio reconocimiento tanto en Alemania como en el extranjero<sup>183</sup>. A nivel internacional, las resoluciones del 13.º Congreso internacional de derecho penal, celebrado en El Cairo en 1984, aluden a ella. Así, se recomienda establecer en los códigos penales, entre otras condiciones, que “el sujeto, para poder ser considerado responsable, debe encontrarse en una posición denominada de garante del bien jurídico protegido, *debiendo disponer de un poder de control sobre algunas condiciones esenciales de la verificación del evento típico*”<sup>184</sup>.

#### *b) El dominio personal sobre los trabajadores de la empresa*

Mediante el dominio sobre el fundamento del resultado como idea rectora, Schünemann funda la posición de garante de los órganos de dirección empresarial en tres pilares<sup>185</sup>: poder legal de mando, fondo superior de información de los órganos directivos, y coercibilidad fáctica del dominio de los órganos directivos como resultado de la obediencia de los trabajadores<sup>186</sup>.

El poder legal de mando de los órganos directivos se manifiesta básicamente en el ejercicio del derecho a impartir órdenes, basado en la legislación laboral<sup>187</sup>. El poder de mando jurídico importa un “dominio sobre la incapacidad parcial de otros seres humanos”, en este caso, los

<sup>180</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 372.

<sup>181</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 378.

<sup>182</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 372.

<sup>183</sup> Véase SCHÜNEMANN, en BÖSE *et al.* (eds.), *FS-Amelung*, 2009, pp. 319 s.

<sup>184</sup> XIII Congreso internacional de derecho penal (El Cairo, 1 - 7 octubre 1984), *Revue internationale de droit pénal*, (86-1/2), 2015, p. 551 (énfasis añadido).

<sup>185</sup> Esta forma de presentar la construcción de Schünemann es común en la dogmática alemana. Véase los resúmenes de SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, pp. 165 s.; y de UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 120 ss.

<sup>186</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 101 ss.; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, pp. 539 s.; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 165.

<sup>187</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, pp. 539 s.

empleados de la empresa<sup>188</sup>. La “incapacidad parcial” comprende el derecho de los órganos ejecutivos a dirigir la conducta de sus subordinados, y el deber de los subordinados de obedecerles en el contexto de sus labores<sup>189</sup>.

El mayor acopio de información de los órganos de dirección les garantiza una superioridad informativa a través de una visión de conjunto de los asuntos empresariales, que contrasta con el conocimiento parcializado de los escalafones más bajos de la organización<sup>190</sup>. En la cúpula empresarial se observa una concentración de la información, pero el conocimiento es relativamente mayor en cada directivo individual<sup>191</sup>. La superioridad informativa se traduce, por ejemplo, en conocimiento sobre la peligrosidad de los productos que la empresa produce y comercializa, sobre las regulaciones a la industria o sobre el *know-how* de la actividad empresarial<sup>192</sup>.

La coercibilidad del dominio de los órganos directivos no solo se manifiesta en el ejercicio directo del poder legal de mando, sino que, como muestra la sociología organizativa, también se materializa en *formas institucionalizadas* que no requieren la impartición de una orden explícita<sup>193</sup>. Los miembros de la dirección pueden investir de antemano su autoridad en determinadas informaciones empresariales<sup>194</sup>. Además, cabe considerar la impronta en los trabajadores de una “actitud empresarial”, compuesta por numerosas decisiones directivas que, aunque parezcan totalmente insignificantes, luego son tomadas como obligatorias por los subordinados sin mediar una orden directa<sup>195</sup>. Por último, la influencia del dominio del cuerpo directivo se ve garantizada por la fungibilidad de los trabajadores, combinada con la consciencia de su propia intercambiabilidad y con una dilución del sentimiento de su propia responsabilidad<sup>196</sup>.

---

<sup>188</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 101 s.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 376 s.

<sup>189</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 102.

<sup>190</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, pp. 539 s.

<sup>191</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 102.

<sup>192</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 102.

<sup>193</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 102 s.

<sup>194</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 103.

<sup>195</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 103.

<sup>196</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 103.

El dominio personal sobre trabajadores autónomos supone que estos *se dejen motivar realmente por las medidas de la autoridad empresarial*<sup>197</sup>. Por eso, la responsabilidad de los órganos superiores no se circunscribe a “otras medidas de dirección que las *específicas de la empresa*” y se extingue ante comportamientos delictivos que no puedan calificarse como un “hecho de grupo”. Ciertamente, no hay responsabilidad de los superiores por los *hechos excesivos* de los subordinados, producto de su “emancipación” respecto de la autoridad empresarial. Así las cosas, si el subordinado que ha delinquido ha actuado en interés de la empresa, es posible suponer que este podría haber sido motivado a actuar conforme Derecho con los medios de dirección, coordinación y control empresariales adecuados. Por el contrario, si el subordinado ha actuado en interés propio, el distanciamiento respecto de la autoridad empresarial denota que el individuo ya no era dirigible con arreglo a medios normales de dirección, coordinación y control.

Recientemente, Schilha ha defendido una posición más radical. Para este autor, el derecho a impartir órdenes con arreglo a la legislación laboral permite a los órganos directivos configurar tanto individual como colectivamente el comportamiento de los trabajadores en el seno empresarial. Los empleados, a su vez, están realmente obligados a obedecer “bajo la espada de Damocles” del despido. Asumiendo lo anterior, el derecho a dictar órdenes no solo es necesario, sino también *suficiente* para fundar una posición de garante que obligue a los órganos de dirección evitar que sus subalternos delincan<sup>198</sup>.

## 2. Análisis crítico

Las posiciones de garante de vigilancia sobre otras personas se basan en la autoridad jurídicamente reconocida del garante. Sin embargo, como argumenta Beulke, el poder de mando empresarial solo se concede para la gestión de los asuntos de la empresa y no equivale a una posición de autoridad jurídicamente reconocida<sup>199</sup>. Los trabajadores siguen siendo responsables por sus actos aunque sean socialmente dependientes<sup>200</sup>. El funcionamiento actual de las

---

<sup>197</sup> Aquí y en lo que sigue SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 540 (cursivas en el original).

<sup>198</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 167. SCHWERDTFEGGER, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, 2016, p. 186 define la opinión de Schilha como la “interpretación más extrema” de la teoría del dominio personal.

<sup>199</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 38.

<sup>200</sup> WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, 2000, p. 141.

organizaciones empresariales no permite equiparar la relación entre órganos directivos y trabajadores con los ejemplos clásicos de posiciones de garante de vigilancia de personas (supervisión de niños pequeños, enfermos mentales y presos) solo basándose en que los empleados están sujetos a órdenes internas<sup>201</sup>. La teoría moderna de la gestión empresarial no se funda en el nexo entre mando y control de los superiores y obediencia ciega de los subordinados, sino más bien en la corresponsabilidad, la confianza y la cooperación entre los miembros de la organización<sup>202</sup>.

Además, falta ya un fundamento material para tal posición de autoridad. En efecto, la doctrina prácticamente unánime exige, para la configuración de una posición de garante de vigilancia sobre otras personas, un fundamento material que justifique la autoridad jurídica del garante<sup>203</sup>. Un posible fundamento es la existencia de un déficit que anule o limite la responsabilidad de las personas que deben ser supervisadas<sup>204</sup>. Pero, por regla general, los empleados de las empresas no tienen *per se* un déficit personal que justifique su sometimiento al control de otro<sup>205</sup>. La supuesta “incapacidad parcial” de los trabajadores de la empresa alegada por Schünemann no puede sostenerse. En el caso de los padres y los tutores, la incapacidad de los niños pequeños y de los tutelados es siempre el motivo que justifica el poder jurídico de mando de aquellos<sup>206</sup>. En contraste, Schünemann entiende que la incapacidad parcial de los trabajadores es consecuencia del derecho a impartir órdenes de los órganos directivos y del correlativo deber de obedecer de los trabajadores<sup>207</sup>. De esta suerte, el argumento de Schünemann incurre en un razonamiento tautológico<sup>208</sup>. Es la autoridad de los órganos directivos en la organización empresarial el motivo de la incapacidad parcial de los subordinados, y no al revés<sup>209</sup>. Por lo anterior, una posición de garante basada en la incapacidad de las personas sujetas a vigilancia solo podría justificarse en

<sup>201</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 33, 38.

<sup>202</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 33. Sobre la teoría de la gestión empresarial moderna puede consultarse GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2014, pp. 113 s., con abundantes referencias.

<sup>203</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 37 ss.

<sup>204</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 66 ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 372 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 125, 127 ss.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 117.

<sup>205</sup> HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 117 s.

<sup>206</sup> HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 117.

<sup>207</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 102.

<sup>208</sup> En el mismo sentido UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 123.

<sup>209</sup> Así ya HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 117.

la empresa en los casos excepcionales en que un trabajador adoleciera de una incapacidad que afectare su propia responsabilidad<sup>210</sup>. Otro posible fundamento para que el ordenamiento jurídico conceda a un sujeto una posición de autoridad jurídica sobre otros es la peligrosidad especial para sí o para terceros de quienes han de ser vigilados<sup>211</sup>. Sin embargo, los trabajadores no son un grupo de personas especialmente peligroso<sup>212</sup>. Sostener lo contrario sería dudoso atendiendo al hecho de que los trabajadores dependientes componen gran parte de la población<sup>213</sup>. Luego, no hay razón para que el mundo laboral se aprecie de manera distinta que otras esferas sociales: como consecuencia de su libertad de actuación, los trabajadores deben soportar las consecuencias de sus actos<sup>214</sup>.

Por otro lado, es cierto que el poder jurídico de mando, ejercido a través del derecho a impartir órdenes, permite a los órganos directivos influir decisivamente en el comportamiento de sus subalternos<sup>215</sup>. En este contexto, el derecho de dirección tiene una relevancia evidente para la evitación de los ilícitos de los trabajadores por medio de la dictación de una orden de no delinquir<sup>216</sup>. Pero la existencia de un derecho a impartir órdenes es un dato fáctico que no puede establecer un deber jurídico especial de impedir delitos<sup>217</sup>. Si la responsabilidad de los órganos directivos se justificara en su poder legal de mando, habría que volver a la anticuada teoría formal del deber jurídico<sup>218</sup>.

El mayor acopio de información de los órganos directivos no está exento de polémica. Y es que mientras que las decisiones relevantes para la empresa se toman en los niveles superiores de la organización y fluyen hacia abajo, la información sigue el camino contrario, es decir, fluye “de

---

<sup>210</sup> Véase SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, pp. 235 s.

<sup>211</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 37 s.

<sup>212</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 38.

<sup>213</sup> BEULKE, en GEISLER, *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 38.

<sup>214</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 38.

<sup>215</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 167.

<sup>216</sup> Véase NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 173; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 56, nota al pie 228; VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, pp. 278 s.; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 133; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 243.

<sup>217</sup> HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 117; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, p. 16; ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, p. 195; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 243; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 133; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 123; MITTELSDORF, *ZIS*, (3), 2011, p. 126.

<sup>218</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 197; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 117.

abajo hacia arriba<sup>219</sup>. Sin embargo, la teoría y la sociología de la organización evidencian que las grandes empresas modernas operan con arreglo a la descentralización y la funcionalización. Lo cual, en cuanto al flujo de información, se traduce no en una red informativa lineal, sino en una red compleja con múltiples conexiones en diferentes niveles<sup>220</sup>. Desde ya, la complejidad de las estructuras informativas hace difícil hablar de una concentración de la información en algún nivel de la empresa<sup>221</sup>. Por otro lado, a mayor cantidad de niveles entre órganos directivos y trabajadores, mayores son las probabilidades de distorsión de la información<sup>222</sup>. Finalmente, la distancia entre los órganos de dirección empresarial y los sujetos que realizan las actividades empresariales concretas provoca incluso que los trabajadores tengan, en ámbitos específicos, conocimientos superiores a los de los órganos directivos<sup>223</sup>.

Por otra parte, en el mundo empresarial moderno es cada vez más frecuente la especialización. En este contexto, si determinados trabajadores tienen conocimientos específicos indispensables para la empresa, no parece posible sostener que sean fungibles<sup>224</sup>.

La construcción de Schönemann también tiene un defecto relativo a la especificidad de la omisión como forma de comportamiento punible. El profesor alemán basa la responsabilidad de los directivos empresariales en su autoridad y poder de dirección. Con todo, una responsabilidad a título omisivo no puede entrar en consideración ante el *ejercicio* (acción) de autoridad o del poder legal de dirección, sino únicamente ante una *omisión*, por ejemplo, la consistente en no ejercer autoridad o poder legal de dirección para evitar delitos<sup>225</sup>.

Finalmente, si el deber de garante se deriva del dominio personal sobre otras personas, a lo más cabría responsabilizar a los órganos de dirección por no evitar que los trabajadores bajo su mando delinquieran. La conducta de los órganos directivos que no evitaren los hechos punibles

---

<sup>219</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 129 s.

<sup>220</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2014, pp. 111 s., con ulteriores referencias.

<sup>221</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 130.

<sup>222</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 130.

<sup>223</sup> En este sentido MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 455; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 166.

<sup>224</sup> Así SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 166. Un análisis profundo acerca de la fungibilidad de los trabajadores en las organizaciones empresariales, concluyendo con el rechazo de esta, puede leerse en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2014, pp. 110 ss.

<sup>225</sup> En una línea similar ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 244.

de personas de la empresa no sujetas a su dirección, como la de otro directivo en el mismo plano jerárquico, estaría exenta de pena<sup>226</sup>. Ejemplarmente, se excluiría una responsabilidad penal por omisiones ante decisiones antijurídicas adoptadas por órganos colegiados empresariales.

Los argumentos esgrimidos permiten concluir que la solución del dominio personal no puede hacer de fundamento de la responsabilidad especial de los órganos directivos de empresas.

En este punto es imperativo aclarar que los argumentos anteriores, particularmente los relativos a la falta de una posición de autoridad jurídicamente reconocida y de su fundamento, solo destacan la debilidad dogmática de la construcción de Schünemann. Las consideraciones no conllevan, como quiere ver un sector minoritario de la doctrina, un rechazo general de la responsabilidad de los órganos directivos por la no evitación de los delitos de sus subordinados. Ciertamente, la principal objeción esgrimida en contra de la posición de garante de los órganos directivos es que los trabajadores de las empresas son, por regla generalísima, personas autónomas<sup>227</sup>. Así, una considerable minoría, que aún se puede considerar vigente, niega que los directivos sean responsables de impedir los ilícitos de sus subordinados<sup>228</sup>. Se afirma que el principio de autorresponsabilidad impide legitimar un deber de vigilar a los subordinados de las organizaciones empresariales<sup>229</sup>. En la versión más extrema de esta idea, la propia responsabilidad de los trabajadores actuaría, en última instancia, como una “barrera normativa” para la responsabilidad penal de los órganos de dirección<sup>230</sup>.

Esta postura minoritaria se basa en una premisa infundada, ya que no existe ningún principio jurídico conforme al cual solo el autor directo pueda ser responsable de la comisión de un

---

<sup>226</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 561.

<sup>227</sup> Sobre la relevancia de esta objeción MURMANN, en AMBOS/BOCK, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2019, p. 59; SCHWERDTFEGGER, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, 2016, p. 184; NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 70; MITTELSDOF, *ZIS*, (3), 2011, p. 123; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 6; TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, 2010, § 4 nm. 183.

<sup>228</sup> En contra de un deber de vigilancia de los directivos sobre sus subordinados, recientemente BEULKE, en GEISLER, Claudius *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 32 ss., 37 ss.

<sup>229</sup> Así, en Chile, MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.ª ed., 2021, pp. 307 s.; en Alemania, BEULKE, en GEISLER, Claudius *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 32 ss., 37 ss.; KRETSCHMER, *JR*, (11), 2009, p. 476; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 116; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 12.ª ed., 2007, § 13 nm. 56; JESCHECK, «§ 13», *LK-StGB*, t. I., 10.ª ed., 1985, § 13 nm. 45.

<sup>230</sup> WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 12.ª ed., 2007, § 13 nm. 56.

delito<sup>231</sup>. Como ha destacado Greco, semejante idea no tiene, por sobre todo, fuerza de principio general del derecho, pero ni siquiera opera en un ámbito más reducido, como el de los delitos de dominio<sup>232</sup>. De otro modo, no se podría castigar ni la coautoría ni la autoría mediata<sup>233</sup>. Y, en palabras de Robles Planas: “Un entendimiento normativo del principio de responsabilidad por el propio injusto comporta admitir un injusto como propio pese a que (en el plano físico-natural) no se ejecute de propia mano”<sup>234</sup>. Si esto no fuera así, habría que renunciar de plano a toda posibilidad de intervención delictiva en el hecho punible<sup>235</sup>.

Igualmente, el principio de autorresponsabilidad no puede entenderse como un principio general que excluya un deber de actuación siempre que intervenga otra persona plenamente responsable<sup>236</sup>. En tal sentido, nadie pone en duda que los garantes de protección también deben repeler los ataques provenientes de personas autónomas<sup>237</sup>. Pero lo propio ocurre tratándose de garantes de vigilancia. Así, según la opinión casi unánime de la doctrina los garantes de aseguramiento de cosas deben impedir que terceros responsables utilicen objetos peligrosos que se encuentren dentro de su ámbito de dominio para cometer hechos punibles<sup>238</sup>.

Aunque hoy la gestión empresarial esté basada mayormente en la responsabilidad conjunta, la confianza y la cooperación, es innegable que los órganos directivos siguen teniendo *de iure* poder para influir sobre sus subordinados y, en situaciones de conflicto, la capacidad *de facto* de ejercer y hacer valer su derecho a impartir órdenes<sup>239</sup>. Las empresas están organizadas por sujetos que tienen una visión de conjunto sobre los procesos empresariales, y que pueden configurarlos según su voluntad debido a los amplios poderes que les reconoce el ordenamiento

<sup>231</sup> Así ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 245; ahora también así, en su última edición, WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 56.

