



Asociación
Internacional
de Derecho Penal
Grupo Argentino



Facultad
de Derecho | UBA

Jueves 22 de septiembre de 2016 a las 19 hs. en el Aula 1 de Extensión, Facultad de Derecho (UBA)

Formas y estándares de imputación penal por complicidad individual en crímenes internacionales

Expositor:

- **Prof. Dr. Kai Ambos**
Catedrático de la Universidad de Göttingen

Moderadores:

- **Daniel Pastor**
- **Javier De Luca**



Organizan:

- Departamento de Derecho Penal y Criminología
- Grupo Nacional Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal



Más información: Departamento de Derecho Penal y Criminología
Horario de atención: lunes a viernes de 8:30 a 20:30 hs.
Tel: (5411) 4809-5620 - E-mail: dpenal@derecho.uba.ar

Formas y estándares de imputación penal por complicidad individual en crímenes internacionales. Kai Ambos¹.

1. Presentación del Profesor Javier A. De Luca

Buenas tardes a todos, vamos a empezar con la actividad, organizada conjuntamente por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuyo director, el Dr. Daniel Pastor, nos acompaña en la mesa, y el Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Para nosotros es un honor como profesores de esta facultad y miembros del grupo argentino de la AIDP el contar con la presencia de Kai Ambos, profesor y estudioso investigador de temas que para nosotros son muy cercanos, muy importantes, y a quien todos lo conocemos. Aprovechando que venía a Buenos Aires a realizar otras actividades “nos lo tomamos prestado” para usar un poco de su tiempo y generosidad y que nos diera sus opiniones, que nos diera su interpretación y su posición respecto de los estándares y formas de imputación penal por complicidad individual en crímenes internacionales.

El tema está íntimamente relacionado con el que desarrollaremos del 20 al 23 de marzo de 2017 en esta facultad, ya que en esa ocasión el Grupo Argentino de la AIDP organizará uno de los Coloquios Preparatorios de AIDP, cuyas conclusiones serán vertidas en el Congreso Mundial sobre el tema de la responsabilidad de individuos y miembros de las corporaciones en crímenes internacionales, no tanto desde el punto de vista de la autoría, sino desde las distintas formas de cooperación, ayuda, instigación, incitación, aporte, promoción, etc., a esos crímenes.

También contamos hoy con la presencia del presidente internacional de los jóvenes penalistas de AIDP, el Dr. Roberto Carlés, que fuera elegido en el último Congreso mundial de derecho penal, y contamos con la presencia de muchos de profesores de la casa y de otras casas de estudio, de Mar del Plata, de Rosario, de Neuquén, estudiantes, docentes más jóvenes, magistrados y funcionarios. Estamos muy contentos. Dejo acá y le doy la palabra al Dr. Daniel Pastor que va a presentar al disertante.

2. Presentación del Profesor Daniel Pastor

Buenos noches, muchas gracias a todos por estar aquí, en este marco imponente que es un esfuerzo compartido entre la capacidad organizativa de Javier y lo popular que es nuestro disertante de esta noche. Yo conozco a Kai desde hace muchísimos años y me hizo el honor este año de que le hiciera unos comentarios a un trabajo crítico que escribió sobre el estado de la ciencia dogmático-penal alemana y un trabajo muy sugerente, tenía cosas que compartí y cosas que no, entonces terminé haciendo un prólogo elogioso y un epílogo crítico. Me voy a limitar ahora, este libro acaba de salir este año, a leer en la parte elogiosa lo que es para mí lo más importante de la trayectoria de Kai Ambos, que es a mi juicio el penalista alemán contemporáneo que más ha orientado su actividad fuera de las fronteras de su país. Luego de completar su formación académica en las prestigiosas universidades de Friburgo de Brisgovia

¹ El texto corresponde a la desgrabación original de la totalidad de la conferencia brindada por el Profesor Kai Ambos el 22 de septiembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y solo ha sido levemente revisada y complementada a fin de clarificar el contenido y la expresión en forma escrita. La conferencia fue grabada por Natalia Cena y la desgrabación estuvo a cargo de Matías Eidem (Facultad de Derecho, UBA). Las gestiones para la concreción de la disertación y la revisión del texto estuvo a cargo de María Laura Böhm (Facultad de Derecho de la UBA y DAAD). Los subtítulos han sido agregados de modo de ordenar la exposición que en su presentación oral contó con el apoyo visual de una proyección de powerpoint.



