

# DERECHO PENAL CENTRAL



## Posición de garante del empresario

### Guarantor position of the employer

ANDY CARRIÓN ZENTENO<sup>1</sup>

 Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) | [acarrion@estudiocarrion.com](mailto:acarrion@estudiocarrion.com)

#### RESUMEN

La responsabilidad omisiva del empresario por delitos cometidos por sus subordinados resulta un problema de difícil solución, tanto en el ámbito dogmático como en el jurisprudencial. La dificultad radica básicamente en el fundamento y, sobre todo, en los últimos tiempos, en el alcance de tal responsabilidad. Partiendo de la injerencia como elemento fundante de la responsabilidad penal del empresario, concretizaremos dicha propuesta de la mano del criterio de organización riesgosa de la empresa, todo ello como elemento legitimador, pero al mismo tiempo limitador de la responsabilidad penal omisiva.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad penal; omisión; riesgo.

#### ABSTRACT

The omissive liability of the employer for crimes committed by his subordinates is a difficult problem to solve, both in dogmatic and jurisprudential terms. The difficulty lies basically in the foundation and, especially in recent times, in the scope of such liability. Starting from interference as a founding element of the criminal liability of the employer, we will concretize this proposal based on the criterion of risky organization of the company, all of this as a legitimizing element, but at the same time limiting the criminal liability of omission.

**KEY WORDS:** criminal liability; omission; risk.



Recibido: 01/06/2021  
Aceptado: 02/07/2021

## I. Introducción

La responsabilidad penal del empresario por omisión constituye hasta hoy un problema sin una solución uniforme en el derecho penal económico. Ello a pesar de su larga discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En rigor se trata de

<sup>1</sup> Doctor y Magíster (LL.M.) en Derecho por la Universidad de Bonn-Alemania.

la pregunta de si el artículo 13 del Código Penal (tanto alemán como peruano) es un habilitante normativo para la imputación al empresario por delitos cometidos por sus subordinados. En el ámbito general, esta problemática se circunscribe al instante de la posición de garante,<sup>2</sup> la cual también presenta tanto en el fondo —legitimación— como en la forma —estructura normativa— cuestiones conceptuales poco claras. Tanto es así que, incluso Roxin la calificó como el capítulo más problemático y oscuro de la dogmática penal de la parte general.<sup>3</sup> La causa de tal calificación radica en que la «fórmula abierta»<sup>4</sup> del artículo en cuestión no precisa «quien tiene el deber jurídico de impedir» la realización del resultado. Esto es, en la norma no están comprendidas las condiciones bajo las cuales el autor de la omisión debe ser considerado obligado a impedir resultados lesivos para los bienes jurídicos.<sup>5</sup>

La pregunta por el «si» de la posición de garante es un paso metodológico previo para abordar la pregunta del «por qué» de la imputación participativa del empresario. En otros términos, «una posición de garantía nos dice *quién* puede ser autor de un delito de omisión impropia, pero todavía no nos dice *por qué*. Pues esta última pregunta solo puede ser respondida a través de los criterios generales de adscripción de autoría».<sup>6</sup> No obstante, lo que a simple vista se reconduce a la participación en general, toma contornos particulares por la propia configuración normativa del delito omisivo impropio. No por nada, algunos autores postulan al respecto la existencia de una autoría única en estos supuestos.<sup>7</sup> En lo que sigue, intentaremos dar una respuesta tentativa a las cuestiones vinculadas a la responsabilidad penal omisiva del empresario por delitos cometidos por sus subordinados.

## II. Propuesta dogmática de la posición de garante del empresario

En el ámbito del derecho penal económico alemán tanto la jurisprudencia<sup>8</sup> como la doctrina mayoritaria han reconocido<sup>9</sup> la posición de garante del empresario de evitar delitos cometidos por sus subordinados. Mientras la jurisprudencia desarrolló la tesis

2 Ya la terminología es cuestionable. Véase sobre esta discusión en Rengier, *Strafrecht AT*, § 49 marg. 29. Ransiek, *Jus* 2010, p. 585 s. Langer, *Die Sonderstraftat*, p. 451.

