

LAS FRONTERAS DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Stefano MANACORDA

SUMARIO: I. *La responsabilidad penal individual: aspectos definitorios.* II. *Postulados criminológicos sobre los crímenes colectivos y recaídas en el nivel dogmático.* III. *Los crímenes de las masas en las elaboraciones de la Escuela positiva.* IV. *Crimen del sistema en la criminología y en la penalística alemanas de la posguerra.* V. *Crimen del grupo y actuar conforme a los estudios americanos de la década de los sesenta y setenta.* VI. *El nuevo impulso a la criminología y a la ciencia penal en la década de los noventa.* VII. *Análisis normativo: la responsabilidad colectiva en el derecho penal internacional y la declaración de criminalidad de las organizaciones a Nüremberg.* VIII. *Las varias formas de la determinación de la responsabilidad por la sola pertenencia al grupo.* IX. *Consideraciones finales sobre el crimen de grupo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL: ASPECTOS DEFINITORIOS

Hace exactamente sesenta años, en el verano de 1946, cuando solo faltaban unos meses para la conclusión del proceso, en la sala de la Corte de Nüremberg, los jueces llamados para pronunciar la decisión histórica, estaban enfrentados con uno de los nodos más problemáticos del caso entero: ¿cuáles, entre los principales criminales del eje, habrían tenido que responder por los horribles crímenes que habían marcado el nacional-socialismo?; ¿se tenían que declarar criminales solos individuos o también grupos y organizaciones que habían hecho posible tales atrocidades?; ¿y

cómo se habría tenido que estructurar la imputación de conductas de las cuales todos estos sujetos habían sido materialmente lejanos?

Más de medio siglo después, se podría decir que el asunto de la responsabilidad penal continúa representando uno de los nodos más problemáticos con los cuales la praxis y la doctrina del derecho penal internacional están llamadas a enfrentarse. En principio, esencialmente, se presenta la dificultad de utilizar, para la atribución del hecho, las categorías típicas del derecho penal porque estas están construidas sobre el paradigma mononuclear (un autor, una víctima, un hecho) y por lo tanto, parecen inadecuadas para tratar a acontecimientos complejos y macroscópicos como una guerra de agresión, un genocidio o una guerra civil.

Los internacionalistas, que han tenido que tomar en cuenta estos problemas, por lo menos a partir de la institución de la corte de Nüremberg, tuvieron que sobrepasar un obstáculo perjudicial: hasta una época relativamente reciente, solamente los estados podían considerarse como destinatarios de obligaciones y de derechos, mientras que los individuos no merecían el estatus de sujetos de derecho internacional (Quadri, Conforti pero también Manzini). La dificultad con la cual ellos tuvieron que enfrentarse consistió en ir más allá de la responsabilidad exclusiva del Estado para estructurar la responsabilidad de los individuos, y aquel, en relación con los mismos actos (Sperduti, Ronzitti, Francioni). El significado mínimo que el concepto de la responsabilidad individual tiene en nuestro campo de estudio es por lo tanto el siguiente: también las personas físicas pueden ser llamadas a responder de hechos lesivos del derecho internacional. Podríamos decir, también para hacer progresivamente mas claro nuestro pensamiento, que la aparición de un concepto de responsabilidad no estatal se debe a esta primera fase de desarrollo del derecho penal internacional y aún hoy ésta es la noción recibida por una parte de la doctrina. Se trata de un núcleo de certeza mínima de la cual debemos tomar los movimientos. Y de hecho, éste primer significado del concepto de la responsabilidad penal-internacional, si aparece importante en óptica histórica, es totalmente insatisfactorio desde la perspectiva penal. Afirmar que los individuos pueden ser llamados a responder de los crímenes internacionales no solo no soluciona la cuestión, sino que abre una serie de interrogaciones extremadamente complejas que no están sin implicaciones en el plan filosófico y moral sino que sobretudo, en lo que es nuestra perspectiva, tienen implicaciones con las categorías de la teoría general del delito.

