

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL CRIMEN INTERNACIONAL

Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos
Capitán Auditor

SUMARIO

I. Introducción II. Una aproximación al concepto: A) Crimen internacional: delimitación. B) Organización criminal: modelo adoptado. a) Papel de la persona jurídica en el sistema. b) Clasificación de entes colectivos. c) Propuesta de definición. d) Organización criminal y empresa económica. E) Organización criminal y coautoría. III. Cuestiones dogmáticas: el principio «Societas delinquere non potest» en el Derecho Penal Internacional. IV. Evolución histórica. A) Procesos de Nuremberg. a) Estatuto. b) Acta de acusación. a') Partido Nacional socialista b') Gestapo y SD. c') Las SS. d') Las SA. e') El gobierno del Reich. f') Estado Mayor y Alto Mando de la Wehmacht. c) Recapitulación. d) Posicionamientos. B) Tribunal Internacional para los Crímenes cometidos en la Ex-Yugoslavia. C) La Corte Penal Internacional. a) El comité preparatorio. b) El estatuto. D). Otros instrumentos internacionales no judiciales. a) Ámbito general. b) Ámbito regional europeo. V. Responsabilidad criminal del Estado. A) Introducción. B) Crítica y estado de la cuestión. C). El estado criminal. VI. Autoría mediata y persona jurídica en el marco de los aparatos organizados de poder. A) Responsabilidad en el seno del aparato organizado de poder. B) Ámbito de aplicación. C) Proyección de la construcción doctrinal a las personas jurídicas. a) Autoría mediata e injusto colectivo. b) Autoría mediata y capacidad de acción de las personas jurídicas. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Inspirada en la idea de que la organización es algo más que la suma de sus partes, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es una materia particularmente polémica, debatida con especial virulencia en los

últimos años y que se acentúa a resultas de las innovaciones legislativas por las que se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un número cada vez mayor de Países. Esta responsabilidad tiene no obstante sus análisis mas avanzados y desarrollados en el marco de los delitos económicos cometidos por empresas toda vez que son en estas donde se plantean mayores dificultades en la esfera de la responsabilidad penal individual debido a la creciente división de trabajo que conduce frecuentemente a una difuminación de dicha responsabilidad (1).

No obstante el problema de la división del trabajo se proyecta no solo en el ámbito de la delincuencia económica sino también y en igual medida en el seno de otros entes colectivos donde la intervención de organizaciones incluso aparatos estatales, desgraciados protagonistas de los mayores crímenes internacionales cometidos en la extinta última centuria (2) han puesto de manifiesto dicha circunstancia.

Dicho esto, nos proponemos con este trabajo la tarea de dar una visión general de las consideraciones que merece la interacción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en un concreto e interesante campo del Derecho Penal Internacional como es el relativo a los crímenes contra la humanidad y el genocidio, delito éste último, que proviene de la formulación de los crímenes contra la humanidad, los cuales a su vez tal y como se desarrolla en los procesos subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial, es en realidad, una extensión del *ius in bello* (3). Para ello se tratará la materia desde un punto de vista histórico; se analizarán las posiciones que aún contradictorias, se dicen rectoras sobre el particular, recurriendo a las diferentes líneas doctrinales y jurisprudenciales que en Derecho Penal Internacional y que con carácter general se posicionan, ya reconociendo ya discutiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las organizaciones (4), y sin olvidar las dificultades inherentes a la discutida responsabilidad penal del ente colectivo, a las que habrá que sumar los

(1) En tal sentido y como veremos mas adelante, CAROLINA BOLEA BARDÓN en la esfera de la criminalidad de la empresa, ha señalado que la figura de la autoría mediata puede resultar útil en casos de ejecución parcial o fraccionada del hecho, en los cuales los distintos ejecutores ni siquiera son conscientes de la parte que realizan los demás. CAROLINA BOLEA BARDÓN *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 398.

(2) Bajo dicha terminología se vienen considerando incluidos el crimen de agresión, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el delito de genocidio.

(3) ALICIA GIL GIL, «*derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*», Tecnos, Madrid, 1999, ps. 106 y ss.

(4) La doctrina mayoritaria rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, J. CEREZO MIR, «*Curso de Derecho penal español*» Parte General, Tomo II, (Teoría jurídica del delito/1), Tecnos, Madrid 2002, ps. 65 y ss.

obstáculos implícitos en el derecho supranacional impositivos en muchos casos de consolidar bases dogmáticas fiables, examinaremos el papel que los aparatos Estatales juegan en este sector del Derecho Internacional en cuanto posibles sujetos responsables de los crímenes de que se trata.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

La sistemática de nuestro trabajo aconseja comenzar definiendo y delimitando las ideas de «crimen internacional» y de «persona jurídica».

A) CRIMEN INTERNACIONAL: DELIMITACIÓN

En cuanto al crimen internacional (5), el artículo 1.º del Estatuto de la Corte Penal Internacional permite abordar un primer concepto genérico y aproximado de crimen internacional, considerando como tal, *los crímenes más graves de trascendencia internacional*. Este concepto incluiría el genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra y el crimen de agresión (6).

Por otro lado y acotando el concepto a los crímenes de lesa humanidad, ALICIA GIL, con apoyo en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional define acertadamente los crímenes contra la humanidad como los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto* (7).

(5) El término «Internacional» exige distinguir el delito transnacional del delito protótipicamente internacional. En efecto, para ser internacional, un delito requiere tener un elemento transnacional y/o internacional. Ejemplo de delito transnacional es el cometido en un país que produce sus efectos dañosos en otro, como la falsificación de moneda extranjera o la concertación entre un Banco transnacional con sede en un país y una persona privada residente en otro país para cometer una maniobra financiera ilícita. El elemento internacional aparece cuando la conducta delictiva afecta los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial (por ejemplo guerra de agresión) o viola bienes jurídicos reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional, como la vida, la integridad física, el derecho a la no discriminación, etc. (crímenes contra la humanidad, genocidio, apartheid, tortura, etc.). En este trabajo nos atendremos exclusivamente al delito internacional configurado bajo esta última consideración.

(6) Enumeración que queda recogida en el apartado primero del artículo 5 del estatuto de la Corte.

(7) ALICIA GIL GIL, «*derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*», cit., p. 151.

B) ORGANIZACIÓN CRIMINAL: MODELO ADOPTADO

a) Papel de la persona jurídica en el sistema

DÍEZ PICAZO define a las personas jurídicas como «las realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos (8)».

Siguiendo esta definición, es el Estado el que atribuye personalidad jurídica al ente colectivo. Sin embargo el crimen internacional es una figura básicamente supraestatal y la definición de persona jurídica válida para nuestro ordenamiento jurídico puede variar en otros países. Si tenemos en cuenta que hasta la fecha las instancias internacionales no han elaborado un concepto de persona jurídica (9) que pueda operar en el marco internacional, nos veremos obligados a reconducir nuestro estudio utilizando como parámetro en una primera instancia, el concepto de persona jurídica recogido en nuestro sistema jurídico, si bien y ante la dificultad de dilucidar en cada caso si el correspondiente Estado reconoció o no al ente la correspondiente personalidad jurídica, consideraremos como tal a cualquier ente colectivo que reúna los principales elementos característicos de la persona jurídica tal y como se construye en nuestro ordenamiento Jurídico atendiendo en especial al hecho de que se erija en algo diferente de la mera suma de sus miembros y restando importancia a que se haya verificado o no el reconocimiento de su personalidad por el Estado en cada caso.

En principio, las personas jurídicas incluyen Estados, organizaciones, sociedades y otras asociaciones organizadas, si bien es de particular interés revelador, el hecho de que durante las negociaciones que dieron lugar a la redacción final del estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, al cual le dedicaremos especial atención, nunca comprendieron asuntos referentes a procesamiento de Estados, dado que ello plantea cuestiones muy controvertidas de índole política, jurídica y práctica. En cambio, Francia (10), habló en favor de incluir el procesamiento de sociedades, organizaciones y asociaciones privadas, como suplemento a la responsabilidad penal de personas naturales. La iniciativa se fundamentaba en que

(8) DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, «*Sistema de derecho civil*» Tomo I 1990, p.634.

(9) Aunque si se han aportado en alguna ocasión definiciones de «organización delictiva».

(10) Y junto a Francia también hay que citar a Islas Salomón como Estado coautor de la propuesta.

ello aumentaría las posibilidades de decomiso de bienes e indemnizaciones en favor de las víctimas.

Siguiendo a GERHARD, la forma jurídica que ha de revestir las organizaciones de que se trata, es decir si ha de tener necesariamente personalidad jurídica o no, dependerá de los criterios decididos por los propios Tribunales en cada caso bajo los que considerará que una organización es jurídicamente algo más que sus miembros (11).

En este sentido, en los documentos de trabajo que sirvieron a la discusión en torno a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en el estatuto de Roma, se decía: «A los efectos del presente estatuto, se entiende por «persona jurídica» una sociedad cuyos fines concretos, reales o dominantes consistan en obtener un provecho o beneficio privado, y no un Estado u organismo público que ejerza autoridad estatal, ni un órgano internacional público o una organización registrada como organización sin fines lucrativos con arreglo a la legislación nacional de un Estado y que actúe conforme a dicha legislación».

b) Clasificación de entes colectivos

Atendiendo a un criterio finalista podemos proponer una clasificación útil para nuestro objeto de organización, a saber:

1.º Organizaciones que se dedican por propia configuración ya desde su creación y de forma permanente a fines criminales. Estas organizaciones encajarían con el término «organización criminal» en el sentido tradicionalmente utilizado. Ejemplos clásicos serían las que se dedican a cometer delitos tales como el tráfico de drogas, las de carácter mafioso y las terroristas. Rara vez aparecen provistos de personalidad jurídica salvo las entidades que son utilizadas para cometer los delitos (12). ALES-

(11) GERHARD DANNECKER, *reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista penal n.º 7, año 2001, p. 50. Recomienda en este sentido, considerar «como destinatarios y sujetos de imputación, en aras a la seguridad jurídica, sólo los colectivos jurídicamente autónomos que constituyen una persona jurídica o al menos muestran una forma de organización cercana a ser una persona jurídica (...) Por eso, un sistema debe ser únicamente destinatario de normas y sanciones cuando adopta una forma institucional.»

(12) Este tipo de organización se corresponde con la definición aportada por el Artículo 1.º de la Acción común 98/733/JAI, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea por el que «se entiende por «organización delictiva» una asociación estruc-

SANDRI (13), argumenta que de empresa ilícita se puede hablar en dos casos, en sentido sustancial, cuando la actividad en su integridad –y no sólo un acto de naturaleza esporádica– tiene objeto ilícito, o en sentido formal, en aquellos casos en que lo ilícito es la forma en la que se desenvuelve la actividad –que en si misma puede ser lícita–.

2.º Organizaciones que son inicialmente creadas incluso desarrollarán su actividad durante cierto tiempo ajena a todo fenómeno criminal pero que de forma circunstancial serán utilizadas e incluso reconfiguradas para cometer delitos. Estas son las organizaciones que se corresponderían con los aparatos de poder organizados: policías, agencias de seguridad, espionaje o inteligencia, unidades militares etc... Estarán solapadas al aparato estatal e incluso se hablará de Estado criminal. Su personalidad jurídica vendrá dada de la mano de la atribución de la misma al Estado y a los órganos que forman parte de él. Bajo esta categoría se recogen las organizaciones que interesarán a este trabajo.