3 Roxin, *Strafrecht At II*, § 32 marg. 2.; Pawlik, *FS-Roxin zum 80. Geburtstag*, pp. 931y ss.; también Jakobs, *Strafrecht AT*, § 29 marg. 26.

4 Kühl, *Strafrecht AT*, 2012, § 18 marg. 41.

5 Kindhäuser, *Strafrecht At*, § 36 marg. 2.

6 Mañalich, Juan Pablo, «Omisión del garante e intervención delictiva», *Revista de derecho*. Universidad Católica del Norte. p. 245.

7 Roxin, *Strafrecht AT II*, § 32 marg. 137

8 RGST 24, 252 (254 s.); 33, 261 y ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 y ss.); 75, 296; BGHST 25, 158 (162 s.); 37, 106 (123 s.); BGH, *Urt. v.* 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 marg. 13.

9 Bottke, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, p. 25 y ss.; Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzung der Garantpflichten*, p. 275 y ss.; Jakobs, *Strafrecht At*, § 29 marg. 36; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, S. 36; Kindhäuser, *Strafrecht AT*, § 36 Rn. 63; ROGALL, *ZSTW* 98 (1986), 613 y ss.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 101 y ss.; Roxin, *Strafrecht AT II*, § 32 marg. 137; del mismo, *JR* 2012, S. 307; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht AT*, 2014, § 5 marg. 289 ss.; Schall, *FS-Rudolphi*, p. 267 y ss.; Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, S. 142 y ss.; Walter, *Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht*, p. 140 y ss.; en contra Hsü, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten*, p. 241 y ss.; Schubarth, *Schwzstr*, 1976, p. 385 s.

de la competencia global y responsabilidad general de la dirección empresarial,<sup>10</sup> la cual le brinda herramientas dogmáticas interesantes a fin de flexibilizar su aplicabilidad,<sup>11</sup> la doctrina se adhiere a una responsabilidad limitada a las actividades empresariales.<sup>12</sup>

En cuanto a las posturas dogmáticas, la gran mayoría presenta deficiencias que dificultan su potencial legitimador. Solo por mencionar algunos ejemplos, la teoría del dominio de la organización no se encuentra en la posibilidad de explicar los casos de injerencia, mientras que la teoría del poder de mando no logra fundamentar por qué de la sola posición (estructural) de empresario debe derivarse necesariamente una posición de garante de evitación de resultados lesivos. La misma crítica es trasladable a la teoría de la fuente de peligro planteada por Heine,<sup>13</sup> pues no resulta comprensible por qué el déficit objetivo del poder de mando sobre la organización empresarial debe permanecer en el directivo solo a fin de alcanzar la más alta responsabilidad.

Más allá de las particularidades de las posiciones mencionadas una correlación sistemática del fundamento dogmático pasa por la identificación, en primer lugar, del objeto sobre el cual se erigirá normativamente la legitimación del garante. Esta no debe fundamentar, tal como se desprende de la exigencia planteada *prima facie* por el §13, sino solo delinear, mostrar el camino sobre el cual debe erigirse el problema de la posición de garante del empresario. De acuerdo a nuestro planteamiento, el objeto en referencia lo constituye la organización peligrosa de la empresa. Esto significa que, como primer peldaño, solo en tanto el comportamiento delictivo del subordinado se reconduzca y encuentre su marco de desarrollo en la organización peligrosa de la empresa,<sup>14</sup> podrá el directivo competente responder penalmente por no haber evitado dicho resultado lesivo.<sup>15</sup>

Conjuntamente a este resultado se muestra que, el momento desencadenante para la asunción de una posición de garante también puede darse dentro de una situación peligrosa previamente existente, en la cual no ha participado ni activa ni pasivamente el empresario. Por otro lado, también se presenta la constelación de casos en la cual el propio empresario aporta conductualmente a la predeterminación peligrosa de la empresa.

Con la limitación de la organización peligrosa a los casos mencionados se pretende crear un «ámbito mínimo» de responsabilidad penal, pues los modelos orga-

10 RGST 24, 252 (254 s.); 33, 261 y ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 y ss.); 75, 296; BGHST 25, 158 (162 fs); 37, 106 (123 s.); BGHST 57, 42. En relación a la posición de garante del oficial de cumplimiento, BGHST 54, 44 y ss. Recientemente sobre la posición de garante del empresario, BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 marg 13: [...] aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter [kann sich] je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

11 Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, p. 322.