De eso hay confirmación en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que está intitulado exactamente la “Responsabilidad penal individual” (y eso en los varios idiomas oficiales que allí podemos consultar: *responsabilité pénale individuelle*, *individual criminal responsibility*). Este precepto encuentra sus antecedentes históricos en los estatutos de los tribunales militares del período de la posguerra (respectivamente artículos 5 y 6 de la Carta de Núremberg y de Tokio) y, a cincuenta años de distancia, en las disposiciones correspondientes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc (respectivamente artículos 6o. y 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y para Ruanda). En una primera lectura de la norma adoptada en Roma en 1998, la insuficiencia de una concepción que defina la responsabilidad en derecho penal internacional solamente, como excluyente de los Estados, aparece claramente. De hecho, el artículo 25 deja fuera de su alcance la responsabilidad estatal (“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”), mientras que admite, de forma muy articulada, una pluralidad de hipótesis que pueden entrar en sentido ancho de participación criminal. Por lo tanto, el concepto de la responsabilidad penal necesita ser más precisado, extendiendo el significado mínimo en el cual la doctrina tradicional internacionalista lo tiene relegado.

Primero, habría que pedirse si la responsabilidad penal individual se presenta como regla o como el principio en el Estatuto o si tiene ambas funciones (en tales conceptos Dworkin). El derecho penal internacional, codificado en Roma, presenta una incertidumbre notable en el punto: aunque la parte tercera del tratado se dedique a los principios generales de derecho penal, contiene unos postulados normativos que determinan las coordenadas del sistema y que por lo tanto son verdaderos principios (la legalidad y la no retroactividad, por ejemplo), pero igualmente incluye algunas normas que constituyen las simples reglas de la parte general aplicables a la parte especial, como por ejemplo la reglamentación de los jefes y otros superiores del artículo 28 (sobre la parte general del derecho penal internacional Ambos 2002, Mantovani 2003, Jescheck 2004, Miletto 2006). El artículo 25 del Estatuto de la CPI, se presenta, con respecto a su contenido, como regla típica de la parte general porque regula detalladamente la participación en los crímenes internacionales. Al estado

no se puede todavía afirmar si contiene también un principio de naturaleza general, el mismo principio de la civilización que se ha impuesto en los sistemas penales modernos como resultado de la reacción a las desviaciones del estado de derecho que ocurrieron especialmente en Alemania e Italia en el curso de la primera mitad del siglo. Eso depende de la extensión y significación que al término “individual” deseamos atribuir, así como de la interpretación sistemática de las disposiciones estatutarias, aspectos sobre los cuales debemos ahora ulteriormente interrogarnos.

Por lo tanto, entrando inmediatamente dentro del contenido de la norma, hay una contradicción que se tiene que solucionar: mientras que el título se refiere al individuo singularmente considerado, en su contenido preceptivo constituye una cláusula típica de la extensión de la tipicidad penal para la realización plurisubjetiva de los crímenes para los cuales la Corte tiene jurisdicción. La aporía parecería consistir en el hecho de que el objeto de la disciplina es justo —contrariamente al título— un comportamiento que no es individual sino colectivo, y a confirmación de la originalidad de la opción del estatuto refleja bastante la circunstancia de que ningún legislador nacional se referiría a la complicidad en términos de responsabilidad individual. La contradicción es solo aparente y desvela al mismo tiempo las finalidades de la norma: esta quiere establecer que también en la realización pluri-subjetiva del hecho, la cuál representa la normalidad absoluta de la fenomenología criminal (normal en el sentido de típico, de acuerdo con tipo penal, o estadísticamente recurrente, según los puntos de vista), las reglas de la atribución del hecho se deben concebir en base individual, según el esquema de la participación criminal. También tal certeza relativa no resuelve nuestras dudas y abre, viceversa, una serie de interrogativos importantes desde el punto de vista penal.

Nos podemos preguntar si la norma del Estatuto quiere referirse exclusivamente a la responsabilidad de la persona física del autor o bien en el concepto de individuo se deben enumerar también las entidades jurídicas colectivas distintas del estado. Desde el punto de vista penal, se trata de estimar si el concepto de la responsabilidad penal incluye solo a los individuos o también las personas jurídicas, *rectius les entidades colectivas non estatales* llamadas directamente a responder de actos criminales. El asunto, que no ha quedado fuera del desarrollo histórico del derecho penal internacional. Se ha analizado, para ser rechazado, también en los trabajos preparatorios del Estatuto de la CPI.