3.º Organizaciones cuya naturaleza ajustada a Derecho y fines lícitos acompañarán su intervención en el tráfico jurídico de forma permanente y a lo largo de su existencia, pero con carácter más ocasional que habitual se comete en su seno algún hecho delictivo. Estamos hablando de empresas y de actividad mercantil que cubrirán la llamada criminalidad económica y que por lo general aparecerán provistas de personalidad jurídica.

c) Propuesta de definición

En la esfera internacional se ha venido trabajando sobre la base de una categoría amplia de persona jurídica, incluyendo organizaciones e institu-

turada, de más de dos personas, establecida durante un cierto tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.». Así mismo y en análogos términos por la letra a) del artículo 2.º de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional: «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material

(13) Citado por BERNARDO DEL ROSAL y PÉREZ VALERO, *«La responsabilidad criminal de las personas jurídicas; una perspectiva comparada»*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p.44.

ciones sin mas delimitación como sucedió en el trabajo preparatorio previo a la Conferencia Diplomática de Roma, así como durante la misma Conferencia (14). También nuestro sistema jurídico, si acudimos a nuestro Código Civil que incluye las asociaciones (15) como categoría de persona jurídica en su artículo 35, permite concebir como persona jurídica a una amplia gama de asociaciones de carácter criminal o que sin serlo puedan cometer ocasionalmente un delito. Pero si atendemos a la legislación administrativa, este concepto de persona jurídica se amplía aún mas, al poder considerar como persona jurídica un importante elenco de organismos y aparatos estatales de naturaleza pública e incluso privada a las que la ley o el ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica empezando por el mismo Estado (16) y es este punto el que nos lleva a relacionar el concepto de crimen internacional con el de personalidad jurídica, toda vez que son generalmente los Estados o los aparatos solapados a los mismos los que con frecuencia han sido los verdaderos protagonistas de los crímenes contra la humanidad y del crimen de genocidio cometidos hasta la fecha (17), pues no en vano, la operatividad de la obediencia debida en las estructuras públicas y su relativa funcionalidad en las organizaciones criminales «privadas» será decisiva para la consecución de los objetivos criminales.

En puridad el perfil de la persona jurídica o moral que más se ajusta a la que ha venido cometiendo los crímenes Internacionales contra la humanidad, es la que se corresponde con la organización criminal definida desde un punto de vista funcional por HERRERO HERRERO (18), como

(14) Proyecto de ley núm. 24, en relación con las negociaciones para la constitución de la Corte Penal Internacional y como se apuntará mas adelante países que intervinieron activamente en dichas negociaciones como Noruega trabajaron con un concepto aún más amplio de persona jurídica incluyendo Estados, organizaciones, sociedades y otras asociaciones organizadas.

(15) Ya de interés particular o de interés público siendo estas últimas las que no se propone como finalidad propia y exclusiva una ganancia o lucro partible: DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN *Sistema de derecho civil* cit, p. 639.

(16) El artículo 3 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su apartado 4: «Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.» Por otro lado ya el propio Código Civil adelantaba el carácter de persona jurídica de las corporaciones como los municipios o las diputaciones provinciales.

(17) Y en menor medida también grupos u organizaciones de carácter no Estatal pero cuya razón de ser se sitúa en contraposición a los Estados y a los sistemas políticos vigentes en los diferentes Países. Estaríamos hablando fundamentalmente de las guerrillas y de los grupos terroristas.

(18) Mencionado por JOSE ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dickinson, 2000, p. 8.

«la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos».

Dentro de dicho concepto hay que excluir por un lado aquellas organizaciones que están únicamente destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales quedando fuera de este trabajo acudir a los fenómenos criminales relacionados con las empresas mercantiles y la delincuencia económica (19), y por otro lado aquellas realidades sociales o personas jurídicas cuya finalidad es la realización de actividades delictivas que conforme a los crímenes deslindados en anterior consideración caerán también fuera de nuestro objeto de estudio, como el tráfico de drogas o ataques al medio ambiente. En definitiva nuestro objeto de estudio próximo al crimen contra la humanidad y al genocidio lo ocupará las organizaciones caracterizadas por estar destinadas a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, no en vano y siguiendo a GIL (20), al Derecho penal internacional interesa intervenir en aquellos casos en que el mismo Estado es incapaz de reprimir el delito ya porque el mismo sea el que lo cometa o porque se vea incapaz de hacerlo, cosa que ocurrirá cuando estemos ante organizaciones que alcanzan tal poder que neutralizan el poder del Estado o controlan *de facto* una parte del territorio.

Al contrario de lo que pudiera parecer, los grupos de diseño sociopolítico que se manifiestan aptos para protagonizar crímenes interna-

(19) CAROLINA BOLEA en torno a la idea de la organización criminal observa que «(...) no va ha ser posible extender este término, sin más, al ámbito de la economía de empresa, pues la mayoría de empresas ni manifiestan una actitud criminal, ni persiguen objetivos delictivos, ni actúan normalmente como organizaciones criminales (...)». *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit, ps. 397 y 398. Sin embargo se ha querido afirmar la posibilidad de comisión de delitos internacionales como el Genocidio por empresas transnacionales: DAVID BAIGÚN en una interpretación del art. II, inc. c. de la Convención sobre el genocidio que dice «sometimiento intencional del grupo a condiciones que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial» y tras significar que «Ninguna duda cabe que las condiciones de existencia son equivalentes a condiciones de marginación social, de apartamiento del grupo con sus implicancias conocidas: deficiente estado de salud, déficit sanitario, pauperización, etc.», afirma que «la transnacional puede constituirse, y así ocurre en la realidad, en sujeto activo de esa conducta y autora del delito de genocidio a través de esa modalidad». Séminaire de travail: *Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique* Céligny, Genève, 4-5 mai 2001. Edition: CETIM/AAJ.

(20) ALICIA GIL GIL, «derecho penal Internacional. El delito de Genocidio», cit., p. 122.

cionales, no se entroncarán siempre ni necesariamente en el aparato estatal. No en vano, GÓMEZ-BENITEZ (21), estima que «con más o menos amplitud en cuanto al concepto de organización y a sus requisitos –de hecho, el Borrador de 1996 no solo alude a organizaciones, como hace el Estatuto de Roma, sino también a cualquier grupo– lo cierto es que la extensión a organizaciones no estatales se ha considerado irrenunciable desde entonces en materia de crímenes contra la humanidad».

d) Organización criminal y empresa económica

Mediante el modelo adoptado se manifiesta la intención confesada de este autor, de mantener al margen de la misma a las empresas de naturaleza económica, que se separan de las organizaciones criminales que sí reclamarán nuestra atención, por cuatro notas de especial singularidad predicables exclusivamente de la criminalidad de carácter socio-político:

1. La finalidad, ajena a la obtención del lucro económico con bienes y servicios propia de la empresa económica.

2. La rigidez y disciplina propias de su estructura jerárquica que sin excluir en el plano horizontal la división de funciones estratégicas y operativas, se manifiesta de forma más evidente en estas organizaciones criminales que en la estructura empresarial funcional.

3. En tercer lugar y a diferencia de la empresa mercantil, en las organizaciones que aquí tratamos no se presentan especiales problemas al tiempo de exigir la correspondiente responsabilidad individual. Ello no impide considerar que junto a la responsabilidad individual se pueda e incluso de deba exigir una responsabilidad a las organizaciones en su conjunto de las que se sirvieron los concretos responsables para cometer el delito (22).

4. Por último lado hay que diferenciar aquellas organizaciones que creadas en principio para un fin lícito, son utilizadas ocasionalmente para

(21) GÓMEZ-BENITEZ JOSE MANUEL en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, de Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps 20 y ss.

(22) GERHARD DANNECKER *reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit, p. 45 alude a HIRSCH quien a su vez pone de relieve que «la esencia de la corporación consiste en que no es una mera adición de personas particulares, sino una formación independiente y destacada de aquellas».

cometer el delito, de las organizaciones creadas o reestructuradas para cometer el crimen (23). En las primeras, entre las que habría que incluir las empresas mercantiles, habría que basar la imputación penal en el resultado o lesión del bien jurídico concreto, mientras que para la segunda categoría, entre las que estarían recogidas las organizaciones criminales de corte socio-político objeto de nuestro estudio, bastaría su mera existencia para actuar en el marco punitivo pues no requiere la lesión del bien jurídico para establecer una imputación (24).

No obstante, lo anterior impide reconocer en mayor o menor grado la cercanía entre ambos fenómenos asociativos de corte penal, pues como advierte CAROLINA BOLEA BARDÓN «(...) el Derecho pretende conseguir una conducta ajustada a las normas tanto por parte de los trabajadores de una empresa no dedicada a fines delictivos como por parte de los miembros de una organización criminal, pues el mensaje normativo se dirige por igual a ambos grupos de sujetos» (25). Además en alguna ocasión se ha reconocido por las instancias internacionales la posibilidad de imputar a empresas económicas la comisión de delitos contra la humanidad, así en 1977, la Comisión de derechos humanos de la ONU calificó las actividades de las firmas multinacionales (incluidas las firmas financieras privadas internacionales) como constitutivas de actos caracterizados como crímenes contra la humanidad al alentar a la continuación de la política racista planificada y ejecutada en gran escala en el caso de la política del apartheid aplicada por el gobierno sudafricano contra la población negra y que fue reconocida como «crimen contra la humanidad» por la Resolución 33/183 del 24 de enero de 1979.

(23) Siguiendo a ALESSANDRI, conviene diferenciar entre organización criminal o delincuencia en la que el problema reside en determinar la imputación del fin ilícito perseguido por la propia organización y en la que la mera inserción del sujeto en la organización es ya antijurídica, de la organización lícita, en la cual el delito puede ser un episodio esporádico, razón por la cual el problema es de imputación de tal hecho ilícito a su culpable, superando los problemas que plantea para ello la estructura de la organización misma.

(24) Ello no quiere decir que dichas organizaciones criminales *per se* hayan de haberse creado desde el inicio de su vida jurídica para la realización del fin criminal. Si analizamos las organizaciones en cuyo seno se cometen estos crímenes internacionales y como veremos, se tratará por lo general de organizaciones, aparatos e instituciones que son creadas al menos bajo la apariencia de un fin lícito pues se insertan en los aparatos estatales para prestar en principio servicios públicos de diversa índole (generalmente policiales o de defensa militar), pero que en el curso de su existencia serán utilizadas o destinadas para fines criminales como ocurrió con las organizaciones declaradas criminales en los juicios de Nuremberg.

(25) CAROLINA BOLEA, *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit. p. 399.

e) Organización criminal y coautoría

Las categorías colectivas tratadas hasta ahora no escapan a su comprensión como algo distinto de la mera yuxtaposición de sus miembros, por ello CHOCLAN MONTALVO (26) distingue entre la criminología organizada y la coautoría apreciando un plus de contenido de injusto con relación al tipo básico cuando éste es realizado por una pluralidad de personas, la existencia de una planificación previa que diseñe la operación con precisión en cuanto a su alcance y que determine un reparto de roles entre los intervinientes de tal forma que se contemple una estructura, denotaría mayor intensidad criminal.

