

EL DOMINIO DEL HECHO EN LAS EMPRESAS DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

*Roland Hefendehl**

I. PUNTO DE PARTIDA

A. Dos puntos esclarecedores: con mi maestro BERND SCHÜNEMANN está presente aquí, en Colombia, un científico que como pocos se ha ocupado del problema de la punibilidad de las empresas. Él fue asimismo quién, en su monografía *Criminalidad empresarial y derecho penal*¹ de 1979, originalmente recurrió a conocimientos criminológicos para su análisis dogmático y para el planteamiento de sus exigencias en materia de política criminal.

CLAUS ROXIN, el maestro de mi maestro, es a su vez el inventor de la figura jurídica del autor detrás del autor, que en primera línea se ha aplicado en regímenes contrarios a derecho crueles y totalitarios. Sin embargo, ROXIN, más que ningún otro, se ha planteado la pregunta de si acaso esa figura jurídica de las organizaciones de poder puede extrapolarse también a las empresas económicas.

Yo quisiera conectar con estos dos grandes ejemplos e intentar encontrar un nicho. Me alienta la circunstancia de que la complejidad del problema cobra cada día más relevancia. Piensen ustedes en las quiebras de Enron o Worldcom, a cuyo propósito la Ley Sabanes Oxley comenzó en el intento de fortalecer la responsabilidad penal

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Económico y Criminología en la Universidad de Dresden, e-mail: [hefendehl@jura.tu-dresden.de].

1. Cfr. SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln et ál., 1979.

individual². O piensen en un gran proceso de derecho penal económico en Alemania, en el cual, entre otros, se acusó de infidelidad (*untreue*) al presidente del Deutsche Bank³. No en último lugar debe mencionarse que la discusión en Europa sobre la punibilidad de las asociaciones sigue siendo virulenta y no ha sido zanjada definitivamente⁴.

B. Sobre este aspecto quisiera, especialmente, examinar de cerca dos resultados empíricos acerca de su significado para el derecho penal: por una parte, la así llamada *fungibilidad*, es decir, la posibilidad ilimitada de reemplazo del autor directo, que, según la concepción predominante le garantiza la realización del hecho al hombre de atrás y le permite dominar el acontecimiento. Por otra parte, me parece que posiblemente los *mecanismos de neutralización* no sólo juegan un papel frente a la interrogante criminológica de por qué alguien se comporta delictivamente, sino que también tienen efectos sobre problemas dogmáticos como los relativos a la figura jurídica del “autor detrás del autor”.

C. Al respecto debe plantearse previamente una pregunta pragmática: ¿no tendría más sentido concentrarse directamente en la punibilidad de las asociaciones? Lo anterior se debe preguntar por cuanto, si fuese fundable esa punibilidad, no sería necesario hacer las reflexiones aquí planteadas.

Una perspectiva semejante sería limitada en un doble sentido. Por una parte, parece carecer de perspectiva querer destruir aquí y ahora sin lugar a dudas todas las convincentes objeciones, sobre todo las que ha planteado SCHÜNEMANN, contra la punibilidad de las empresas⁵. Por otra parte, sería por cierto pragmático un modelo que para generar una sanción se fundara en cada comportamiento que tome en la empresa su punto de partida y llegue hasta la violación o la puesta en peligro externa del bien jurídico. Una regulación semejante llevaría, sin embargo, a una responsabilidad azarosa que contradiría todo tipo de política criminal. Mediante el mensaje oculto del fatalismo, dicha regulación podría tener más bien efectos paralizantes que incentivadores respecto de una organización de la asociación libre de infracciones penales⁶. Si no jugara ningún papel el problema de a qué comportamiento de una empresa puede reconducirse la violación del bien jurídico, los responsables se sentirían impotentes frente a una organización del sistema de modo seguro y reduciría sus esfuerzos en lugar de ampliarlos. Por ello tampoco es posible evitar la confrontación

2. HEFENDEHL, en *JZ* 2004, pp. 18 y s.

3. Sobre este tema con mayor profundidad, SCHÜNEMANN. *Organuntreue*, Berlin, 2004.

4. Cfr. sólo el tomo panorámico de HETTINGER (ed.). *Reform des sanktionenrechts*, t. 3, “Verbandsstrafe”, Baden-Baden, 2002.

5. Cfr. sobre este aspecto, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN y SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.). *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Köln et ál., 1994, pp. 265, 283 y ss.; OTTO, en *JURA*, 1998, pp. 409, 415 y ss., así como la compilación de los argumentos críticos del Ministerio de Justicia Federal en HETTINGER. Ob. cit., pp. 211 y s.

6. SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.). *Deutsche wiedervereinigung*, t. III, “Unternehmenskriminalität”, Köln et ál., 1996, pp. 129 a 138.

con las estructuras conductuales internas y exigir una punto de conexión cualificado de una persona para determinar la punibilidad de las asociaciones. Esta persona tiene que estar en condiciones de poder formular directivas de comportamiento interno de la empresa.