<sup>232</sup> GRECO, *ZIS*, (1), 2011, pp. 9 ss.; con una referencia al ámbito de los delitos de dominio, también ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 246.

<sup>233</sup> GRECO, *ZIS*, (1), 2011, pp. 10 ss.

<sup>234</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 18.

<sup>235</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 18.

<sup>236</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 111.

<sup>237</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 111; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 125; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 573; véase también ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 125, respecto de, por ejemplo, la posición de garante de protección de la policía.

<sup>238</sup> Véase solo SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 159.

<sup>239</sup> SCHWERTFEGGER, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, 2016, p. 185; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 158.

jurídico<sup>240</sup>. Este poder de configuración no es ajeno a la conducta de los empleados. Ciertamente, el derecho a impartir órdenes no solo permite a los directivos dictar instrucciones individuales para la realización de las tareas empresariales, sino que también los habilita para impartir órdenes generales destinadas a garantizar el orden y la paz en la empresa, o bien la reputación de la misma. Los órganos directivos tienen, en este sentido, la potestad para configurar individual y generalmente el comportamiento de los trabajadores, tanto frente a sus compañeros como frente a los terceros ajenos a la empresa<sup>241</sup>. Del otro lado, los empleados están obligados a seguir las órdenes de sus superiores en el seno de la empresa, bajo la amenaza de perder su puesto laboral<sup>242</sup>. La autoridad fáctica y jurídica de los directivos descrita *no es necesariamente* el fundamento de su posición de garante, pero muestra que en el ámbito empresarial el propio ordenamiento jurídico se ha alejado del principio de autorresponsabilidad, y ha concedido deliberadamente a los ejecutivos extensos poderes de configuración empresarial que incluyen el comportamiento de los trabajadores<sup>243</sup>.

### **III. Posición de garante basada en la responsabilidad por la “fuente de peligro empresa”**

#### **1. Exposición**

##### *a) La distinción básica entre peligros materiales y peligros personales*

La teoría de la responsabilidad por la “fuente de peligro empresa” se basa en un paralelismo con la pacífica posición de garante por el control de una fuente de peligro<sup>244</sup>. Antes de entrar en detalle en el análisis de esta postura, es necesario abordar la distinción entre peligros materiales

---

<sup>240</sup> SCHWERDTFEGER, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, 2016, p. 185.

<sup>241</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 167.

<sup>242</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 167.

<sup>243</sup> SCHWERDTFEGER, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, 2016, p. 186.

<sup>244</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 126.

y peligros personales<sup>245</sup>. Como puede adelantarse, la distinción obedece al origen de los peligros empresariales<sup>246</sup>.

Utz se ha referido con profundidad a los términos<sup>247</sup>. Según este autor, los *peligros puramente materiales* se derivan de los objetos de la empresa, sin la intervención de los trabajadores. Por su parte, los *peligros puramente personales* se derivan del comportamiento de los trabajadores, sin conexión con los objetos de la empresa. Finalmente, pueden existir *peligros mixtos fáctico-personales*, que se derivan de la influencia o del uso de objetos de la empresa por parte de los subordinados. Estos últimos peligros pueden dividirse, a su vez, en aquellos derivados de objetos originalmente peligrosos (por ejemplo, armas o explosivos), o de objetos que solo se vuelven peligrosos tras la influencia (por ejemplo, mantenimiento incorrecto de maquinaria) o empleo (por ejemplo, utilización de una llave de tubo para cometer lesiones) de los trabajadores.

*b) Responsabilidad por los peligros materiales de la empresa ampliada a las personas*

Está ampliamente aceptado que los órganos directivos de las organizaciones empresariales son garantes respecto de las fuentes de peligro materiales que se encuentran dentro de su ámbito de dominio<sup>248</sup>. Para estos efectos, se consideran fuentes materiales de peligro no solo los objetos peligrosos, sino también las instalaciones, plantas, etc.<sup>249</sup>. La obligación de asegurar los peligros materiales de la empresa proviene de la dogmática de la omisión impropia, en la cual se reconoce desde antaño que aquel que tiene en su ámbito de dominio fuentes de peligro para bienes

<sup>245</sup> Sobre estos conceptos, SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, p. 160; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 126 s.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 137.

<sup>246</sup> SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, p. 6.

<sup>247</sup> En lo que sigue UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 126 s.

<sup>248</sup> Por todos, ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS Beulke*, 2015, pp. 246 s.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 110; en Chile, GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., 2005, p. 246. Parece que solo ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, pp. 203 s. está en contra. Según este autor, el dominio por parte de los directivos es precisamente lo que falta en las grandes empresas (p. 203). En estas empresas los peligros no tienen una fuente homogénea, sino que responden a una relación de múltiples fuentes individuales de peligro, que da lugar a focos de peligro difícilmente comprensibles, y menos predecibles (p. 204). Por otro lado, las organizaciones complejas operan distribuyendo las funciones entre diversos actores, por lo que no es convincente que los directivos, cada vez más alejados de los peligros que a menudo se gestan a lo largo del tiempo y que, en caso de materializarse, también se abordan con medidas de largo plazo, realmente tengan dominio sobre las cosas mediante la delegación, el control y la organización (p. 204).

<sup>249</sup> EIDAM, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, p. 209; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 110; BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 34; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 537; entre nosotros, GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., 2005, pp. 246 reconoce el deber de garante del propietario respecto de las “instalaciones o maquinarias” que se encuentren en su ámbito de dominio.

jurídicos ajenos debe asegurar esa esfera de competencia abstractamente peligrosa, evitando que los peligros potenciales se concreten en resultados perjudiciales para terceros<sup>250</sup>. Los deberes de asegurar los peligros que emanan de la esfera de competencia individual se conocen también como “deberes de aseguramiento del tráfico”, los que no son exclusivos del derecho penal, sino que también existen en el derecho civil<sup>251</sup>.

El fundamento básico del deber de mantener controlados los focos de peligro dentro del propio ámbito de competencia es el dominio, control o poder de disposición sobre las fuentes de peligro<sup>252</sup>. El propietario de un vehículo a motor debe cerciorarse, antes de conducir, de que los frenos, los neumáticos y el alumbrado del automóvil se encuentren en buen estado<sup>253</sup>. Del mismo modo, el dueño de un perro peligroso debe tomar las medidas de control pertinentes para que el animal no muerda a los demás<sup>254</sup>. Ahora bien, el dominio por sí solo no puede justificar un deber de evitación de resultados. El dominio es decisivo ya para la posibilidad de evitación, pero de la posibilidad fáctica o jurídica de evitar un resultado no se deriva el deber de hacerlo<sup>255</sup>. Así las cosas, la fundamentación del deber también tiene en cuenta que el control de un determinado ámbito de competencia excluyendo la injerencia de terceros otorga amplias oportunidades de actuación y desarrollo personal que, como contrapartida, imponen la obligación de hacerse cargo de los peligros<sup>256</sup>. En el mismo sentido, la comunidad ha de poder confiar en que quien domina en forma autónoma un determinado espacio abierto al público o que puede influir en los

---

<sup>250</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 108 ss.; GROPP/SINN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2020, § 11 nm. 82 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, v. II, 1999, p. 218; GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (50-1/3), 1997, pp. 44 ss. En la doctrina chilena GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., 2005, p. 246; CARNEVALLI RODRÍGUEZ, *RDUCN*, (9), 2002, p. 78; con más detalle VAN WEEZEL, *Curso de derecho penal. Parte general*, 2023, pp. 160 ss.

<sup>251</sup> MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, pp. 254 s.; WITIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.ª ed., 2023, § 6 nm. 56; OTTO, en WEIGEND *et al.* (eds.) *FS-Hirsch*, 1999, pp. 294, 296; SCHILHA, *Die Aufsichtsrats Tätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 162; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 108. Pero, como muestra CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 25, con referencias, el sentido y alcance del concepto de “deberes de aseguramiento del tráfico” es distinto en cada rama jurídica.

<sup>252</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 108; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 48; MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 254; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 329 ss.

<sup>253</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 112.

<sup>254</sup> HILGENDORF/VALERIUS, *Derecho penal. Parte general*, 2017, § 11 nm. 55.

<sup>255</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 64 ss.

<sup>256</sup> FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 2023, § 22 nm. 27; JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 20 s.; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 48; BOTCKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1995, pp. 25 ss., 73; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 34 s.

demás, contendrá él mismo los peligros que surjan de esa esfera<sup>257</sup>. En todo caso, debido a la necesidad de dominio efectivo de la fuente de peligro como fundamento de la posición de garante, el deber de garante estará estrictamente limitado a las fuentes de peligro que se encuentren realmente en el espacio material sobre el cual el garante ejerce poder de disposición (por ejemplo, un determinado departamento de la empresa)<sup>258</sup>.

Para una parte importante de la doctrina, el deber de controlar los peligros materiales de la empresa engloba ya la obligación de impedir su uso indebido y, en particular, delictivo<sup>259</sup>. Puede hablarse de una posición de garante material ampliada o prolongada a las personas<sup>260</sup>. De acuerdo con Gimbernat Ordeig, dado que la responsabilidad *directa* de los órganos de dirección consiste en vigilar las fuentes de peligro empresariales, ellos han de responder también, ahora *indirectamente*, por la no evitación de cualquier delito doloso o imprudente que haya tenido por efecto la desestabilización del foco de peligro de la empresa, y que se haya concretado posteriormente en un menoscabo para bienes jurídicos<sup>261</sup>. A modo ejemplar, los integrantes de la dirección de una empresa farmacéutica deben evitar la colocación de medicamentos defectuosos en el mercado. Análogamente, los órganos directivos de una empresa fabricante de armas están obligados a evitar la venta de armas contraria a derecho<sup>262</sup>.

---

<sup>257</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 59 IV 4 b; BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 189; CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, p. 25; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 62, 128; OTTO, en WEIGEND *et al.* (eds.) *FS-Hirsch*, 1999, p. 294; VAN WEEZEL, *Curso de derecho penal. Parte general*, 2023, p. 160; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 35.

<sup>258</sup> BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 189; OTTO, en WEIGEND *et al.* (eds.) *FS-Hirsch*, 1999, p. 297; MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 457.

<sup>259</sup> BRAMMSEN, en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 126 ss.; EIDAM, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, p. 209; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 127 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (54-1), 2001, pp. 18 s.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 118 ss.; BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 35; JESCHECK, «§ 13», *LK-StGB*, t. I., 10.<sup>a</sup> ed., 1985, nm. 45; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/36; MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 456; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, pp. 537 ss.

<sup>260</sup> Véase SCHLÜCHTER, en ESER *et al.* (eds.), *FS-Salger*, 1995, p. 158; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 562 ss.

<sup>261</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (54-1), 2001, pp. 14, 18 ss.

<sup>262</sup> Véase KRETSCHMER, *JR*, (11), 2009, p. 476; con ejemplos adicionales, JESCHECK, «§ 13», *LK-StGB*, t. I., 10.<sup>a</sup> ed., 1985, nm. 45. En la praxis, ya BGE, 96 IV 155 ss.

La responsabilidad de los órganos directivos derivada del control de cosas tiene, sin embargo, una limitación fundamental<sup>263</sup>. Para la doctrina dominante, mientras se trate de cosas o actividades inherentemente peligrosas debido a su naturaleza o estado, es irrelevante que el peligro se concrete por sí mismo o por medio del comportamiento, doloso o imprudente, de un sujeto plenamente responsable<sup>264</sup>. Puesto que el deber de evitación de resultados se funda en la protección de la confianza de la comunidad en que quien controla un ámbito de competencia abstractamente peligroso se hará cargo de los peligros que emergen de esa esfera, resulta indiferente que la creación del peligro no le sea imputable a quien ejerce el dominio sobre tal espacio<sup>265</sup>. De esta manera, los peligros mixtos fáctico-personales derivados de objetos intrínsecamente peligroso se asimilan a los peligros materiales. En ocasiones se va incluso más lejos. Ciertamente, algunos autores equiparan los peligros mixto-fáctico personales derivados de la influencia de un trabajador sobre un objeto que no era peligroso previamente a los peligros materiales. Luego, en el ejemplo de Roxin de las deficiencias técnicas de maquinaria provocadas por un mantenimiento defectuoso<sup>266</sup>, sencillamente se ve un peligro material que debe ser evitado por los órganos directivos de empresas<sup>267</sup>.

Por el contrario, para la doctrina mayoritaria no existe ningún deber de actuación si el trabajador utiliza un objeto no peligroso en sí mismo para cometer delitos. En este supuesto no hay realmente un foco de peligro material, sino que una fuente de peligro personal, a saber, la propia conducta del respectivo subordinado<sup>268</sup>. Así, el órgano directivo que, por ejemplo, no impide que uno de sus subordinados golpee violentamente a un compañero de trabajo con una llave de tubo de la empresa, no puede ser castigado con arreglo a una posición de garante material<sup>269</sup>. Con mayor razón, también se excluye un deber de garante en los supuestos en que los

---

<sup>263</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 128 ss.; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, pp. 162 s.

<sup>264</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (54-1), 2001, p. 18; MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 456; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/36.

<sup>265</sup> Véase OTTO, en WEIGEND *et al.* (eds.) *FS-Hirsch*, 1999, p. 294.

<sup>266</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 137.

<sup>267</sup> Así SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, p. 161; BEULKE, en GEISLER, *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 35; aunque se muestra escéptico respecto de la posición de garante material prolongada a las personas, también HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 563, nota al pie 43.

<sup>268</sup> MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 456.; SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 274 s.

<sup>269</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 129.

subalternos delinquen sin utilizar ningún objeto, como sucede en los casos de infracciones a la libre competencia o del portero que golpea a puñetazos a un cliente del local<sup>270</sup>.

La objeción principal<sup>271</sup> que puede esgrimirse en contra de la ampliación a las personas de la posición de garante material es que, aunque la posición de garante sea mediada por un objeto peligroso, el peligro significativo para el derecho penal se provoca de todos modos por la intervención humana, esto es, por un peligro personal. Así pues, esta estrategia termina por esconder que se trata de peligros personales, respecto de los cuales pueden existir buenas razones para imponer un deber de vigilancia<sup>272</sup>.

### c) Responsabilidad por la “fuente de peligro empresa”

Frente a las limitaciones de la posición de garante material ampliada a las personas, la doctrina dominante en Alemania viene sosteniendo desde hace un tiempo que los órganos de dirección empresarial tienen el deber de asegurar la empresa como una “fuente de peligro compleja”, integrada no solo por fuentes de peligro materiales, sino también personales<sup>273</sup>. De acuerdo con un pasaje de Roxin, que puede considerarse fundamental para esta opinión, los órganos directivos deben procurar que la “fuente de peligro empresa” permanezca bajo control, siendo irrelevante que los peligros concretos provengan del potencial material o personal de esta<sup>274</sup>.

<sup>270</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 163.

<sup>271</sup> Existen críticas más específicas. De un lado, FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 113 es de la opinión de que esta responsabilidad descansa en datos fácticos que no logran ofrecer el fundamento normativo necesario para un deber de garante. De otro lado, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.ª ed., 2016, p. 203 advierte que si los deberes de aseguramiento del tráfico se fundan en el dominio sobre el foco de peligro, y las cosas peligrosas de la empresa están ya bajo el dominio del respectivo subordinado autorresponsable, no se entiende el fundamento de un doble control sobre ellas, también por parte de los directivos.

<sup>272</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 567.

<sup>273</sup> Véase BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 25 ss., 73; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 35 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 137; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, 2015, pp. 246 ss.; ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306; SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 277 s.; MURMANN, en AMBOS/BOCK, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2019, p. 59; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, 2005, § 13 nm. 50; DANNECKER/DANNECKER, *JZ*, (65-20), 2010, pp. 989 s.; OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 341; FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, pp. 198 ss.; KUDLICH, *HRRS*, (13-4), 2012, p. 179; KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, 2014, pp. 174 ss.; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 56; en España FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 223. El concepto ilustrativo de “fuente de peligro compleja” es de HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 562 ss., 570 s.

<sup>274</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 137; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 247.

Según este punto de vista, lo crucial no es evitar los delitos de los trabajadores, sino evitar que los cursos causales peligrosos que surgen del seno de la empresa se realicen en resultados dañosos<sup>275</sup>. La responsabilidad de los órganos directivos no se basa, pues, en la conducta delictiva de sus subordinados, sino en la gestión deficiente de la empresa como fuente de peligro en su totalidad<sup>276</sup>. En la medida en que los terceros no pueden influir en el curso de la empresa y, por consiguiente, no pueden controlar sus peligros, deben poder confiar en que serán protegidos por quienes sí pueden hacerlo<sup>277</sup>. Para estas potenciales víctimas de los peligros empresariales es totalmente irrelevante si el peligro que los amenaza proviene de una cosa o de la actuación de un trabajador<sup>278</sup>. La distribución de funciones en diversas personas, que es el modo habitual de desempeñar las labores empresariales, no puede llevar a una irresponsabilidad de los órganos directivos solo porque el peligro ha surgido por la intervención de un sujeto responsable<sup>279</sup>.

## 2. Análisis crítico

La teoría de la responsabilidad por la “fuente de peligro empresa” es parcialmente correcta, por lo cual debe analizarse, en lo sucesivo, cautelosamente. Por una parte, la noción de la empresa como una fuente de peligro compleja, conformada por elementos materiales y personales, debe compartirse. Las empresas representan un ámbito de actividades especialmente peligroso para los demás<sup>280</sup>. En el contexto de estos riesgos, no puede descartarse la posibilidad de que surjan

---

<sup>275</sup> Fundamentales RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 35 ss.; DANNECKER/DANNECKER, *JZ*, (65-20), 2010, p. 990. FRISCH, en STEIN *et al.*, *FS-Rogall*, 2018, p. 137, incluyendo nota al pie 58.