Normalmente en los casos de organizaciones estatales, las reglas de la autoría y participación obligarán a descartar la coautoría dado el juego de la obediencia debida, y a apreciar normalmente la participación del superior mediante la inducción al subordinado cuando éste no pueda ser considerado un instrumento y autoría mediata cuando el subordinado actúa cumplimentando mandatos obligatorios pese a ser contrarios a derecho como en los casos en que actúa sin poder conocer la ilicitud de la orden y por ello no se considera culpable.

III. CUESTIONES DOGMÁTICAS: EL PRINCIPIO «SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST» EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

JEAN GRAVEN (27) en 1950 en su obra «Les crimes contre l'humanité» manifestó que los actos criminales resultantes de una decisión o de una orden del Estado como tal, de sus órganos y servicios, de una colectividad o de grupos organizados no puede escapar al derecho penal y sus sanciones; los crímenes contra la humanidad de tipo colectivo, crímenes de Estado o crímenes de organizaciones, cometidos de acuerdo con las directrices oficiales, deben implicar una responsabilidad común (28). Para

(26) A. GIL GIL, *Derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*, cit. p. 8.

(27) Citado por J. SAENZ DE PIPEON Y MENGES *Delincuencia Política Internacional., Especial consideración del delito de Genocidio*, publicaciones del instituto de criminología. Universidad Complutense 1973, p. 132.

(28) GRAVEN junto con otros muchos autores que defienden la responsabilidad de las personas jurídicas, GIERKE; MESTRE; HAFTER; PELLA; SALDAÑA; CALOYANNI, DONNEDIEU DE VABRES etc... significa que también un cuerpo político; jurídico; militar o de policía puede ser una responsabilidad positiva y social, hacia la cual evoluciona el mismo derecho individual.

DELITALIA (29), aunque la persona jurídica actúa por medio de los órganos que la representan y su voluntad es en realidad la voluntad de estos últimos (30), puede existir la responsabilidad penal de la persona jurídica, anómala y excepcional, ya que se parte del principio general del derecho punitivo, y a pesar de que no pueda hacerse referencia, hablando con propiedad, al delito, al delito de una persona jurídica.

Frente a dichas consideraciones e inspirado bajo la idea de que «las organizaciones no tienen alma a la que reprochar ni cuerpo al que golpear» negándoles capacidad de acción, movimiento o pensamiento propio de las personas, el principio «societas delinquere non potest» con el que la doctrina rechaza la responsabilidad de las personas jurídicas, se comparte por la doctrina mayoritaria, pudiendo aludir a BAJO FERNÁNDEZ (31), quien señala que la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas explica que no exista en el Derecho una responsabilidad colectiva o a GIL (32), que considera ya en sede de Derecho penal Internacional en relación a la responsabilidad individual, «la única posible en derecho penal, pues las personas jurídicas carecen de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho penal, con lo que no pueden realizar siquiera el primer elemento del delito en el sentido penal y por lo tanto no podrá imponerse penas ni medidas de seguridad». Además, dicho principio rige en Derecho penal internacional no solo por las dificultades dogmáticas y prácticas que plantea en la mayoría de los Estados (33), sino también y especial-

(29) DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padua, 1930, p. 153 y ss. Citado por J. SAENZ DE PIPEON Y MENGES, *Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*, cit, p. 133.

(30) Aunque desde el punto de vista psicológico, hablar de voluntad de una persona jurídica es un contrasentido.

(31) *Delitos patrimoniales y económicos*, Manual de Derecho penal (Parte Especial) Tomo II, Ed. Ramón Areces 1990, p. 403. Esta reflexión realizada en el contexto del Derecho penal español, rige igualmente aunque con alguna excepción como veremos, en el Derecho Penal Internacional en la medida en que las reservas que se han venido planteando por los Estados proyectan una concepción ideológica que imputa la responsabilidad penal exclusivamente a los individuos haciendo imposible introducir en dicho marco un concepto de culpabilidad colectiva o de agrupación al lado de la culpabilidad individual tradicional.

(32) A. GIL GIL, *Derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*, cit, p. 41.

(33) Sin ir mas lejos se plantea el problema del carácter intencional del delito de genocidio que al recoger en el tipo subjetivo el elemento intencional que se manifiesta en el artículo 607 apartado 1.º de nuestro CP con la expresión «*Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*» traslada a las personas jurídicas las dificultades apuntadas por la doctrina de considerar el dolo en los entes abstractos, pues uno de los argumentos utilizados para rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el de concluir que una condición indispensable de la responsabilidad es la voluntad que solo se verificaría en las personas naturales, negando a las agrupaciones la concurrencia de esa voluntad personal.

mente en consideración al principio de responsabilidad penal individual operado desde los Tribunales de Nuremberg, hasta nuestros días (34).

No obstante lo anterior, se han apreciado quiebras al referido principio de responsabilidad penal individual, pues el ente colectivo no fue ignorado en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg que aludió a la «organización criminal» en tanto que organización a la que pertenecieran los condenados previa conexión con ella (35), ni tampoco en la convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 que recogía a la asociación para cometer el Genocidio como una de las categorías o actos susceptibles de castigo así como las referencias a la posible responsabilidad de un Estado. Este movimiento, que se aprecia en la esfera del derecho comparado, como tendremos oportunidad de ver, apunta en los últimos años hacia una progresiva apertura del terreno en el marco jurídico internacional para dar a la responsabilidad criminal

(34) Particularmente ilustrativos son el Artículo 6.º del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de los juicios de Nuremberg, que dice: «El Tribunal (...) estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que (...) cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones», el Artículo 5.º del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional para el lejano Este «El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del lejano Este que individualmente o como miembros de organizaciones sean acusados por delitos contra la Paz», el artículo 4.º de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptado por la Resolución 260 de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1948, «Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.»; los artículos 6.º y 5.º de los Estatutos del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de crímenes de Guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, aprobado mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 y del Tribunal Internacional para Ruanda aprobado mediante Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, que dicen: «El Tribunal Internacional tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto», o en fin, el artículo 25.º¹ del estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, que establece que «De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales».

(35) E. GREPPI significa: «No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se inició un movimiento (...) que claramente comenzó a crear una conciencia más clara de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra, en los que se considerara tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos. (...) posteriormente, instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio «encargados del juicio y castigo de criminales de guerra por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos estén acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades». E. GREPPI, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*, Revista Internacional de la Cruz Roja N.º 835 año 1999, pp.5 31-554.

de las personas jurídicas una creciente trascendencia que se manifestará no solo en la discusión de los trabajos preparatorios y debates diversos para la elaboración de Estatutos y convenios internacionales, como ocurrió por ejemplo en la elaboración del Estatuto de la CPI, sino también en la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos de dichos marcos normativos, tanto de carácter general, como por ejemplo en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 10 de enero de 2000, como de carácter regional, en la Propuesta de Decisión-Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) presentada por la Comisión el 29 de noviembre de 2001. Llegados a este punto, nos detendremos a continuación a abordar la evolución histórica de los principios considerados.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el periodo transcurrido desde los procesos de Nuremberg hasta la redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional han proliferado diferentes enfoques en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no obstante las dificultades de reconocer la existencia misma de un Derecho penal internacional, como se refleja de los diferentes Tribunales y Textos acordados en el seno de la Comunidad Internacional (36).

A) PROCESOS DE NUREMBERG

La dicotomía responsabilidad penal individual / responsabilidad penal por asociación ilícita ha seguido diferentes caminos en la recientemente terminada centuria. Dicha afirmación tiene especial significación en los procesos de Nuremberg, pues frente a quienes como KAI AMBOS, quien defiende la responsabilidad penal individual en esta etapa de la Historia, aludiendo a que en los procesos de Nuremberg el

(36) No obstante solamente se considerarán las instancias jurisprudenciales más representativas con abstracción de los juicios de Tokio y del Tribunal sobre Ruanda en los que se repitieron mimeticamente los planteamientos dogmáticos y fundamentos que sobre las organizaciones se hicieron en los juicios de Nuremberg y en el Tribunal para la ex-Yugoslavia respectivamente.

Tribunal Militar Internacional partió de la base de un reconocimiento de la responsabilidad penal individual como única a considerar explicitándose que «suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al derecho Internacional. Crímenes contra el derecho Internacional son cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer» (37), otros como GÓMEZ-BENITEZ (38), apuestan por considerar la responsabilidad por la asociación ilícita co-protagonista con la anterior en los procesos seguidos en Nuremberg, matizando en relación a las organizaciones declaradas criminales, que «pese a que la pertenencia a esta clase de organizaciones fue considerada en ocasiones por el Tribunal de Nuremberg como causa de responsabilidad criminal por esta clase de crímenes, lo cierto es que los textos internacionales desde entonces no han seguido este camino de la asociación ilícita, sino el de la responsabilidad individual por actos específicamente descritos como crímenes contra la humanidad, (...)».

a) Estatuto

Sin embargo el Tribunal militar internacional de Nuremberg condenó a diferentes organizaciones o grupos encuadrados en mayor o menor medida en el nacionalsocialismo, con fundamento en el párrafo primero del artículo 9 del Estatuto que establecía que «En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertene-

(37) Cita de *the trial of the Major War Criminals. Proceedings of the international Military sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, pag. 447 (London, HMSO 1950) (El Juicio) por KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya*, Revista Penal N.º 7 año 2001 p. 5. Asimismo KAI AMBOS añade al respecto que El IMT (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg) se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones nazis, consagrando que «uno de los más importantes (principios legales)... es que la culpabilidad es personal», y que «el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad (de un grupo u organización) en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas». KAI AMBOS ob. Cit., p.47.

(38) GÓMEZ-BENITEZ JOSE MANUEL en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, cit., p. 21.

cía la citada persona o personas era una organización criminal» (39) y el artículo 10 que señalaba: «En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los Tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada (40)».

b) Acta de acusación

Dicho marco normativo abriría ciertamente la puerta a reconocer la vigencia de la responsabilidad penal colectiva. El Ministerio Público solicitó del Tribunal que declarara organizaciones criminales a una serie de aparatos organizados de poder que formaban parte del Estado Nacional-socialista de Hitler y que fueron recogidos en un anexo B del escrito de acusación (41). Obviando no obstante las incriminaciones que se efectuaron contra estas organizaciones en la esfera de los crímenes de guerra y contra la paz, hemos de hacer las siguientes precisiones:

(39) SCHICK, *El juicio de Nuremberg y el Derecho internacional del futuro*, Rev. E. N. De Méjico, abril-junio 1948, p. 137, comenta que este precepto aplica el principio de la responsabilidad colectiva por las violaciones de los deberes internacionales cometidos como actos de Estado, responsabilidad que solo recae sobre el Estado en su entidad colectiva. Citado por J. SAENZ DE PIPEON Y MENGES, *Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*, publicaciones en cit, p.136.