En un segundo significado, el concepto de la responsabilidad penal individual podría llevar a pensar que está contemplada de manera exclusiva una responsabilidad de la persona singular (persona física o legal) con la exclusión de toda forma de responsabilidad para hecho de tercero o de simple posición. El asunto está extremadamente sensible en los sistemas penales nacionales. La Constitución italiana, por ejemplo, establece expresamente que la responsabilidad penal es personal para excluir toda forma de atribución colectiva del hecho (Alessandri 1991), expresión que podríamos adoptar también aquí para subrayar desde una perspectiva histórica, como las consecuencias que vienen de la aplicación del instrumento penal, en términos de limitación de la libertad personal, solo pueden ser compatibles con una reprobación fundada en la comisión de un hecho que sea obra del agente.

Al final se trata de preguntarse si el concepto de la responsabilidad penal vale también para especificar que nos encontramos enfrentados a una responsabilidad culpable, o sea que se apoya sobre un coeficiente subjetivo identificable como mínimo en la culpa y que las formas de la imputación objetiva no se admiten (en este significado Militello 2006; en el papel de la culpa en el derecho penal internacional Werle-Jessberger 2005), pero preciso que tal perfil no podría ser analizando aquí sino que merece ser profundizado de manera distinta.

En conclusión, en la perspectiva adoptada aquí, me limitaré a verificar si en el derecho penal internacional, en su actual configuración que resulta del estatuto de la Corte Penal Internacional, el principio de la responsabilidad individual admite o viceversa excluye las distintas formas de responsabilidad (colectiva o ultra-individual) de que hemos hablado antes, o sea de las personas jurídicas, del grupo, para el hecho de un tercero, de simple posición. En los sistemas internos tendríamos tendencia a pensar estas formas de responsabilidad como premodernas y escasamente compatibles con los principios que presiden al sistema penal; en el derecho internacional aparecen al contrario —según una corriente doctrinal minoritaria y una tendencia jurisprudencial dominante que vamos a examinar críticamente— como consubstanciales a la implicación del estado o de sus articulaciones en la comisión del crimen.

Aquí por lo tanto emergen los límites de la responsabilidad penal internacional que analizaremos primeramente para presentar algunas adquisiciones teóricas, de naturaleza criminológica y penal, para pasar sucesivamente a

un análisis del orden legal sobre las modalidades colectivas que se registran en la breve historia del derecho penal internacional.

II. POSTULADOS CRIMINOLÓGICOS SOBRE LOS CRIMENES COLECTIVOS Y RECAIDAS EN EL NIVEL DOGMÁTICO

La criminología, entendida como ciencia que estudia las dimensiones empíricas del crimen pero también como instrumento de orientación de la política criminal (Baratta 1982), puede proveer una ayuda válida a examinar los crímenes internacionales y las técnicas normativas de imputación. Se trata, por un lado, de registrar la dimensión colectiva de los crímenes que constituyen un paradigma típico del derecho penal internacional y un elemento que lo distingue con respecto del derecho penal interno, y del otro, de tirar las consecuencias con respecto a la atribución de la responsabilidad penal a los individuos. Sin embargo, se tiene que precisar sin embargo que ningún discurso ontológico y mecanicístico puede sustituirse al parámetro crítico de evaluación llevado por las opciones de la penalización.

Las contribuciones de la criminología que pueden ser útiles con referencia a nuestra reflexión se concentran en tres momentos históricos, con distintos objetos empíricos. Una primera corriente de pensamiento se sitúa dentro de la Escuela positivista italiana y francesa en el final del siglo diecinueve y se dirige hacia consideraciones acerca del crimen de las masas, considerando, particularmente, las revueltas de la calle que habían tenido lugar durante la revolución francesa. En el siglo pasado es obviamente la experiencia dramática del nacional-socialismo que orienta la búsqueda por parte de la criminología entorno a la criminalidad del sistema de poder: aquí las contribuciones maduran esencialmente en el contexto alemán, con una pluralidad de enfoques y de resultados. En los años siguientes, nuevas estimulaciones a la investigación empírica surgen a partir de los acontecimientos de Indochina y Vietnam: en el nuevo clima político, la atención de una parte de la sociología y la psicología americanas se concentra en la violencia del grupo.

En conjunto, estamos de frente a una totalidad diferenciada de reflexiones con un objeto común la cual, en la literatura más reciente, toma el nombre del macro-criminalidad (Jäger 1989, Reese 2004, Neubacher 2005). En este ámbito confluyen también la mayoría de los análisis re-

cientes, de varios orígenes, relativos a los crímenes internacionales que en los últimos quince años emergieron dramáticamente en África y en las fronteras de Europa.