<sup>276</sup> RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 36 s.

<sup>277</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 130; SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 277 s.

<sup>278</sup> SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 278; ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306; FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 199. KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, 2014, p. 179 destaca que desde el punto de vista de la protección de terceros es irrelevante que la actuación sea imprudente o dolosa; confróntese, excluyendo explícitamente una responsabilidad de los directivos por las conductas dolosas de sus empleados, BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 225.

<sup>279</sup> SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 278, ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, p. 323; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 575.

<sup>280</sup> Así, entre otros, MURMANN, en AMBOS/BOCK, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2019, p. 59; MEINI MÉNDEZ, *Derecho PUCP*, (52), 1999, pp. 896 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.ª ed., 2016, pp. 212 s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 576 ss.; en contra VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 280; GÓMEZ MARTÍN, en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 634.

peligros personales, esto es, de que los empleados delincan en el marco de la actividad empresarial<sup>281</sup>.

Una prestigiosa opinión minoritaria controvierte la posibilidad de concebir a los subordinados como una “fuente de peligro” que debe ser vigilada. Ello sería, ante todo, difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje<sup>282</sup>. Además, la equiparación entre peligros materiales y personales no tomaría suficientemente en cuenta que, en contraste con las cosas y los animales, los seres humanos tienen conciencia, es decir, su actuación es volitiva y, en ese sentido, son, por regla general, capaces de autodeterminarse. De ahí que, respecto de las personas, no existe usualmente una necesidad de supervisión, como sí sucede respecto de los objetos peligrosos<sup>283</sup>. La exigencia de actuar conforme a derecho se dirige únicamente a la persona que actúa personalmente, de manera que la intervención de terceros suele ser innecesaria, quedando excluida en virtud del principio de autorresponsabilidad<sup>284</sup>.

Ninguno de estos reparos resulta decisivo. La expresión “fuente de peligro” debe entenderse metafóricamente, como “origen” de un peligro, y es claro que la conducta de los trabajadores en el seno empresarial puede ser el origen de peligros para bienes jurídicos<sup>285</sup>. En lo que toca al control sobre personas autónomas, si bien por regla general las personas no constituyen fuentes de peligro que deban ser vigiladas, esto no puede aplicarse si la persona no actúa ya de manera aislada, sino en el marco de un colectivo empresarial que puede suscitar peligros materiales y personales para los demás, precisamente a partir de la organización de los órganos directivos<sup>286</sup>. Por consiguiente, la cuestión esencial reside en determinar si la conducta punible de los subordinados se muestra como una mera actuación autorresponsable, sin relación con la

---

<sup>281</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 562 ss., 570 s.; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 56; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 35 ss.; MURMANN, en AMBOS/BOCK, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2019, p. 59; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1004, pp. 25 ss.

<sup>282</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (54-1), 2001, pp. 18 s.; siguiendo a SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 535.

<sup>283</sup> SPRING, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009, p. 217; BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 35.

<sup>284</sup> BEULKE, en GEISLER *et al.* (eds.), *FS-Geppert*, 2011, p. 35.

<sup>285</sup> Así ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306; de acuerdo con él UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 131; antes, tímidamente ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, § 32 nm. 139.

<sup>286</sup> Lo pone de relieve ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306.

empresa, o también como un curso causal delictivo *de* la empresa, atribuible en cuanto tal a sus órganos directivos<sup>287</sup>.

Sin perjuicio de la aprobación que merece la concepción de la empresa como una fuente de peligro, fundar el deber de controlar los peligros personales en el dominio sobre la totalidad de la empresa es dogmáticamente problemático. Como línea de principio, se discute que la empresa en su conjunto pueda equipararse a una fuente de peligro fáctica<sup>288</sup>. Pero aunque ello se acepte, tal equiparación valorativa no puede franquear la necesidad de legitimación de la posición de garante para la exclusión de los peligros personales<sup>289</sup>. De lo anterior se desprende que, si la posición de garante de los órganos de dirección empresarial está basada en la responsabilidad por la “fuente de peligro empresa”, es preciso que dichos órganos dominen efectivamente cada una de las fuentes de peligro individuales que, en conjunto, conforman la fuente de peligro empresa<sup>290</sup>. Ahora bien, es evidente que no puede derivarse un deber de controlar los peligros personales del dominio fáctico sobre cosas peligrosas, porque en los supuestos de peligros personales o no se han empleado cosas peligrosas, o no se han utilizado cosas en absoluto<sup>291</sup>. Solo cabe acudir, pues, a un dominio personal sobre los trabajadores, el que, como es sabido, no puede servir de fundamento a la posición de garante objeto de estudio.

Por tanto, la responsabilidad por el control de la empresa como fuente de peligro compleja, que se basa en el dominio sobre fuentes de peligro materiales, no puede dar cabida a un deber de vigilar a los subordinados de la empresa.

#### **IV. Posición de garante como contrapartida de la libertad para configurar la empresa**

Hasta ahora, las propuestas de la literatura han sido insuficientes para justificar convincentemente la posición de garante de los órganos directivos de empresas. La resolución

---

<sup>287</sup> Así UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 124, 131.

<sup>288</sup> Véanse los reparos de VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 280.

<sup>289</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 164.

<sup>290</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, pp. 164 s.

<sup>291</sup> SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, p. 165.

de este problema exige partir de la consideración de que el derecho reconoce a los órganos de dirección empresarial amplios poderes para configurar autónomamente —esto es, excluyendo la injerencia de terceros<sup>292</sup>— la organización empresarial<sup>293</sup>. Semejantes potestades se manifiestan, por ejemplo, en la capacidad de tomar decisiones autónomas acerca de la contratación de personal, de la distribución de tareas al interior de la empresa o de la explotación de determinadas instalaciones<sup>294</sup>. Estos poderes están amparados ya por el orden jurídico-constitucional, principalmente a través de la libertad general de actuación y del derecho a desarrollar actividades económicas (art. 19 N°s 7 inc. 1°, 21, CPR)<sup>295</sup>. La facultad de organizar libremente la empresa, reconocida jurídicamente, se traduce en una ampliación de las posibilidades de actuación y desarrollo de los órganos directivos de empresas<sup>296</sup>. Particularmente, la empresa pasa a formar parte de su ámbito de organización como un medio de ampliación de las posibilidades de actuación económica<sup>297</sup>.

Sin embargo, en la medida en que la actividad empresarial requiere aplicación de energía en el mundo exterior, ella supone siempre, en mayor o menor medida, la generación de riesgos para bienes jurídicos<sup>298</sup>. La organización empresarial constituye, como se ha comentado, una fuente de peligro compleja, integrada por peligros materiales y personales. El amplio abanico de normas de conducta sobre producción y comercialización de productos, higiene y seguridad en el trabajo, u obtención de financiamiento en el mercado de capitales, da cuenta de la existencia de ciertos peligros típicamente unidos a la actividad empresarial<sup>299</sup>.

En el marco de los peligros típicamente unidos a la actividad de empresa cabe agregar los peligros imbricados en la intervención de personas en contextos de división del trabajo, cual es

---

<sup>292</sup> STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, 2005, § 13 nm. 50; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 56.

<sup>293</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 130; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 570 ss.

<sup>294</sup> Así FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 134.

<sup>295</sup> En Chile HERNÁNDEZ BASUALTO, *REJ*, (10), 2008, p. 189; en la misma línea, en el derecho comparado, ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017, p. 129; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.ª ed., 2023, § 6 nm. 58; DANNECKER/DANNECKER, *JZ*, (65-20), 2010, p. 991.

<sup>296</sup> En este sentido UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 130; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 25 ss., p. 73.

<sup>297</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 571.

<sup>298</sup> Fundamental MEINI MÉNDEZ, *Derecho PUCP*, (52), 1999, p. 898.

<sup>299</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 575 s., 578.

la forma común de desarrollar actividades empresariales. Estos riesgos parten del hecho de que las personas no pueden ser controladas de modo absoluto, como los objetos, por lo que su mera actuación en la empresa implica la posibilidad de desviación respecto del derecho<sup>300</sup>. A partir de aquí, el reparto de tareas, la delegación de funciones, la descentralización y la compartimentación traen consigo “peligros de organización”<sup>301</sup>. Pueden mencionarse, por su importancia práctica, los problemas de comunicación y coordinación entre los distintos intervinientes de la organización empresarial, así como la posible elección incorrecta de los subalternos que se designan para la realización de tareas<sup>302</sup>.

En la literatura especializada también se suele poner de relieve el efecto criminógeno de las asociaciones empresariales<sup>303</sup>. A un nivel colectivo, la delincuencia empresarial puede entenderse como una expresión de la “cultura de una empresa” o del funcionamiento del sistema económico en general<sup>304</sup>. Así, la empresa podría inclinarse hacia la comisión de delitos como estrategia para superponerse ante su competencia, por ejemplo, sobornando a operadores políticos<sup>305</sup>. La ausencia de un sistema de *compliance* eficaz podría provocar que los empleados exploten las “lagunas de seguridad” de la empresa para cometer ilícitos, o que prevalezca en la organización un “espíritu colectivo” que diluya el sentido de la responsabilidad individual hasta el punto de que los empleados no se sientan responsables por sus propios actos debido a su falta de poder dentro de la empresa<sup>306</sup>. A un nivel personal, la incardinación de personas en la empresa somete a los individuos a niveles exacerbados de presión para tener éxito —por ejemplo, para lograr incrementar sus cifras de venta, reducir los costes de la empresa o cumplir con las fechas para el lanzamiento de un producto—, los que, sumados al miedo de perder el puesto laboral en la organización, pueden convertirse en un potenciador de la actuación delictiva<sup>307</sup>.

---

<sup>300</sup> ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017, p. 130; siguiendo a DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, 2013, p. 170.

<sup>301</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2017, p. 200; en este orden de ideas KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, 2014, p. 176.

<sup>302</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, *Productos defectuosos y derecho penal*, 2018, p. 73.

<sup>303</sup> MURMANN, en AMBOS/BOCK, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2019, p. 59.

<sup>304</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, pp. 202 s.

<sup>305</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 202.

<sup>306</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 203; sobre lo mismo KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, 2014, p. 176.

<sup>307</sup> KIRCH-HEIM, *Sanktionen gegen Unternehmen*, 2007, p. 45; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 223.

Habida cuenta de los peligros enunciados, es evidente que la posición de garante de los órganos directivos de empresas está justificada en interés de la protección de bienes jurídicos<sup>308</sup>. Dado que los terceros no pueden influir en la empresa, no cuentan con los medios de protección adecuados frente a los peligros de esta<sup>309</sup>. Tratándose de los peligros materiales, sus posibilidades de resguardo se ven debilitadas ya por los límites físicos del establecimiento<sup>310</sup>. En lo que concierne a los peligros personales, sus posibilidades de defensa son mermadas por la estructura organizativa de la empresa. Las personas ajenas a la organización empresarial se relacionan sencillamente “con la empresa”, siéndoles difícil distinguir con qué individuo perteneciente a ella interactúan. Consiguientemente, los menoscabos que soporten simplemente se ven como un *output* de la empresa<sup>311</sup>. En contraste, los órganos de dirección son quienes mejor pueden conocer y suavizar el potencial de peligro de las actuaciones que tienen lugar en el seno de la empresa<sup>312</sup>. Los amplios poderes fácticos y jurídicos que ejercitan los habilitan para configurar cuidadosamente su ámbito de organización, tanto respecto de los peligros materiales como personales<sup>313</sup>.

Pero el deber de los órganos directivos no solo se justifica en interés de la protección de bienes jurídicos, sino también en que aquellos órganos son *especialmente responsables* por la exclusión de los cursos causales peligrosos de la empresa de acuerdo con una *distribución adecuada y justa de libertades y cargas*<sup>314</sup>. Y es que los órganos de dirección no pueden ejercer su libertad para configurar la empresa, aprovechando las ventajas que ello implica, y pretender que sean los *terceros* quienes se ocupen de eliminar o reducir los peligros aparejados a dicho ejercicio<sup>315</sup>. Por el contrario, debe aplicar el sinalagma ejercicio de la libertad/responsabilidad por las

<sup>308</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 133.

<sup>309</sup> KONU, *Die Garantstellung des Compliance-Officers*, 2014, p. 179.

<sup>310</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 575.

<sup>311</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, 574 s.

<sup>312</sup> Así FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 133.

<sup>313</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 130; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 137.

<sup>314</sup> Así FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 133 ss.; y antes, en castellano, FRISCH, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, pp. 111 ss. Un criterio muy similar se encuentra en BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 25 s., 73, quien funda la posición de garante en la ponderación socialmente justa de beneficios y cargas en relación con la proximidad respecto de una fuente de peligro; siguiendo a Bottke, ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306. Acerca de la imposición de deberes a quienes tienen una *responsabilidad especial* para excluir peligros véase FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 2019, § 2 nm. 17 ss., § 6 nm. 27 ss.; CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, (12-2), 2017, pp. 45 ss.

<sup>315</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 133 s.

consecuencias<sup>316</sup>. En este sentido, la responsabilidad es el precio que hay que pagar por la creación de peligros empresariales aprovechando las ventajas que ello conlleva<sup>317</sup>. Dado que los terceros no pueden influir en la conducción de la empresa por parte de los órganos directivos y, por consiguiente, no pueden protegerse adecuadamente de los riesgos que se gestan en ella, deben poder confiar en que sus intereses serán custodiados<sup>318</sup>. La facultad para excluir a terceros de un ámbito que puede dañarlos solo resulta aceptable si a esa potestad de exclusión se acompaña el deber de proteger a los demás<sup>319</sup>. Esto puede aplicarse también a las víctimas internas al establecimiento que carecen de los poderes necesarios para decidir sobre el acontecer en la organización, como sucede respecto de los trabajadores dependientes comunes.

Es menester aclarar que la responsabilidad especial por la exclusión de peligros no es privativa de los delitos omisivos. Esta se encuentra ya en la base de la comisión: aquel que, en ejercicio de su autonomía, configura su propia conducta, debe asegurarse de que no surjan peligros para los demás a partir de su actuación<sup>320</sup>. Por ello, la mera posibilidad de realizar actividades empresariales implica excluir los peligros asociadas a ellas. De no ser posible eliminar o disminuir tales riesgos, las actividades han de prohibirse como creaciones de peligro jurídicamente desaprobadas<sup>321</sup>. En este sentido, la explotación de la empresa crea riesgos que son, en principio, tolerados por el derecho<sup>322</sup>. Pero las actividades empresariales se caracterizan por realizarse de modo sostenido en el tiempo, y el que una determinada actividad sea en principio permitida no puede implicar que los órganos directivos no tengan que dar garantías de contener los cursos causales peligrosos que surjan con posterioridad a la constitución de la

---

<sup>316</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 335; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 567; BERMEJO/PALERMO, en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p. 180.

<sup>317</sup> MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 7.ª ed., 2022, § 29 nm. 64.

<sup>318</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 130; SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 277 s.

<sup>319</sup> RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 35.

<sup>320</sup> Para la empresa, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 37; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 133; en general, FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 2019, § 2 nm. 21; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 172 ss.; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997, 7/56 ss., 28/14 ss.

<sup>321</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 134.

<sup>322</sup> De acuerdo KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 222; MEINI MÉNDEZ, *Derecho PUCP*, (52), 1999, pp. 896 ss.; ESTELLITA, *Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017, pp. 128 ss.; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 130. Sobre la noción de riesgo permitido o tolerado en Derecho penal véase FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, pp. 40 ss.

actividad<sup>323</sup>. Luego, solo pueden otorgarse a los directivos empresariales amplios poderes para configurar la organización empresarial bajo la condición de que ellos sean especialmente competentes para mantener dentro del ámbito del riesgo permitido los riesgos empresariales, o bien, reconducirlos a un margen tolerable si ya han salido de aquel umbral<sup>324</sup>.

De acuerdo con lo que se ha escrito, no se plantean problemas relativos al principio de autorresponsabilidad. La posición de garante de los directivos de empresas no representa una responsabilidad penal por los actos de terceros, sino una responsabilidad por un comportamiento propio: no evitar los *outputs* delictivos de la empresa<sup>325</sup>. Se trata de una responsabilidad por el propio ámbito de organización, que ha resultado ampliado mediante la incorporación de otros sujetos, pero que debe seguir asegurándose frente a terceros<sup>326</sup>. Luego, las esferas de responsabilidad de los órganos directivos y de los trabajadores que actúan de forma autónoma no se excluyen mutuamente, sino que se solapan<sup>327</sup>.

Las consideraciones expresadas permiten aseverar que, en la medida en que los órganos de dirección de empresas concentran amplios poderes para configurar autónomamente la organización empresarial, obteniendo además beneficios de ello, son especialmente competentes para excluir no solo los peligros materiales, sino también los peligros personales que surjan del ejercicio de sus facultades empresariales<sup>328</sup>. En virtud de este fundamento, el

---

<sup>323</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 134.

<sup>324</sup> En sentido similar FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 134.; MEINI MÉNDEZ, *Derecho PUCP*, (52), 1999, p. 898; BOCK, en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p. 111.

<sup>325</sup> Véase DEMETRIO CRESPO, en MORALES PRAT *et al.* (eds.), *LH-Quintero Olivares*, 2018, p. 332; ROBLES PLANAS, en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, pp. 491 s.; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 322; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 571 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 196; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 247; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/36.

<sup>326</sup> Fundamental ROBLES PLANAS, en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, p. 492.

<sup>327</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 111; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL DE LA CRUZ (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 571 ss.; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/36; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 247.