(Alemania), Oxford (Reino Unido), y Múnich (Alemania), el autor del libro, hoy nuestro disertante, se doctoró en la última universidad, en Múnich, con una tesis sobre el control del narcotráfico en Colombia, Perú y Bolivia. Durante más de 10 años se desempeñó como referente científico del Instituto Max Planck para el derecho penal internacional y extranjero de Friburgo, donde realizó investigaciones sobre el sistema penal internacional y sobre el derecho penal latinoamericano. Fruto de esa labor, presentó como trabajo de habilitación de nuevo en Múnich, una exposición sistemática y exhaustiva de la parte general del derecho penal internacional. La obra se tradujo a varios idiomas y se convirtió rápidamente en una lectura obligatoria para los investigadores de la disciplina. A partir de su incorporación como catedrático de la Universidad de Göttingen profundizó aún más la impronta internacional de su tarea académica. Al respecto, vale destacar su rol como director del Departamento de Derecho Penal y Extranjero del Instituto de Ciencias Criminales de esa casa de estudios, en la que ha formado una imponente biblioteca internacional y a la que acuden bajo su dirección, investigadores de todo el mundo. Su estrecha vinculación con Latinoamérica obedece principalmente a su encomiable trabajo en la dirección del *Grupo latinoamericano de estudios sobre derecho penal internacional* del Programa Estado de derecho de la fundación Konrad Adenauer. Ese protagonismo se ha intensificado con la reciente creación del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano, CEDPAL, una usina de investigación radicada en Alemania, que aspira a ser un foro de reunión e intercambio para numerosos juristas de Latinoamérica y Europa. Ha participado en la selección de becarios extranjeros del Servicio Alemán de Intercambio Académico y de la Fundación Alexander von Humboldt. Ha sido profesor visitante en numerosas universidades de Europa, Latinoamérica e Israel. En algunas de ellas, además, ha realizado estancias de investigación; entre otras, merece mencionarse su paso por la Universidad Hebrea de Jerusalén. Integra el Consejo Editorial de revistas científicas de países del *common law*, recientemente fue nombrado editor jefe de la prestigiosa revista internacional *Criminal Law Forum*, y del derecho penal alemán, español, italiano, portugués y latinoamericano. Recientemente ha publicado un tratado impresionante de tres tomos sobre derecho penal internacional con la prestigiosa editorial *Oxford University Press*. Ambos, naturalmente, es un jurista políglota, que diserta y discute con soltura no sólo en su lengua madre, sino también en inglés, castellano y portugués. Sus obras, traducidas a muchos idiomas, siempre reflejan su conocimiento sobre los trabajos de mayor actualidad y calidad para la mejor comprensión y discusión de sus temas, aunque no estén escritos en su lengua o publicados en su tierra. También se percibe su involucramiento en los debates sobre la actualidad penal que son desarrollados fuera de Alemania con otros métodos, sobre otros subtemas y en otros idiomas. Los invito a disfrutar mucho de la exposición de Kai de hoy.

3. Exposición del Profesor Kai Ambos

a. Saludo

Muchas gracias por la invitación a los profesores, especialmente a Daniel por las palabras de presentación.

En primer lugar quiero mencionar el CEDPAL. Es una organización que tiene varios integrantes argentinos, Daniel Pastor está en nuestro Consejo, Ezequiel Malarino es el director académico y María Laura Böhm también está en el Consejo. El CEDPAL hace varios eventos, seminarios, cursos, tenemos un curso en el que varios de ustedes participaron que es sobre derecho penal, procesal penal y justicia criminal en español y portugués; y voy a anunciar ahora que vamos a tener otro curso el próximo año, a finales de septiembre y primera semana de octubre. Vamos a iniciar muy pronto la difusión del curso y están todos invitados a postularse. Siempre seleccionamos más o menos a 80 personas para este tipo de cursos. El CEDPAL también hace seminarios, eventos y ayuda con traducciones; mañana tenemos la presentación de la traducción en la que varios colegas de aquí participaron, es la traducción del libro de Klaus Volk sobre proceso penal alemán que salió publicado por la editorial Hammurabi de Buenos Aires. Va a ser aquí mismo mañana, con el mismo Klaus Volk, quien como profesor activo se dedicó mucho a la defensa penal. Es muy interesante discutir con él temas prácticos del proceso penal, temas de derecho penal económico ya que él está involucrado en varios casos importantes en Alemania. Después también organizamos seminarios y actividades. Tuvimos, por ejemplo, el seminario sobre imputación justamente con colegas también de la UBA, de la Univ. de Córdoba –como Gabriel Pérez Barberá– y otros colegas –como Fernando Córdoba. Ese tipo de seminarios son trabajos de interacción y comunicación entre investigadores latinoamericanos y gente de Europa. Los colegas presentan unos *papers*, discutimos 45 minutos sobre los *papers* para mejorarlos y después hacemos una publicación. El tema de aquel seminario está un poco relacionado con el tema de esta noche. El tema de la imputación de crímenes a empresas. Hay varias cuestiones que clarificar al respecto.

b. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Evidentemente como bien saben, la responsabilidad de la empresa como tal, como colectivo es un tema polémico y Alemania es uno de los pocos países que rechaza -con Grecia en la Unión Europea- la posibilidad de una responsabilidad de la empresa misma por dos razones básicamente: conceptos de acción y culpabilidad. Esto es la vieja doctrina alemana que dice que las empresas no pueden actuar, que no son personas naturales, y tampoco pueden actuar culpablemente. Ambas afirmaciones dependen del concepto de acción, de culpa y de empresa. Si uno tiene el concepto de empresa que la asimila a una persona natural entonces se pueden superar los obstáculos de la dogmática tradicional. No es muy convincente porque la empresa, al final, es una ficción jurídica, una empresa es una persona legal que evidentemente está compuesta por personas, como también lo están los Estados. Eso sería realmente el paralelo entre Estados y empresas, pero son figuras jurídicas y no son personas naturales. El concepto de acción o el concepto de culpabilidad evidentemente también podrían ser reformulados y así uno podría llegar a una doctrina que permita la responsabilidad penal de las empresas. De hecho, como saben, en el mundo *common law* eso es reconocido y en la Unión Europea tenemos una Directiva que también prevé la responsabilidad penal de empresas. Si Alemania viola esa Directiva es discutible, no implementando la parte penal porque en el derecho europeo la obligación se limita en el *Greek Maize case*, la famosa decisión del Tribunal Europeo de la Unión Europea de Luxemburgo donde el Tribunal ha dicho para proteger los intereses de la unión que las medidas tienen que ser efectivas, disuasivas y proporcionales, en el sentido de una proporcionalidad negativa, o sea, una mínima sanción efectiva. En ese sentido, esa es la famosa *triance* del derecho europeo en cuanto a que en cada medida del derecho europeo que se implementa mediante medidas penales protegiendo intereses de la unión, ese es el criterio.