II. EL PUNTO DE PARTIDA DEL DOMINIO ORGANIZACIONAL

Roxin ha designado tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede dominarse, sin tener que tomar ejecutar de propia mano. Es posible coaccionar al ejecutor, es posible engañarlo o es posible dar la orden mediante un aparato de poder, que asegura la ejecución de las órdenes incluso sin coacción o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. Esto es posible, porque el aparato tiene a su disposición suficientes miembros adicionales que pueden asumir la función de un individuo, en caso de que éste falle⁷. Todo esto presupone la existencia de estructuras jerárquicas de poder en las cuales quien da las órdenes puede remplazar a quien las recibe sin dificultades y de manera intercambiable para la comisión de hechos punibles⁸.

El punto de partida del desarrollo de la constelación triple del dominio del hecho fue el ámbito de la violencia nacionalsocialista, tal como *ROXIN* enfatiza⁹. La figura jurídica del dominio mediante organización encontró atención en el extranjero, p. ej., en Argentina¹⁰, y fue aceptada en 1994 por la Corte Suprema Federal alemana, cuando enjuició a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la en aquél entonces República Democrática de Alemania, como los autores detrás de los disparadores del muro¹¹.

Quizás concordemos intuitivamente con el resultado de penar a estos terribles autores de escritorio como autores mediatos y no como coautores o instigadores. Así, enfatiza *ROXIN*, en contra de la solución de la coautoría¹², que ésta se presenta, también al tenor del inciso 2.º § 25 (“mancomunadamente”) mediante estructuras horizontales, mientras que la autoría mediata implica estructuras verticales, es decir, jerárquicas. En contra de la solución del instigador no habla, por lo menos en Alemania, el resultado –pues los rangos de penas no se diferencian–, pero sí la circunstancia de que el instigar es, estructuralmente, una tentativa que puede fracasar, no así la construcción de un dominio organizacional¹³. Un dominio de esta índole es justo todo lo contrario a una casualidad.

7. *ROXIN. Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlin et ál., 2000, pp. 244 y ss.; id. *Strafrecht AT/2*, München, 2003, § 25 Rn. 105.

8. *KÖHL. Strafrecht AT*, 4.ª ed., München, 2002, § 20 Rn. 73 a.

9. *ROXIN. Strafrecht AT/2*, cit., § 25 Rn. 106.

10. Cfr. *ibíd.*, Rn. 109.

11. *BGHSt* 40, 236.

12. Cfr. Sobre este tema *JESCHECK* y *WEIGEND. Lehrbuch des strafrechts AT*, 5.ª ed., Berlin, 1996, p. 670; *BAUMANN, WEBER* y *MISCH. Strafrecht AT*, 11.ª ed., Bielefeld, 2003, § 29 Rn. 147.

13. Cfr. *ROXIN. Strafrecht AT/2*, cit., § 25 Rn. 126.

III. ¿LA EXTENSIÓN DEL DOMINIO ORGANIZACIONAL A LAS EMPRESAS ECONÓMICAS?

Aunque en los casos de HITLER, HIMMLER e incluso de HONECKER abiertamente pueda vivirse con la constelación excepcional del autor detrás del autor, tal vez no se pueda estar tranquilo cuando se trata de la interrogante acerca de la posibilidad de expandir el dominio organizacional a las empresas económicas.

Una expansión de este tipo se rechaza mayoritariamente¹⁴, mientras que la Corte Suprema Federal la invocó en el contexto de su decisión sobre la autoría mediata de altos funcionarios de la República Democrática Alemana. Unas condiciones estructurales como estas caracterizadas por desarrollos reglados, debieran ser consideradas especialmente, cuando se trata de estructuras de organización estatales, empresariales o de negocios similares y en caso de estructuras de órdenes jerárquicas¹⁵. Aun más allá observa conscientemente la Corte Suprema Federal: “También el problema de la responsabilidad en el caso del funcionamiento de empresas económicas puede resolverse de esta manera (es decir, con base en la idea de dominio organizacional)”¹⁶. Esta idea se aplica en una decisión del Corte Suprema Federal, en la cual los acusados, como directores fácticos de la empresa, supuestamente ejercieron “una influencia superior necesaria” para que se configurara una autoría mediata¹⁷.

Si se observan al menos los presupuestos particulares propagados actualmente como necesarios para que exista un dominio organizacional, entonces un rechazo de esta naturaleza a esta figura jurídica en las empresas económicas pierde fuerza persuasiva.