<sup>328</sup> Así, en Chile HERNÁNDEZ BASUALTO, *REJ*, (10), 2008, pp. 189 ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 567 ss., 570 ss. En Alemania FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 133 ss.; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 130, 134; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 34 ss.; BOTTKKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 25 ss., 73.; ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306; DANNECKER/DANNECKER, *JZ*, (65-20), 2010, p. 991; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., 2023, § 6 nm. 58; KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, 2014, p. 179; así como BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, pp. 216 ss., 2002, aunque negando un deber de impedir los delitos *dolosos* de los subordinados. En España; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 322;

orden primario puede imponer legítimamente a los órganos directivos de las organizaciones empresariales el deber de impedir la realización de tipos delictivos en el contexto de la actividad empresarial.

### C. La “relación con la empresa” como límite de la posición de garante

Que la posición de garante de los órganos directivos empresariales no importa impedir cualquier delito de los trabajadores se pone de relieve desde hace tiempo en la literatura<sup>329</sup>. Está asentado que la responsabilidad de los directivos solo puede abarcar los “delitos vinculados con la empresa”<sup>330</sup>. Si los órganos de dirección han de vigilar a la empresa como fuente de peligro compleja, es lógico que solo deban impedir los delitos que sean la manifestación de un peligro proveniente de la empresa<sup>331</sup>. Debe tratarse de ilícitos que tengan una *especial relación* con esta<sup>332</sup>. Los hechos que pertenezcan a la *esfera privada*<sup>333</sup> o, según otra formulación, que representen *hechos excesivos*<sup>334</sup>, quedan, pues, excluidos.

Ahora bien, se discute qué delitos constituyen delitos relacionados con la empresa. Existe acuerdo en que la relación con la empresa no depende de que el hecho se haya cometido durante

---

ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 64, 68; ROBLES PLANAS, en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (coords.), *LH-Bajo Fernández*, pp. 491 s.; SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995, p. 371, con nota al pie 47; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 6.<sup>a</sup> ed., 2022, pp. 697 s.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, 2013, p. 169; TURIENZO FERNÁNDEZ, *Estudios penales y criminológicos*, (42), 2022, pp. 5 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 211 ss. En Perú MEINI MÉNDEZ, *Derecho PUCP*, (52), 1999, pp. 898 s. En Brasil ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, 2017, pp. 128 ss. En Argentina BERMEJO/PALERMO, en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, p. 180.

<sup>329</sup> La preocupación puede leerse ya en en GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (54-1), 2001, p. 18; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 139, 141; ROGALL, *ZStW*, (98-3), 1986, p. 618; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 105 s.; THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, pp. 19 ss.; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, 1985, pp. 115 s.

<sup>330</sup> Solo a título ejemplar, WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., 2023, nm. 58b.

<sup>331</sup> UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 131, 134.

<sup>332</sup> Recientemente HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 336; en el mismo sentido, WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 296.

<sup>333</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 138; HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 337; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, 1985, p. 115. En la misma línea se pronuncia JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, 29/36, haciendo hincapié en que la responsabilidad de los directivos supone que se trate de actos de la empresa. Están excluidos, así, los actos de trabajadores de “tendencia anarquista”, frente a los cuales “el titular de la actividad se equipara a un tercero”.

<sup>334</sup> Así SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 570.

la jornada laboral o en las dependencias del establecimiento empresarial<sup>335</sup>, ni de que se hayan empleado objetos peligrosos pertenecientes a la empresa<sup>336</sup>. Sin embargo, más allá de estos lineamientos iniciales no existe claridad. La jurisprudencia del BGH ha propuesto un polémico criterio de distinción negativo<sup>337</sup>. Por su parte, en la literatura científica se puede observar una abrumadora dispersión de opiniones<sup>338</sup>.

## I. El criterio en la jurisprudencia del BGH

En una célebre sentencia de 17 de julio de 2009, dictada por la 5.<sup>a</sup> Sala Penal del BGH<sup>339</sup>, el tribunal alemán trató el caso de un encargado de la división jurídica y de auditoría interna de una empresa municipal de limpieza de calles de Berlín que no evitó la comisión de una estafa a los vecinos a través de un cobro indebido. En un breve *obiter dictum*, al comparar la situación jurídica de los responsables de la auditoría interna con la de los oficiales de cumplimiento normativo de la empresa (los denominados *compliance officers*), la 5.<sup>a</sup> Sala señaló que estos últimos suelen tener una amplia posición de garante que les obliga a impedir los delitos de los empleados de la empresa en relación con las actividades empresariales. Pues bien, si se entiende, como hace la doctrina dominante, que los deberes de los oficiales de cumplimiento normativo son deberes derivados, asumidos a partir de la delegación realizada por la dirección empresarial, quienes tienen deberes originarios, entonces los dichos del BGH contienen un reconocimiento implícito de la posición de garante de los órganos directivos de empresas<sup>340</sup>. Esta sentencia se

---

<sup>335</sup> Véase GENEUSS, *ZIS*, (4), 2016, p. 262; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 296, 299 s.; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 138 s.; en la jurisprudencia, BGH, 20.10.2011 - 4 StR 71/11, nm. 13 excluye los delitos ocurridos simplemente “con ocasión” del trabajo en la empresa. Dicho lo anterior, hay que considerar, con WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 300, que el hecho de que el delito se cometa fuera de los recintos empresariales o de la jornada laboral no carece de sentido del todo, ya que si ello sucede normalmente faltará tanto la posibilidad de evitación del resultado como la (cuasi)causalidad del no-hacer respecto del resultado.

<sup>336</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 139; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 298.

<sup>337</sup> BGH, 20.10.2011 - 4 StR 71/11 nm. 13 s.; con comentarios de ROXIN, *JR*, (7), 2012, pp. 306 s.; WAGNER, *ZJS*, (5), 2012, p. 709; KUDLICH, *HRRS*, (13-4), 2012, pp. 179 s.; SCHRAMM, *JZ*, (67-19), 2012, pp. 971 s.

<sup>338</sup> Acerca de la discusión véase, especialmente, SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 280 ss.; OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, pp. 342 s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 342 ss.; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 296 ss.; SELBMANN, *HRRS* (15-6), 2014, pp. 239 s. Hasta donde se ve, sin considerar el artículo de Hernández Basualto en el libro homenaje a Frisch, no hay estudios sobre los delitos relacionados con la empresa en la doctrina chilena.

<sup>339</sup> BGH, 17.07.2009 - 5 StR 394/08; con comentarios de KRETSCHMER, *JR*, (11), 2009, pp. 474 ss.; DANNECKER/DANNECKER, *JZ*, (65-20), 2010, pp. 981 ss.

<sup>340</sup> DANNECKER/DANNECKER, *JZ*, (65-20), 2010, p. 991; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2023, § 6 nm. 58; HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, pp. 554 s. Para el entendimiento de los

toma como el primer reconocimiento de la posición de garante de los órganos directivos empresariales en la jurisprudencia reciente del BGH.

En un fallo posterior de la 4.<sup>a</sup> Sala Penal del BGH, fechado en 20 de octubre de 2011, el BGH trató el caso de un capataz de una obra municipal que no impidió las reiteradas agresiones físicas que un grupo de trabajadores bajo su mando ejecutó en contra de un compañero de la obra perteneciente a otro grupo de trabajo. La 4.<sup>a</sup> Sala descartó la responsabilidad del capataz no porque no existiera una posición de garante de los órganos directivos para la evitación de los delitos de los trabajadores de la empresa, sino porque los delitos de los subalternos no estaban relacionados con la empresa<sup>341</sup>. El fundamento fue el siguiente: “Un delito se encuentra relacionado con la empresa si tiene una conexión interna con la actividad empresarial del autor o con la naturaleza de la empresa”<sup>342</sup>. Por el contrario, el directivo no tiene una obligación de actuar, más allá de un deber general de solidaridad, tratándose de delitos que un trabajador cometa “simplemente con ocasión de su actividad en la empresa”<sup>343</sup>. En particular, son delitos no relacionados con la empresa aquellos que “no sean consecuencia de peligros específicamente inherentes a su empresa o al campo de actividad de sus trabajadores, sino que podrían producirse de la misma manera fuera de su empresa”<sup>344</sup>.

La definición *negativa* de los delitos relacionados con la empresa como aquellos que no pueden ocurrir de la misma manera fuera de esta no es fácil de comprender. La expresión decisiva es que el delito no pueda cometerse *de la misma manera* fuera de la empresa, puesto que casi cualquier delito puede cometerse fuera de una empresa<sup>345</sup>. Pero entonces, ¿cómo debe interpretarse que un delito vinculado a la empresa es uno que no puede ocurrir de la misma manera fuera de esta? A primera vista, podría entenderse que, en opinión del BGH, los delitos relacionados con la empresa son los que resultan de una determinada actividad empresarial. En este sentido parece manifestarse Roxin: si un trabajador mata a palos a un colega por celos, no puede observarse un delito relacionado con la empresa, “pues el mismo puede suceder

---

deberes de garante de los oficiales de cumplimiento como deberes derivados véase, por ejemplo, BERMEJO, /PALERMO, en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, 178.

<sup>341</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 15 ss.

<sup>342</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 13.

<sup>343</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 13.

<sup>344</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 14.

<sup>345</sup> Acertadamente HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 339.

igualmente fuera de la empresa”, de modo que “no surge de un foco de peligro empresarial”. Por el contrario, hay que ver un delito relacionado con la empresa cuando un trabajador comete cohechos o infracciones contra las normas de libre competencia, un crupier se queda con el dinero de un cliente, o un portero se excede de sus facultades haciendo un uso ilegítimo de la fuerza<sup>346</sup>. La opinión del tribunal, sin embargo, es menos generosa. El BGH declaró que, en la medida en que el peligro de comisión de lesiones reiteradas entre compañeros de trabajo existe en todas las empresas con más de un empleado, este *no* era un peligro inherente a la empresa del caso<sup>347</sup>. A continuación, agregó el tribunal que si el mero elemento iterativo fuera suficiente, se abandonaría la limitación a los delitos relacionados con la empresa, con lo cual el castigo del directivo hubiese significado responsabilizarlo, en contra de razones constitucionales, por un estilo de vida generalmente impune de sus trabajadores durante la jornada laboral<sup>348</sup>. En conclusión, según el criterio de la jurisprudencia alemana, no basta con que el delito represente un peligro típicamente empresarial, sino que se requiere, en sentido negativo, *que no se trate un peligro empresarial general*, presente también en otras empresas<sup>349</sup>.

El criterio propugnado por el BGH no puede encontrar aprobación. De seguirse un entendimiento tan estrecho de los delitos vinculados a la empresa, la posición de garante de los órganos directivos se volvería superflua<sup>350</sup>. Es por lo menos cuestionable que los directivos de las empresas no tengan que impedir ningún delito *típicamente empresarial*, solo porque estos hechos punibles ocurren, por definición, en las empresas en general<sup>351</sup>. En lo que importa al derecho positivo, la conducta del directivo que no impidiese las lesiones menos graves o las muertes que sus subordinados causaren a terceros no sería punible.

Posteriormente, el BGH introduce un punto de vista aún más problemático. Se argumenta que en el caso de marras falta la conexión con la empresa, *especialmente* porque las agresiones a la víctima no habían sido ordenadas por el capataz como parte de una “política de la firma”, por

---

<sup>346</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 139.

<sup>347</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 17.

<sup>348</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 17.

<sup>349</sup> Críticamente HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 340.

<sup>350</sup> KUDLICH, *HRRS*, (13-4), 2012, p. 180.

<sup>351</sup> Así también ROBLES PLANAS, en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, p. 493; GÓMEZ MARTÍN, en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 638; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 137.

ejemplo, para inducir al agredido a dejar su trabajo en la empresa, ni los autores utilizaron los “poderes especiales que les otorgaba su posición en la empresa” para cometer el delito<sup>352</sup>.

La política de la firma como criterio de conexión ha tenido cierta recepción en la doctrina<sup>353</sup>. Ahora bien, el hecho de que un delito concreto se realice en aplicación de una política de la empresa sería algo extremadamente excepcional y no puede considerarse un criterio decisivo<sup>354</sup>. Con todo, al menos teóricamente podría existir la posibilidad de que, a través de una política de la organización, se promovieran agresiones en contra de un trabajador<sup>355</sup>. Para este supuesto hipotético, se presentan dos opciones. Una política semejante podría resultar de la impartición de órdenes antijurídicas por parte de un superior jerárquico, o bien de su tolerancia frente a las agresiones durante un espacio de tiempo<sup>356</sup>. La segunda posibilidad es explícitamente descartada por el BGH, según el cual la reiteración de las agresiones no las convierte en delitos vinculados a la empresa<sup>357</sup>. En lo que toca a la primera posibilidad, ni siquiera podría verse un delito de omisión impropia. La impartición de órdenes antijurídicas solo puede enjuiciarse penalmente como una conducta activa, por lo que se plantea una responsabilidad comisiva, en particular, a título de inducción<sup>358</sup>. La responsabilidad por la actuación de los subordinados conforme a una política de la firma parece alejarse de la responsabilidad de un garante y acercarse más a la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, al menos en el sentido en que el BGH ha aplicado esta construcción dogmática a las empresas<sup>359</sup>.

Con relación al no empleo de los poderes especiales que otorgaba la posición en la empresa para cometer el delito, no se ve por qué el tribunal descarta la vinculación con la empresa si, considerando que no puede haber poderes jurídicos para cometer delitos, el uso de los recursos

---

<sup>352</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 15.

<sup>353</sup> Véase ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 307.

<sup>354</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 204.

<sup>355</sup> KUDLICH, *HRRS*, (13-4), 2012, p. 179.

<sup>356</sup> WAGNER, *ZJS*, (5), 2012, p. 708.

<sup>357</sup> BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11, nm. 17. Sobre ello HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 340 s.; WAGNER, *ZJS*, (5), 2012, p. 708.

<sup>358</sup> En el mismo sentido KUDLICH, *HRRS*, (13-4), 2012, pp. 179 s.; WAGNER, *ZJS*, (5), 2012, p. 708; HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 341.

<sup>359</sup> Confróntese GENEUSS, *ZIS*, (4), 2016, p. 264.

fácticos de la empresa para atacar a la víctima (partiendo por la proximidad con esta) debería haber bastado para fundar una conexión con la empresa<sup>360</sup>.

Cabe agregar que en una decisión posterior de la 5.<sup>a</sup> Sala Penal del BGH, de fecha 6 de febrero de 2018, el tribunal refrendó la idea de que un delito está relacionado con la empresa si tiene una conexión interna con la actividad empresarial del autor o con la naturaleza de la empresa, pero no reiteró la aclaración negativa que dio en el fallo comentado arriba<sup>361</sup>.

## II. El criterio en la doctrina

### 1. Actuación en interés de la empresa

Entre las opiniones vertidas en la doctrina, el carácter relacionado con la empresa se juzga a veces en función de si el autor actuó en interés de la empresa o en interés propio. En el primer caso, se observa un delito relacionado con la empresa; en el segundo, un hecho no relacionado con esta<sup>362</sup>. Se dan como ejemplos los casos de sobornos a funcionarios públicos o de estafas a socios comerciales en los cuales la empresa se ve favorecida<sup>363</sup>.

Schünemann, uno de los principales representantes del criterio del interés, sostiene que, dado que el dominio de los directivos solo alcanza hasta donde los delitos de los subalternos sean expresión del dominio del grupo, y en tal sentido un *hecho de grupo*, el deber de garante no puede extenderse a una posible *emancipación* de los empleados, esto es, a *hechos excesivos*<sup>364</sup>. En la práctica, la prueba de si un delito es la expresión de un hecho de grupo o, en cambio, de un hecho excesivo, puede ser simplificada atendiendo a la motivación del autor. Si el sujeto delinquirió en *interés de la empresa*, se puede suponer que el delito es consecuencia del *efecto criminógeno de la asociación*, y que se le podía haber inducido a actuar conforme a derecho con las medidas apropiadas de dirección, control y coordinación. En cambio, si delinquirió en *interés*

---

<sup>360</sup> KUDLICH, *HRRS*, (13-4), 2012, pp. 179 s.

<sup>361</sup> BGH, 06.02.2018 – 5 StR 629/17, nm. 7.

<sup>362</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 106; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 540; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, p. 69.

<sup>363</sup> DEMETRIO CRESPO, en MORALES PRAT, Fermín *et al.* (eds.), *LH-Quintero Olivares*, 2018, p. 339.

<sup>364</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 540.

*propio*, se evidencia un distanciamiento del grupo, siendo de suponer que las medidas de los directivos no habrían podido conducir al subalterno por la senda del derecho<sup>365</sup>.

Hay que reconocer que los delitos cometidos en interés real o presunto de la empresa suelen estar relacionados con esta<sup>366</sup>. Con todo, el criterio del interés lleva a una restricción exagerada del ámbito de los delitos vinculados a la empresa. En efecto, la conducta de un trabajador puede representar un peligro empresarial para terceros con total indiferencia del interés que lo motivó a delinquir<sup>367</sup>. Si las potenciales víctimas de los peligros que emanan del seno empresarial solo soportan un *output* de la empresa, en cuanto manifestación de un peligro material o personal, con mayor razón no puede elevarse a elemento decisivo para el deber de garante de los órganos directivo la motivación de un autor muchas veces ni siquiera identificable. Por otro lado, como observa Hernández Basualto, renunciando al dominio de la organización y de los subordinados como fundamento de la posición de garante de los órganos directivos, el interés que motivó el actuar de los trabajadores delincuentes pierde importancia<sup>368</sup>. Si se entiende que el deber de garantía para la exclusión de los peligros empresariales está fundado en los amplios poderes con que cuentan los directivos para configurar los procesos de la empresa según su voluntad, no se ve por qué habría de aplicarse el deber de garante solamente cuando el ejercicio de su libertad, por ejemplo, para designar personas o distribuir tareas, redunde en beneficios para la empresa<sup>369</sup>. Es innegable que los directivos ejercen su libertad, poniendo peligros en el mundo exterior, con el objetivo de obtener ventajas. Sin embargo, no puede hablarse de una distribución justa de libertades y de cargas si se espera que sean otros quienes se ocupen de controlar los peligros creados en el propio ámbito de organización únicamente porque tales riesgos no se traducen en beneficios.