En Alemania tenemos un derecho contravencional muy fuerte, o sea, las empresas reciben multas muy altas, ya que de todos modos el derecho empresarial no puede imponer más que una multa (porque evidentemente no es posible enviar a la empresa a la cárcel). Si llamamos a esa multa pena o no es una cuestión meramente del nombre. Claro, tenemos muchas discusiones con los dogmáticos alemanes, muy por encima de la práctica; pero al final para la empresa es importante el monto de la multa y en Alemania es mucho más alto ese monto de las multas que en sistemas donde existe la responsabilidad penal de la empresa, por ejemplo en España y en los Estados Unidos, con carácter penal. Pero para la empresa lo importante es lo que *Jakobs* llama como *Strafschmerz*, el "dolor penal", eso es la multa, y una multa grande puede destruir una empresa. Ustedes tal vez saben del conflicto que hay ahora entre *Apple* y la Comisión Europea sobre la declaración de impuestos de *Apple* en Irlanda donde se habla de un pago de impuesto de *Apple* de millones de euros, que no es una multa pero para *Apple* el efecto es desastroso. Entonces, no importa a la empresa si le llamamos multa o le llamamos pena, para ellos el dinero vale, o sea si es mucho dinero es algo que duele. Entonces, si hablamos del dolor en derecho penal en función de la pena, la función comunicativa de la pena por ejemplo, como saben bien aquí en esta casa es la posición *Jakobs* y muchos otros también, *Andrew Von Hirsch* también, la pena debe tener un dolor. Tuvimos una charla con el profesor *Edgardo Donna* de esta casa en Göttingen sobre ese tema y él también tomó esa postura. La pena en español suena muy claro... hay un dolor. La pena entonces es dolor, y si eso es así, si seguimos esa posición, para la empresa, el dolor es el dinero.

La forma en que castigamos a la empresa es con una gran multa. En ese sentido, para mí el tema no es el de la responsabilidad penal de la empresa; yo defiendo la posición de que nosotros [en Alemania] estamos totalmente conforme con el derecho europeo, Grecia también, porque tenemos algo que es efectivo, disuasivo y proporcional en el sentido del caso del *Escándalo del Maíz*. De todos modos, yo creo que esta cuestión entonces es meramente teórica, que no tiene relevancia práctica porque al final la cuestión es si es una multa y cómo estamos controlando las violaciones de empresas, si realmente tenemos un sistema efectivo o no. Al final se pueden tener penas de cualquier índole pero si no hay gente que controle la conducta de la empresa eso queda en la ley sin ningún efecto. Entonces necesitamos organismos que en Alemania también son bastante efectivos, en la Unión Europea tenemos OLAF (*Office de lutte anti-fraude*), organismos que hacen valer la ley o la norma, la implementación, la idea de que la norma tiene que ser un hecho real. *Jakobs* tiene toda la razón y dice que la norma no tiene paz social real si no se hace efectiva la norma. En ese sentido, lo mismo vale para las multas para las empresas y de eso dependen otras cosas de nuestro sistema en cuanto a cómo controlamos empresas. Eso es para mí el punto importante. Eso sería todo el tema de la responsabilidad de la empresa como tal, que es una parte de la discusión. En derecho penal o en derecho administrativo responsabilizamos la empresa como tal. Evidentemente tenemos otras posibilidades de sanción, como la disolución de la empresa, o sea, cerramos la empresa. Son sanciones que son incluso más eficientes pero que no sé si son productivas. ¿Quién quiere cerrar *Mercedes Benz*? ¿Quién quiere cerrar *Apple*? No vamos a cerrar *Apple* porque la gente quiere el nuevo *iPhone*. Al final, nadie en la sociedad capitalista quiere cerrar esas empresas porque son empresas exitosas y compramos los productos, y estamos con la multa al final, eso es lo que podemos hacer.

c. Formas de imputación de personas naturales en el derecho internacional

Otra pregunta, evidentemente, es ¿las personas son la empresa? Y eso nos lleva al tema del powerpoint. Se refiere a cuáles son las formas de imputación de personas naturales en derecho penal internacional. Son formas que actualmente discutimos, y lo mismo valdría para los gerentes de empresas. Aquí está el tema de la persona natural: ¿a quién queremos realmente criminalizar si hablamos de responsabilidad de empresas? Sea Mercedes Benz, Petrobras, Siemens o Volkswagen, ¿Uds. pueden reclamar dinero de Volkswagen porque los engañaron con el tema de las emisiones? O sea, es una actividad criminal. Podríamos hablar de una empresa criminal; y la teoría de la empresa criminal tiene un valor intrínseco. Es una empresa, la Volkswagen, y se convierte en una empresa criminal si viola las reglas y engaña a los consumidores que compran un Volkswagen pensando que Volkswagen es el mejor auto porque no tiene prácticamente emisiones y, además, porque en la empresa son muy conscientes del medio ambiente. Sin embargo, al final todo es un engaño, porque ellos manipularon con una gran energía criminal; Audi y Porsche también están involucrados, como parte de la industria automovilística alemana. Esto entonces sería una forma de imputación, podríamos utilizar lo que hoy discutimos en la Sala con el caso ESMA² como empresa criminal. Tal vez el centro clandestino Auschwitz es más criminal que la Volkswagen, yo creo que eso es claro valorativamente hablando. Sin embargo, la idea de la empresa criminal es que es una acción concertada, colectiva, de varias personas que organizan y que pueden detener personas en un campo de concentración (ESMA, Auschwitz, Dachau), o que conforman una empresa legal, Volkswagen, que mañana se vuelve ilegal porque hace cosas que claramente consideramos violación de leyes, tal vez incluso violaciones de leyes penales. Aquí estamos hablando de investigación penal en *Volkswagen*. La fiscalía de mi distrito investiga -Volkswagen queda en Wolfsburg, Baja Sajonia- y los norteamericanos también investigan, es un tema penal, es responsabilidad penal. La diferencia es que nosotros investigamos contra personas naturales, los gerentes de Volkswagen, y ellos investigan contra la empresa. Entonces se habla de “empresa criminal conjunta” (“*joint criminal enterprise*”) como una teoría para aplicar a ese contexto aunque no fue pensada para algo así.