(40) Sin embargo, el Tribunal recomienda que no sean condenadas personas inocentes sobre la base de la «criminalidad colectiva». JOE J. HEYDECKER y JOHANNES LEEB, *El proceso de Nuremberg*. Bruguera, 1970, Barcelona, p. 534

(41) No obstante y al margen del estado Nacional-socialista que encabezaba Hitler, GÓMEZ-BENITEZ con cita del art. 6 c) de la carta de Londres (Agreement for the Prosecution and punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Londres 8 agosto 1945, Charter of the International Military Tribunal, -82 U.N.T.S, 279-) que describía el crimen internacional incluyendo en su seno una suerte de responsabilidad penal que abarcaba a todos los intervinientes por los hechos de ejecución cometidos por algunos de ellos, nos advierte, que «en numerosas Sentencias del Tribunal de Nuremberg se incluyeron determinadas organizaciones no estatales entre aquellos grupos que podían instigar, o de cuya política podían ser manifestación los crímenes contra la humanidad a los que se refería su Carta Fundacional». GÓMEZ-BENITEZ JOSE MANUEL en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, cit., p. 20.

a') Partido Nacionalsocialista

Se trataba de una organización de naturaleza política estructurada bajo un «cuerpo» de jefes políticos que estaba formado por la organización del Partido con Hitler al mando del mismo. Su misión y actividades consistían inicialmente en ayudar a los nacionalsocialistas en la conquista del poder, no obstante y con posterioridad llevó a cabo diversas actividades criminales en las zonas de las regiones ocupadas que fueron anexionadas con programas de persecución de los judíos y de reclutamiento forzoso de obreros. El Tribunal consideró responsables a los hombres que trabajaron en cargos directivos de las oficinas de la jefatura nacional, jefatura provincial y jefaturas municipales de la organización así como a todos los miembros de la misma que conocían o participaron en actividades criminales (42).

b') Gestapo y SD

La policía secreta del Estado (GESTAPO) y el servicio de seguridad del Reichsführer SS (SD) terminaron siendo unificadas con la fusión de las diferentes oficinas del Estado y del Partido en una unidad administrativa de la oficina central de la Policía de Seguridad, que a su vez estaba dividida en siete departamentos o secciones. Entre sus actividades criminales se cuentan el impedir toda oposición política contra el régimen nazi a través de los campos de concentración, de los cuales era responsable a través de la oficina central, la deportación de judíos, asesinatos en masa de los mismos y detenciones de los elementos civiles sospechosos de no ser adictos al «régimen» en las regiones ocupadas con sometimiento de brutales métodos de tercer grado y traslado a campos de concentración, así como diferentes crímenes de guerra en relación con los prisioneros. El Tribunal consideró criminales a la GESTAPO y a la SD quedando incluidos en la GESTAPO todos los funcionarios que ostentaron cargos de responsabilidad y excluidos los miembros de la policía de vigilancia de fronteras y los que desempeñaron solo trabajos burocráticos.

(42) Los miembros del cuerpo fueron informados, en mayor o menor grado, sobre el alcance de la tristemente famosa «solución final» que como es sabido consistía en llevar a efecto el genocidio del pueblo judío.

c') Las SS

Las Secciones de Seguridad del Partido Nacionalsocialista fueron fundadas en 1925 con el pretexto de proteger y defender a los oradores del Partido y cuando alcanzaron el poder fueron destinadas para el mantenimiento del orden y de la seguridad interior. Estaban organizadas en doce oficinas principales y contaban con jurisdicción propia. Entre sus actividades criminales las SS contaban con fusilamiento de prisioneros de guerra, asesinatos en masa y actos de crueldad como los de *Oradour* y *Lidice*, persecución y exterminio de judíos y control de campos de concentración. El Tribunal consideró que las SS fueron destinadas a realizar misiones consideradas criminales por el Estatuto, quedando incluidas en dicha organización todas las personas que fueron admitidas oficialmente en el seno de sus filas.

d') Las SA

Las fuerzas de asalto fueron creadas con fines políticos y organizadas con carácter militar. Sus actividades una vez que los nazis alcanzaron el poder consistieron en participar el llamado «sistema de terror» mediante aplicación de violencia a los judíos y de los considerados enemigos del régimen y competencias en materia de control de campos de concentración. Sin embargo el Tribunal no consideró finalmente que sus actividades hubieran de considerarse criminales a la luz del Estatuto, pues solo se apreció un carácter político que gozaba de especial influencia y poder pero renunciando en todo caso a englobar las SA entre las organizaciones criminales según el Artículo 9.

e') El Gobierno del Reich

El Gobierno del Reich estaba compuesto por los miembros del Gabinete, del Consejo de Ministros para la defensa del Reich y por los miembros del Consejo de Ministros Secreto. El Tribunal opinó que el Gobierno del Reich no debe ser considerado criminal conforme al hecho de que: no se pudo demostrar que a partir del año 1937, actuara como grupo u organización (43) y que el Grupo de las personas inculpadas era tan reducido que podía procederse individualmente contra ellas.

(43) Asimismo, se tuvo en cuenta que el Gobierno del Reich no volvió a celebrar, a partir del año 1937, una sola sesión, y que el Consejo de Ministros Secreto no llegó a reunirse nunca. Los miembros del Gobierno del Reich que participaron en los planes para una guerra de agresión lo hicieron como personas individuales.

***f)* Estado Mayor y Alto Mando de la Wehemacht**

El Tribunal en contra del planteamiento del Ministerio Público, no las consideró organizaciones ni grupos. Los miembros acusados fueron los jefes militares de mas alto rango en Alemania y sus actividades fueron las mismas que en los ejércitos, flotas y aviones de cualquier otro país pero no formaron una asociación. Por ello no fueron considerados criminales ni el Estado Mayor ni el Alto Mando de la Wehemacht.

c) Recapitulación

Hemos recogido una serie de organizaciones cuyas principales notas características, una vez cotejadas, permiten concluir que estamos ante una criminalidad organizada que, con excepción del Gobierno del Reich y del Estado Mayor y Alto Mando de la Wehemacht (44), quedaría conformada bajo los siguientes apuntes: entes colectivos diferentes de la unión de sus miembros; existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones; actuaciones a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos desconocen el plan global, conociendo solo la parte del plan asumido; aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; movilidad internacional y apariencia de legalidad y adopción de forma de engranaje que se inserta como una pieza mas en el sistema político y en el aparato estatal.

Estamos en presencia de las notas recogidas en el cuadro descrito por JOSE ANTONIO CHOCLAN MONTALVO (45), configurador de la llamada «empresa criminal» y necesarias para constituir organización en sentido jurídico-penal. Además si atendemos a su estructura, y retomando la definición de persona jurídica recetada por DIEZ PICAZO, podemos apreciar un paralelismo con las personas jurídicas, pues en general y con las excepciones mencionadas funcionaban como un ente con personalidad

(44) Toda vez que el Gobierno del Reich no funcionaba como una auténtica organización y del Estado Mayor y Alto Mando de la Wehemacht tenía mas en común con una asociación que con una organización.

(45) CHOCLAN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit, p.9.

propia con núcleo de imputación de competencias, con una cabeza visible como ocurría con el partido nacionalsocialista que giraba bajo un «cuerpo» de jefes políticos, o la GESTAPO y SD, cuya cabeza se concretaba en una oficina central; o los jefes militares en las SA y una estructura jerárquica organizada ya se tratara de jefaturas provinciales y jefaturas municipales de la organización como en el partido nacional socialista, ya en departamentos o secciones como ocurría en la GESTAPO y en la SD; oficinas en la SS, o unidades militares en las SA.

Las organizaciones que fueron condenadas solo sufrieron una condena formal que incluía la declaración de la condición de criminales de ciertas colectividades. KAI AMBOS entiende que no se podía hablar de culpabilidad de la agrupación sino a lo mas de culpabilidad cumulativa constituida por adición de culpas personales (46), y con el, la Jurisprudencia y Textos normativos Internacionales existentes en la época de mediados del siglo XX.

En contra de esta tesis, MATOS ESCOBEDO (47) afirma que la acusación misma y la competencia del Tribunal Internacional tenían uno de sus apoyos en el principio de la responsabilidad penal colectiva de manera que hubiera perdido legitimidad y justificación si se hubiese atendido exclusivamente a la responsabilidad individual de los acusados. Para CUELLO CALÓN (48) estamos ante una desviación del principio de responsabilidad individual que rechaza implícitamente la responsabilidad criminal de las personas colectivas y en la misma línea JIMENEZ DE ASÚA (49), advierte que no se acusa solo a personas físicas sino también a organizaciones y grupos que deberían ser declarados criminales según sus propósitos, aspiraciones y métodos utilizados.

(46) El Tribunal afirmó que una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual n el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya* en Revista Penal N.º 7 año 2001 p. 11.

(47) Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 135. MATEOS ESCOBEDO afirmó que «dos responsabilidades claramente definidas destaca la justicia impuesta por la victoria de las naciones unidas: la individual y la colectiva. Ambas están íntima e indisolublemente vinculadas. La primera no sería exigible, si, a pesar de existir programas políticos totalitarios de aparente licitud, no hubieran concurrido personas físicas a ejecutarlos por medio de actividades criminales. La segunda tampoco justificaría una competencia internacional si hubiera obedecido solamente a impulsos personales... sin que los criminales hubieran obedecido a un programa general de agresión a la comunidad internacional», «*La responsabilidad penal corporativa*», criminalia, 1946, p. 446.

(48) En «*Derecho*», p.319. Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 136.

(49) En «*Criminales de Guerra*» Buenos Aires 1947, p. 243. Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 136.

En todo caso, lo cierto es que la aplicación del principio de responsabilidad criminal colectiva implícita en los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional tuvo carácter únicamente formal (50), es decir, sin consecuencias prácticas de cara a las organizaciones o personas morales finalmente condenadas, lo que de alguna manera apuntalaría los argumentos de KAI AMBOS quien insiste en propugnar únicamente como real y tangible la responsabilidad penal individual en el marco de los crímenes enjuiciados en los procesos estudiados.

Además, aún cuando la medida o sanción propiamente dicha prevista en los casos de organizaciones criminales además de la formal declaración de «organización criminal», fue la de contemplar el enjuiciamiento por una presunta responsabilidad penal individual de cualquier individuo por el mero hecho de pertenecer a una organización declarada criminal basando una «conexión» del mismo con dicha organización siempre que se probara que uno de sus miembros hubiera cometido un hecho criminal y aún cuando los fines de dicha organización fuera *ex-ante* lícitos, la jurisprudencia amortiguó sensiblemente dicha regla para evitar consecuencias no deseadas al convenir que la pertenencia a una organización criminal solo conllevaría incriminación cuando el imputado hubiera intervenido de forma activa en los actos de dicha organización a sabiendas de la naturaleza criminal de su actuación (51). Así, dice KAI AMBOS, la mera pertenencia no es suficiente.

Las organizaciones criminales fueron consideradas desde esta perspectiva como fenómenos de conspiración criminal y su responsabilidad fue ciertamente juzgada mediante la aplicación de los principios penales de la conspiración al amparo del art. 6 del Estatuto que castigaba a quienes participaran como líderes, organizadores, instigadores o cómplices en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer, o que implicaba la comisión de, Crímenes contra la Paz, Crímenes de guerra y Crímenes contra la humanidad. Por ello, no existía motivo para

(50) Aún cuando a algunos autores como HANSEL no les faltaría razón al considerar que declarar criminal a una organización representa ya una condenación de todos sus integrantes y por lo tanto es ya un castigo.