---

<sup>365</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 106; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (48-2), 1988, p. 540.

<sup>366</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 299; SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 282; HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 343.

<sup>367</sup> OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 342; SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 282; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 145; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 254.

<sup>368</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 343.

<sup>369</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.) *FS-Frisch*, 2013, p. 343 hace una observación similar, pero aludiendo a si la posición de garante se funda en el dominio de la “fuente de peligro empresa”.

## 2. Actuación en cumplimiento de las tareas encomendadas

También se propone limitar el deber de garante de los directivos a los delitos que los subalternos cometan “en cumplimiento de las tareas que se les encomiendan”<sup>370</sup>.

Con todo, difícilmente puede hablarse de delitos cometidos en cumplimiento de las funciones asignadas, ya que un delito representa precisamente una *extralimitación* de las funciones laborales<sup>371</sup>. Según Wagner, esta observación solo es incuestionable a primera vista, porque existen casos, como el del portero demasiado comprometido, en que el cumplimiento de las tareas encomendadas y la comisión de un delito solo pueden distinguirse mediante *criterios cuantitativos*<sup>372</sup>. La réplica de Wagner es interesante, pero parece confirmar la crítica. Es cierto que muchas veces el cumplimiento de las funciones solo puede distinguirse “cuantitativamente” de la ejecución de un delito. Pero esto no contradice que los delitos de los trabajadores puedan verse como un exceso respecto de las tareas encomendadas, el que precisamente se mide mediante criterios cuantitativos. Llegados a este punto, podría rebatirse que la alusión a criterios cuantitativos conduce a una indeterminación de qué delitos están vinculados a la empresa, pues no ofrece una diferenciación objetiva. Con todo, en realidad la diferencia entre una tarea encomendada y un delito es bastante evidente: está marcada por la realización de los elementos de un tipo penal. Así, para volver al ejemplo del portero demasiado servicial, es claro que sus funciones no pueden incluir dar una paliza a un cliente problemático para impedirle la entrada al establecimiento. Sus tareas se agotan en no permitir la entrada al cliente.

En cualquier caso, la solución es sin duda demasiado restrictiva. Los órganos directivos deben impedir los delitos que representen un peligro general de las empresas o un peligro específico de la empresa correspondiente aunque el subordinado-delincuente se haya extralimitado de sus funciones o haya actuado fuera de su ámbito de responsabilidad<sup>373</sup>. No es convincente excluir la responsabilidad especial de los directivos, y con ello dejar en indefensión a las víctimas de los peligros empresariales, solo porque el trabajador actuó al margen de la asignación de

---

<sup>370</sup> Véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 141; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantienpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, 1985, pp. 115 s.; véase también SELBMANN, *HRRS* (15-6), 2014, pp. 239 s.

<sup>371</sup> SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 281.

<sup>372</sup> WAGNER, *ZJS*, (5), 2012, pp. 708 s.

<sup>373</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 204.

competencias *interna* de la empresa<sup>374</sup>. Si los terceros ajenos a la empresa, así como los trabajadores sin poder de configuración empresarial, no están habilitados para entrometerse en el acontecer de la empresa, su protección no puede depender de la decisión de los directivos en torno a la asignación de funciones dentro de la empresa. El carácter de peligro empresarial de un hecho punible no varía si el trabajador se extralimita de sus propias funciones<sup>375</sup>, o si el trabajador actúa en un ámbito de competencia completamente diferente al que le corresponde<sup>376</sup>.

### **3. Aprovechamiento de las posibilidades de actuación fácticas o jurídicas que permite el empleo en la empresa**

Según un pensamiento muy extendido debe afirmarse la vinculación con la empresa si el delito se ha cometido aprovechando las posibilidades fácticas o jurídicas de actuación que abre el empleo en la empresa<sup>377</sup>. El criterio se cumple ya si el autor utiliza la infraestructura empresarial o la proximidad con la víctima<sup>378</sup>.

Este punto de vista es demasiado amplio. Dado que la interacción en la empresa conduce a una extensión considerable de las posibilidades de actuación y desarrollo no solo de los directivos, sino también de los trabajadores, básicamente todo comportamiento delictivo cometido en la empresa aprovecharía al menos los recursos fácticos de esta<sup>379</sup>. De seguirse este planteamiento habría que considerar delitos relacionados con la empresa hechos delictivos en que el trabajador ha actuado completamente al margen de la empresa. Otto pone el ejemplo de un trabajador

---

<sup>374</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 345; FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 204; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 298 s.

<sup>375</sup> Como en el ejemplo ya mencionado del portero demasiado comprometido con sus funciones que agrede a un cliente.

<sup>376</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 299 pone el caso del empleado administrativo de una planta química que, sin potestades para ello, vierte desechos tóxicos sin tratar a un río.

<sup>377</sup> SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 282 s.; así también KNAUER, en SCHULZ *et al.* (eds.), *FS-Imme Roxin*, 2012, p. 476; MAYER, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, 2008, p. 458; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 56; SCHILHA, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, pp. 185 s.; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 323; GÓMEZ MARTÍN, en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 638.

<sup>378</sup> SELBMANN, *HRRS* (15-6), 2014, p. 239.

<sup>379</sup> Fundamental HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 344. Sobre la ampliación de posibilidades de los trabajadores gracias a la actuación en la empresa, HERNÁNDEZ BASUALTO, en VAN WEEZEL (ed.), *LM-Cury Urzúa*, 2013, p. 577; en sentido similar véase SELBMANN, *HRRS* (15-6), 2014, p. 240.

bancario encargado del asesoramiento de clientes que utiliza su puesto laboral, en cuanto recurso fáctico, para persuadir a un cliente de que participe en una estafa piramidal<sup>380</sup>.

Además, el presente criterio se acerca demasiado a la idea, rechazada en general, de que los delitos cometidos en los recintos de la empresa o durante el horario de trabajo están *per se* relacionados con la empresa<sup>381</sup>.

#### **4. Hecho configurado por los factores criminógenos que afectan a la empresa**

Según Feng, un delito está relacionado con la empresa si está configurado por los factores criminógenos que afectan a la organización empresarial<sup>382</sup>. Han de tenerse en cuenta tanto los riesgos generales de las empresas, derivados de la búsqueda de maximización de ganancias y de la presión competitiva o de innovación, como los riesgos particulares de una empresa, derivados de su cultura empresarial y de los procesos empresariales que desarrolla<sup>383</sup>.

Este criterio no puede aceptarse. Los factores criminógenos que afecten a la organización empresarial son uno de los riesgos a considerar a la hora de fundamentar la posición de garante de garante de los órganos directivos, mas no la *ratio essendi* de la limitación de esa responsabilidad especial. Por otro lado, es fácilmente posible pensar en peligros derivados de la actividad empresarial que no sean necesariamente el resultado de los factores criminógenos que se presentan en la empresa. Así, por ejemplo, determinados trabajadores podrían introducir dolosamente en el mercado medicamentos dañinos para los consumidores sin que ello responda necesariamente, por ejemplo, a la búsqueda de ganancias de la empresa, o a una deficiencia en el hacer valer las normas y estándares de producción y comercialización al interior de la empresa.

#### **5. Conexión con las tareas de la empresa**

Thiemann ha puesto el foco de atención no en las tareas y competencias encomendadas al trabajador, sino en si se trata de actividades de la empresa. En efecto, la relación con la empresa debe evaluarse en función de si el comportamiento de los subordinados infringe deberes

---

<sup>380</sup> OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 342.

<sup>381</sup> En sentido similar FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p, 207.

<sup>382</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 201.

<sup>383</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 203.

“íntimamente relacionados con las tareas y fines de la empresa”<sup>384</sup>. A continuación, Thiemann ejemplifica que en una empresa dedicada a la gestión de activos el fraude está vinculado a la empresa. Entretanto, en empresas dedicadas a otros rubros, el mismo acto no está relacionado con la empresa<sup>385</sup>.

En contra, Schall objeta que el fraude puede tener lugar en numerosas empresas, con independencia de su actividad, y en semejantes casos también se materializa un peligro típicamente empresarial<sup>386</sup>. Hernández Basualto admite que la crítica de Schall es correcta, pero subraya, con razón, que el núcleo de la propuesta de Thiemann debe rescatarse. Si los órganos directivos han de mantener bajo control la empresa como fuente de peligro compleja, los deberes de supervisión tienen que tocar necesariamente solo a los hechos que puedan entenderse como *hechos de la empresa* en un determinado sentido, los que al menos se deben relacionar con las tareas y fines de la empresa<sup>387</sup>. El punto débil de la propuesta de Thiemann es, según Hernández Basualto, que solo parece atender al “objeto de la empresa”. En cambio, es más apropiado tener en cuenta que no solo los actos relacionados con el centro de la actividad empresarial ponen en peligro bienes jurídicos de terceros, sino también todos los procesos empresariales que coadyuvan al cumplimiento del objeto de la empresa<sup>388</sup>.

### III. Toma de postura

Los miembros directivos de la empresa están sujetos a la obligación jurídica de controlar la organización empresarial como condición de ejercicio de sus amplios poderes para configurarla. Asumiendo que los órganos directivos son responsables *por la empresa*, es evidente que los delitos vinculados a la empresa, que han de quedar cubiertos por la posición de garante, solo pueden ser los que representen un curso causal peligroso atribuible a la empresa<sup>389</sup>. Sentado lo

<sup>384</sup> THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, p. 21.

<sup>385</sup> THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, p. 21.

<sup>386</sup> SCHALL, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 281.

<sup>387</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), 2013, *FS-Frisch*, 2013, p. 345.

<sup>388</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 345 s.; OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 343; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 56, con nota 236.

<sup>389</sup> En sentido similar ROXIN, *JR*, (7), 2012, p. 306; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, pp. 131, 134; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 139. Véase también RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 35, 1996, quien da cuenta de que en materia de responsabilidad de los directivos por la no evitación de los delitos de sus subordinados lo esencial no es el impedir los delitos de los trabajadores, sino determinar qué resultados lesivos deben ser evitados.

anterior, el punto de partida decisivo para resolver la cuestión de la vinculación con la empresa es que el acto de que se trate pueda ser visto objetivamente como una *interacción de la empresa con su entorno*, y no como un mero acto autónomo desvinculado de la organización empresarial<sup>390</sup>.

En la medida en que la relación con la empresa requiere que el delito pueda apreciarse como un curso causal peligroso *de* la empresa, es necesario que el acto delictivo sea una expresión de la actividad propia de la empresa<sup>391</sup>. Al fin y al cabo, lo que se persigue es que la actividad empresarial no ponga en peligro ni lesione bienes jurídicos de terceros<sup>392</sup>. La actividad propia de una empresa abarca más que el “objeto de la empresa” (por ejemplo, la gestión de activos), al incluir los diversos procesos empresariales asociados a dicho objeto<sup>393</sup>. Así, el delito está relacionado con la empresa si representa, objetivamente, un peligro derivado de los procesos empresariales<sup>394</sup>.

Para Waßmer, una concreción más detallada viene de preguntarse si el delito se ha cometido “para” o “en” la ejecución de las tareas empresariales<sup>395</sup>. En el primer caso, se comete un delito para cumplir (aunque defectuosamente<sup>396</sup>) con una tarea de la empresa. En estos delitos la conexión con la actividad empresarial es más o menos evidente. Son siempre delitos específicos de la actividad, relacionados con la empresa<sup>397</sup>. En el segundo caso, se comete un delito de manera independiente al cumplimiento de las tareas empresariales. En la medida en que el delito se comete en el “entorno” del cumplimiento de la actividad, el examen debe tomar en consideración las características concretas de la actividad de que se trate. En este contexto, debe

---

<sup>390</sup> Con gran claridad HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 346; también poniendo el acento en la perspectiva objetiva de los terceros OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 343; en el mismo sentido, antes JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997, 29/36.

<sup>391</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 346; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 296 s.; WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2019, nm. 56; así como ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 139 indicando que debe tratarse de un “peligro específico de empresa en la correspondiente firma”.

<sup>392</sup> FRISCH, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, p. 117; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 139; WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 296 s.

<sup>393</sup> Véase THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, p. 21; HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 345 s.

<sup>394</sup> OTTO, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 343; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, p. 137; ROXIN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 255

<sup>395</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 296.

<sup>396</sup> Lo observa, correctamente, HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 346.

<sup>397</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 297.

observarse un delito típico de la actividad, relacionado con la empresa, si el hecho delictivo está conectado, según la experiencia, con la actividad empresarial de la empresa respectiva<sup>398</sup>.

Siguiendo el criterio ofrecido, no están relacionados con la empresa los delitos que no pueden comprenderse objetivamente como parte de la actividad de la empresa respectiva. Así, si un trabajador mata a su colega por celos, difícilmente puede hablarse de un delito relacionado con la empresa, en cualquier empresa<sup>399</sup>. En el mismo sentido, los órganos directivos no tienen el deber de impedir que el trabajador de una fábrica que recibe en el trabajo la visita de su mujer, que quiere divorciarse de él, la mate a golpes<sup>400</sup>. Por el contrario, en el caso de un negocio abierto al público, las lesiones corporales en contra de un cliente cometidas por un portero demasiado comprometido sí están relacionadas con la empresa<sup>401</sup>. Por lo general, los robos cometidos por los empleados en perjuicio de terceros o de sus colegas no están relacionados con la empresa<sup>402</sup>. Pero sí lo está el robo de fichas cometido por el crupier de un casino mientras organiza el juego<sup>403</sup>. Asimismo, generalmente las agresiones sexuales quedan fuera del ámbito de supervisión de la dirección de la empresa<sup>404</sup>. Sin embargo, hay una excepción tratándose, por ejemplo, de empresas cuya actividad implica que los trabajadores visiten los domicilios privados de los clientes o que los niños pequeños queden a su cuidado<sup>405</sup>.

---

<sup>398</sup> En este sentido WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 297 s.

<sup>399</sup> Correctamente, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 139.

<sup>400</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 298.

<sup>401</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 348; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 32 nm. 139.

<sup>402</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 348.

<sup>403</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 298; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, § 32 nm. 139; HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 348.

<sup>404</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 348; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 139.

<sup>405</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en FREUND, *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, p. 348.

### Capítulo 3

## La delimitación entre autoría y participación en la responsabilidad penal de los órganos directivos de empresas

El capítulo anterior ha demostrado que los órganos directivos de estructuras empresariales están especialmente obligados a impedir los delitos relacionados con la empresa de sus subordinados. Sin embargo, aún no se ha aclarado el título de intervención delictiva por el cual deben responder los sujetos que incumplan tal deber de garante. Esto no es problemático en el ámbito de la actuación imprudente, en virtud del amplio concepto de autor que allí rige<sup>406</sup>. Las dificultades se presentan en los supuestos en que los órganos directivos empresariales no evitan dolosamente delitos de acción dolosos cometidos por sus subalternos, pues en los delitos dolosos rige un concepto restrictivo de autor. Para abordar el problema, se comenzará examinando críticamente el estado actual de la discusión. A continuación, se desarrollará una toma de postura, partiendo de la idea básica de que el problema de la intervención delictiva se sitúa en el injusto típico.

---

<sup>406</sup> Los arts. 15 N° 2 y 16, CP, que regulan, respectivamente, la inducción y la complicidad, no abarcan conductas de participación culpable. En los delitos imprudentes rige aún un concepto unitario de autor, conforme al cual no se hace una diferencia entre autores y partícipes, sino que todos los intervinientes son autores. Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, «Artículo 14», *Código Penal comentado*, 2011, p. 368, con muy extensas referencias; HERNÁNDEZ BASUALTO, *REJ*, (10), 2008, p. 178; BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, 1995, pp. 95 ss.; CURY URZÚA/MATUS ACUÑA, «Artículos 14 a 17», *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, 2002, pp. 244, 246; MATUS ACUÑA/RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.ª ed., 2021, pp. 495 ss.; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., 2005, pp. 228 s., FERNÁNDEZ CRUZ, *Revista de Derecho (Valdivia)*, (13), 2002, pp. 120 s. De otra opinión, por ejemplo NAVAS MONDACA, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., 2023, pp. 336, 365 ss., quien no ve razones de texto para no admitir la complicidad imprudente en el art. 16 CP. En Alemania también rige, según la opinión aún dominante, un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes. Sobre esto ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 25 nm. 8; SCHÜNEMANN/GRECO, «25», *LK-StGB*, t. II, 13.ª ed., 2020, § 25 nm. 2040.

## A. La teoría de los delitos de infracción de deber

La teoría de los delitos de infracción de deber es mérito de Roxin. El punto de partida de esta tesis es que en los llamados delitos de infracción de deber la autoría no se establece en función del dominio del hecho, sino que se basa en la infracción de un deber especial constitutivo del tipo<sup>407</sup>. En estos hechos delictivos, autor es quien infringe, en cualquier forma, el deber jurídico que le incumbe, siendo indiferentes tanto la dimensión de su participación externa en el hecho como su dominio sobre el suceso típico<sup>408</sup>. En su formulación actual<sup>409</sup>, Roxin define a los delitos de infracción de deber como “tipos penales en los que la autoría se caracteriza porque alguien descuida o abusa del deber derivado de su rol social y, de esta manera, provoca una lesión típica de bienes jurídicos”<sup>410</sup>. La teoría de los delitos de infracción de deber ha encontrado amplia aceptación en la literatura<sup>411</sup>.