III. LOS CRÍMENES DE LAS MASAS EN LAS ELABORACIONES DE LA ESCUELA POSITIVISTA

Dejando el paradigma naturalístico-ontológico del crimen, pero en oposición a la explicación la biofísica de Lombroso, los exponentes de la corriente social de la Escuela positiva maduran la convicción de que el individuo está influenciado a cometer crímenes en forma colectiva como efecto de empujes emocionales que los mueven y que hacen que su comportamiento no sea libre. Dentro de este espacio de reflexión, se reconocen dos distintas orientaciones, una de naturaleza esencialmente psico-social, la otra fundada sobre consideraciones de antropología criminal. El representante de esta última corriente es Scipio Sighele, ayudante de Ferri, y autor de un trabajo celebre sobre la muchedumbre criminal (Sighele 1901). Aparece claramente en la elaboración de este autor que el derecho penal debe interesarse de las dinámicas intersubjetivas que surgen dentro de esas reuniones de individuos que son las muchedumbres en quienes el microbio del mal se desarrolla más fácil que el microbio del bien. Sighele aparece influenciado particularmente por el trabajo de Gustave Le Bon, el sociólogo francés que se había interrogado sobre la psicología de la muchedumbre en la celebre obra de 1895 (Le Bon 1895): pero este había dedicado una atención modesta a las multitudes criminales, haciendo referencias a las acciones crueles durante los movimientos del final de setecientos, para dedicarse esencialmente a “las acciones heroicas” de las muchedumbres, lo que también le procuró éxito con el fascismo italiano.

La elaboración de Sighele se entrelaza con las búsquedas de Gabriel Tarde, célebre criminólogo francés que en la conclusión del siglo diecinueve dedicó su trabajo a “*La philosophie pénale*” desarrollando principalmente una teoría sobre los procesos de aprender y la imitación en la génesis del crimen (Tarde 1890). De la observación de suicidios y otros comportamientos desviantes, Tarde se convenció de que las clases elevadas transmiten a las clases subordinadas los modelos del comportamiento negativos incluso el mal ejemplo del crimen.

Estas teorías, aunque tengan presupuestos y resultados teóricos muy distintos, alcanzan conclusiones substancialmente unitarias: el individuo, si está determinado en su actuar por la interacción con otros individuos, no puede ser totalmente libre de responsabilidad penal sino que solo se puede considerar disminuida la reprobación y por consecuencia la pena: la teoría de Sighele se encuentran así en el Código penal italiano de 1930, en qué el hecho de actuar bajo la presión de una muchedumbre en conmoción constituye una circunstancia de atenuación de la pena (artículo 62 n. 3 C.p., en el punto también Jäger 1989).

IV. CRIMEN DEL SISTEMA EN LA CRIMINOLOGÍA Y EN LA PENALÍSTICA ALEMANAS

El impulso más fuerte a la investigación criminológica en el campo del crimen colectivo surgirá, después de 50 años, una vez tomada en consideración, desde el punto de vista histórico y judicial, la enormidad y sistematicidad de la violencia del régimen nacional-socialista. Sería imposible presentar aquí, aunque fuera de manera esquemática, las etapas principales de la reflexión historiográfica, sociológica y psicológica alrededor de tal asunto. Aquí me limitaré a indicar algunos análisis teóricos que han tenido principalmente como objetivo la reconstrucción del Tercer Reich en conexión específica con la temática de los crímenes y sobretodo en relación con el tema de la responsabilidad.

Primero, es la reflexión Karl Jaspers, invitado para enseñar en las universidades alemanas inmediatamente después del final de la guerra, que constituye el principio de toda reflexión ulterior en el asunto: en su célebre folleto sobre la culpabilidad de la gente alemana (Jaspers 1965), Jaspers define cuatro formas de responsabilidad: legal penal, ética, política y metafísica. A nosotros solo nos importa subrayar que la responsabilidad jurídica solo puede ser individual, mientras que es posible concebir una responsabilidad política colectiva que se relaciona con la totalidad de la gente alemana.