A. EL CRITERIO DE LA FUNGIBILIDAD

La idea de *fungibilidad* dentro de una organización, es decir, la intercambiabilidad de los ejecutores, se ha concebido en especial para aparatos organizados de poder político¹⁸. Esta idea no se suele presentarse en el caso de una empresa económica. *Roxin* aduce¹⁹: cuando en una fábrica, que participa en el tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico, un jefe de sección requiere a un empleado cometer una falsedad documental, él sólo es, en caso de que se cometa, un instigador del empleado quien en realidad ha cometido el hecho punible en calidad de autor. En el caso de una organización que trabaja sobre una base jurídica, debe esperarse que no se seguirán instrucciones que sean contrarias a derecho.

14. Cfr. de nuevo SCHÜNEMANN, en ROXIN y WIDMAIER (eds.). *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, t. IV, München, 2000, pp. 621 a 631, con referencias adicionales en la nota 35.

15. *BGHSt* 40, pp. 218, 236.

16. *Ibid.*, pp. 218, 237.

17. BGH, en *wistra* 1998, pp. 148 a 150.

18. Para lo relativo al nivel de la dogmática jurídico-penal, ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 245.

19. ROXIN. *Strafrecht AT/2*, cit., § 25 Rn. 130; así también *id.*, en SAMSON et ál. (eds.). *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 549 a 558.

1.a. Esta argumentación sorprende y plantea de inmediato la siguiente pregunta: ¿qué debe entenderse exactamente por fungibilidad como un elemento esencial de la figura jurídica del autor tras el autor? ¿Tiene que tratarse, a su vez, de una persona lista para reemplazar a otra, que siempre interviene en caso de que el órgano realmente previsto para la ejecución falla? ¿O más bien se trata de que las estructuras estén configuradas de tal modo que un rechazo o una negativa de ejecución del hecho pueda captarse en cualquier momento, sin que esto sea necesario “aquí y ahora”? En el ejemplo de los soldados de la frontera se esclarece esta diferenciación: si se tratara de tener a disposición un reemplazo efectivo en caso de un concreto cruce de fronteras, entonces el dominio se reduciría a la certeza de la ocurrencia del resultado²⁰. Ante este trasfondo aparece cercana la sugerencia de definir el dominio del hecho sólo sobre la base del funcionamiento de determinadas relaciones organizacionales²¹. Esta sugerencia ha experimentado la crítica de que una argumentación semejante no se ajustaría a la aceptación simultánea de que el ejecutor material es libre en su decisión²².

b. A mí me parece que la argumentación así como la crítica entremezclan dos puntos de vista entre sí, sin que para ello exista necesidad: La fungibilidad debe entenderse estructuralmente, pero ella no responde aún la pregunta de por qué el reemplazo funciona cuando falla uno de los miembros de la organización. Esta circunstancia se soslaya generalmente. Fungibilidad significa en un primer paso sólo que se tiene a disposición una reserva de hombres idóneos e intercambiables como ejecutores. Esta fungibilidad es entonces una condición necesaria para que exista una autoría mediata por medio del dominio por organización. Sin embargo, estos hombres deben ser dirigidos en una cierta dirección. A esta interrogante especial del dominio del hecho habrá de volverse en la sección v.

2.a. Esta diferenciación tampoco quiebra un complejo problemático unitario arbitrariamente, sino que abre dos diferentes puntos de enfoque para la constatación crítica de esta figura jurídica en cuanto constelación de excepción. Por una parte, puede faltar simplemente una persona apta y disponible para reemplazar al ejecutor; por otra parte, existe la posibilidad de que una persona de este tipo exista, pero que no tenga la voluntad de desempeñar este papel. Este punto puede de nuevo ilustrarse por medio de un ejemplo sencillo: un aparato técnico puede estar construido –como lo es cada vez más– de tal modo que deba ser desechado cuando presente algún defecto. Aquí falta desde el inicio la posibilidad de reemplazar la parte dañada. O, por otra parte, puede que en principio exista la posibilidad de una reparación, pero que falte el repuesto en caso de que éste haga falta.

b. Sin embargo, si la fungibilidad simplemente debe identificarse con la existencia de personas en principio reemplazables, entonces las consideraciones de ROXIN mencio-

20. ROTSCHE, en *NSZ*, 1998, pp. 491 a 493.

21. MURMANN, en *GA*, 1996, pp. 269 a 273.

22. ROTSCHE. *Ob. cit.*, pp. 491 a 493.

nadas al principio se muestran no como consideraciones sobre la fungibilidad, sino sobre la posibilidad de dominación del *pool* fungible compuesto por ejecutores idóneos.