Ustedes saben los problemas de esa teoría. La base de la empresa criminal conjunta es el derecho inglés. Es la idea de un propósito y diseño común, de varias personas que participan tal vez en la creación de un centro clandestino o centro de detención como fue la jurisprudencia también del TPI-Y (Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia). Una empresa legal es una empresa, la palabra es *enterprise*. En la discusión inglesa fue siempre pensado como un accionar colectivo, como varias personas que actúan. El caso clásico de la segunda forma del *Joint Criminal Enterprise* es donde los crímenes son cometidos por miembros de las unidades militares o administrativos sobre la base de un plan común, son casos de campos de concentración. Esa sería la segunda forma. Pero nadie hoy día usa la idea de empresa criminal conjunta porque de una u otra manera no es más que una forma de responsabilidad colectiva. En Alemania últimamente la jurisprudencia retomó esta figura, pero sin mencionarla. Esto es lo interesante porque en Alemania no existe la idea de *Joint Criminal Enterprise* porque viene del derecho inglés. Sin embargo, nosotros hoy estamos investigando y buscando miembros de campos de concentración, el último caso fue de un

² La sigla refiere a la Escuela Mecánica de la Armada, ubicada en la ciudad de Buenos Aires, donde durante la última dictadura funcionó un centro clandestino de detención. La referencia a la “Sala” consiste en que en la misma mañana de la conferencia el profesor Kai Ambos asistió como público a una de las audiencias orales del juicio criminal que se sigue a varios responsables de la ESMA por su participación en diversos delitos atroces cometidos durante el llamado terrorismo de estado en la Argentina (1976-1983).



señor de 95 años. La jurisprudencia, siguiendo la posición de la fiscalía, condena la mera participación en la empresa que es el campo de concentración, sin demostración de contribuciones individuales. Antes fue muy discutido, en los años 1960 y 1970, con el primer gran caso de Auschwitz, pero después la posición ha sido más restrictiva porque se exigía la demostración de una contribución individual. Y esto se hacía difícil para la fiscalía, porque tenía que demostrar no solamente que el imputado estuvo en el campo de concentración sino también que participó en un hecho delictivo, como por ejemplo en la tortura o en mandar a una persona a la cámara de gas; o contribuciones mínimas o menos relevantes, como por ejemplo la famosa selección de las personas que llegaban con el tren y donde se seleccionaba a las personas que todavía podían trabajar a la par de los otros en el campo (mientras que los otros iban directamente a la cámara de gas porque ya no eran capaces). La separación de mujeres, niños y hombres, esta fue una selección con consecuencias bastante reales para la gente, pero no fue una directa participación, no fue un hecho concreto de asesinato o torturas u otros maltratos. Existen otros casos como el del guardián que tiene la función de observar estando en la puerta, o los casos relativos al mantenimiento de un campo, o sea, la limpieza, la persona que limpia; los casos de los alimentos, los famosos casos que tuvimos de empresas que mandaban alimentos. Otro muy nombrado fue el famoso *Zyklon B case*, por el veneno de la cámara de gas, cuya provisión ya no es un acto neutral. En otros actos, sin embargo, pueden ser neutrales –como el vender alimentos–, son actividades realmente menores como la limpieza, y donde hay argumentos en ambas direcciones. Uno podría decir que sin todas estas actividades estos campos de concentración no podrían existir (por ejemplo, si yo torturo a una persona y está todo lleno de sangre, alguien tiene que limpiar, y el próximo día van a seguir torturando, y la limpieza en ese sentido es *conditio sine qua non*), pero la persona que limpia evidentemente no tiene la misma energía criminal que quien tortura. Hay otros niveles, pero ¿podemos llegar a la responsabilidad de esas personas? Podríamos decir que ahí hay un límite, una línea roja donde debemos detenernos y cortar la línea de imputación. ¿Dónde cortamos esa línea? Hoy la jurisprudencia alemana, y yo lo he criticado en un artículo, básicamente emplea esto, la empresa criminal conjunta, porque así se responsabiliza el puro hecho de estar en el campo de concentración.

Otro tema que aquí es interesante es el cómo funciona la estructura. Va un poco más allá de la empresa legal, pero está relacionado: Si como militar en un sistema totalitario - Alemania Oriental es un buen ejemplo también- debo hacer el servicio de turno, si soy militar del ejército y me mandan al campo de concentración seis meses porque es parte de mi servicio y después estoy en la frontera (algo un poco inocente), después trabajo en otro trabajo menos grave. En ese caso yo no tengo opción, si es algo “de turno”, donde me toca en un momento porque soy miembro del ejército, y ahí me mandan y tengo que cumplir como todos con el servicio. Distinto es si tengo que postularme para ser un guardián o un miembro del campo de concentración y lo hago porque me ayuda en mi promoción en mi carrera militar. Esa sería una situación claramente diferenciada. Distinta. Si esa diferencia tiene consecuencias penales en términos de la responsabilidad es otra cuestión, porque seguramente este sujeto está en el campo no tanto por opción personal sino por prestar servicio militar, y solo recibirá una pena muy mínima si es que recibe pena, pero esos son todos aspectos que dependen mucho del caso concreto y debe estudiarse *case by case*. No

podemos comparar Auschwitz con ESMA por varias razones que podemos discutir, básicamente porque todo depende muchísimo de la estructura criminal que enfrentamos.