Las mismas cuestiones estarán en el centro de la reflexión de Hannah Arendt en el más célebre de sus escritos, “La banalidad del mal”, en el que el proceso de Eichmann permite reflejar la dificultad de centralizar sobre una única persona —de quién la culpabilidad por otra parte no se deja a la duda— el peso de la exterminación de los judíos: esa figura po-

bre, el “especialista de las cuestiones judías” sentado en la célula de cristal de Jerusalén, no consigue sumar en él toda la brutalidad incluida en el Shoah (Arendt 1961). Arendt volverá al asunto específico de la responsabilidad colectiva, en perspectiva decididamente filosófica, en la colección de escritos y entrevistas publicadas bajo el título “Responsabilidades y juicio”, para defenderse de las acusaciones que su texto había levantado y para presentar las consecuencias de los juicios que Alemania, en el curso de años sesenta, había llevado, de manera insuficiente todavía, en relación con los crímenes nazi: y aquí Arendt rechazará la “teoría del pequeño hombre insignificante” (Arendt 1996).

El mismo problema se presentará en la criminología varios años más tarde: el mérito para haber comenzado a analizar el crimen del sistema se puede atribuir al *Habilitationschrift* de Herbert Jäger de 1967 y a los escritos menores que han precedido y acompañado a este texto (Jäger 1967). Estamos frente al más elaborado análisis en el asunto de los crímenes del totalitarismo a partir del cual se desarrollará una serie de elaboraciones ulteriores significativas, tanto desde el punto de vista criminológico como dogmático-penal. No hay duda de que el más celebre de estos estudios se debe atribuir a Claus Roxin y a su teoría celeberrima del autor mediato a través del sistema de poder (*organisatorische Machtapparate des Willensherrschaft Kraft*) a quien dedica una parte importante de su *Habilitationschrift* de 1963. El núcleo de la tesis reside, tal como bien se sabe, en el hecho de que a la cumbre de un sistema de poder no se le puede atribuir el hecho criminal realizado dentro de un sistema de poder en el cual los ejecutores son fungibles, ni como autor inmediato, ni como coautor, ni como cómplice. La figura alemana del *mittlebare Täter*, con la noción del dominio del hecho, permite a Roxin alcanzar un modelo de la responsabilidad que tendrá éxito también en el ámbito internacional-penal (Schlösser 2005).

Muy diversificados serán de todas formas los resultados del fermento cultural levantado alrededor del tema de los crímenes del nacional-socialismo. Varios modelos alternativos se presentaran, pero todos tendrán que enfrentarse con las adquisiciones definitivas de Jäger y de Roxin, poniéndose a veces en línea, u oposición con respecto a los mismos. El mismo Jäger volverá en el asunto con el célebre trabajo sobre *Makrokriminalität* (Jäger 1989), destinado a teorizar una categoría más ancha, en la cual el crimen del sistema estatal o para-estatal representa solamente una declinación. El fulcro del estudio de Jäger, en términos de consecuen-

cias normativas, se constituye de la afirmación de que, aunque el sistema puede contribuir a la ideación y realización de los crímenes, los individuos no pueden estar libres de responsabilidad. Hay una recuperación de la individualidad, y por lo tanto de la responsabilidad individual, que permite distinguir los actos de cuántos han accionado en conformidad con los órdenes y de cuantos se han destacados de estos.

Con este trabajo hemos llegado a los umbrales de los años noventa, cuando nuevos conflictos regionales y la creación de jurisdicciones penales internacionales empujan nuevamente a interrogarse acerca del fenómeno de la criminalidad sistémica desde el punto de vista internacional. Antes de esto, para una ilustración coherente y completa del cuadro teórico, merecen una especial atención los estudios criminológicos, desarrollados particularmente en los Estados Unidos, entre los años sesentas y setentas, en coincidencia con la guerra de Vietnam y en línea con el renovado espíritu crítico que domina la sociedad.

V. CRIMEN DEL GRUPO Y ACTUAR CONFORME A LOS ESTUDIOS AMERICANOS DE LA DÉCADA DE LOS SESENTA Y SETENTA

No hay estudio reciente en los crímenes internacionales que no haga referencia al famoso experimento que Stanley Milgram condujo en la Universidad de Yale en 1961, año en el cual el proceso de Adolf Eichmann se terminó (Milgram 1974). El interés y la utilidad de tal prueba experimental son relativamente modestas dentro de nuestras reflexiones: se concurrió a demostrar que un individuo "normal" (para las condiciones psicofísicas, el nivel de aculturación y la socialización) sujetado a la autoridad de otro individuo es susceptible de realizar una conducta violenta, y del caso también criminal, mucho más allá de los límites que abstractamente podrían ser atendidos. La sumisión del sujeto experimental a una prueba permite convalidar la tesis de que la gran mayoría de los individuos, demandados por otro sujeto con autoridad científica, esta dispuesta a sujetar a un tercero a descargas eléctricas hasta 450 volts.