3.a. El concepto fungibilidad, de la intercambiabilidad, precisado de tal manera, tiene un potencial crítico jurídico-penal más reducido, para la cuestión aquí planteada, de lo que uno podría opinar a primera vista. Ello es así porque en nuestro mundo, altamente especializado, la posibilidad de intercambio en el sistema se ha convertido en realidad en un signo de lo posmoderno. Esto puede sorprender a primera vista, a causa de la circunstancia que la variedad de aptitudes posibles, p. ej., en la vida laboral, parecen haber ascendido hasta lo inconmensurable. Ya no existe más el clásico canon fijo de los empleos manufactureros e industriales como el del panadero, el albañil o el trabajador en la línea de producción. Estos oficios se han atomizado más. Además, las nuevas exigencias del Estado y la sociedad amplían el espectro de los empleos para los cuales existe una necesidad. Solo que tan pronto se articula una específica demanda, surgen en brevísimo tiempo una cifra indeterminada de interesados. La globalización del Estado y de la sociedad implica que los mercados se vuelven transparentes y que ante una sorpresiva demanda, ésta pueda ser satisfecha por terceros Estados.

b. Por ejemplo, ¿quién puede considerarse así mismo hoy día irremplazable en la vida laboral? Tenemos la buena esperanza de que podemos desarrollar ciertas destrezas y experiencias especiales en nuestro trabajo, pero ello no nos debiera, por regla general, dejarnos llevar por la ilusión que somos irremplazables. Sólo muy pocos pueden con derecho considerarse portadores de tales características, quizás pueda pensarse en un médico que tiene “manos de oro”. Desde luego, un profesor puede tener la pretensión de que su manera de dar clases sea única, pero puede suceder también que el mercado no exija dicha particularidad. Los estudiantes quieren ser preparados para su examen final. Si el profesor A faltase, el profesor B puede asumir dicha tarea, aun cuando no pueda resultar tan simpático para una parte de los estudiantes. Esto puede resultar frustrante o también tranquilizador, pero sin nosotros puede seguir funcionando prácticamente cualquier institución.

c. En un derecho laboral y de un derecho protector del despido probablemente el argumento de la intercambiabilidad haya perdido sustancia²³. Sin embargo, me parece que en ello no yace ningún argumento decisivo en contra de la fungibilidad. Ello es así porque, aunque las posibilidades jurídico-laborales aseguren a su titular que de su negativa a llevar a cabo violaciones punibles de bienes jurídicos, asegurada e incluso deseada jurídicamente, no pueden extraerse consecuencias perjudiciales para él, ellas no admiten, sin embargo, ninguna conclusión respecto de la posibilidad de que la masa fungible pudiera servirse de esta posibilidad en la misma manera. En

23. Cfr. HEINE, en ARNOLD et ál. (eds.). *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg, 1995, pp. 51 a 67.

todo caso, podría pensarse en el supuesto que el empleado, a su vez, ocupe una puesto de conexión respecto del bien jurídico, que mediante su negativa pudiera impedir su lesión. Aquí restan al órgano que da la orden suficientes posibilidades para impedir una situación de bloqueo, p. ej., mediante el traslado, la reestructuración o la ocupación doble.

d. Con esto puede haberse expuesto que en las empresas económicas la característica de la fungibilidad se dará por regla general. Del mismo modo debe retenerse, y exigirse enfáticamente, que la intercambiabilidad debe constatarse en términos positivos. Esto, ya que la exigencia limita la figura jurídica del autor mediato, desde un comienzo, en los casos de empresas pequeñas y especializadas, en los cuales la intercambiabilidad permanece como una posibilidad meramente teórica. Además, cuanto más arriba en la jerarquía de la empresa se sitúe el asunto de una fungibilidad posible, tanto más improbable será que exista un reemplazo. Finalmente, incluso en un mundo fungible existe un personal especializado que es irremplazable en razón de su experiencia o su capacidad.

B. APARATO DE PODER ORGANIZADO

También el siguiente presupuesto de la construcción del dominio del hecho, aquél consistente en un aparato de poder organizado, se ha rechazado por regla general para el caso de las empresas económicas. Esto se derivaría de una manera puramente conceptual del hecho de que una empresa no puede ser interpretada como un aparato de poder, es decir, como una organización criminal que pretende mantener o aumentar el poder con una estructura organizativa y de mandos rígida²⁴. También aquí simplemente se mezclan dos componentes que han de diferenciarse.

1. Qué deba entenderse por aparato de poder es algo que pertenece al mundo de lo vago y, por tanto, hace difícil o incluso imposible llevar a cabo subsunciones en algún elemento del tipo (bajo esta propiedad del supuesto de hecho). Con seguridad, el concepto no contiene el componente de una organización criminal. Algo que, sin embargo y sin lugar a dudas puede afirmarse es que una organización económica pretende ostentar poder o acrecentar el que tiene y que dispone para ello de una estructura organizada y de mando rígida. Si bien, esta ostentación de poder no es un fin en sí mismo, si es indispensable para poder representar intereses económicos. Si el concepto de poder se amplía mediante el concepto de dominio, por una parte deja de ser repulsivo y por otra parte hace evidente que tanto el poder como el dominio son signos de un gobierno, ya sea de una estructura mafiosa o incluso precisamente de una empresa económica.