d. Responsabilidad organizacional y responsabilidad individual

Esto evidentemente no ayuda mucho si hablamos de la individualización de la responsabilidad de, por ejemplo, un gerente de una empresa y si queremos identificar, averiguar bien, saber cuál fue la contribución concreta de esa persona a un cierto crimen. ¿Se trataría del crimen de participación en la dictadura? Esta es una preocupación en Argentina o en Brasil con respecto a los delitos de empresas. ¿O se trataría de un crimen propio de la empresa, como lo es un crimen ambiental? Tenemos que diferenciar. Una cosa es que Mercedes Benz haya cooperado con la dictadura militar denunciando personas o dejando entrar militares a la empresa, y otra cosa es la empresa que comete directamente un crimen, por ejemplo, desechando líquidos tóxicos en el río y así cometiendo un delito penal. ¿Cómo podemos diferenciar las situaciones? La primera pregunta es ¿a quién podemos responsabilizar? ¿Vamos contra el empleado de la empresa que abre la compuerta y fluye así todo el desecho tóxico al río Rhein? El trabajador tal vez lo hace bajo órdenes de la estructura jerárquica de la empresa, o sin saber sobre las consecuencias. ¿O solamente juzgamos la responsabilidad de los gerentes de la empresa? Lo mismo cabe preguntarse para el caso del involucramiento con “sistemas de injusto” o “sistemas de no-derecho” (*Unrechtssystem*), es decir, sobre la empresa que está involucrada con ellos. De todos modos, para todas estas formas no sirve mucho la idea de la empresa criminal conjunta.

Creo que la gran diferencia que tenemos que hacer aquí es en las formas, que llamamos en alemán *Organisationsverantwortlichkeit*, la responsabilidad organizativa u organizacional que tenemos en nuestro derecho con la asociación criminal. En todos los códigos penales tenemos la asociación criminal, y en algunos tenemos la asociación terrorista. En estos casos castigamos la mera pertenencia a la organización: si yo hoy soy miembro del *ISIS*, soy culpable. No preciso hacer más. Eso siempre fue así, en Alemania siempre fue esto un delito penal y en Argentina imagino que también, como en todos los códigos. La responsabilidad organizacional a través de figuras como la empresa criminal conjunta que también es una forma de responsabilización organizacional, individualización que siempre nos parece más correcta en el Estado de Derecho en que juzgamos la contribución individual de la persona, para lo que tenemos las formas clásicas de autoría y participación.

Aquí ustedes pueden ver (en el esquema que presento en la *powerpoint*) la autoría mediata por dominio de la organización –*Organisationsherrschaft*– en el esquema de las formas de responsabilidad que están previstas en el artículo 25 del Estatuto de Roma. Eso sería más o menos el modelo diferenciado funcional, en el cual tenemos las formas de responsabilidad individual –*perpetration*– autoría mediata, coautoría y las formas de participación, –como el modelo el español– la participación necesaria. Es bastante redundante pero creo que tenemos cinco formas básicamente de autoría y participación. Lo importante de esas formas es que son formas de individualización y claramente están más de acuerdo con nuestra idea de culpabilidad (que también me parece que es muy alemana, francesa y de derecho romano) porque, en cambio, en el sistema angloamericano ustedes siempre van a encontrar existencia de culpabilidad, pero no existe el concepto de culpabilidad como nosotros lo entendemos (casi como una vaca sagrada); todo eso se resuelve en el sistema angloamericano con el *fairness*. Solamente como aclaración, quiero mencionar que aquí hay mucha influencia alemana, pero Alemania no es el mundo, está lejos de ser el mundo, y tampoco el *civil law* es el mundo, eso es solo una parte. En realidad, el *commonwealth* es mucho mayor, y en el *commonwealth* el argumento de culpabilidad (*culpability*) requiere una



fundamentación mayor a la que exige nuestra culpabilidad. Esto es lo mismo si yo digo que no es *fear*, no es justo, imputar o realmente no imputar, sino hacer responsable a una persona por su mera pertenencia a una organización o siendo un miembro de un Centro Clandestino: es evidente que la contribución igual es un injusto mayor, es bastante lógico. Si yo puedo demostrar que una persona participó en un crimen de tortura o de cualquier crimen con un acto individual, aunque fuera solamente un acto de complicidad pero con un acto realizado y concreto, o sea, una participación concreta, yo creo que es de sentido común que consideremos que esto es un injusto mayor que la mera pertenencia.

i. La “mera pertenencia”