Igualmente interesante es otro experimento, de unos años sucesivos, que se realizó en la Universidad de Harvard por Joseph Zimbardo y un grupo de sociólogos, con el fin de analizar el cambio del comportamiento que caracteriza a los individuos en condiciones de violencia institucional (Haney, Bancos, Zimbardo 1973). El experimento consistió en crear

una prisión artificial dentro de la universidad. Una vez creada, un grupo de estudiantes asumió el papel de guardias y otro de detenidos: los comportamientos violentos que no se podían prever en las condiciones subjetivas y objetivas en las cuales el experimento fue realizado, indujeron a terminar de manera muy anticipada el experimento.

Sería difícil retirar de las actividades experimentales que hemos descrito inferencias directas en el plano penal. Resulta solamente confirmado que el comportamiento individual, subordinado a algunos factores de tensión en dinámicas y grupos colectivos, esta destinado a asumir perfiles distintos de aquellos que normalmente caracterizan la acción del individuo singularmente considerado. Las consecuencias dogmáticas de estas reflexiones tienen que ver esencialmente con la categoría de la culpabilidad.

VI. EL NUEVO IMPULSO A LA CRIMINOLOGÍA Y A LA CIENCIA PENAL DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

Sería prematuro y difícil ordenar la gran cantidad de contribuciones, que a partir de principios de la década de los noventa, se multiplicaron en Europa y en Estados Unidos para el efecto del levantamiento de dimensiones criminales complejas y sistémicas, con el restablecimiento de campos de interacción de Europa durante el conflicto balcánico que recuerdan los horrores del nacional-socialismo (Agamben 1995) pero también se destacan esos para el carácter tribal, como es caso del genocidio ruandés (Álvarez 1999).

De las elaboraciones teóricas de la década pasada nos parece solamente oportuno señalar algunos análisis destacados que, a mi manera de ver, marcan un cambio importante del paradigma criminológico y normativo. En un corto escrito de 1994, Ernst Joachim Lampe distingue significativamente entre “sistema del injusto” e “injusto del sistema”, teorizando de forma genérica la posibilidad de responsabilizar por el ilícito internacional no sólo al individuo sino también al sistema que lo ha producido (Lampe 1994). La teoría queda escasamente definida —algo como suspendida en el vacío— pero está clara en su afirmación esencial: el Estado, el sistema pervertido de las instituciones al crimen, debe ser llamado a responder de la conducta ilícita que ha realizado. La tesis no tendrá consecuencias importantes y ganará muchas críticas por parte de Jäger (Jäger 1995) y de Marxen (Marxen 1998), este último en un ensayo corto y denso sobre la participación en graves injustos sistémicos.

Sin embargo un eco positivo en la literatura de lengua alemana no carecerá, especialmente en la monografía de Vest consagrada a las fronteras entre la responsabilidad individual y colectiva (Vest 2002). Ahí se afirma claramente que el derecho penal individual no es suficiente frente a la dimensión sistémica del injusto surgente de los crímenes contra la humanidad y del genocidio.

Ulteriormente, la idea de la responsabilidad del sistema estará apoyada por George Fletcher en dos recientes escritos (Fletcher 2002 y 2004): la responsabilidad colectiva, según el famoso penalista americano, puede y debe ser contemplada en los crímenes internacionales, a condición de que de ella se ofrezca una lectura “liberal y humanista”, entendida como la reducción del cargo de las responsabilidades del individuo y su redistribución en la colectividad.

Al final, si deseamos reanudar en el resultado de la reflexión de la criminología y el crimen del grupo, diríamos que la idea hace énfasis en que los individuos —y solamente los individuos— pueden ser llamados a responder de hechos criminales realizados de forma macroscópica, y especialmente por entidades estatales o paraestatales en contextos del conflicto interno o internacional. Recientese traduce en el rechazo de formas de responsabilidad de posición, para el hecho de un tercero y supra-individuales y en la admisibilidad excepcional de la hipótesis de la reducción de la pena en favor del que ha obrado en este contexto, parece dejar paso a una nueva doctrina que reconstruye la responsabilidad en forma colectiva: también el sistema debe responder, es la afirmación más o menos explícita de una parte de los autores de estos últimos años. Entonces se encuentra la necesidad de apurar si estas formas de responsabilidad del sistema corresponden a la historia y si ellas se conforman al cuadro jurídico actual del derecho penal internacional.