2. Esto no cambia tampoco nada la circunstancia de que la estructura de las grandes empresas modernas ya no tenga nada en común con una estructura piramidal del

24. AMBOS, en *GA*, 1998, pp. 226 a 239.

modelo de la burocracia clásica susceptible de ser comprendida y abarcada fácilmente. En el lugar de los clásicos sistemas jerárquicos de divisiones se han impuesto desde hace tiempo estructuras organizacionales mucho más diferenciadas, que acoge tanto componentes de un *lean management* como también sistemas complejos de coordinación y delegación²⁵. En este sentido, puede hablarse de una nueva complejidad²⁶. Sin embargo, no me parece plausible que con ello se flexibilicen las estructuras de poder. Ellas sólo están configuradas de una manera notoriamente más sutil. La dirección de Daimler Chrysler no perdió poder con estos cambios, como ya lo muestra recientemente de modo impresionante la decisión del presidente de la junta directiva respectiva de abandonar la cooperación con Mitsubishi.

3. El reemplazo de una estructura vertical estricta por estructuras parcialmente más planas, en las cuales además la responsabilidad radica en los grupos y no en los individuos, no cambia en la existencia del poder de imposición²⁷. Sin embargo, parece imaginable que el círculo de potenciales autores se reduzca.

RESULTADO PARCIAL

De todo esto se desprende el siguiente resultado parcial: la fungibilidad de los órganos ejecutores y un aparato de poder que funcione bien fueron características del régimen antijurídico del nacionalsocialismo, así como de las altas directivas de la República Democrática Alemana. Sin embargo, estas propiedades no se presentan sólo en estos pocos casos. El ejemplo de una empresa económica hace evidente que el instituto del aparato organizado de poder, en cuanto construcción relativa a la autoría, abarca posiblemente más de lo que puede esperarse si se toman en serio los presupuestos mencionados hasta el momento. En esto restan otros dos criterios restrictivos posibles, que deben seguidamente ser analizados. Por una parte, debe completarse la fungibilidad con el componente parcial, que permite transformar la mera intercambiabilidad en un cambio en sentido propio. Por otra parte, debe investigarse la exigencia de que el dominio por organización sólo debe tenerse en cuenta en los casos de empresas criminales apartadas del derecho.

IV. ¿LIMITACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA A LAS EMPRESAS CRIMINALES APARTADAS DEL DERECHO?

A. Comencemos con la exigencia mencionada en último lugar. Para ROXIN, de la estructura del dominio mediante organización se deriva que ella sólo puede existir en la medida en que el aparato, como un todo, funcione por fuera del ordenamiento jurídico. En este punto puede tratarse de un poder estatal que opera por fuera del derecho o de una organización criminal no estatal. Una pretensión violatoria del derecho no puede

25. ROTSCH, en *NSIZ*, 1998, pp. 491 a 493.

26. HABERMAS, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt, 1985.

27. En contra HEINE, en ESER, *Ob. cit.*, pp. 51 a 67.

ponerse en movimiento sobre la base de una institución que se funda en el derecho. Si así fuese, entonces no se trataría de la acción de un aparato de poder, sino de la realización de una “empresa privada” pasando por alto su modo de funcionamiento²⁸.

B. Este punto de vista no ha permanecido indiscutido. De este modo se ha planteado la acertada pregunta de si la pérdida de ajuste al derecho debe ser un presupuesto imprescindible del dominio mediante organización y de por qué debe serlo. Parecería que más decisivo para el dominio mediante organización fuese la estructura de la organización implicada y el número de ejecutores intercambiables²⁹.

C. En esta medida no juega realmente un rol decisivo la pregunta de si una institución se ha constituido fundamentalmente sobre la base del derecho, de si en determinadas situaciones abandona esta base o de si se trata de una organización criminal o, incluso, si se trata p. ej., de una criminalidad organizada como un para-Estado³⁰. Lo péfido de las actuaciones en y mediante las organizaciones es lo relevante, el que a través de ellas se puedan dar órdenes arbitrarias y así penalmente antijurídicas con carácter de autoridad.

D. Con todo, parece posible la siguiente argumentación: en una organización apartada del derecho es mayor la probabilidad de que también se produzcan órdenes no cubiertas por el derecho, que en el caso de empresas que fundamentalmente actúan sobre la base del derecho. En esta dirección se mueve la cita de ROXIN mencionada al comienzo de esta conferencia, según la cual de una organización que trabaja sobre la base del derecho debe esperarse que no se sigan instrucciones contrarias al derecho. Esta es exactamente la pregunta que ha quedado abierta hasta el momento, de cómo se produce el dominio del hecho a partir de la fungibilidad, y no un punto de examen particular. Ahora es necesario responder esta pregunta.