El problema de la mera pertenencia es la definición del objeto de referencia y, como bien saben, podemos discutir mucho qué es, por ejemplo, una asociación terrorista. Les puedo contar muchas discusiones que tenemos actualmente en Alemania, por ejemplo, porque estamos investigando y juzgando personas que vuelven de Siria bajo nuestro parágrafo 129a del Código Penal que es asociación terrorista, pero la gran pregunta es: ¿Está esta persona vinculada a una asociación u organización terrorista? O sea ¿Quiénes son las organizaciones terroristas? Tal vez saben de la gran discusión contra nuestros colegas turcos en Alemania sobre la *PKK* [*Partiya Karkerên Kurdistan*], que para muchos defensores con *background* en Kurdistán, en Alemania no es una asociación terrorista. En la opinión dominante, sin embargo, sí es una asociación terrorista, y el hecho de pertenecer a la *PKK* es un hecho criminal. Si seguimos la posición de Asad de Siria, el hecho de pertenecer a cualquier grupo de resistencia en Siria es un hecho terrorista, es un grupo terrorista y por eso cualquiera es un terrorista. Esa es la definición suya. Todos los grupos para él son terroristas. Pero sabemos que hay diferentes grupos, que hay grupos islamistas financiando el Estado Islámico, hay grupos que financiamos nosotros, Estados Unidos, Alemania e Inglaterra, que son para nosotros grupos que defienden la democracia, pero estos casos llegan a nuestros tribunales, es una realidad ajena para Argentina y para América Latina. Estos son nuestros casos, porque esta gente, alemanes -ochocientos más o menos- que van a Siria y luchan en alguno de estos grupos, vuelven después a Alemania y hay un proceso penal, y ese justamente es el problema: nuevamente la fiscalía no puede demostrar contribuciones criminales de estas personas. No tenemos pruebas de que ellos participaron en un atentado terrorista, en un acto criminal, sino que lo único que tenemos es que ellos fueron miembros de *Al-Nusra Front*, el frente *Al Nusra*, y así entonces la única pregunta que interesa es si ese frente es un grupo terrorista, y esto depende de la definición. Es contradictorio si un Estado apoya a grupos de resistencia y al mismo tiempo persigue a los miembros de esos grupos. Hay aquí una disonancia entre la política exterior de ese Estado y la política criminal.

Entonces ese es el problema de la responsabilidad organizacional frente a la responsabilidad individual, y esas son las formas de responsabilidad individual que ofrece el derecho penal internacional, y que son básicamente derivados del derecho nacional.

ii. La autoría mediata

Y una forma, tal vez la más importante hoy en día, es la forma de la autoría mediata, pero no tanto en su forma original del autor mediato que actúa mediante el instrumento. Vale aclarar aquí que ya la palabra instrumento es algo bastante valorativo porque eso quiere decir

que si es un instrumento no es una persona autónoma, es un *Werkzeug*, un instrumento y esto quiere decir en ningún caso de la Argentina podríamos tener autoría mediata, porque el autor sí actúa autónomamente, bajo órdenes tal vez, pero actúa autónomamente y no fue un instrumento en el sentido de esta teoría. La clásica teoría de la autoría mediata funciona tal vez y es realmente muy interesante, pero es mucha *Lehrbuchkriminalität*, mucha “criminalidad de manual” dentro del espacio protegido de realidad del aula, y ese espacio no es la realidad. La realidad está afuera mientras que el profesor inventa casos. Los casos del famoso libro de Roxin –que es un gran libro– son los casos, por ejemplo, del dominio del instrumento que no tiene dolo especial, o sea, que no tiene intención. Pero, ¿cuándo pasa esto? En todos los casos que enseñamos a los estudiantes, como el de la enfermera que no sabe que la inyección es venenosa y sólo el que la ordena lo sabe, o el de la sopa de hongos venenosos, todos estos casos no están en la realidad. Nunca en mi vida me encontré con estos casos, son esos casos inventados para fundamentar una teoría, pero creo que muchos fiscales o jueces viven toda su vida sin ver esos casos, cincuenta años en el poder judicial y nunca han tenido un caso así. Entonces, ¿para qué inventamos estas teorías?

De todos modos, la forma especial de la autoría mediata de alguna manera aquí ha tenido una recuperación a partir de la temática de la macrocriminalidad, y realmente también podría servir para la criminalidad empresarial. En todos estos escenarios estamos trabajando con autores autónomos responsables. La gente no es idiota, no actúa sin dolo, no actúa como en una bolsa de gatos o con un error invencible, esos son inventos; eso fue un solo caso de la Corte Suprema en 50 años, y toda la doctrina hace caso, y esto es traducido al español, pero ¿cuántos casos son? Son excepcionales. En casos normales alguien comete un crimen y hay otras personas detrás. Y allí la cuestión es entonces ver si trabajamos con el concepto de la instigación que muchos defienden –creo que en Argentina muchos lo hacen y en Alemania Jakobs por ejemplo, y muchos otros–; o si en estos casos consideramos que por el carácter del injusto y también fenomenológicamente es mejor usar la teoría del autor, porque el injusto que esta persona comete es uno de autor. Sin embargo, esto es muy cuestionable porque en la instigación como está prevista en Alemania, por ejemplo, autoría e instigación tienen la misma pena. Entonces desde el punto de vista práctico si el artículo 26 del Código Penal alemán dispone que se castiga al instigador como al autor uno se pregunta: ¿por qué hacen este lío así entre instigación y autoría mediata si en términos prácticos no tiene mucho sentido? Para los ingleses tampoco tiene sentido porque –como Uds. saben– tienen un sistema unitario y para ellos únicamente es relevante la contribución causal para el resultado; y sólo al final en la parte de *sentencing* tenemos que prestar atención a si merece más pena éste que el otro sujeto. Estos son aspectos puramente valorativos que ellos también consideran pero para eso tienen *sentencing guidelines*, o sea que su sistema retoma estas valoraciones que nosotros ya consideramos al nivel de la imputación.