VII. ANÁLISIS NORMATIVO: LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA DECLARACIÓN DE CRIMINALIDAD DE LAS ORGANIZACIONES A NÜREMBERG

Bajo la etiqueta de responsabilidad colectiva vamos a presentar una serie de formas de responsabilidad supra-individual que históricamente se han presentado en el derecho penal internacional.

En la teoría de Lampe se toma como modelo de la responsabilidad colectiva la famosa previsión de Nüremberg sobre la declaración de criminalidad de las organizaciones (Jescheck, 1952). Aquí fue previsto, en los artículos 9 y 10 del Estatuto, que la corte militar podría llamar a responder de los hechos contemplados por el artículo 6 (guerra de agresión y preparación de la misma, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad), no sólo a las personas físicas sino también a algunas organizaciones.

Artículo 9o.: At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization. After the receipt of the Indictment the Tribunal shall give such notice as it thinks fit that the prosecution intends to ask the Tribunal to make such declaration and any member of the organization will be entitled to apply to the Tribunal for leave to be heard by the Tribunal upon the question of the criminal character of the organization. The Tribunal shall have power to allow or reject the application. If the application is allowed, the Tribunal may direct in what manner the applicants shall be represented and heard;

Artículo 10: In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individual to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned.

La declaración de criminalidad de las organizaciones estará utilizada después por los tribunales de la cuatro zonas de ocupación de la Alemania que solo tenían que juzgar la responsabilidad de los individuos. Una vez establecido por la Corte de Nüremberg que una organización era criminal, esto era suficiente en los *Folgeprozesse* para declarar culpables a los individuos. El artículo 2.2 de la ley n. 10 del Consejo de control aliado, que había introducido los tribunales de ocupación y que determinaba su competencia, así preveía: “Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he (..) (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime”.

En la reconstrucción doctrinal que se ha propuesto de tal mecanismo normativo, la atención que se ha puesto tiene exclusivamente dimensión procesal para subrayar los efectos positivos de simplificación en la verificación de la responsabilidad. Ahora, está claro que ninguna pena fue prevista en Nüremberg al cargo de las organizaciones y que estas no se pueden por lo tanto considerar como sujetos responsables de las acciones criminales. Por otra parte, tiene que señalarse que las cuatro organizaciones criminales que se declararon criminales (dos menos de las que habían sido contempladas en la acusación) tenían que estar de cierta manera conectadas con los hechos delictivos, teniendo que considerarse como centros de imputación criminal. Era un mecanismo delicado de imputación lo que la Corte fue llamada a aplicar (y todavía antes a elaborar), lo que habría llevado a considerar como posible la atribución a una u otra organización de los hechos discutidos en Nüremberg.

En una monografía francesa, publicada pocos años después del juicio de Nüremberg, se describen correctamente los mecanismos de la imputación (Meyrowitz 1950). Delante del IMT la declaración de criminalidad del grupo estuvo atada al procedimiento contra un individuo juzgado por la misma Corte y fue subordinada a la declaración de culpabilidad del mismo. El Tribunal limitó la declaración de cada organización a un grupo estrecho de miembros, limitando su número a través de criterios objetivos, (con la exclusión de funciones subordinadas) y subjetivos (conocimiento de las finalidades criminales y de las acciones criminales de la organización y carácter voluntario de la pertenencia a la organización). No se trató, está claro, de una responsabilidad de las entidades legales (rechazadas también de Jackson IMT, T VIII, 371). Sin embargo se trató de poner en marcha un mecanismo de atribución del hecho a la colectividad a través de la conducta y el papel de un individuo. La misma Corte —casi traicionando su propia preocupación para las consecuencias de tal mecanismo— precisó que el juicio tenía que desarrollarse de acuerdo a los principios jurídicos admitidos, desde los cuales uno de los más importantes era el principio de la culpabilidad individual, que excluye sanciones colectivas y que garantiza que los inocentes no sean implicados en la represión.

Independientemente de estos perfiles, que merecerían otra profundización, nos importa señalar aquí que el sistema de la declaración de criminalidad no fue reproducido más tarde en la experiencia del derecho penal

internacional y particularmente no ha sido admitido en el Estatuto de Roma, por lo cual tiene hoy que ser mirado como significativo, pero concluido, antecedente histórico.