Para Roxin, los delitos de omisión impropia son delitos de infracción de deber<sup>412</sup>. En la medida en que el garante infrinja su deber de evitación de resultados, que fundamenta el tipo de omisión impropia, y cumpla con los demás presupuestos típicos de esta clase delictiva, siempre será autor<sup>413</sup>. Con ello se habrá cumplido el tipo del delito de omisión impropia y, debido a que la autoría es la realización del tipo, concurriendo estos elementos no cabe exigir nada más para ella<sup>414</sup>. La complicidad por omisión del garante únicamente se plantea cuando este no evita la comisión de un delito de propia mano, cuando no cuenta con un elemento subjetivo requerido por el tipo (por ejemplo, ánimo de apropiación, lucro o enriquecimiento) o, en situaciones menos frecuentes, cuando la posición de garante solo se dirige a la evitación de la acción de

<sup>407</sup> Véase el escrito de habilitación de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, pp. 392 ss., con las rectificaciones del § 44 nm. 474 ss.; así como ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 25 nm. 268.

<sup>408</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 25 nm. 268.

<sup>409</sup> La versión original de la teoría, que se remonta a la primera edición del escrito de habilitación de Roxin, de 1963, ha sido objeto de modificaciones a partir de las observaciones y críticas realizadas por la academia. El cambio más destacable es que se ha abandonado la idea de que el deber constitutivo del tipo debe ser extrapenal. En este sentido ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 44 nm. 476 ss.

<sup>410</sup> ROXIN, en HEFENDEHL et al. (eds.), *FS-Schünemann*, 2014, p. 522.

<sup>411</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 44 nm. 473, con ulteriores referencias.

<sup>412</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 44 nm. 524; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 31 nm. 140 ss.

<sup>413</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 31 nm. 140.

<sup>414</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 31 nm. 140.

cooperación de otro (por ejemplo, un padre debe intervenir contra la cooperación de su hijo menor en un delito de lesiones)<sup>415</sup>.

Así, pues, para la teoría de los delitos de infracción de deber el garante que dolosamente no impide el delito doloso de un tercero tiene que responder, por regla general, como autor de un delito de omisión impropia<sup>416</sup>.

Examinando específicamente la intervención delictiva de los órganos directivos de empresas, Noll ha adherido (aunque con ciertas modificaciones<sup>417</sup>) a la teoría de los delitos de infracción de deber<sup>418</sup>. Así, según Noll, la esencia de los delitos de omisión impropia reside en la infracción de deberes de actuación de garante que no admiten una diferenciación gradual ni cualitativa. El carácter de estos deberes es binario, es decir, se cumplen o no<sup>419</sup>. Dado que la forma de cumplimiento del deber es, de acuerdo con lo anterior, jurídicamente irrelevante, la autoría de los órganos directivos puede fundarse satisfactoriamente en el incumplimiento de su deber de evitación de resultados<sup>420</sup>.

No puede aceptarse el planteamiento de Roxin. La teoría de los delitos de infracción de deber asume que no cabe diferenciar entre deberes de garante fundantes de autoría y deberes de garante fundantes de participación<sup>421</sup>. Por tanto, esta teoría no realiza propiamente una demarcación entre autoría y participación, sino que la rechaza<sup>422</sup>. Lo anterior entra en abierta fricción con regulación de la autoría y participación en el Código Penal, que, respecto de los delitos dolosos, establecen un concepto restrictivo de autor que diferencia entre grados de participación<sup>423</sup>.

---

<sup>415</sup> Véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 31 nm. 143 s.

<sup>416</sup> En este sentido ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 44 nm. 524; así como, entre otros, NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, pp. 192 ss.; PARADISSIS, *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen*, 2015, p. 215; BECKER, *HRRS*, (10-6), 2009, p. 247; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, 2005, § 14 nm. 11; FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 2023, § 26 nm. 40.

<sup>417</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, pp. 193 ss.

<sup>418</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, pp. 192 ss.

<sup>419</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 192; en lo que sigue a BECKER, *HRRS*, (10-6), 2009, p. 247.

<sup>420</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 192.

<sup>421</sup> KRÜGER, *ZIS*, (1), 2011, p. 2.

<sup>422</sup> MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 175.

<sup>423</sup> Esgrimen este argumento, a propósito de la legislación germana, MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 175; KRÜGER, *ZIS*, (1), 2011, p. 2.

Por otra parte, en los delitos de comisión también existen deberes jurídicos: no se trata de mandatos de realizar una acción, sino de prohibiciones de realizar una acción. La infracción de estas prohibiciones toma en cuenta el grado de desvalor de quien actúa. Luego, no se ve por qué ha de prescindirse de esta evaluación del grado de injusto del comportamiento solo porque se está ante una conducta omisiva<sup>424</sup>.

## B. La teoría de la complicidad

La teoría de la complicidad (“limitada”<sup>425</sup>) se remonta principalmente a Gallas<sup>426</sup>. Esta teoría se basa en la aplicación de los criterios de la teoría del dominio del hecho, que aún se emplea de forma mayoritaria para distinguir entre autoría y participación en los delitos de acción dolosos<sup>427</sup>, al ámbito de los delitos de omisión<sup>428</sup>. Aplicando la teoría del dominio del hecho a los delitos omisivos, Gallas llega a la conclusión de que, frente al dominio “propio” del hecho que ostenta el autor comisivo, el garante solo tiene un dominio del hecho en el sentido de posibilidad de evitación del resultado, es decir, un dominio “potencial” del hecho<sup>429</sup>. Este mero dominio “potencial” del acontecer típico no puede fundar la autoría del garante, quien, en principio, debe ser sancionado solo como cómplice<sup>430</sup>.

Del criterio del dominio del hecho también se desprende que para la teoría de la complicidad resulte fundamental distinguir si el garante debe evitar un curso causal peligroso proveniente de las fuerzas de la naturaleza (por ejemplo, la amenaza proveniente de un accidente), o bien de la actuación de un autor comisivo que actúa en forma autorresponsable<sup>431</sup>. En el primer caso, el garante debe responder como autor. Por el contrario, en el segundo debe tratarse como cómplice, porque el dominio del hecho lo ostenta el autor comisivo<sup>432</sup>. Como destaca Gallas: “junto al

<sup>424</sup> HOFFMANN-HOLLAND, *ZStW*, (118-3), 2006, p. 626; KRÜGER, *ZIS*, (1), 2011, p. 2; MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, pp. 175 s.

<sup>425</sup> De acuerdo con la terminología de SCHÜNEMANN/GRECO, «25», *LK-StGB*, t. II, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, § 25 nm. 231.

<sup>426</sup> GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687; GALLAS, *JZ*, (7-12), 1952, p. 372.

<sup>427</sup> MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 186. Sobre la teoría del dominio del hecho, véase PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 2020, pp. 160 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, pp. 547 ss., 583 ss.

<sup>428</sup> En este sentido, claramente, RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, p. 89.

<sup>429</sup> GALLAS, *JZ*, (7-12), 1952, p. 372

<sup>430</sup> GALLAS, *JZ*, (7-12), 1952, p. 372; así también GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 64 III 5; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, pp. 89 s., 160; RANFT, *ZStW*, (94-4), 1982, pp. 829 ss.

<sup>431</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, p. 89; GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687.

<sup>432</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, pp. 89 s.

autor que ejerce el dominio del hecho en el delito de comisión doloso, al garante que no evita el resultado no le queda sino el papel de cómplice<sup>433</sup>. En la medida en que el autor activo tiene las riendas del suceso, “bloquea” al garante el “acceso” al resultado delictivo. La no intervención del garante solo tiene el significado de no interposición en el camino del autor activo y, por ende, solo puede verse como un “favorecimiento negativo” de la acción desplegada por este<sup>434</sup>.

La responsabilidad como autor del omitente únicamente entra en consideración cuando este se enfrenta no ya con el dominio del hecho de un tercero que obra positivamente, sino con los efectos aún corregibles de la acción delictiva (ya terminada) de este<sup>435</sup>. En este caso, el autor comisivo ha dejado de controlar el curso de los acontecimientos, con lo cual el dominio del hecho se traslada al garante<sup>436</sup>. Ejemplo: el garante se encuentra con la víctima, todavía viva, de un violento atentado contra su vida<sup>437</sup>.

Siguiendo una visión más radical de la teoría de la complicidad (“teoría de la complicidad estricta”<sup>438</sup>), dado que en última instancia la punibilidad del omitente depende de la actuación del autor comisivo, su intervención delictiva, en este sentido “materialmente accesoria”, tiene que calificarse como participación<sup>439</sup>.

Para la teoría de la complicidad, los órganos directivos de empresas deben ser sancionados, al menos por regla general, como cómplices. Ello se debe a que los casos de peligros personales de la empresa se caracterizan precisamente porque la amenaza para bienes jurídicos emana de la actuación de un sujeto autorresponsable que ostenta el dominio del hecho principal.

Pueden esgrimirse numerosos argumentos en contra de la teoría de la complicidad. Ante todo, el aplicar los principios de los delitos de acción a los delitos omisivos resulta inadecuado. Como ha señalado Murmann, la teoría de la complicidad adolece de una comprensión demasiado estrecha del injusto<sup>440</sup>. Esta tesis se concentra demasiado en el aspecto exterior del

---

<sup>433</sup> GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687; en igual sentido JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 64 III 5.

<sup>434</sup> GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687.

<sup>435</sup> GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687.

<sup>436</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 64 III 5.

<sup>437</sup> GALLAS, *JZ*, (15-22), 1960, p. 687.

<sup>438</sup> Haciendo uso de la nomenclatura de SCHÜNEMANN/GRECO, «25», *LK-StGB*, t. II, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, § 25 nm. 231.

<sup>439</sup> RANFT, *ZStW*, (94-4), 1982, pp. 839 ss.

<sup>440</sup> MURMANN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 183 s.

comportamiento típico y del injusto, lo que no da cuenta de la relevancia social que puede tener una conducta infractora<sup>441</sup>. Y es que es justamente la relevancia social de la omisión la que puede conferir a la pasividad externa el significado de injusto típico<sup>442</sup>. Al ignorar lo anterior, la teoría de la complicidad caracteriza a la omisión como un comportamiento subordinado respecto de la acción, y reduce la infracción del garante a un mero dominio “potencial” al lado del dominio “propio” del autor comisivo<sup>443</sup>.

Pero incluso si se aceptara la aplicación del dominio del hecho a los delitos de omisión, se ve a continuación que la teoría de la complicidad no es consistente. De acuerdo con esta teoría, el omitente es cómplice mientras intervenga un autor comisivo plenamente responsable, y solo cabe admitir la autoría del omitente cuando a este se le ha “traspasado” el dominio del hecho. Sin embargo, esto ignora que el omitente tiene *siempre* un dominio potencial del hecho, *intervenga o no un tercero autorresponsable*. En los delitos de omisión no existe un dominio del hecho comparable al de los delitos de acción<sup>444</sup>. El dominio del hecho supone que el autor controle el curso del suceso en el sentido de una configuración activa y dominante de los acontecimientos, lo que difícilmente puede alcanzarse mediante una mera inactividad<sup>445</sup>. En el terreno de la omisión, el dominio se limita a un componente negativo: aunque el garante puede impedir la realización del delito, no puede controlar su curso<sup>446</sup>. Así pues, en la omisión el dominio del hecho solo puede entenderse, en el mejor de los casos, como un dominio “potencial” del hecho, es decir, como posibilidad de evitación del resultado<sup>447</sup>.

Cabe criticar también la premisa de que la complicidad del garante se funda en que el autor comisivo le obstruye el acceso al resultado delictivo. Y es que solo puede hablarse de “obstrucción” si el garante es incapaz en absoluto de impedir el resultado<sup>448</sup>. Sin embargo, en

---

<sup>441</sup> MURMANN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 183.

<sup>442</sup> MURMANN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 184.

<sup>443</sup> En este sentido MURMANN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 183.

<sup>444</sup> MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 186.

<sup>445</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 31 nm. 133; SCHÜNEMANN/GRECO, «25», *LK-StGB*, t. II, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, § 25 nm. 233; HOFFMANN-HOLLAND, *ZStW*, (118-3), 2006, p. 624; MURMANN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 182 s.

<sup>446</sup> MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 186.

<sup>447</sup> Así HOFFMANN-HOLLAND, *ZStW*, (118-3), 2006, p. 624.

<sup>448</sup> KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 659.

tal caso el garante no tiene un deber de actuar, con lo cual el problema de la delimitación entre autoría y participación ni siquiera se plantea.<sup>449</sup>

En cuanto a la idea de que el garante debe considerarse cómplice porque su punibilidad depende de la actuación de quien obra activamente, se debe responder que esta dependencia no es jurídica, sino meramente fáctica. La acción del sujeto que obra activamente solo influye en el hecho de si el garante tendrá o no que actuar para enfrentar la acción de aquel, mas no puede decidir su forma de intervención en el hecho punible<sup>450</sup>.

A menudo se cuestiona a la teoría de la complicidad el que deba darse un tratamiento diferenciado al garante que no conjura una amenaza producida por una fuerza de la naturaleza, con respecto al garante que no conjura una amenaza provocada por un tercero autorresponsable, porque el origen del curso causal peligroso es irrelevante para el deber del garante, quien tiene que actuar de todos modos<sup>451</sup>. Sin embargo, esta observación crítica debe ser matizada. Dejando de lado el asunto de quién tiene el dominio “real” del hecho, debe tenerse a la vista que la pregunta a responder en materia de intervención delictiva por omisión es precisamente si, a pesar del poder del autor comisivo, la omisión del garante realiza el tipo respectivo y, con ello, el injusto material en él tipificado<sup>452</sup>.

### C. La diferenciación según la clase de posición de garante

La denominada “teoría del contenido del deber”<sup>453</sup> pone el acento de la delimitación entre autores y cómplices por omisión en la clase de posición de garante ocupada por el omitente, es decir, con arreglo a si se trata de una posición de garante de protección o de vigilancia<sup>454</sup>. Los garantes de protección que omiten actuar en incumplimiento de deber tiene que ser sancionados,

---

<sup>449</sup> KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 660.

<sup>450</sup> MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 188.

<sup>451</sup> En esta línea de ideas, señeramente KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 302; en el período reciente MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 188; BECKER, *HRRS*, (10-6), 2009, p. 247.

<sup>452</sup> Así, correctamente, FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 28.

<sup>453</sup> Sobre la denominación MAÑALICH, *RDUCN*, (21-2), 2014, pp. 264 s.; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 668.

<sup>454</sup> HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 259 ss.

conforme a esta corriente, como autores. En cambio, los garantes de vigilancia que se mantienen inactivos solo deben responder como cómplices<sup>455</sup>.

La base de este criterio se encuentra en la estructura de la relación del garante con respecto al bien jurídico que debe proteger. Los garantes de protección tienen una relación directa con el bien jurídico, puesto que deben protegerlo directamente respecto de todos los ataques. Por el contrario, los garantes de vigilancia deben velar porque una determinada fuente de peligro no cause menoscabos al bien jurídico, de manera que su relación con este es indirecta, al estar mediada por el foco de peligro<sup>456</sup>.

Conforme a esta opinión, el órgano directivo que no evita el delito de un subordinado es, en cuanto garante de vigilancia, cómplice en el delito del subalterno.

No es posible comulgar con la presente teoría. Debido a que la distinción entre garantes de protección y de vigilancia no siempre es clara, no es razonable extraer consecuencias sistemáticas de la diferenciación<sup>457</sup>. Incluso hay casos en que ambos tipos de posiciones de garante pueden solaparse. Desde ya, el deber de salvaguardar la vida de un trabajador determinado de la empresa frente a los ataques de sus compañeros de trabajo podría resultar del deber de vigilar a los subordinados, o bien de un potencial deber de proteger al personal de la empresa<sup>458</sup>. Esta falta de claridad se debe a que las posiciones de garante de vigilancia también sirven a la protección de bienes jurídicos de las víctimas potenciales<sup>459</sup>. Esto no puede discutirse. El propio Armin Kaufmann, a quien se debe la distinción entre posiciones de garante

---

<sup>455</sup> Véase HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 259 ss.; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2022, § 38 nm. 1181 ss.; GROPP/SINN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2020, § 11 nm. 43; Cabe mencionar que KRÜGER, *ZIS*, (1), 2011, pp. 7 s. llega a la conclusión completamente opuesta, considerando a los garantes de vigilancia como autores, y a los garantes de protección como cómplices.

<sup>456</sup> HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 261.

<sup>457</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 44 nm. 535; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997, 29/27; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 7.ª ed., 2022, § 29 nm. 33; MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, p. 179; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, p. 63; HOFFMANN-HOLLAND, *ZStW*, (118-3), 2006, p. 628; VAN WEEZEL, *Curso de derecho penal. Parte general*, 2023, p. 331; HAAS, *ZIS*, (5), 2011, p. 395; PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, pp. 6 ss.

<sup>458</sup> Existe cierto consenso en torno a que puede existir una posición de garante de protección que obligue a los órganos directivos de empresas a proteger a los trabajadores. Con respecto a ello véase ROXIN, *JR* (7), 2012, p. 308; HERNÁNDEZ BASUALTO, *REJ* (10), 2008, pp. 188 ss.; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.ª ed., 2023, § 6 nm. 57 s.; SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.ª ed., 2016, p. 198.

<sup>459</sup> MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 7.ª ed., 2022, § 29 nm. 33; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, p. 63.

de protección y de vigilancia, advierte que toda posición de garante consiste en una “posición de protección con respecto a un bien jurídico”<sup>460</sup>. La cuestión es que “la tarea de protección del garante puede orientarse en dos direcciones”<sup>461</sup>. En este sentido, varios autores describen la posición de garante como una “relación de garantía” respecto de un bien jurídico<sup>462</sup>.