De todos modos, es también interesante analizar este éxito de esa teoría de Roxin de la *Organisationsherrschaft*. En el pequeño libro que hicimos con Daniel, ahí cito a Roxin como el único alemán casi que se ha conocido fuera de Alemania. Es que, como saben, los alemanes no escriben en inglés, y son traducidos al español, portugués, italiano o francés, o la gente lee en alemán, pero en el *common law* no son conocidos si no se publica en inglés. Roxin es conocido por la CPI, porque su teoría del dominio del hecho, *control over the act*, fue tomada en el famoso caso *Lubanga*. Hubo varias coincidencias realmente en el caso y es también la historia un poco casual, porque si no hubiera habido una jueza brasilera con un asistente español tal vez no estaríamos hoy ante la idea de que los alemanes invadieron La Haya con su dogmática alemana, quiero decir, desde *Lubanga*. Porque con *Lubanga* se impuso esa teoría y en las sucesivas decisiones se retomó la idea del dominio del hecho. El dominio del hecho es realmente reconocido hoy en la CPI. ¿Es convincente la teoría? Claro,



aquí podríamos discutir mucho. Uds. saben muy bien que Roxin rechaza la aplicación de la teoría de la Corte Suprema Alemana en el famoso caso de los disparos al muro.

Sobre el traslado que hace la Corte hacia la empresa: Roxin recientemente escribió en un artículo que está todavía muy vigente, algo que siempre lo repite: Él nunca estuvo a favor de la extensión de su teoría para las empresas. Eso es un punto importante para la diferencia entre la empresa criminal como tal – desvinculada del orden legal, esa famosa “*rechtsgelöste*” que para Roxin es el tema central, y que tampoco me convence. Pero eso es un tema aparte. La idea es que se trata de una empresa criminal como tal, evidentemente el estado criminal argentino o alemán eran casos donde funcionaba la *Organisationsherrschaft*, pero no en una empresa legal, porque según la teoría de Roxin necesitamos una estructura organizada jerárquicamente y un aparato organizado de poder. ¿Podemos realmente hablar de la Siemens, de la BMW, de Mercedes Benz como estructuras de poder? ¿De la Volkswagen? Tal vez es un poco errado decir eso. La Volkswagen tiene un gran problema y es que es una empresa familiar, y es demasiado familiar para el mundo global, pero no es tan jerárquica en el sentido de un régimen militar o de una estructura militar autoritaria, hasta como un grupo miliciano. Es muy interesante, porque en la CPI se ha aplicado la teoría a grupos milicianos en Congo. No sé si Roxin pensaba eso, Roxin nunca dijo nada sobre eso, sobre si él piensa que eso es correcto, porque Roxin –esta fue la gran crítica de un colega americano Mark Osiel– pensaba en la estructura Weberiana-Prusiana, o sea, organización. Lo que saben los alemanes es organizar, ¿verdad? Si tú hablas del ejército pruso, por ejemplo, no puedes compararlo con uno miliciano. Tal vez con las FARC de Colombia pero no con uno miliciano que es muy irregular y donde la gente cambia de grupo de acuerdo a quién paga más, y pueden tenerse como 10 grupos paralelos. ¿En los casos africanos existe realmente una estructura organizada jerárquica, un aparato organizado de poder en el sentido de la teoría de Roxin? Esto es cuestionable. Ustedes saben que Roxin empezó a hablar de su teoría con el caso *Eichmann*, o sea el caso alemán, el caso clásico alemán; el caso de organización del Estado es ese, es una organización absolutamente única. Hasta cuando se menciona en la conferencia de Wannsee de la solución final: se deja todo listo para los fiscales que después tienen la prueba prácticamente preparada. Como los alemanes son tan formales ponen la orden por escrito y después el fiscal o el policía investigador están muy felices porque tienen esa prueba. Pero esa formalidad no existe en las estructuras informales de violencia que vemos en los conflictos entre grupos no organizados, grupos no estatales en África. Entonces la pregunta es ¿hasta qué punto podemos aplicar la teoría de Roxin? Y para la empresa vale la misma reflexión. También es muy difícil realmente llevar esta teoría hasta la empresa. De nuevo reitero que es muy importante reconocer que solamente si uno entiende o lee alemán puede saber que hay mucha crítica contra la teoría de Roxin. En Alemania mucho más que afuera. Sin embargo, existe muchas veces la percepción de que en Alemania estamos todos a favor de la teoría del dominio del hecho. Yo estoy bastante a favor, pero hay mucha gente en contra, y hay gente como Thomas Rotsch que defienden el *Einheitstätersystem*, el sistema unitario, funcional. Evidentemente hay gran oposición, porque como otro colega, Uwe Murmann de Göttingen, se pregunta: ¿cómo podemos superar el déficit de autonomía del hombre de atrás en casos de sujetos autónomos que cometen crímenes? ¿Cómo puedo yo justificar que el que da la orden, como por ejemplo en el caso peruano del famoso grupo Colina, si Fujimori o Montesinos no están presentes, pero sí dieron órdenes o sabían que ellos

cometían crímenes para aniquilar a la oposición, ¿cómo podemos justificar que ellos dominan a autores que son especialistas, que son expertos y que son personas entrenadas y grupos de choque de elite? Nosotros no podemos matar a una persona, somos incapaces, pero esta gente sí sabe, entonces ¿cómo podemos hablar del dominio de la persona de atrás, tal vez del burócrata en la oficina que no sabe nada, que solamente sabe hacer leyes o sabe dar órdenes, pero no él mismo tomar parte de la acción. Tal vez el general o el militar que también fue soldado en su momento, hace 20 años cuando formó parte activa de las fuerzas sí puede, pero no esos otros civiles. Entonces ahí se presenta el tema de cómo definimos ese dominio. Al final, uno podría tener un concepto normativo de dominio, pero eso es muy problemático y yo creo que sería muy escéptico del dominio de organización en estos casos y también para casos de empresas.