V. ¿POR QUÉ ACTÚA LA RUEDA “LIBRE” EN EL ENGRANAJE?

A. Antes ya se expuso que de los tópicos del poder y de la jerarquía, así como de la fungibilidad, no se expresa suficientemente el por qué la rueda fungible en el engranaje completo entra efectivamente en acción. Casi siempre nos quedamos en este resultado y en la aceptación de que esto ocurre, sin preguntarse por las razones de su ocurrencia. Para citar de nuevo en primer lugar el ejemplo de los guardianes del muro de Berlín, surge la pregunta de por qué el soldado fronterizo asume la tarea de su colega que ha intentado ser trasladado. No muy lejos de allí se encuentra la consideración de que en este sentido este soldado de la frontera se fue coaccionado³¹ o que incurrió en un error, exactamente: un error en cuanto a la norma permisiva. Si este

28. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 249.

29. AMBOS, en GA, 1998, pp. 226 a 242.

30. Cfr. *ibíd.*, pp. 226 a 242 y s.

31. Cfr., sin embargo, ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 243 y ss.

fuese el caso, entonces el instituto jurídico del “autor detrás del autor” no se necesitaría de ningún modo. De modo sorprendente, debe decirse que esta pregunta se ha tratado de una manera negligente³².

B. ¿Qué puede entonces operar como momento fundamentador del dominio del hecho? Me parece que la clave se encuentra en los llamados *mecanismos de neutralización*, que han sido puestos en evidencia en las investigaciones de SYKES y de MATZA³³. Ellos presentan una complementación o corrección de las teorías de las subculturas, según las cuales serían válidos valores y las normas que se desvían parcialmente, cuyo seguimiento favorece la comisión de hechos punibles³⁴.

1. Originalmente las técnicas de neutralización fueron entendidas como estrategias de justificación, mediante las cuales jóvenes delincuentes armonizaban su reconocimiento fundamental de los valores y normas dominantes con su comportamiento delictivo. Una neutralización de este tipo, sin embargo, no se encuentra sólo en la subcultura juvenil delictiva, sino en las subculturas de la política y la economía³⁵. Estas subculturas no sólo tienen el significado de justificaciones ulteriores y auto descargas, sino que preceden, como modelos de pensamiento ya existentes, el comportamiento criminal, preparándoles el camino psicológico y posibilitándolos de esta manera³⁶.

2. CLINARD y QUINNEY han descrito que el individuo se deja influir por las reglas de comportamiento dentro de una empresa³⁷. Estas reglas pueden hacer perder su validez a las reglas jurídicas. SYKES y MATZA hablan de una “instancia superior”, que hace aparecer el comportamiento del individuo como algo legítimo y normal³⁸. Ya en 1952 CRESSEY había observado la posibilidad, en el ámbito de la criminalidad económica, de que los autores pueden tener una apreciación diferente de su comportamiento, que les permite definir su conducta como algo distinto a un hecho punible³⁹. Aunque los modos de comportamiento internos al grupo no puedan haberse interiorizados, el particular puede dejarse influir por el colectivo en cuanto a que ciertas exigencias de adaptación o ciertas solidaridades que deben seguirse⁴⁰.

3. Las técnicas de neutralización se configuran sólo indirectamente por características grupales, pero en una forma especial, en la criminalidad económica, cuando se refieren a un comportamiento distantes al bien jurídico y con ella a la víctima. En el

32. ROXIN. *Strafrecht AT/I*, 3.ª ed., München, 1997, § 21 Rn. 66 y ss.

33. SYKES y MATZA, en SACK y KÖNIG (eds.). *Kriminalsoziologie*, 2.ª ed. Frankfurt, 1974, pp. 360 y ss.

34. COHEN y SHORT, en SACK y KÖNIG. Ob. cit., pp. 372 y ss.

35. ROTSCH. *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, Baden-Baden, 1998, p. 33; PFEIFFER y SCHEERER. *Kriminalsoziologie*, Stuttgart et ál., 1979, p. 98.

36. SYKES y MATZA. Ob. cit., p. 365; ROTSCH. Ob. cit., pp. 33 y ss.

37. CLINARD, QUINNEY y WILDEMAN. *Criminal Behavior Systems*, 3.ª ed., Cincinnati, 1994, pp. 204 y ss.

38. SYKES y MATZA. Ob. cit., p. 369.

39. CRESSEY, en *JCrim* 43, 1952, pp. 49 y ss.; cfr. también EISENBERG. *Kriminologie*, 5.ª ed., München, 2000, § 24 Rn. 11.