12 Botke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.; Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, p. 275 y ss.; Jakobs, Strafrecht AT, § 29 marg. 36; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, p. 36; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 36 marg. 63; Rogall, Zstw 98 (1986), p. 613 y ss.; Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, p. 101 y ss.; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137; del mismo, JR 2012, p. 307.

13 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 120 y ss.

14 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 220, 221; Otto, FS Hirsch, S. 297; Artz, JA 1980, 553 y ss.; Stree, FS Mayer, p. 145 y ss.

15 Jakobs, Strafrecht AT, 29 marg. 36: [...] so haftet der Betriebsinhaber für den gefährlichen Zustand seines Betriebs, solange überhaupt noch seine Geschäfte organisiert werden. También Ransiek, Unternehmensstrafrecht, p. 36: Es geht also [...] um die für komplexere rechtlich normierte Organisationen oder organisierte Tätigkeiten.

nizativos y los múltiples ámbitos de responsabilidad impiden un punto unívoco de valoración dogmática.<sup>16</sup> Partiendo de la organización peligrosa como objeto de la responsabilidad penal omisiva, resulta consecuente formular la pregunta acerca del segundo elemento legitimador de la posición de garante. Esta pregunta será vinculada en su análisis con la injerencia, pues sus propias características internas y externas plantean la cuestión del recurso a la conducta antijurídica previa.

Sobre la cualidad del comportamiento previo, la tendencia dogmática ha mostrado coherentemente su vocación por la flexibilización de las exigencias a la contrariedad al deber.<sup>17</sup> Esta postura es de recibo, puesto que, las estrictas exigencias en la concurrencia de la conducta previa no se correspondían con una aplicación real del concepto, sino que respondían únicamente a una exigencia abstracta, sin consecuencias. No obstante, si el origen de la posición de garante por injerencia no se limita únicamente a un comportamiento previo antijurídico entonces aún quedaría por responder a dónde deben apuntar los criterios de determinación de la conducta previa. Resulta convincente la tesis, desarrollada por parte de la doctrina<sup>18</sup> y amparada por la jurisprudencia,<sup>19</sup> de la caracterización del comportamiento previo como un riesgo «cualificado» a fin de poder legitimar la responsabilidad penal omisiva. Distinto al comportamiento previo antijurídico, esta tesis posee la ventaja de que no solo gráfica el fundamento de la responsabilidad, sino que con ayuda de la concepción civil<sup>20</sup> de «peligrosidad» señala al mismo tiempo el alcance propio de la responsabilidad penal omisiva.

De las reflexiones aquí vertidas se derivan las siguientes consecuencias para la responsabilidad penal del empresario por conductas ilícitas de sus subordinados;

### 1. Incorporación y mantención de personal

En primer lugar, debe anotarse que la apertura o instauración de una empresa no representa por sí mismo un riesgo cualificado o incrementado, motivo por el cual resulta inválido como fundamento de la injerencia.<sup>21</sup> La problemática de la aplicación de la injerencia relativa a la incorporación de personal debe evaluarse del mismo modo que la apertura de una empresa. Ello no excluye que para ciertos requisitos pueda entrar en consideración una posición de garante.

Una constelación especial se origina, en primer lugar, cuando son contratados para puestos con condiciones especiales, empleados que pueden mostrar cierta incompetencia para el cargo. Ello debe ser reconocible para el directivo; solo bajo este supuesto podría responder consecuentemente por omitir el resultado lesivo.<sup>22</sup> El

16 Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, p. 217.

17 Jakobs, Strafrecht AT, § 29 marg. 42; Otto/Brammsen, Jura 1985, p. 646 (648); Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 156. Anders Sowada, Jura 2003, p. 236 (240 y ss.).