(51) «Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. Tiene que haber un grupo unido y organizado para un propósito común (...). La mera pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por el marco de esas declaraciones.» Cita de KAI AMBOS en referencia a «El Juicio» Ob. Cit. p. 11. Añade el Autor que en el caso de la GESTAPO, la declaración de criminalidad no incluyó «personas empleadas (...) para trabajos puramente clericales, estenográficos, de mantenimiento o similares trabajos de rutina no oficiales» (ibid., p. 477).

no considerar responsable a cada uno de los miembros del partido nazi pudiendo ser todos imputados a título de conspiradores bajo el citado art. 6 aún cuando el estatuto no mencionase la palabra organización. El mero acto de afiliación sería suficiente para considerarlo un acto de adhesión al plan común, con abstracción al carácter nacional, étnico, religioso o político del grupo, bastando la unidad del mismo para acometer la acción criminal.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg mantuvo que en relación con las organizaciones nazis, «uno de los más importantes (principios legales) (...) es que la culpabilidad penal es personal» y que «el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad (de un grupo u organización) en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas» (52). Dicho esto, no se abordó tratamiento penal ni se adoptaría medida alguna respecto de las organizaciones o personas jurídicas. Por lo que podemos concluir junto a J. C. GENTON (53) que «*las sanciones colectivas se han reflejado solamente en medidas de desnazificación y en la declaración del carácter criminal de tres organizaciones nazis, de la que puede esperarse que no tenga consecuencias prácticas*».

B) TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LOS CRÍMENES COMETIDOS EN LA EX-YUGOSLAVIA

KAI AMBOS (54) afirma que el principio de responsabilidad penal individual entendido en el sentido de que los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos solo por individuos y no por entidades abstractas, se manifestó no solo en los juicios de Nuremberg sino también y con mas claridad si cabe, en la mas reciente Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia y del de Rwanda. Especialmente en el caso *Tadyc*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia, confirmó que «*(...) el Derecho Internacional Consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3.º común a las Convenciones de Ginebra de 1949 (...)*».

(52) Traducción de KAI AMBOS en Ob, Cit, p. 7.

(53) J.C. GENTON «*Le Tribunal Militaire International*», Rev. D. P. Et C, 1948, p.496. Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 137.

(54) KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual n el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya*, Cit., ps. 5 y 6.

El artículo 6 del Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, determina que «El Tribunal Internacional tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto» en otras palabras, solo ejercerá jurisdicción sobre las «personas físicas (55). De esta manera se descarta la extensión de la competencia de dicho Tribunal en el plano «*ratione personae*» a la posible incriminación de grupos u organizaciones o personas morales que hubieran podido contravenir de alguna forma la norma internacional penal de que se trata.

Así, la jurisdicción personal de este Tribunal Internacional mantiene la vigencia del principio de responsabilidad individual, continuando así la línea competencial argumentada que como vimos se aplicó en los anteriores juicios de Nuremberg (56). Y así lo ha entendido el Secretario General de las Naciones Unidas quien refiriéndose al Estatuto para el Tribunal creado para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos recientemente en la ex-Yugoslavia, ha argumentado que del conjunto de Resoluciones que condujeron a su vez a la Resolución 808 se puede considerar dibujada una línea interpretativa clara en torno a la expresión: «presuntos responsables de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario», se inclinaría por entender que solo son las personas físicas y no las morales o jurídicas las únicas que habrían de someterse a la incriminación por parte de dicha instancia judicial internacional.

Por otro lado, entendemos junto a PIGNATELLI Y MECA (57) que la experiencia obtenida en los juicios de Nuremberg en los que se hicieron un

(55) Se ha planteado la cuestión de si se puede análogamente a como ocurrió con los Juicios de Nuremberg de poder declarar conforme al Art. 10 de del estatuto de Nuremberg, criminal a una organización y de dicha incriminación proceder contra los integrantes de la misma, el Secretario general de las naciones Unidas en Doc. S/25704, párrafos 50 y 51, ha negado toda posibilidad para el Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827, argumentando que «los actos criminales previstos en el estatuto son llevados a cabo por personas naturales y estas personas estaría bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional independientemente de que pertenezcan o no a grupos». También documentado por PIGNATELLI Y MECA, Cit., p. 108.

(56) El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia hizo suya la afirmación comentada del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el caso *Tadic* en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones en el sentido de fijar los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949.

(57) En sus «consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991». REDEM N.º 64, Jul/Dic 1994. p. 108.

uso «abusivo» de las prerrogativas y facultades recogidas en el Estatuto de Londres, sirve para considerar acertada la no inclusión en normas positivas de criterios de extensión para la incriminación de la codelinuencia aún cuando puedan ser utilizados en el momento de las resoluciones judiciales.

En definitiva y de acuerdo con las Resoluciones 808 y 827, el Tribunal Internacional al tener como principal función juzgar a los presuntos culpables de las graves violaciones de derecho humanitario cometidas en los territorios de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, con la expresión «presuntos culpables» queda claro que se actuará de manera individual, y serán personas físicas y no personas morales las que se juzgarán independientemente de su pertenencia a uno u otro grupo.

C) LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

a) El Comité Preparatorio

En las actuaciones del Comité Preparatorio del informe para el establecimiento de una Corte Penal Internacional celebrado en las Naciones Unidas en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, se consideraron diversos puntos en torno al tema que nos ocupa, a saber:

1.º Responsabilidad penal individual:

Se admitió en general que el concepto de la responsabilidad penal individual de los crímenes, incluidos los actos de planificación, instigación y ayuda a la persona que cometiera efectivamente el delito, era indispensable y debía preverse en el estatuto. Algunas delegaciones sugirieron que se incluyera por consiguiente en el propio Estatuto una disposición que estableciera los elementos fundamentales de la responsabilidad. Se hizo referencia a los artículos 6 Y 7 de los Estatutos de los Tribunales para la ex-Yugoslavia y Rwanda, respectivamente. Otras delegaciones opinaban que no era menester una disposición explícita y detallada de esa índole, ya que podría comportar negociaciones complejas, un Estatuto muy extenso y la difícil tarea de definir elementos como participación, conspiración y complicidad.

2.º Responsabilidad Penal de los Estados:

También se expresó el parecer de que una cuestión esencial que debía abordarse en el Estatuto era la de si se requería algún tipo de disposición de salvaguardia para garantizar que la responsabilidad penal individual no exonerase al Estado de su responsabilidad en un caso determinado.

3.º Responsabilidad penal de las sociedades o empresas:

Algunas delegaciones opinaban que sería más útil centrar la atención en la responsabilidad individual, señalando al mismo tiempo que, de hecho, las sociedades o empresas eran controladas por individuos (58). Varias delegaciones indicaron que tal responsabilidad era contraria a las disposiciones de su derecho interno. Sin embargo, se señaló que la responsabilidad de una sociedad o una empresa podía ser un elemento importante en el contexto de la restitución. Se recordó que se había incluido el principio en los juicios de Nuremberg.

b) El Estatuto

Llegados a este punto, el Estatuto de Roma de la CPI aprobado el 17 de julio de 1998 recoge en su artículo 25 el consagrado ya como principio general de derecho «la responsabilidad penal individual», en sus dos primeros números: «1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto» (59). Y por fin, el citado artículo 25 del Estatuto, en su número 4, despeja toda duda respecto de la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional al establecer que «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional».

Lo cierto, es que el proyecto sobre el que se debatió en la conferencia diplomática de Roma, recogía en su art. 23 –actual art. 25 del Estatuto– dos apartados, que se correspondían con los párrafos 5.º y 6.º que consagraban

(58) Siguiendo a ELIZABETH SALMÓN GÁRATE y A. GIOVANNA GARCÍA SAAVEDRA, durante la elaboración del estatuto se planteó la posibilidad de que no sólo las personas naturales fueran responsables por la comisión de crímenes internacionales, sino también se pretendió imputar responsabilidad a las personas jurídicas. Así se señaló en el proyecto presentado por el Comité preparatorio el 14 de abril de 1998: «Artículo 23º.- 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado en calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes.» Sin embargo, esta posición fue desestimada en el entendido que son las personas naturales las que actúan directamente en la comisión de los crímenes y si para ello se han valido de alguna persona jurídica correspondería a ésta una sanción civil o administrativa más no penal.

(59) En este punto segundo, se reconoce el principio de la personalidad de las penas: es decir, quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto.

el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Estatuto de Roma. Estos párrafos decían: «5. La Corte también ejercerá jurisdicción sobre las personas jurídicas, a excepción de los Estados, cuando los crímenes se hayan cometido en nombre de ellas o por sus agentes o sus representantes. 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado e calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes» (60).

Estas previsiones relativas al reconocimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, venían complementadas con otro precepto, el art. 76 del Proyecto, que preveía las penas aplicables a las personas jurídicas (61), precepto que no obstante quedaba lógicamente condicionado a la definitiva aprobación de los preceptos que consagraban la citada responsabilidad y que no obstante ya se advirtió de los graves problemas que podía plantear su cumplimiento y en concreto en el marco de la Parte del Estatuto que reza en el Texto definitivo: «*De la ejecución de las penas*» (62).

(60) En los documentos de trabajo que sirvieron a la discusión en torno a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma, se decía «5. Sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de las personas naturales con arreglo al presente Estatuto, la Corte tendrá también competencia para juzgar a una persona jurídica por un crimen previsto en el presente Estatuto. Los cargos podrán ser presentados por el Fiscal contra una persona jurídica y la Corte podrá dictar sentencia sobre una persona jurídica por el crimen objeto de los cargos, si: A) En los cargos presentados por el Fiscal contra la persona natural y la persona jurídica se alegan las cuestiones mencionada en los apartados b) y c). B) La persona natural acusada ocupaba un puesto de control en la persona jurídica en virtud de la legislación nacional del estado en que la persona jurídica estaba registrada en el momento en que se cometió el crimen. C) El crimen fue cometido por la persona natural por cuenta de esa persona jurídica y con su consentimiento explícito, y en el desempeño de sus actividades; y D) La persona natural ha sido declarada culpable del crimen objeto de los cargos (...). 6. (...) El Fiscal podrá presentar cargos contra la persona natural y la jurídica conjunta o separadamente. La persona jurídica y la natural podrán ser juzgadas conjuntamente.

(61) Y que relacionaba en particular las siguientes: la multa; la disolución; la prohibición, por el plazo que fijara la corte, de realizar actividades de cualquier índole; el cierre, por el plazo que fijara la Corte, de los locales utilizados para la comisión del crimen y el decomiso de los instrumentos utilizados para la comisión de los crímenes y el producto, los bienes y los activos obtenidos por medio de actividades criminales.