40. JÄGER. *Makrokriminalität*, Frankfurt, 1989, pp. 192 y ss.

caso de estos riesgos, que no pueden ser percibidos, sino que deben ser elaborados intelectualmente, y a los que p. ej., puede relacionarse una evolución de largo plazo, la reacción del individuo permanece inerte desde el punto de vista cognitivo y débil en el afectivo⁴¹. El distanciamiento con el bien jurídico y con la víctima son ampliamente reforzados en las empresas con división de funciones, en las cuales las informaciones son canalizadas. Desde el empleado hasta el directivo deberían componer pequeñas piezas de un mosaico de conductas, para lo cual se requeriría, a su vez, de una conexión en red de informaciones previamente divididas meticulosamente. Un interés en el esclarecimiento, de este tipo, no existe por lo general. A esto ha de agregarse como mecanismo de neutralización la negación de la responsabilidad individual mediante la inserción en el colectivo. El individuo se autopercebe como una rueda funcional intercambiable en un engranaje, en el cual es absolutamente irrelevante la manera en que él se decida⁴². De esta manera el antes introducido concepto de la fungibilidad gana en relevancia en cuanto al dominio del hecho. JÄGER ha descrito en el ámbito de los crímenes del nacionalsocialismo, la conciencia, según la cual no se es causal individualmente por el acontecimiento completo, no se puede desencadenar nada individualmente, pero tampoco se puede evitar nada, sino que se es funcionalmente intercambiable⁴³. Si se prescinde de actos excesivos, se presenta en la realización de delitos por parte de las personas que se encuentran bajo el nivel de dirección junto a una abstracción y carencia de transparencia en la ejecución y los efectos de los hechos, como característica que fomenta el hecho, una delegación cognitiva de la responsabilidad sobre los niveles directivos⁴⁴. De esta manera el operario individual podrá confiar generalmente en que su conducta será controlada, una vez más, por una persona que está en un nivel superior en la jerarquía⁴⁵.

4. Estos conocimientos criminológicos encuentran su impresionante constatación psicológico-experimental en el experimento MILGRAM⁴⁶, en el cual se evidenció una disposición de obediencia extremadamente alta del hombre integrado en un sistema jerárquico. Esta disposición se elevaba aún más cuando la persona objeto de experimento no veía ni oía a la víctima. También en este punto concurre un respaldo desde la *perspectiva sociológico-organizacional*. Según ésta, el ambiente de motivación en sistemas formalizados posibilita que cualquiera informaciones se tornen autoritativas. El superior puede definir determinadas comunicaciones como señales desencadenantes de ciertas decisiones de los subalternos⁴⁷. Sin que se necesite en esta medida una influencia directa de un órgano de dirección, la dependencia del empleado respecto de su puesto de trabajo, casi en el límite a la coacción, lo llevará en caso de duda a

41. TUGENDHAT. *Nachdenken über die Atomkriegsgefahr und warum man sie nicht sieht*, Berlin, 1986, pp. 12 y ss.; ROTSCH. Ob. cit., p. 36.

42. JÄGER. Ob. cit., p. 202.

43. *Ibid.*, pp. 200 y s.

44. EISENBERG. Ob. cit., § 24 Rn. 11.

45. HEINE. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p. 50.

46. MILGRAM. *Das Milgram Experiment Reinbek bei*, Hamburg, 1974.

47. LUHMANN. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4.^a ed., Berlin, 1995, pp. 98 y ss.

fomentar el modelo de comportamiento que él perciba como funcional a los fines de la empresa. Yo quisiera traer a colación una nueva idea de la sociología organizacional, que empíricamente aun no es segura: el trabajo en equipo y jerarquías delgadas en el ámbito de la *New Economy*⁴⁸ trasladan a un grupo de trabajadores los problemas y las soluciones, mientras que las élites empresariales, al menos aparentemente, se marginan. Este grupo tiene un status híbrido como grupo social, por un lado, y como parte de la organización, por otro. La presión de satisfacer las medidas definidas por la dirección de la empresa, crece, ya que un fracaso haría responsable a todo el grupo. Las posibilidades de neutralización se amplían aun más. Ellas permanecen dentro del equipo como las de un subsistema, así como en relación con aquel que da las directrices.

C. No obstante, deben tenerse especialmente en cuenta dos consideraciones en contra de una invocación de los mecanismos de neutralización fundados en el dominio del hecho: ¿qué ocurre con el ya citado *monitum* de ROXIN, según el cual de una organización que funciona sobre la base del derecho debe esperarse que no se sigan directrices contrarias al derecho (el siguiente num. 1)? ¿Qué ocurre con el argumento según el cual los mecanismos de neutralización serían inmanentes al sistema y por consiguiente no podrían ser invocados para la fundamentación excepcional del dominio del hecho (el siguiente num. 2)?

1. A mí me parece que no es acertado el ejemplo comparativo construido por ROXIN y que se opone al dominio del hecho en una empresa jurídica: no se trata del reuquerimiento de cometer una falsificación de un documento, sino, p. ej., de que deban implementarse determinados métodos contables o de que deban producirse ciertos resultados, en los cuales por lo menos existen dudas sobre su juridicidad⁴⁹. La orden del miembro del Consejo de Defensa Nacional tampoco era: liquida a quienes se fuguen de la República, independientemente de si con ello se cometía un homicidio, sino: asegura las fronteras y haz para ello uso del derecho que te concede la ley de fronteras.