#### **D. La diferenciación según la dificultad de evitación del resultado**

Esta teoría emplea la idea de dominio potencial del hecho, entendido como posibilidad de evitación del resultado. A partir del dominio potencial, hace depender la delimitación entre autoría y participación de lo fácil o difícil que hubiera sido asumir el dominio del hecho, esto es, de las posibilidades de evitación del resultado<sup>463</sup>. Si para el garante hubiera sido fácil evitar el resultado punible, no le queda sino responder como autor, mientras que si le hubiera resultado difícil, corresponde castigarlo como cómplice<sup>464</sup>.

En la literatura especializada, el planteamiento de Waßmer puede enmarcarse en la diferenciación según el grado de dificultad de la evitación del resultado<sup>465</sup>. Para el autor alemán, en la práctica los órganos directivos deben responder como autores cuando no hayan evitado un delito cometido en interés de la empresa<sup>466</sup>. Se puede suponer que una simple orden de abstenerse de cometer el delito hubiera dado a conocer que la comisión no era deseable para la organización. De ese modo, el resultado podría haberse evitado “con una probabilidad rayana en la certeza”<sup>467</sup>. En este caso, la evitación del resultado era sencilla.

También hay que rechazar esta teoría. No pueden derivarse consecuencias para la diferenciación entre autoría y participación omisivas a partir del dominio “potencial” del hecho, porque la

<sup>460</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 289.

<sup>461</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 289 s.; en el mismo sentido NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 191; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 61.

<sup>462</sup> Véase MAÑALICH R., *RDUCN* (21-2), 2014, pp. 242 s.; KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 264 nota 90, 282, 290 ss., con nota 198, 297 s., 323 s.; VON COELLN, *Das »rechtliche Einstehenmüssen« beim unechten Unterlassungsdelikt*, 2008, p. 84.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 132.

<sup>463</sup> WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 94.

<sup>464</sup> WEIGEND, «§ 13», *LK-StGB*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 94 s.; SATZGER, *Jura*, (33-6), 2011, p. 434; SATZGER, *Jura*, (37-10), 2015, p. 1063.

<sup>465</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 345 ss.

<sup>466</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, p. 349.

<sup>467</sup> WABMER, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2006, pp. 349 s.

posibilidad de impedir el resultado es un presupuesto básico de todo delito de omisión<sup>468</sup>. Si el dominio potencial del hecho fuera el criterio decisivo para la autoría por omisión, tendría que admitirse que todo garante omitente que estaba en condiciones de repeler el ataque contra el bien jurídico es, por eso, autor<sup>469</sup>.

Más importante, en muchos casos será imposible establecer si la evitación del resultado hubiera resultado fácil o difícil si el garante hubiese desplegado una acción impeditiva del mismo, puesto que se trata de un *curso causal hipotético*<sup>470</sup>. No puede haber seguridad en cuanto al grado de dificultad y, en relación con ello, al esfuerzo que debería haber sido desplegado para impedir el resultado lesivo.

Finalmente, si el grado de dificultad no tiene relevancia para la causación del resultado en los delitos de acción, no se ven razones para otorgarle consecuencias fundamentales respecto de la evitación del resultado en los delitos de omisión. Naturalmente, resulta indiferente que el autor de un delito de acción mate a la víctima emboscándola y dándole un preciso disparo en la cabeza, o que tan solo logre matarla después de un encarnizado duelo<sup>471</sup>.

## E. Toma de postura

Para resolver el problema de la intervención delictiva por omisión, hay que partir de la base de que la ubicación sistemática de la teoría de la intervención delictiva es el tipo, específicamente, el injusto típico<sup>472</sup>. En efecto, de acuerdo con la doctrina ampliamente dominante, la autoría individual se basa en la realización del respectivo tipo penal de la parte especial<sup>473</sup>. Si esto es

---

<sup>468</sup> HOFFMANN-HOLLAND, *ZStW*, (118-3), 2006, p. 624; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2022, 11.ª ed., § 44 nm. 540; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 2014, § 31 nm. 133; GALLAS, *JZ*, (7-12), 1952, p. 372: la posibilidad de evitación del resultado forma parte del “concepto de omisión”.

<sup>469</sup> En este sentido se manifiesta ya KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 300; así también, en tiempos recientes, NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 189, subrayando que, desde la perspectiva de la posibilidad de evitación del resultado, el garante nunca podría ser considerado una figura marginal.

<sup>470</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 44 nm. 542.

<sup>471</sup> NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, p. 190.

<sup>472</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 43 nm. 212, § 44 nm. 232; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 61 I 2; WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, 1997, pp. 119 s.

<sup>473</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 43 nm. 212. En Chile COUSO SALAS, *RChDCP*, (1), 2012, pp. 123 s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, «Artículo 15», *Código Penal comentado*, p. 388.

así, el punto de partida de nuestras reflexiones debe ser la determinación del *comportamiento típico*.

El comportamiento típico consiste en la infracción de una norma de conducta típico-específica legitimada constitucionalmente<sup>474</sup>. Las normas de conducta regulan el comportamiento humano en aras de la protección de bienes jurídicos<sup>475</sup>. Dado que las normas de conducta se dirigen a la protección de bienes jurídicos, no basta con un deber de comportamiento abstracto, sino que debe tratarse de una norma de comportamiento que rijan para un contexto y destinatario específicos<sup>476</sup>. Así, tratándose de los delitos de resultado, que son los que interesan a la investigación, solo puede sancionarse al sujeto como autor si este infringió una norma de conducta orientada precisamente a la evitación del resultado típico<sup>477</sup>. Como subraya Feng, la determinación precisa del contenido concreto de la norma de comportamiento respectiva es indispensable en relación con la función orientadora del orden primario, ya que no toda infracción de una norma de conducta crea un peligro desaprobado en la dirección del resultado típico respectivo<sup>478</sup>. Así, quien actuando contra deber proporciona a un tercero un arma de fuego y, de esta manera, permite al tercero cometer un homicidio con dicha arma, crea un riesgo no permitido de que el tercero pueda cometer más fácilmente un hecho punible con el arma de fuego, pero no un riesgo para la vida de la víctima<sup>479</sup>. Dado que el tercero no infringe una norma de conducta dirigida específicamente a conservar la vida y salud de la víctima, difícilmente puede ser considerado autor de un homicidio.

La estructura anterior no cambia radicalmente en los casos de concurso de personas en el hecho punible. De este modo, no puede, de la mano de un concepto extensivo de autor, considerarse como autor al que contribuye causalmente al acaecimiento del resultado, pues ello diluiría en la práctica los tipos penales, en contra del principio de legalidad<sup>480</sup>. Ha de preferirse, en cambio, un concepto restrictivo de autor que diferencie entre formas de participación en el delito ya en

---

<sup>474</sup> Acerca de la infracción de una norma de conducta como el comportamiento típico en el sentido del respectivo tipo penal, véase FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 118, 502, 505.

<sup>475</sup> FREUND, *REJ*, (31), 2019, p. 2.

<sup>476</sup> FREUND, *REJ*, (31), 2019, p. 3.

<sup>477</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, pp. 257 ss., 259 ss.

<sup>478</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 259.

<sup>479</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 259.

<sup>480</sup> Muy claros JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2002, § 61 IV III.

el nivel del injusto típico<sup>481</sup>. Y es que quien simplemente asiente con la cabeza ante el delito de otro, únicamente entrega una ganzúa para el robo o solo proporciona el papel para falsificar documentos no puede realizar el tipo penal respectivo<sup>482</sup>. El castigo de estas conductas importa una extensión de la punibilidad que exige que el legislador introduzca expresamente formas especiales de intervención delictiva (arts. 15 N° 2 y 16, ambos del CP). La descripción anterior hace evidente que autor y partícipe infringen normas de comportamiento diferentes<sup>483</sup>. Desde este punto de vista, la teoría de la intervención delictiva es una teoría del injusto típico<sup>484</sup>.

Habiendo esbozado este cuadro general, se tiene que para responder la cuestión de la diferenciación entre autoría y participación por omisión es necesario determinar el comportamiento típico en los delitos de omisión impropia. En la medida en que se trata de delitos de resultado basados en una responsabilidad especial, el injusto típico objetivo de estos delitos consiste en la no evitación del resultado delictivo habiendo tenido el deber de garante de evitarlo. Por tanto, la delimitación entre formas de intervención delictiva dependerá en concreto del contenido y alcance del deber de conducta que pesa sobre el garante<sup>485</sup>. Si el deber del garante lo obliga a evitar el resultado, entonces su omisión realiza el tipo y debe responder como autor. Si, en cambio, el deber de conducta solo lo obliga a dificultar la comisión de un hecho principal, ha de responder solo como cómplice.

Luego, para aclarar cómo debe ser tratado jurídicamente el órgano directivo que dolosamente no evita un delito de acción doloso de un subalterno, hay que responder si el deber de garante de los órganos directivos es un deber de evitación de resultados, o un deber que solo obliga a dificultar la comisión de ilícitos por parte de los subordinados. La respuesta exige considerar las argumentaciones en torno al fundamento de la posición de garante de aquellos órganos empresariales. Como se ha señalado, a ellos se les impone una responsabilidad especial como

---

<sup>481</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 43 nm. 212; SCHÜNEMANN/GRECO, «25», *LK-StGB*, t. II, 13.ª ed., 2020, § 25 nm. 47.

<sup>482</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, § 43 nm. 212.

<sup>483</sup> STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 221 s.; FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 329.

<sup>484</sup> FENG, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, p. 328; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 371 y *passim*; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 2019, § 10 nm. 52; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 221 ss.; KINDHÄUSER, en BECKMANN *et al.* (eds.), *GS Tröndle*, 2019, pp. 300, 305 s., 309.

<sup>485</sup> Aquí en lo que sigue MURMANN, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 186 ss.; FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, pp. 141 s.

contrapartida del ejercicio de su libertad para configurar la empresa sin injerencia de los demás, lo cual pone en peligro bienes jurídicos individuales y colectivos. La explotación de empresas solo puede permitirse si se aseguran los peligros que ella genera. Así, la responsabilidad por las consecuencias es *condición de ejercicio* de la actividad empresarial y, por tanto, el deber de garante de los directivos empresariales importa siempre una obligación de evitación de resultados<sup>486</sup>.

Por todas las consideraciones anteriores, el órgano directivo que infringe dolosamente su mandato de garante, y no evita un delito de acción doloso de un trabajador subordinado, debe ser sancionado como autor yuxtapuesto de un delito de omisión impropia<sup>487</sup>. Así pues, dentro del limitado ámbito de los delitos de omisión impropia en la legislación chilena, cabe concluir que los órganos directivos empresariales pueden ser castigados como autores si no evitan los delitos relacionados con la empresa de sus subordinados.

---

<sup>486</sup> FRISCH, en STEIN *et al.* (eds.), *FS-Rogall*, 2018, p. 142.

<sup>487</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, en NAVAS MONDACA (dir.), *Derecho penal económico. Parte general*, 2024, p. 273.

## **Resumen**

### **I.**

Los delitos de omisión impropia son constitucionalmente problemáticos. Se trata de delitos no tipificados legalmente, que deben formarse a partir de una interpretación analógica de delitos redactados activamente. Se requiere, pues, un fundamento legal para realizar tal interpretación. En este contexto, resulta esencial lo dispuesto por el art. 492 inc. 1º CP, que castiga las acciones u omisiones que, a mediar malicia, constituirían delitos contra las personas. Esta norma puede entenderse como una habilitación legal para crear delitos de omisión impropia en relación con los delitos contra las personas. Si bien el art. 492 inc. 1º CP no enuncia las fuentes de las posiciones de garante, cumple con el mandato constitucional de determinación, puesto que los delitos omisivos creados a partir de él permiten identificar la clase o género de infracciones a normas de conducta punibles. Lo decisivo para la investigación es que los delitos de omisión impropia admisibles en el derecho positivo chileno se reducen a los delitos contra las personas. Los delitos contra las personas que entran en consideración en el ámbito empresarial son los delitos de homicidio y de lesiones. Ahora bien, dentro de este grupo de ilícitos, solo pueden realizarse por omisión los tipos de homicidio simple (art. 391 N° 2 CP) y de lesiones menos graves (art. 399 CP).

### **II.**

Los delitos de omisión impropia requieren que el omitente haya estado en una posición de garante que lo obligara a intervenir. Para resolver el problema del fundamento de la posición de garante de los órganos directivos, resulta crucial entender que el poder para configurar los procesos empresariales otorga un amplio margen de libertad y, al mismo tiempo, genera serios peligros para terceros. Por consiguiente, de acuerdo con una distribución justa y adecuada de libertades y de cargas, son los órganos directivos, y no los terceros, quienes son especialmente

competentes para excluir tanto los peligros materiales como personales que surjan de la empresa.

Con respecto a los límites de la posición de garante, hay acuerdo en que debe tratarse de delitos relacionados con la empresa. Sin embargo, se discute en qué consiste semejante conexión. Se propone entender que un delito se encuentra vinculado con la empresa cuando puede verse, objetivamente, como un peligro derivado de la organización empresarial. Por dar un ejemplo, las lesiones cometidas en el contexto del trabajo empresarial no están, por regla general, abarcadas por la responsabilidad de los órganos de dirección. Esto cambia si, por ejemplo, la actividad empresarial respectiva implica la relación entre trabajadores y terceros.

### III.

No habiendo dudas sobre la posición de garante de los órganos directivos, se plantea la pregunta de cómo deben responder los sujetos que dolosamente no eviten los delitos de acción dolosos de sus subordinados. En estas hipótesis es imperativo comprender que el problema de la intervención delictiva es un problema de comportamiento típico. Por consiguiente, lo decisivo es determinar la conducta exigida al garante. Si el garante omitente debía evitar el resultado, ha de responder como autor. Si, en cambio, solo debía dificultar la comisión del ilícito, ha de responder como cómplice. Considerando que los órganos directivos concentran amplios poderes para configurar la empresa, obteniendo las ventajas que ello conlleva, deben excluir los peligros empresariales ya como condición de ejercicio del desarrollo de actividades económicas. Así pues, la infracción de su deber de garante acarrea una sanción a título de autoría. Con esto queda demostrado que, dentro del reducido ámbito que ofrece el art. 492 inc. 1º CP en relación con algunos delitos contra las personas, los órganos directivos que no eviten los delitos de sus subalternos pueden ser sancionados como autores.

## Bibliografía

ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.), *Curso de derecho penal económico*, 2.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 177 ss.

BASCUR RETAMAL, Gonzalo, «Análisis de los cuasidelitos de incendio y otros delitos vinculados previstos en el Decreto Supremo N° 4.363 (“Ley de Bosques”）」, *Política Criminal* (13-25), 2018, pp. 572 ss.

BECKER, Christian, «Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen (zugl. Anmerkung zu HRRS 2009 Nr. 351)», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (10-6), 2009, pp. 242 ss.

BERMEJO, Mateo/PALERMO, Omar, «La intervención delictiva del *compliance officer*», en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171 ss.

BEULKE, Werner, «Der „Compliance Officer“ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung», en GEISLER, Claudius *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 2011, pp. 23 ss.

BOCK, Dennis, «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 107 ss.

BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

BOTKE, Wilfried, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Duncker und Humblot, Berlín, 1994.

BRAMMSEN, Joerg, «Unterlassungshaftung in formalen Organisationen», en AMELUNG, Knut (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate Verlag, Sinzheim, 2000, pp. 105 ss.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/CABALLERO BRUN, Felipe, «Artículos 1º a 4º», en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.)/MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 51 ss.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Trotta, Madrid, v. II, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/FLISFISCH FERNÁNDEZ, Claudio/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, «Omisión de socorro y homicidio por omisión», en LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando/MALDONADO FUENTES, Francisco (eds.), *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1195 ss.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, «La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley N° 20.357», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (20-2), 2013, pp. 121 ss.

CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl, «El delito de omisión. En particular, la comisión por omisión», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (9), 2002, pp. 69 ss.

CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. I, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

CONTESSÉ SINGH, Javier, «La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados “delitos de omisión

impropia” en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal», en AMBOS, Kai *et al.* (coords.), *Reformas penales*, DER, Santiago, 2017, pp. 11 ss.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, «Autoría y participación en el derecho penal económico», en NAVAS MONDACA, Iván (dir.), *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 245 ss.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, «Mandato constitucional de determinación y delitos imprudentes de homicidio y lesiones», *Política Criminal* (16-31), 2021, pp. 164 ss.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, *Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*, RIL, Santiago, 2018.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, «La posición de garante del fabricante en el derecho penal alemán», *Política Criminal*, (12-2), 2017, pp. 1 ss.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro/CASTRO MORALES, Álvaro, «Autoría mediata por aparatos organizados de poder y coautoría en el ámbito empresarial: ¿solución frente a las limitaciones del derecho chileno para castigar como autores a los órganos directivos de las empresas?», *Derecho PUCP*, (89), 2022, pp. 325 ss.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro/CHAHUÁN CHAHUÁN, Guillermo, «¿Son sancionables penalmente las omisiones en que incurren los miembros del directorio o ejecutivos de una empresa?», *El Mercurio Legal*, 2023 [en línea] <<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2023/11/27/913036/ley-delitos-economicos-miembros-directorios.aspx>> [consultado el 6 de marzo de 2024].

COUSO SALAS, Jaime, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno. En memoria del profesor Mario Garrido Montt», *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, (1), 2012, pp. 91 ss.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. Parte general*, v. II, Dykinson, Madrid, 2009.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 8.<sup>a</sup> ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

CURY URZÚA, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988.