(62) Las dificultades referidas se reflejan entre otras en la Recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega, sobre la autorización de ratificación del Estatuto de 17 de julio de 1998 de la CPI: «*En tales casos, la pena, ya sean multas, disolución o similar, acarreará consecuencias especialmente graves también para las personas naturales que no han tenido nada que ver con la actividad punitiva de la entidad. Por ello, se puede plantear la cuestión de si, en casos determinados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede acarrear indirectamente una forma de responsabilidad colectiva objetiva para los miembros de la entidad. Partiendo de consideraciones en materia de pro-*

No obstante y como es sabido, el texto final aprobado para el Estatuto de Roma, abandonó el criterio pretendido de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas haciendo finalmente abstracción de las alusiones recogidas en los apartados 5.º y 6.º del art. 23 y art 76 del Proyecto. La discusión fue intensa dado que existía una profunda divergencia de opiniones en torno a la inclusión de este tipo de responsabilidad penal, pues muchas delegaciones se oponían firmemente a ello mientras que otras lo apoyaban considerando incluso que la responsabilidad penal habría de hacerse extensiva a otros entes colectivos desprovistos de personalidad jurídica y por fin otras delegaciones mantuvieron una posición abierta (63). Además, no faltaron propuestas intermedias como las relativas al reconocimiento único de una responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas.

Las claves del fracaso de la propuesta liderada por Francia que postulaba la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se deducen fácilmente de la Recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega (64), sobre la autorización de ratificación del Estatuto de 17 de julio de 1998 de la CPI en el seno de los debates para la elaboración del estatuto que revelaba: *«En el curso de las negociaciones, sin embargo, la propuesta de texto citada en último término fue recibida con objeciones fundamentales y prácticas de gran peso. En primer lugar, enseguida se hizo evidente que varios Estados no conocen el concepto de «condena empresarial» en su legislación penal nacional, y que, entre los mismos Estados que franquean el paso al procesamiento de personas jurídicas, hay división de opiniones acerca de qué principios deben regir. Estas circunstancias en sí eran propicias a dificultar las negociaciones.*

tección legal, hay razón para mostrar mucha prudencia con respecto a una responsabilidad penal que pueda ejercer tales efectos (...). Con respecto a las figuras delictivas bajo la competencia de la Corte, se pusieron de manifiesto claras discrepancias fundamentales, y también cuestiones sobre la manera de asegurar una ejecución eficaz. En lo esencial, la ejecución debería dejarse en manos del Estado o los Estados pertinentes y plantearía, además, varias y complejas cuestiones de pruebas, entre ellas la estructura real de la propiedad y la identificación y localización del activo. (...) debe concluirse que, en la Conferencia Diplomática, apenas habría posibilidad de alcanzar un amplio consenso para una corte penal que diera oportunidad de enjuiciamiento penal de personas jurídicas».

(63) La recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega, señaló: *«En el trabajo preparatorio previo a la Conferencia Diplomática de Roma, así como durante la misma Conferencia, algunos Estados se declararon partidarios de que la Corte tuviera competencia para procesar a personas jurídicas, es decir, organizaciones e instituciones, además de personas físicas; (...). En el curso de las negociaciones, se constató un apoyo limitado a la propuesta en este sentido».*

(64) Cuyo Código Penal recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Además, varios Estados no estarían en condiciones de ejercer acción penal nacional en este ámbito, lo cual, a su vez, socavaría el principio fundamental de que la Corte no tomará a su cargo, de la administración de justicia nacional, la responsabilidad principal del procesamiento, como se pone de manifiesto en el principio de complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones penales nacionales (...). La condena de personas jurídicas plantea también difíciles cuestiones en relación con la protección legal de los miembros pertenecientes a la persona jurídica de que se trate. Tal condena contribuirá, sin duda, a estigmatizar a la entidad en cuestión y podrá coadyuvar, indirectamente, a dañar la reputación de las personas naturales vinculadas a la misma. (65)»

Con independencia de los intentos frustrados de consagrar de forma expresa una responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma, y a la luz del texto definitivo, llama la atención el hecho de que, se da un paso gradual mas en el giro de la jurisprudencia mas reciente de la Ex Yugoslavia y Ruanda, con el que se abandona el criterio seguido en el Estatuto Internacional del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el que se hacía referencia en su Artículo 10 como hemos visto, a las organizaciones criminales con lo que es una realidad en el Estatuto de la CPI, el abandono de la anterior consideración y la vigente afirmación acerca de que la contribución a la comisión del delito colectivo no comete el delito la asociación como persona moral (66).

D) OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES NO JUDICIALES

Aparte de la convención sobre el genocidio al que por su relevancia aludiremos mas adelante, podemos finalizar el presente epígrafe con algunas referencias a instrumentos supranacionales ciertamente ilustrativos al

(65) Junto a las mencionadas dificultades para aceptar la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas habría que añadir siguiendo a KAI AMBOS, quien reitera que el concepto aún no había sido reconocido en algunos de los sistemas de Derecho penal, que la inclusión de la mencionada responsabilidad planteaba también serios problemas de prueba. En consecuencia la ausencia de responsabilidad criminal colectiva en muchos Estados convertía en impracticable el principio de complementariedad. Citado por RODRIGUEZ-VILLASANTE en Ob, Cit Nota 57, p. 401.

(66) En palabras de F. BUENO ARÚS en «*Perspectivas de la teoría general del delito...*», Citado por JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO en «*Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*» REDEM N.º 75 Ene/Jul 2000, p400.

tema que nos ocupa y en los que se aprecia una tendencia sutil pero ciertamente relevante hacia el reconocimiento paulatino de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Internacional.

a) **Ámbito general**

El artículo 10 de la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (67) establece: «**1.** Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. **2.** Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. **3.** Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. **4.** Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.»

También es importante traer a colación el artículo 5 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 10 de enero de 2000, que establece: «**1.** Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa. **2.** Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. **3.** Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 supra estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario.»

(67) Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000.

A continuación el artículo 18 del mismo instrumento internacional recoge una serie de medidas a adoptar por los Estados parte relativas al reconocimiento y averiguación de Personas Jurídicas entre las que destaca: ii) Con respecto a la identificación de personas jurídicas, exigir a las instituciones financieras que, cuando sea necesario, adopten medidas para verificar la existencia jurídica y la estructura del cliente mediante la obtención, de un registro público, del cliente o de ambos, de prueba de la constitución de la sociedad, incluida información sobre el nombre del cliente, su forma jurídica, su domicilio, sus directores y las disposiciones relativas a la facultad de la persona jurídica para contraer obligaciones.

Dicho lo cual, estamos ya en disposición de aseverar que la evolución histórica operada en el recientemente finalizado siglo XX en el marco del derecho penal internacional, apunta claramente a la necesidad de responder a los fenómenos criminales propios de la persona jurídica y criminalidad organizada.

b) Ámbito regional europeo

En cuanto a nuestro ámbito destaca la Propuesta de Decisión-marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) presentada por la Comisión el 29 de noviembre de 2001 (68).

Con dicha propuesta se establece en refuerzo de la cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades de los Estados miembros con respecto a los delitos de carácter racista y xenófobo, un Artículo 9.º que determina en su párrafo 1.º que «Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos contemplados en los artículos 4 (69) y 5

(68) Nos abstendremos de abordar otros instrumentos como la Acción común 98/733/JAI, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, al no apreciarse de forma clara un contenido comprometido en el ámbito de los crímenes que afectan a este trabajo.

(69) En el artículo 4.º se recogen los delitos de carácter racista o xenófobo utilizándose el término genocidio solo en el apartado «c» que dice: «la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como vienen definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional». Mientras que en el artículo 5.º se hace referencia a la inducción, a la complicidad y a la tentativa.

cometidos en su nombre por cualquier persona que actúa individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica que ejerce un poder de dirección en la misma de acuerdo con los siguientes criterios: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, b) autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica y c) autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica. Asimismo su párrafo 2.º establece que «Independientemente de los casos previstos en el apartado 1, los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que una persona jurídica pueda ser considerada como responsable cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una de las personas citadas en el apartado 1 haga posible la comisión de los delitos contemplados en los artículos 4 y 5 en favor de dicha persona jurídica por una persona sujeta a su autoridad». Y su párrafo 3.º: «La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye las acciones judiciales de carácter penal contra las personas físicas que cometan un delito o sean culpables de los comportamientos a los que se hace mención en los artículos 4 y 5»

El Artículo 10 de la propuesta recoge que: «1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que una persona jurídica considerada responsable con arreglo al apartado 1 del artículo 9, sea objeto de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluyendo multas penales o no penales y eventualmente otras sanciones como: a) exclusión de prestaciones o ayudas públicas, b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, c) sometimiento a vigilancia judicial, d) medida judicial de liquidación, e) cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión del delito. 2. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que una persona jurídica considerada responsable con arreglo al apartado 2 del artículo 9 sea objeto de sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.»

V. LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL ESTADO

A) INTRODUCCIÓN

El Estado presenta una especial singularidad en el campo de la responsabilidad penal en el marco del Derecho Internacional si lo contemplamos en un doble sentido: por un lado se le viene atribuyendo de forma constante en los diferentes sistemas y ordenamientos jurídicos plena personalidad jurídica lo que nos exigirá entrar a considerar una posible res-

ponsabilidad penal y por otro lado se ha venido demostrando que las organizaciones que participaron activamente en la comisión de los más graves crímenes contra la humanidad cometidos hasta la fecha, fueron creadas o solapadas al ejercicio del poder político, como ocurrió en el caso del régimen nacional-socialista alemán en relación con el exterminio de la raza judía.

Esta segunda cuestión se tratará en lugar aparte dado el interés y magnitud que ha adquirido en los últimos años la problemática de la interacción de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, merecedor de una particular atención por nuestra parte, lo que no impedirá tratar bajo este epígrafe las cuestiones suscitadas en torno al llamado «Estado Criminal».

En cuanto a la primera de las consideraciones, desde un punto de vista sociológico DE CASTRO (70) afirmó que la idea de persona jurídica tiene como explicación profunda la existencia de unas realidades sociales y organizaciones que tienen propia e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen. La doctrina administrativista española considera por lo general persona jurídica al Estado. GALLEGO ANABITARTE (71) considera que de una lectura de las leyes administrativas fundamentales, la Administración es un órgano o institución del Estado que actúa con la personalidad jurídica única de éste a pesar de los distintos departamentos ministeriales. En palabras del citado profesor: «(...) el Estado se concibe como una organización unitaria, constituida por diversos órganos que no son titulares, sino que ejercen competencias, porque la titularidad de esas competencias pertenece al centro unitario, que es el Estado, al que de forma natural se le otorga, entonces personalidad jurídica» (72).

Se ahonda en la anterior consideración si como observa PASTOR RIDRUEJO (73), el Estado continúa ostentando una posición clave de protagonismo y sujeto por excelencia del Derecho Internacional. Sin embargo la auténtica controversia se suscitará a la hora de considerar al Estado criminalmente responsable de crímenes internacionales, pues junto a la conocida dificultad de considerar responsables criminalmente a las personas jurídicas, se plantean además cuestiones muy controvertidas de índole política, jurídica y práctica cuando hablamos de Estados, dando lugar a

(70) (FEDERICO DE CASTRO «*La Persona Jurídica*» 1981, p.32), citado por GALLEGO ANABITARTE en «*Derecho Administrativo I. Materiales*», Madrid 1990, p. 262.

(71) GALLEGO ANABITARTE, Ob Cit, p. 270.

(72) Ob Cit, p.284.

(73) PASTOR RIDRUEJO en «*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*» Ed Tecnos, 3.ª Ed, Madrid 1989, p. 273.

que las convenciones y estatutos internacionales para la represión o castigo e los crímenes internacionales hayan ignorado toda posibilidad de incriminación a los Estados resultando la responsabilidad penal individual como única viable.