iii. Autoría, participación, y responsabilidad del superior

Al final creo que quedan los casos normales menos polémicos de autoría y participación. Autor directo es claramente si un gerente o un colectivo de gerentes toma la decisión, como en los famosos casos que tuvimos de productos nocivos, como el *Lederspray Fall* (el caso del rociador de cueros) y todo estos casos. También Klaus Volk escribió cosas importantes sobre la causalidad en esos casos. Es más una cuestión de imputación entre ellos que de imputación como autoría. Hay un libro de Friedrich Dencker sobre ese tema, en que trata de la cuestión de cómo puede imputarse entre ellos si es por ejemplo un gremio de cinco personas y se necesita una dirección mayoritaria pero uno está en contra. Es decir, quienes votaron en contra no pueden ser responsables de los resultados delictivos, pero ¿cómo es con la abstención de votos? ¿O aquí también consideramos que si uno participa en el gremio, el mismo hecho de la participación ya fundamenta su criminalización? Aquí estamos más bien frente a las formas tradicionales de autoría o instigación si un gerente instiga al trabajador a cometer un crimen, o tal vez es realmente una cuestión de omisión que más recuerda a la responsabilidad del superior, que sería el tercer modelo del *Command responsibility*.

En el caso de *command responsibility* la idea básica es bastante compleja porque la primera pregunta es ¿qué estamos castigando o criminalizando en este caso? En los casos de responsabilidad del superior, *command responsibility*, los subordinados cometen crímenes y el superior se hace responsable por los crímenes de los subordinados, pero ¿cómo es la construcción y cómo es la concepción? ¿Por qué hacemos responsable al superior? ¿Para qué lo hacemos responsable? En primer lugar para tener responsabilidad por omisión necesitamos algo más que una mera conducta, necesitamos una posición de garante. Esa posición de garante en *command responsibility* se deriva del derecho positivo, del derecho humanitario internacional y, en general, de la idea de que si yo soy jefe de un grupo soy responsable por ese grupo de personas y debo responder a las acusaciones contra esas personas. Pero, ¿para qué me hacen responsable de los crímenes de los subordinados? ¿Se computan estos crímenes? ¿O me hacen responsable por mi falta de intervención, o por mi falta de supervisión adecuada? Es una gran discusión, porque el primer caso en la CPI es el caso de *Bemba* que está en apelación ahora, y es uno de los últimos casos. A *Bemba* primero se lo imputó como coautor y después se cambió a *command responsibility* como una responsabilidad residual. En el caso de *Bemba* el gran problema es que *Bemba* en un momento fue candidato para ser presidente en la *Central African Republic*, y él intervino con un grupo armado que tenía controlada la República Democrática de Congo en favor del presidente de ese entonces, a solicitud de ese presidente, pero él quedó en la República Central Africana y sus obras ayudaron a ese presidente en Congo. Tengan en cuenta que son países inmensos. Ustedes entienden más de esto que los europeos, porque los europeos siempre piensan que somos grandes, pero somos muy chiquitos [*risas*]. Para los europeos las grandes distancias son algo imposible de pensar. Las distancias en África son enormes.



Entonces, ¿cómo puede *Bemba* ser responsable por los crímenes de los subordinados si cometieron crímenes, en primer lugar, por omisión? ¿Podemos hacerlo responsable por estos crímenes? ¿O por la falta de supervisión? ¿Qué demandamos o exigimos de una persona que está a miles de kilómetros, lejos de la actuación de sus tropas? ¿Qué exigencia razonable podemos formular en los términos del control de esas tropas? Es bastante complejo. Yo me inclino hacia la idea de una responsabilidad por falta de supervisión adecuada sobre los crímenes de las tropas. Los crímenes en ese sentido son casi una condición objetiva de responsabilidad. Evidentemente aquí hay un problema con respecto al elemento subjetivo, es decir, ¿a qué se refiere ese elemento subjetivo “conocimiento de los crímenes”? Eso dice por ejemplo el artículo 28 del Estatuto de Roma. Hay un tipo de exigencia frente a esos crímenes: debía haber sabido, pero no sabía, *willful blindness*, o sea, “ceguera deliberada”. Es la idea de que “no quiero saber de los crímenes”. Hay entonces en la misma formulación de la figura un nexo entre el conocimiento –el elemento cognitivo de los crímenes–, pero por otro lado, lo que realmente se imputa o se reprocha, es que el superior tendría que controlar a sus tropas, tiene esa responsabilidad de controlar a las tropas y si no cumple con esa responsabilidad es responsable de los crímenes por falta de supervisión adecuada.

Esto lo podríamos aplicar a la idea de criminalidad empresarial. Ustedes conocen esa teoría de la responsabilidad delegada en el derecho de omisión: Si delego responsabilidades no puedo por ese motivo quitarme la responsabilidad - si yo soy el responsable último. Yo delego, yo tengo *Delegationsverantwortlichkeit*, esto es, una responsabilidad de delegar bien. No puedo desligarme si delego mal; el hacerlo mal no me quita la responsabilidad. Es decir, no puedo delegar mi responsabilidad para quedar impune. Yo soy el responsable y debo asegurarme de que la gente que asume la responsabilidad como consecuencia de mi delegación es también seria y responsable. En ese sentido debe entenderse la idea de que toda responsabilidad queda en el gerente de la empresa, o en el colectivo si tenemos un *board* o un comité gerencial. Esa es la responsabilidad y ellos no pueden decir, si están en Suiza y pasan cosas en Brasil con algunos medicamentos, no pueden decir: “Bueno, eso es demasiado lejos, nosotros estamos en Suiza haciendo la producción, no podemos controlar lo que pasa en Brasil.” Yo creo que aquí siempre existe una cadena de responsabilidad hasta los responsables que se encuentran al más alto nivel y en ese nivel final la responsabilidad es a través de una omisión; debe de haber algo como una falta de supervisión.

Creo que por hoy dejamos así. Muchas gracias.

[Aplausos]