CURY URZÚA, Enrique/MATUS ACUÑA, Jean Pierre, «Artículos 14 a 17», en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.)/MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 229 ss.

DANNECKER, Gerhard/DANNECKER, Christoph, «Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen. Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben – zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08», *JuristenZeitung*, (65-20), 2010, pp. 981 ss.

DANNECKER, Gerhard/SCHUHR, Jan C., «§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz», en CIRENER, Gabriele *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlín, 2019, pp. 55 ss.

DE VICENTE REMESAL, Javier, «Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal. La responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control», *Revista Penal*, (34), 2014, pp. 170 ss.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ¿Definición de la categoría «responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados» a partir de sus propios límites?, en MORALES PRAT, Fermín *et al.* (eds.), *Represión penal y Estado de derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 329 ss.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas», en SERRANO-PIEDecasas, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165 ss.

EIDAM, Lutz, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015.

ENGELHART, Marc, «Mitwirkung von Führungspersonen an der Tat und individuelle Organisationsverantwortlichkeit», en ENGELHART, Marc *et al.* (eds.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 97 ss.

ESER, Albin/BURKHARDT, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos y sentencias*, Colex, Madrid, 1995.

ESTELLITA, Heloisa, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, 3.<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

FENG, Sheng-Yen, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, Duncker und Humblot, Berlín, 2023.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, «La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza», *Revista Chilena de Derecho*, (44-3), 2017, pp. 653 ss.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, «El delito imprudente. La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (13), 2002, pp. 101 ss.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FREUND, Georg, «Determinación legal de la punibilidad en los delitos imprudentes», *Revista de Estudios de la Justicia* (31), 2019, pp. 1 ss.

FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3.<sup>a</sup> ed., Springer, Berlín, 2019.

FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2.<sup>a</sup> ed., 2009.

FRISCH, Wolfgang, «Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación», *Revista Estudios de la Justicia* (32), 2019, pp. 1 ss.

FRISCH, Wolfgang, «Zur Verantwortlichkeit von Unternehmern und Unternehmensorganen für Straftaten ihrer Mitarbeiter. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Täterschaft», en STEIN, Ulrich *et al.* (eds.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, Duncker und Humblot, Berlín, 2018, pp. 121 ss.

FRISCH, Wolfgang, *Estudios sobre imputación objetiva*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012.

FRISCH, Wolfgang, «Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts», en STÜRNER, Rolf (ed.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung Ein japanisch-deutsches Symposium*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010, pp. 169 ss.

FRISCH, Wolfgang, «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, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (eds.),

*Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 99 ss.

FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, Colonia-Berlin-Bonn-München, 1983.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.<sup>a</sup> ed., 2023.

GALLAS, Wilhelm, «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», *JuristenZeitung*, (15-22), 1960, pp. 686 ss.

GALLAS, Wilhelm, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.2.1952 – 1 StR 59/50 (BGHSt 2, 150 ff.)», *JuristenZeitung*, (7-12), 1952, pp. 371 ss.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

GENEUSS, Julia, «Unternehmensbezogene Vorgesetztenverantwortlichkeit, betriebsbezogene Straftaten und „Firmenpolitik“. Überblick über die deutsche wirtschaftsstrafrechtliche Diskussion zur individuellen Unterlassensverantwortlichkeit von Mitgliedern der Unternehmensleitung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (4), 2016, pp. 259 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (54-1), 2001, pp. 5 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (50-1/3), 1997, pp. 5 ss.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «La responsabilidad en comisión por omisión de la dirección de empresa», en ABEL SOUTO, Miguel *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 629 ss.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Delegación de competencias y *compliance* penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico», *Derecho PUCP*, (85), 2020, pp. 115 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, t. I, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

GRACIA MARTÍN, Luis, «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una «actuación en lugar de otro», en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 81 ss.

GRECO, Luís, «Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2011, pp. 9 ss.

GROPP, Walter/SINN, Arndt, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Springer, Berlín, 2020.

GRÜNWARD, Gerald, «Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (76-1), 1964, pp. 1 ss.

GRÜNWARD, Gerald, «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-3), 1958, pp. 412 ss.

HAAS, Volker, en MATT, Holger/RENIKOWSKI, Joachim (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2.<sup>a</sup> ed., Vahlen, Múnich, 2020.

HAAS, Volker, «Die Beteiligung durch Unterlassen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), 2011.

HEINE, Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

HERBERTZ, Lara, *Die Ingerenz. Eine Garantspflicht aus Gefährdungsunrecht*, Duncker und Humblot, Berlín, 2020.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Die Betriebsbezogenheit der Garantstellung von Leitungspersonen im Unternehmen», en FREUND, Georg *et al.* (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlín, 2013, pp. 333 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «El fundamento de la posición de garante de los directivos de empresa respecto de delitos cometidos por terceros en la misma», en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2013, pp. 547 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Artículo 1º», en COUSO SALAS, Jaime/HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 7 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Artículo 14», en COUSO SALAS, Jaime/HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 367 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Artículo 15», en COUSO SALAS, Jaime/HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 382 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Artículo 16», en COUSO SALAS, Jaime/HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 413 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa», *Revista de Estudios de la Justicia*, (10), 2008, pp. 175 ss.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «Aproximación a la problemática de la estafa», en CURY URZÚA, Enrique *et al.*, *Problemas actuales de derecho penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003, pp. 147 ss.

HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1972.

HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, «Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (118-3), 2006, pp. 620 ss.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, «Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante», *Revista Chilena de Derecho*, (33-2), 2006, pp. 329 ss.

JAKOBS, Günther, «Teoría y *praxis* de la injerencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (52-1/3), 1999, pp. 17 ss.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Springer Fachmedien Wiesbaden, Opladen, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich, «Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado», *Nuevo Foro Penal*, (59), 1993, pp. 9 ss.

JESCHECK, Hans-Heinrich, «§ 13 Begehen durch Unterlassen», en JESCHECK, Hans-Heinrich *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I., 10.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1985, pp. 53 ss.

KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

KINDHÄUSER, Urs, «Zur limitierten Akzessorietät der Teilnahme», en BECKMANN, Rainer *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, Duncker und Humblot, Berlín, 2019, pp. 295 ss.

KIRCH-HEIM, Claudio, *Sanktionen gegen Unternehmen. Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten*, Duncker und Humblot, Berlín, 2007.

KNAUER, Cristoph, «Die strafrechtliche Haftung von Justiziaren, Innen-Revisoren und Compliance-Officers („Berliner Straßenreinigung – 5 StR 394/08“)\», en SCHULZ, Lorenz *et al.* (eds.), *Festschrift für Imme Roxin*, C. F. Müller, Heidelberg-Múnich-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2012, pp. 465 ss.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York-Barcelona-Budapest-Hong Kong-Londres-Milán-París-Santa Clara-Singapur-Tokio, 1997.

KONU, Metin, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*, Duncker und Humblot, Berlín, 2014.

KRETSCHMER, Joachim, «Anmerkung zum BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08. Garantenpflicht des Leiters der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts», *Juristische Rundschau*, (11), 2009, pp. 471 ss.

KREUZBERG, Bastian, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, Duncker und Humblot, Berlín, 2019

KREY, Volker/ESSER, Robert, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2022.

KRÜGER, Matthias, «Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2011, pp. 1 ss.

KUDLICH, Hans, «Mobbing als Betriebsaufgabe? (Anm. zu BGH HRRS 2012 Nr. 74)», *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (13-4), 2012, pp. 177 ss.

KUHLEN, Lothar, «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía», en MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 151 ss.

LANDSCHEIDT, Cristoph, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten. Zugleich ein Beitrag zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlín, 1985.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Ariel, Barcelona, 1980.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 209 ss.

MAÑALICH R., Juan Pablo, «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (21-2), 2014, pp. 225 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 6.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Metropolitana, Santiago, 2012.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAYER, Michael, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2008.

MAYER LUX, Laura/VERA VEGA, Jaime, «Delitos culposos contra la vida y la salud», RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, v. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 361 ss.

MEINI MÉNDEZ, Iván, «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados», *Derecho PUCP*, (52), 1999, pp. 883 ss.

MITTELSDORF, Kathleen, «Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», (3), 2011, pp. 123 ss.

MOSENHEUER, Andreas, *Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker und Humblot, Berlín, 2009.

MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Múnich, 2022.

MURMANN, Uwe, «Unternehmensstrafrecht», en AMBOS, Kai/BOCK, Stefanie, *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts / Questions actuelles et fondamentales du droit pénal des affaires 6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung / 6e rencontre du droit pénal franco-allemand*, Duncker und Humblot, Berlín, 2019, pp. 57 ss.

MURMANN, Uwe, «Beteiligung und Unterlassen», en FAHL, Christian *et al.* (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg-Múnich-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2015, pp. 181 ss.

MURMANN, Uwe, «Buchrezension von Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, Duncker und Humblot, Berlín, 2009», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), 2010, pp. 387 ss.

NAVARRO FRÍAS, Irene, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada, 2010.

NAVAS MONDACA, Iván, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2.ª ed., 2023.

NOLL, Matthias, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2018.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 2005.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires, Depalma, 1984.

NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, «Responsabilidad penal de los órganos directivos de empresas», *Actualidad Jurídica*, (18), 2008, pp. 431 ss.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, «Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código Penal español de 1995», *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (21), 2000, pp. 79 ss.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, «Caso “madre inactiva”. SCS 02/05/2001, Rol N° 4519-00», en VARGAS PINTO, Tatiana (dir.), *Casos destacados derecho penal. Parte general*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 37 ss.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, «Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores», en MAÑALICH R., Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile: libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2013, pp. 435 ss.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, «Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (22-1), 2009, pp. 159 ss.

OTTO, Harro, *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal*, 7.<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2017.

OTTO, Harro, «Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen», en HOYER, Andreas *et al.* (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 339 ss.

OTTO, Harro, «Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte», en WEIGEND, Thomas *et al.* (eds.) *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, De Gruyter, 1999, pp. 291 ss.

PARADISSIS, Alexander, *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen der Garantenstellung aus Ingerenz*, Duncker und Humblot, Berlín, 2015.

PAWLIK, Michael, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2008, pp. 1 ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Autoría y participación en la empresa», en SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 161 ss.

PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicad (necesaria) en derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2020.

PÉREZ RODRIGO, Abundio, «Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la constitución y la ley chilenas», *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, (46-167), 1979, pp. 7 ss.

PFLEIDERER, Klaus, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, Duncker und Humblot, Berlín, 1968.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters, Santiago, 2023.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco/BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

RANFT, Otfried, «Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94-4), 1982, pp. 815 ss.

RANSIEK, Andreas, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternative*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed. [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>>

RETTIG ESPINOZA, Mauricio, *Derecho penal. Parte general*, t. II, DER, Santiago, 2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo, «Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.)/ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp.

ROBLES PLANAS, Ricardo, «Principios de imputación en la empresa», en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina *et al.* (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 487 ss.

ROBLES PLANAS, Ricardo, «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319 ss.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, «Constitucionalidad de las leyes penales en blanco», *Revista De Derecho de la Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (8), 1984, pp. 231 ss.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 17.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 1994.

ROGALL, Klaus, «Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (98-3), 1986, pp. 573 ss.

ROTSCH, Thomas, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlín-Boston, 2022.

ROXIN, Claus, «Geschäftsherrenhaftung für Personalfahren», en FAHL, Christian *et al.* (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg-Múnich-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2015, pp. 239 ss.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. II, Civitas, Madrid, 2014.

ROXIN, Claus, «Pflichtdelikte und Tatherrschaft», en HEFENDEHL Roland *et al.* (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, De Gruyter, Berlín-Boston, pp. 509 ss.

ROXIN, Claus, «Anmerkung zu BGH, Urteil v. 20.10.2011 – 4 StR 71 / 11», *Juristische Rundschau*, (7), 2012, pp. 303 ss.

ROXIN, Claus, «Ingerencia e imputación objetiva», *Revista Penal*, (19), 2007, pp. 152 ss.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Civitas, Madrid, 1997.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

SATZGER, Helmut, «Der irrende Garant – zur Abgrenzung von Tatbestands- und Gebotsirrtum beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt», *Juristische Ausbildung*, (33-6), 2011, pp. 432 ss.

SATZGER, Helmut, «Beteiligung und Unterlassen – Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen», *Juristische Ausbildung*, (37-10), 2015, pp. 1055 ss.

SCHALL, Hero, en ROGALL, Klaus *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterland, Neuwied, 2004, pp. 267 ss.

SCHILHA, Ralph, *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, Duncker und Humblot, Berlín, 2008.

SCHLÜCHTER, Ellen, «Der Kaufmann als Garant im Rahmen der unerlaubten Gewässerverunreinigung», en ESER, Albin *et al.* (eds.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Heymann, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995, pp. 139 ss.

SCHRAMM, Edward, «Anmerkung zu BGH, Urteil v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11», *JuristenZeitung*, (67-19), 2012, pp. 969.

SCHÜNEMANN, Bernd/GRECO, Luís, «25 Täterschaft», en CIRENER, Gabriele *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. II, 13.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlín, 2020, pp. 706 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Gesammelte Werke*, t. II, De Gruyter, Berlín-Boston, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt. Dogmenhistorische, rechtsvergleichende und sachlogische Auswegweiser aus einem Chaos», en BÖSE, Martin *et al.* (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlín, 2009, pp. 303 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, «El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión», en GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (55-1), 2002, pp. 9 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en ARROYO ZAPATERO, Luis *et al.*, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (48-2), 1988, pp. 529 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96-2), 1984, pp. 287 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Heymann, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1978.

SCHWERDTFEGER, Max, *Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten*, Duncker und Humblot, Berlin, 2016.

SELBMANN, Marten, «Einordnung des BGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 71/11 = HRRS 2012 Nr. 74 in die Dogmatik zur Geschäftsherrenhaftung», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (15-6), 2014, pp. 235 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.<sup>a</sup> ed., BdeF, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Bosch, 1995, pp. 357 ss.

SIMON, Eric, *Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Duncker und Humblot, Berlin, 2005.

SPRING, Patrick, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung. Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener*, Dr. Kovač, Hamburg, 2009.

STEIN, Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker und Humblot, Berlin, 1988.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Civitas, Madrid, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

TIEDEMANN, Klaus, *Manual de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

THIEMANN, Werner, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1976.

TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro, «Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa», *Estudios penales y criminológicos* (42), 2022, pp. 1 ss.

UTZ, Maximilian, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Duncker und Humblot, Berlín, 2016.

VAN WEEZEL, Alex, *Curso de derecho penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2023.

VAN WEEZEL, Alex, «Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro», *Revista Penal México*, (5), 2014, pp. 207 ss.

VAN WEEZEL, Alex, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.

VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, 2.<sup>a</sup> ed., Legal Publishing, Santiago, 2010.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker und Humblot, Berlín, 1993.

VON COELN, Sibylle, *Das »rechtliche Einstehenmüssen« beim unechten Unterlassungsdelikt. Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen*, Duncker und Humblot, 2008.

VON FREIER, Friedrich, *Kritik der Verbandsstrafe*, Duncker und Humblot, Berlín, 1998.

WAGNER, Markus, Entscheidungsbesprechung – Zur strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit für innerbetriebliche Straftaten zwischen Mitarbeitern, BGH, Urteil v. 20.10.2011 – 4 StR 71 / 11, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, (5), 2012, pp. 704 ss.

WALTER, Stefan, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Peter Lang, Fráncfort del Meno-Berlín-Berna-Bruselas-Nueva York-Oxford-Viena, 2000.

WABMER, Martin Paul, *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, Escrito de habilitación inédito, Friburgo de Brisgovia, 2006.

WEIGEND, Thomas, «§ 13 Begehen durch Unterlassen», en CIRENER, Gabriele *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlín, 2019, pp. 884 ss.

WEIGEND, Thomas, «§ 13 Begehen durch Unterlassen», en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 12.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlín, 2007, pp. 815 ss.

WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1968.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

WILENAMANN VON BERNATH, Javier, «Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia. Al mismo tiempo, sobre los usos y problemas de una dogmática penal orientada sustantiva o formalmente», en CÁRDENAS ARAVENA, Claudia/FERDMANN NIEDMANN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2016, pp. 275 ss.

WITTIG, Petra, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Múnich, 2023.

## **Jurisprudencia**

Los fallos citados fueron obtenidos de las colecciones oficiales en línea de los respectivos tribunales. Para los casos en que ello no fue posible, se señala la fuente en línea o en papel a la que se tuvo acceso.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2719-1988, de 19 de diciembre de 1988, *Gaceta Jurídica*, (102), 1988, pp. 68 ss.

Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 1338-1998, de 4 de agosto de 1998, *Gaceta Jurídica*, (218), 1998, pp. 96 ss.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 10.06.1997 – 2 BvR 1516/96, openJur 2011, 118472.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 20.03.2002 - 2 BvR 794/95.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 10732-21-INA, de 1 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1281-08-INA, de 13 de agosto de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1351-09-INA, de 20 de mayo de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 163, de 4 de enero de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2615-14-INA, de 30 de octubre de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2744-14-INA, de 8 de octubre del 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2773-15-INA, de 28 de enero de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2897-15-INA, de 4 de julio de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 3329-17-INA, de 23 de agosto de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 4476-18- INA, de 24 de enero de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 46, de 21 de diciembre de 1987.

Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 17.07.2009 – 5 StR 394/08.

Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 20.10.2011 – 4 StR 71/11.

Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 6.2.2018 – 5 StR 629/17.

Sentencia del Tribunal Supremo de España 7059/2002, Penal, 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:7059).

Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza, BGE 96 IV 155.

### **Resoluciones**

XIII Congreso internacional de derecho penal (El Cairo, 1 - 7 octubre 1984), *Revue internationale de droit pénal*, (86-1/2), 2015, pp. 549 ss.