B) CRÍTICA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Una vez formuladas las precisiones acerca de la personalidad jurídica del Estado corresponde a continuación examinar si dicha personalidad abre las puertas a la asunción de responsabilidad penal por el Ente público Estatal con relación a los delitos tipificados bajo la categoría de crímenes contra la humanidad y genocidio, pudiendo adelantar que la oposición a la responsabilidad penal de los Estados ha sido una constante tanto en los debates suscitados con ocasión de la elaboración de los diferentes instrumentos internacionales (74) como por parte de la doctrina.

JAVIER SAENZ DE PIPAON Y MENGES (75) comienza afirmando que de acuerdo con la doctrina tradicional, un Estado no puede ser sujeto del Derecho penal, ni cometer infracciones, ni incurrir en responsabilidad ni sufrir condenas penales, sin embargo y bajo el concepto de «soberanía criminal», opina que normalmente los crímenes internacionales contra la humanidad y en especial el genocidio, son difíciles de cometer sin al menos la tolerancia Estatal, o el apoyo de una organización potente y compleja vinculada al aparato de la Administración. En la misma línea se ha pronunciado DONNEDIEU DE VABRES (76), refiriéndose a los crímenes enjuiciados en Núremberg, al significar en su obra «*Traité de Droit criminel*» que los actos internacionales de época reciente que han condenado la guerra de agresión como un crimen, llevan en germen la responsabilidad penal de esas grandes personas morales que son los Estados.

(74) Como hemos podido observar, no se ha apreciado todavía semejante responsabilidad en los diferentes Tribunales constituidos para enjuiciar los crímenes internacionales (Nuremberg, Tokio, ex-Yugoslavia y Ruanda).

(75) JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en «*Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*», Cit., p.132. Añade que dicha doctrina tradicional, junto al Estado, considera que las personas jurídicas, organizaciones y colectividades no pueden delinquir y por lo tanto estar sometidos a un derecho represivo, pues es un ser ficticio y abstracto, sin cerebro para reflexionar y decidir, sin miembros para ejecutar, sin nervios ni carne para sufrir un castigo y, por lo tanto, incapaz de querer y actuar dolosamente, de manera culpable, (En cita a GRAVEN) Ob Cit, p. 132.

(76) Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p.137.

Estas aportaciones participan del trasfondo recogido en el artículo IX del Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, al establecer que «*Las controversias entre las partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los actos enumerados en el Artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia*». Este precepto, aunque de carácter procesal, pone de manifiesto la voluntad del texto normativo de no tener inconveniente en aceptar la responsabilidad de un Estado.

Por otro lado, durante los debates celebrados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional para un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, algunas delegaciones consideraron que no sólo el individuo sino también el Estado podría ser tenido por responsable penalmente. Sin embargo la Comisión, según se refleja en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1984, acabó limitando por el momento el Proyecto de Código a la responsabilidad penal de los individuos «sin perjuicio de un examen ulterior de la posible aplicación al Estado de responsabilidad criminal internacional a la vista de las opiniones que los gobiernos hayan expresado» (77). No obstante en dicha comisión se dejó entrever que aún suponiendo que la responsabilidad penal del Estado pudiera admitirse y tipificarse en el marco del derecho penal internacional, las reglas a aplicar serían necesariamente diversas a las previstas tradicionalmente para la responsabilidad penal de los individuos incluso, en su caso de las personas morales (78). Habría que distinguir dos sistemas de responsabilidad separados: uno para exigir la responsabilidad penal del Estado por la imputación al mismo de la comisión de un crimen internacional y otro para exigir la responsabilidad penal al individuo u órgano que participó en el crimen imputado al Estado, de lo que se dedu-

(77) ROSARIO BESNÉ MAÑERO, «*El crimen internacional, nuevos aspectos de la responsabilidad de los Estados*», Universidad de Deusto, p.75 y 76.

(78) La Comisión para la redacción del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, afirmó que la atribución al estado de un hecho internacionalmente ilícito calificado de crimen internacional es algo muy distinto de la imputación a ciertos individuos-órganos de actos relacionados con la perpetración de un crimen internacional de un Estado, y que la obligación de castigar tales actos individuales no constituye la forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado autor de un crimen internacional, o en todo caso la única forma de esa responsabilidad. ROSARIO BESNÉ MAÑERO Cit p. 76.

ce siguiendo a ROSARIO BESNÉ MAÑERO (79), que no se podría eximir de responsabilidad criminal al Estado por el mero hecho de perseguir enjuiciar u castigar a las personas físicas y/o jurídicas que efectivamente ejecutaron o participaron en la ejecución del hecho criminal.

No obstante lo anterior la responsabilidad penal del Estado no ha cristalizado hasta la fecha en ningún instrumento internacional vinculante, llegando incluso a criticar la acepción crimen o delito en la Comisión de Derecho internacional para un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad para referirse a los Estados pues la doctrina de forma pacífica considera que se puede hablar de responsabilidad del Estado pero no de responsabilidad penal.

C) EL ESTADO CRIMINAL

PATRICIA FARALDO CABANA (80) define Estado criminal como «Estado en el que las autoridades nacionales, siguiendo la política fijada por las más altas instituciones del Estado, utilizan el aparato estatal para ordenar a los subordinados la comisión sistemática de delitos internacionales». Siguiendo las ideas apuntadas por FARALDO, la discusión en torno a la figura del Estado criminal se desarrolla en torno a dos cuestiones fundamentales, a saber: 1.º- Necesidad de que un Derecho supraestatal venga a extender su jurisdicción para enjuiciar tales delitos, habida cuenta que no van ha ser enjuiciados por el Estado en cuestión. 2.º- La cuestión relativa a la delimitación de los Estados que efectivamente actúan fuera del ordenamiento jurídico con la trascendencia suficiente como para ser objeto de la aplicación e ese Derecho supraestatal mencionada, que no es otra que la concreción del perfil del «Estado Criminal».

Respecto de la primera de las cuestiones, ROXIN (81) ha apelado de forma explícita a los principios fundamentales que informan el Derecho

(79) Ob, Cit, p. 76.

(80) FARALDO CABANA explica que «los delitos internacionales cometidos utilizando el aparato del Estado se caracterizan por tratarse de violaciones masivas y sistemáticas de bienes jurídicos individuales que por su magnitud y gravedad adquieren especial relevancia en el orden público internacional (...) esos delitos no van ha ser objeto de represión por el propio aparato estatal, visto que quienes encarnan su poder han ordenado su comisión a sus agentes de forma mas o menos abierta o encubierta». FARALDO CABANA, PATRICIA en su trabajo *Autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder*, (borrador todavía inédito al tiempo de escribir estas líneas).

(81) Según FARALDO CABANA, ROXÍN acierta al pensar que «solo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del estado que violen de modo evidente los derechos humanos». FARALDO CABANA en su borrador citado en Nota 77.

Penal Internacional, como el único marco adecuado que respaldaría una jurisdicción criminal Internacional al margen del nacional de cada Estado, y en concreto a un orden jurídico que necesariamente no se agotaría en el ordenamiento de un Estado sino que se prolongaría al ordenamiento jurídico internacional e incluso al Derecho natural.

En cuanto a la segunda de las cuestiones apuntadas, ciertamente el carácter del Estado que se corresponde con la definición mas arriba citada, es sin duda un Estado que se constituya en caldo de cultivo propicio para que prospere la comisión de crímenes calificados como internacionales, ya porque carezcan de controles jurídicos que impidan la comisión de los mismos, o al menos los persiga, ya porque los tres poderes se fundan en forma de órgano supremo y total del aparato estatal en un único vértice que encarnaría la máxima autoridad del Estado. Este modelo se corresponde en definitiva con los llamados estados totalitarios o dictatoriales y se aleja de los sistemas democráticos y de derecho en los que en palabras de FARALDO CABANA «las organizaciones estatales que empiezan a actuar clandestinamente, ocultando a la opinión pública nacional e internacional los métodos delictivos que aplican en la búsqueda de sus objetivos, ya que saben que el conocimiento de sus actividades puede dar lugar a persecución penal por los órganos del estado, lo que no sucede en el Estado criminal».

Sin embargo no todo Estado totalitario es necesariamente criminal, pues para aseverar que actúa fuera del orden jurídico, dada la dificultad que se presenta al disponerse dicho orden jurídico mediante leyes elaboradas por el propio Estado, hay que acudir por fin y como indicamos, a ese Derecho supraestatal al que se refirió ROXIN y que vería convenir la consideración de injusto o de no-derecho, la legalidad de un Estado marcada por una injusticia extrema y generadora de crímenes intolerables que haría perder su carácter o validez jurídica (82). El tratamiento jurídico penal de los «Estados Criminales», presentará graves problemas al resultar una vez mas la responsabilidad penal directa de los individuos como la única responsabilidad plenamente consolidada en las bases jurídicas del Derecho penal internacional (83), y por ello la tendencia de incriminación en el

(82) Se trata de la llamada formula de RADBRUCH que ha sido recogida por la jurisprudencia alemana tanto respecto de la época nacionalsocialista considerando injusto lo que había sido derecho como en el Tribunal supremo federal tras la reunificación alemana, eludiendo el obstáculo consistente en el principio de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables.

(83) FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, tras observar que «(...) *tampoco se puede exigir responsabilidad a los Estados en razón a los delitos cometidos por individuos que*

campo de criminalidad estatal se ha venido reconduciendo a través de la autoría mediata por dominio de la organización (84), extremo este que obliga a continuación a hacer unas breves consideraciones sobre el particular.

VI. AUTORÍA MEDIATA Y PERSONA JURÍDICA EN EL MARCO DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Los crímenes internacionales contra la humanidad y en especial el delito de genocidio ha sido singularmente protagonizados por los aparatos organizados de poder. Su planeamiento y ejecución han requerido la intervención de personas que integraron vastas organizaciones de carácter piramidal dando lugar a la discusión en torno a la imputación de las personas que las integraban. La proximidad de las recientes construcciones doctrinales en este campo a la afirmación de la responsabilidad penal de las organizaciones nos conduce a plantear dicha conexión al menos en las líneas defendidas por los autores mas actuales.

A) RESPONSABILIDAD EN EL SENO DEL APARATO ORGANIZADO DE PODER

HERNANDEZ PLASENCIA (85) comenta que el problema de la autoría y participación en la comisión de delitos mediante la instrumentalización a través de aparatos de organizados poder, se circunscribe al problema de si solo deben ser penalmente responsables los ejecutores de la organización por los hechos delictivos que cometen, o si también debe hacérseles responsables como autores o partícipes a los dirigentes de la

actúan ya en representación de los mismos, ya como funcionarios» cita a CHERIF BAS-SIOUNO que aduce a su vez: *«de la historia de la represión de los crímenes internacionales... se deduce que, hasta el momento, la responsabilidad directa en el Derecho Internacional se ha imputado a los individuos. Esto no significa sin embargo que la responsabilidad de los Estados quede excluida. La responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, cuya problemática se asemeja a la de la responsabilidad colectiva en el derecho penal interno, se ha manifestado a través de la Historia en la forma de reparaciones, un híbrido entre las sanciones penales y la responsabilidad civil»*. FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, Cit. p. 109.