En realidad efectivamente se estaría sobreexigiendo los presupuestos del dominio del hecho, si se partiera ante cualquier orden contraria a derecho impartida por un superior de la idea, que de alguna manera se implementará en el sistema. Precisamente en el ámbito fronterizo en relación con el engaño o la coacción o en el campo gris de la actividad económica riesgosa falta la señal indudable de la antijuricidad penal. Aquí yace el campo de las técnicas de neutralización.

2.a. Hasta ahora no se ha expresado, sin embargo, con suficiencia si estos mecanismos de neutralización pueden fundamentar de igual manera el dominio del hecho como, p. ej., el dominio por error o por coacción. Ello es así, como quiera que mientras el error y la coacción obran del lado del autor, los mecanismos de neutralización se ubican primariamente del lado de la víctima. ¿Tiene el que ordena el ilícito penal

48. Cfr. también MINNSEN. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1995, pp. 339 y ss.

responsabilidad en el sentido de un deber de evitación o al menos de remoción de las tendencias de neutralización? O, ¿se trata con estos mecanismos de neutralización de un fenómeno ubicuo, que el dirigente en el trasfondo o más bien el autor de escritorio no debe disipar?

b. Con ello parece, sin embargo, que se atomiza innecesariamente un complejo problemático que debe permanecer unido. Puede que existan también mecanismos de neutralización en el caso de órdenes penalmente irrelevantes, p. ej., cuando se trata de arrojar al río fluidos malolientes, para lo cual existe un permiso válido. En este contexto no se trata, sin embargo, éstas, sino que de técnicas de neutralización que conduzcan a violaciones de bienes jurídicos. Quien establezca o utilice estructuras con conocimiento, de que órdenes y mandatos devienen, aun por debajo del umbral del engaño y la amenaza, autoritativas, funcionaliza estas circunstancias y las convierte en un momento de la fundamentación del dominio del hecho, en la medida en que ordena una medida penalmente relevante. Su posible defensa no surte efecto, si se basa en que es responsable por una sociología organizativa de esta índole. Porque él sólo carga con la responsabilidad de no utilizar estas estructuras mediante órdenes lesivas del bien jurídico.

3. Aquí, sin embargo, deben situarse exigencias mayores. Para citar nuevamente el ejemplo de ROXIN: el mero requerimiento: “comete un delito de falsificación de documento” no basta en esta medida. SCHÜNEMANN ha hablado en el caso de las diferentes formas de autoría de conceptos tipo⁵⁰, y no de conceptos clasificatorios⁵¹. Una autoría mediata es entonces, p. ej., imaginable si la orden se encuentra en el límite hacia el dominio por coacción o por error, o si existe una institución del injusto, en la que no ha de esperarse ningún cuestionamiento en contra de la orden penalmente antijurídica. De este modo, debe estarse de acuerdo con la crítica de la extrapolación irreflexiva del dominio por organización a empresas económicas y, con ello, al resultado, la decisión de la Corte Suprema Federal, citada anteriormente⁵², sin que esto implique considerar como impensables estos casos. Lo único que ocurre es que ellos estarán por lo general cerca del error o de la coacción, tal como se ha descrito. Esto se prueba en forma impresionante con entrevista de una “insider” de ENRON, de mayo de este año. Allí se hace referencia, por una parte, al estilo magnético y carismático del jefe de aquel entonces JEFFREY SKILLING, y por otra, sin embargo también a una estrategia de intimidación y a la existencia de incentivos, y a la esperanza de que la firma como un todo permaneciera sobre suelo firme.

49. Que libremente deja intocable la intención, pues de lo contrario se presentaría un caso de dominio del error.

50. Sobre este aspecto, HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et ál., 2002, pp. 107 y ss.

51. SCHÜNEMANN, en ROXIN y WIDMAIER. Ob. cit., pp. 621, 629 y ss.

52. *wistra*, 1998, pp. 148 a 150.

CONCLUSIONES

Después de este análisis ha quedado deshecha la esperanza de poder restringir a regímenes injustos la figura jurídica del autor detrás del autor. Como quiera que la autoría por medio de aparatos organizados de poder representa un complemento necesario de la autoría por medio de la coacción o del error, no se puede evitar, reconocerla también en empresas económicas, de concurrir los presupuestos explicitados individualmente. Me parece que en esto no se encuentra una relativización de la autoría. Las condiciones son lo suficientemente restringidas para mantener construcciones de la autoría en caso de la punibilidad del ejecutor en un marco abarcable. La aprehensión respecto de un tal proceder debería seguir decreciendo, si se tiene presente que las constelaciones aquí tratadas se encuentran en el ámbito fronterizo de un error o coacción que, de todos modos, fundamenta la autoría mediata.