18 Jakobs, Strafrecht AT, 29 marg. 42, ders. BGH-FS, p. 29 y ss.; Kindhäuser Strafrecht AT, § 36 marg. 64; Kühl, AT, § 18 marg. 102; Roxin, AT II, § 32 marg. 160 y ss.; Stree, Klug-FS, p. 395 y ss.

19 BGHST 38, 356(358); BGH NSTZ 1998, 83(84); BGH NSTZ 2000, 583(583).

20 Jakobs, Strafrecht AT, § 24 marg. 42.

21 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 240.

22 Jescheck, in LK, 11<sup>o</sup> ed. §13, marg. 35.

requisito del comportamiento previo dependerá de si concurre una amenaza inmediata de la realización del riesgo.<sup>23</sup> Un caso particular de esta constelación de casos es aquél en el cual el riesgo no representa un riesgo inmediato, sino uno mediato. Aquí, la asunción de la injerencia depende de si el empleado tiene una cierta tendencia a la comisión de ilícitos. En este supuesto, la inclinación al delito debe ser reconocible al empresario, pues de lo contrario entra a tallar el principio de confianza, el cual aportaría a la descarga de responsabilidad.<sup>24</sup>

## 2. Organización empresarial riesgosa

También se da una posición de garante por injerencia cuando la empresa está organizada de tal manera que su estructura no puede garantizar un comportamiento conforme al derecho de los subordinados. Dicho de otro modo, cuando la construcción y dirección empresarial constriñe a comportamientos antijurídicos.<sup>25</sup>

## Referencias

- Artz, Gunther. *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, JA 1980.
- Bosch, Nikolaus. *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Baden-Baden, Nomos, 2002.
- Bottke, Wilfried. *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*. Berlin, Ducker y Humbolt, 1994.
- Brammsen, Joerg. *Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten*. Berlin, Ducker y Humbolt, 1986.
- Heine, Günter. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen—Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklung, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden, Nomos, 1995.
- Hsü, Yü-Hsiu. *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten*. Pfaffenweiler, Centaurus Verlag, 1986.
- Jakobs, Günter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2.<sup>a</sup> ed. Berlin/New York, De Gruyter, 1991.
- Jakobs, Günter. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, München, 1996.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5.<sup>a</sup> ed. Berlin, Duncker y Humbolt, 1996.
- Kindhäuser, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos. 2015.
- Kühl, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4.<sup>a</sup> ed. München, Vahlen, 2002.
- Langer, Winrich. *Die Sonderstrafat. Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*. 2.<sup>a</sup> ed. Berlin, Ducker & Humblot, 2007.
- Mansdörfer, Marco. *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich eine Untersuchung zu*

23 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 256.

24 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 256. Kühl, Strafrecht AT, §18, marg. 104; Roxin, Strafrecht AT II, §32, marg. 155 y ss.

25 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 257. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, pp. 25 y ss.

- funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischen Handeln.* Heidelberg, 2011.
- Mañalich, Juan Pablo. «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 21, núm. 2, 2014.
- Ransiek, Andreas. Das unechte Unterlassungsdelikt. *JUS*, 2010.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8.<sup>a</sup> ed. München: C. H. Beck, 2016
- Rogall, Klaus. Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), in *ZStW 98* (1986).
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, tomo II, Besonderes Erscheinungsformen der Straftat*. München, C.H. Beck, 2003.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, tomo I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4.<sup>a</sup> ed. München, C.H. Beck, 2006.
- Rudolphi, Hans-Joachim. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen, Schwartz, 1966.
- Sangenstedt, Christoph. *Garantenstellung und Garantienpflichten von Amtsträgern, Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenstellung*. Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, Lang, 1988.
- Schall, Hero. «Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung». En Rogall, Klaus, Puppe, Ingeborg, Stein, Ulrichy Wolter, Jürgen (Hrsg.): *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphie zum 70 Geburtstag*. Neuwied, Luchterhand, 2004.
- Schünemann, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymann 1979.
- Schünemann, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Göttingen, Schwartz, 1971.
- Stree, Walter: «Garantenstellung kraft Übernahme», in Geerds, Friedrich y Naucke, Wolfgang (Hrsg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Helmut Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin, Duncker & Humblot, 1966.
- Tiedemann, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. München, Vahlen, 2014.