(84) KAI AMBOS Cit. p. 16: «el dominio del sistema implica el dominio de los individuos que son una parte integral del sistema».

(85) HERNÁNDEZ PLASENCIA *«la autoría mediata en el derecho penal»* Granada Ed. Comares, 1996, p. 269.

organización por su influencia dando órdenes de ejecución, suministrando víctimas o aportando medios, es decir, utilizando su poder para cometer el hecho delictivo. La responsabilidad penal en la esfera de los aparatos organizados de poder ha sido abordada ampliamente por ROXÍN en Alemania en el seno de su teoría del dominio del hecho y la autoría mediata basada en la «fungibilidad» de los instrumentos utilizados en el seno de la organización piramidal pues de negarse el instrumento a cometer el delito, será fácilmente reemplazable por otro. Esta estructura piramidal asegura el dominio del hecho, pues garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor mediato.

Estas tendencias no están exentas de críticas pues en ocasiones son tildadas de insuficientes al no prestar solución muchas veces ante la dificultad de demostrar la actuación de los jefes y de los demás miembros de la organización en la participación en el delito cometido para la consecución de los fines de la organización (86). Así se han defendido otros criterios como la coautoría (87), la inducción (88), cooperación necesaria, la complicidad (89) o la autoría accesoria (90) como formas de solución alternativas a los supuestos descritos.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN

FARALDO CABANA coincide con ROXÍN, al no pretender este último extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente

(86) Señala FARALDO CABANA como medio para evitar soluciones más drásticas a los beneficios derivados de una modernización del principio de responsabilidad organizativa que es, dice, lo que se pretende con el dominio de la organización.

(87) Su máximo representante es JAKOBS, que alude a la inexistencia de la «fungibilidad» y afirma la concurrencia en los crímenes estudiados, de la decisión común de la decisión de realizar el hecho propia de la coautoría que queda constatada por la conciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección.

(88) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG en *«Autor y cómplice en Derecho penal,»* Ed Universidad de Madrid 1966. p. 176.

(89) GIMBERNAT explica que aunque las conductas inequívocamente criminales generalmente fundamentan la cooperación necesaria, el Genocidio, se erige en la excepción mas clara a dicha consideración pues de negarse cualquier interviniente a aportar su conducta criminal, podía ser fácilmente intercambiable por otro, calificando por ello como complicidad en base a la teoría de los bienes escasos

(90) Basándose en este último argumento en unión al rechazo de la coautoría por falta de una común decisión a realizar el hecho, algún autor ha defendido la concurrencia de autoría accesoria: BOCKELMANN y VOLK.

a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido, reduce el marco de aplicación del dominio del hecho en su forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder a aquellos casos en que concurren tres requisitos: que se trate de un aparato organizado de poder fuertemente estructurado; que el número de miembros dispuestos a cumplir la orden permita afirmar la fungibilidad del ejecutor y que la organización en cuestión esté desvinculada del ordenamiento jurídico, entendido este no solo como ordenamiento interno del estado sino también y especialmente como ordenamiento jurídico internacional e incluso como el mismo derecho natural (91).

Este último requisito ha planteado a su vez la cuestión de si la construcción dogmática de ROXÍN puede ser no obstante aplicada también en organizaciones no desvinculadas del Derecho y más en concreto en el ámbito de la empresa (92) a pesar de las enormes dificultades derivadas en gran medida de las diferencias que presentan las empresas, especialmente y por lo que aquí interesa, el hecho de que los trabajadores de la empresa no actúan coaccionados por los superiores jerárquicos así como la circunstancia de que en el ámbito general de la empresa las personas que dirigen esta como regla general no pueden contar con que sus empleados van a prestarse a cometer delitos, siendo por lo general rechazado dicho planteamiento por la doctrina (93). No obstante lo cual y como explica CAROLINA BOLEA BARDON,

(91) MUÑOZ CONDE predica la ausencia de esta última circunstancia en el caso de los asesinatos cometidos en la frontera de la antigua RDA, «ciertamente hay en muchos países órdenes, directrices e instrucciones de la superioridad que son contrarias a los pactos internacionales sobre Derechos civiles y políticos que esos mismos países han suscrito, como fue el caso de la RDA que había ratificado en 1976 el pacto Internacional de 1966 que entre otras cosas garantizaba la libre salida del territorio nacional. Pero esto no significa que sus sistemas políticos puedan ser considerados en un todo como organización criminal al margen del derecho», en «¿dominio de la voluntad. en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?», Revista Penal N.º 6 julio 2000, p. 114.

(92) Como hizo la Sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 en relación con los asesinatos de los que intentaron cruzar el muro de Berlín en la antigua RDA.

(93) MUÑOZ CONDE, «¿dominio de la voluntad...?», cit, p 120, afirma que «en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del derecho, como son sobre todo las empresas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado. En su lugar viene en consideración una coautora mediata en virtud de error, cuando se trata de un ejecutor irresponsable, y la coautoría cuando el ejecutor es responsable». PATRICIA FARALDO cit, p. 13: «cuando se trata de una organización legal en cuyo ámbito se cometen ocasionalmente delitos que normalmente no le produce un beneficio, no se podría decir lo mismo, excluyéndose en su ámbito la aparición de esta forma de autoría».

hay que reconocer que la figura de la autoría mediata puede resultar útil en casos de ejecución parcial o fraccionada del hecho, en los cuales los distintos ejecutores ni siquiera son conscientes de la parte que realizan los demás (94). Por último, FARALDO CABANA es de la opinión de que es el aparato estatal el más propio para que se dé la concurrencia de los requisitos que caracterizan un aparato organizado de poder, «*en particular cuando el aparato del Estado es ocupado por un grupo político, militar o policial que lo pervierte para el logro de sus fines*».

C) PROYECCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Aunque los delitos cometidos en el ámbito de las organizaciones pueden ser considerados desde una doble perspectiva, individual y colectiva, no corresponde extenderse aquí por mas tiempo respecto a la primera, interesando una vez expuesta la anterior construcción dogmática, entrar a considerar la responsabilidad por la organización.

a) Autoría mediata e injusto colectivo

Algunos autores han querido orientarse hacia el injusto colectivo para fundamentar la autoría mediata alejándose de los criterios de imputación individual. BLOY, considera que el principio de responsabilidad en el marco de la autoría mediata por el dominio de la organización derivaría en cierta restricción del principio de responsabilidad. CAROLINA BOLEA (95) en alusión al citado autor, explica que bajo la argumentación de éste no se presentaría ningún problema en afirmar que el ejecutor material es responsable directo y al mismo tiempo también es instrumento utilizado por el «hombre de atrás», si consideramos que en tanto que instrumento, su aportación se funde en la de toda la organización, a través de él actúa la organización y diferencia entre el injusto individual por el que responde el ejecutor material e injusto de la organización por el que responde el hombre de atrás (96).

(94) CAROLINA BOLEA. *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit., p. 398.

(95) CAROLINA BOLEA, cit, p. 354.

(96) En cuanto a la forma de concretarse el dominio de la acción, sólo alude el autor, (BLOY), al ejercicio de poder no físico, realizado a través de métodos de dirección administrativa, distanciado de los órganos de ejecución y del hecho. CAROLINA BOLEA BARDÓN cit, p. 354. p. 398.

b) Autoría mediata y capacidad de acción de las personas jurídicas

Aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de la coautora y de la autoría mediata se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas. ZUGALDIA ESPINAR, en esta línea, comenta que «se afirma que las personas jurídicas, son destinatarias de las normas jurídicas en cuanto pueden producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello, continua, se deduce, al mismo tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar acciones que se expresan a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, acciones de la persona jurídica (también el coautor y el autor mediato responden de su *propio acto* aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro) (97)».

VII. CONCLUSIONES

La evolución apreciada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Derecho penal internacional y por lo que aquí respecta, por los crímenes mas graves apreciados y tipificados por la comunidad internacional, ha sido por lo general poco reconocida habida cuenta las dificultades no solo a nivel nacional interno de cada Estado para apreciar dicha responsabilidad en su seno sino también a nivel supraestatal y dado lo problemático de atribuir responsabilidades penales a organizaciones equiparables a los mismos Estados en el marco del Derecho penal y la consolidación del concepto de subjetividad del ser humano. Dicha idea se ha apreciado con las particularidades reseñadas, especialmente en los diferentes Tribunales internacionales creados en cada momento para enjuiciar los hechos criminales cometidos en diferentes momentos de la segunda mitad del pasado siglo.

Hemos visto también que en determinados sectores del Derecho penal se han llevado a cabo importantes avances; ya en el ámbito empresarial y de la delincuencia económica, ya e el ámbito del racismo y la xenofobia etc., pero sin llegarse a tomar una conciencia clara del desafío consistente en exigir una responsabilidad concreta a los entes colectivos con independencia de la responsabilidad derivada de los hechos cometidos por sus

(97) MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR cita a TIEDEMANN; a BRENDER y a HIRSCH en «*capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*» Cuadernos de Política Criminal N.º 53, año 1994, p. 624.

miembros, siendo la Corte Penal Internacional el referente actual más inequívoco de la evidente precariedad del tema que nos ocupa en la actual situación jurídica internacional. Como dice KAI AMBOS, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni está universalmente reconocida ni existen reglas de imputación consensuadas.

Dicha consideración se hace más patente si cabe cuando hablamos de los Estados como posibles sujetos objeto de imputación penal, debiendo añadir aquí en relación a lo comentado en este trabajo, que incluso los Códigos Penales que empiezan a reconocer la responsabilidad penal de los entes colectivos como el Francés y el Noruego, excluyen expresamente este tipo de responsabilidad para los Estados.

Lo anterior, no nos debe inducir sin embargo a engaño, pues si bien hemos de admitir que todavía no se han establecido las bases para poder exigir en un futuro próximo la responsabilidad penal a las personas jurídicas u otras organizaciones, —debiendo esperar quizás a un mayor desarrollo de esta pequeña e innovadora parcela del derecho penal en el fuero interno de los Estados, ya iniciado en algunos países como Francia o Noruega—, también de las líneas de este trabajo se puede extraer un cierto afianzamiento del caldo del cultivo favorable para que en un tiempo no muy lejano se pueda dar el salto al ámbito supranacional en el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Para terminar, podemos aludir a la recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega a tiempo de significar: *«(...)Sobre la base de las apreciaciones anteriores, no se puede considerar como una debilidad del Estatuto de Roma el que la Corte no pueda incoar acción penal contra personas jurídicas. El procesamiento de personas físicas constituye, sin duda, la función primordial de la Corte, y también ha sido el propósito durante el largo proceso de negociación que ha desembocado en el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. Sin embargo, nada en el Estatuto es óbice para que, en los Estados de que se trate, se incoe acción penal contra personas jurídicas relevantes sobre una base nacional, inclusive con fundamento en información resultante del procesamiento de personas naturales por parte de la Corte (98) (...) A la vez, se ha dejado abierta la posibilidad de que el asunto sea reconsiderado en posteriores Conferencias con miras a la revisión del Estatuto de Roma de conformidad con el artículo 123, en caso de que las circunstancias sean apropiadas para ello».*

(98) <http://www.iccnw.org/html/norwayrecommendationspanish.html>