VIII. LAS DIVERSAS FORMAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA SOLA PERTENENCIA AL GRUPO

En la historia del derecho penal internacional la necesidad de sancionar no al grupo sino al individuo como resultado de su pertenencia a una entidad criminal colectiva ha aparecido varias veces. Si, por un lado, tal requisito ha sido satisfecho por medio de las reglas relativas a la participación de personas en el crimen (contempladas gradualmente en forma más detallada por los Estatutos), se ha asistido, por otra parte, a la tentativa normativa y jurisprudencial de ampliar el área de la responsabilidad del individuo por medio de la imputación a aquel de las conductas delictivas realizadas por otros participantes del grupo.

Primero, en el derecho penal internacional se ha experimentado, la posibilidad de recurrir a esa forma anglo-americana de la responsabilidad a las fronteras inciertas que es la *conspiracy*. La conspiración puede tener dos funciones: actúa como crimen de anticipación, punible en cuanto tal (*anticipatory crime*), y como instrumento para determinar la responsabilidad del partícipe. En el primero de los dos significados la conspiración no fue recibida en Nüremberg; viceversa ella fue prevista como instrumento para la punibilidad de la complicidad (Pomorski 1990), pero no tuvo éxito. De hecho, en el artículo 6 de la Carta de Nüremberg, se estableció que se podía castigar el planeamiento, la preparación o el principio de la guerra de agresión, así como la participación en un plan común o una conspiración para una de estas acciones (artículo 6 (a): Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing”), y igualmente se admitió la punibilidad más general del *common plan* y de la *conspiracy* con referencia a todos de los crímenes contemplados en la norma (artículo 6, ultimo apartado: “Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit

any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”).

La decisión de la Corte, en una de las partes más discutidas (“The Law as to the common Plan or Conspiracy”), rechazó la teoría de que la conspiración era aplicable también a los crímenes de la guerra y a los crímenes contra la humanidad, aplicándola viceversa en el campo exclusivo de los crímenes contra la paz. Con referencia a la guerra de agresión, el único crimen entonces en donde al final la *conspiracy* fue aplicada, se alcanzó la conclusión de que los elementos aducidos de la acusación eran demasiado vagos y genéricos para dar vida a una conducta punible, con el resultado de que los imputados no fueron condenados en el punto (Pomorski, 1990).

Posteriormente, la conspiración fue incluida, en una forma más estrecha, en el Estatuto de los dos Tribunales ad hoc por medio de la recepción integral de la definición del genocidio contenida en el artículo III.b de la convención de las Naciones Unidas de 1948 (artículos 2.3.b del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y 4.3.b. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), pero también en éstos casos parece haber tenido un suceso modesto. Los Tribunales de los años noventa, y especialmente el Tribunal para la ex Yugoslavia, en lugar de esto, ha utilizado una forma de imputación que no está prevista expresamente en el Estatuto. Nos referimos aquí a la empresa criminal común (*Joint Criminal Enterprise*) que en sus varias formas determina la afirmación de la responsabilidad del cómplice extranjero a la ejecución de la condición de pertenecer al grupo (Van Sliedregt, 2003).

Esta forma disputada de la imputación contiene tres hipótesis muy distintas y que no son asimilables entre ellas. La forma básica de la *joint criminal enterprise* es una forma de coautoría que tiene como elemento el plan común o el *common purpose*. Esta implica la atribución pacífica de responsabilidad al que ha participado en el grupo con la voluntad de realización de la actividad criminal (*shared the intent*). Más problemática la afirmación de la responsabilidad en la segunda forma de la *joint criminal enterprise*, dicha del “campo de concentración”, y que de hecho se concibe como una imputación culpable. En ella, el individuo responde por todos los hechos realizados por otros miembros del grupo de los que tenía o hubiera podido tener conocimiento. Muy dudosa e incierta es la forma de la *joint criminal enterprise*, que permite la admisibilidad de la responsabilidad

de forma extensa (*extended form*). En está, se da la atribución al agente de todos los hechos cometidos por otros miembros del grupo, a condición de fueran previsibles en el desarrollo normal de los acontecimientos. En mi opinión una hipótesis de responsabilidad objetiva que se critica fuertemente en la doctrina (Marston Danner, Martínez 2005, Werle 2005) y en la jurisprudencia (Schonburg).

El conjunto de estas hipótesis, vagamente resumidas, corresponde a la exigencia de castigar al que no ha realizado materialmente las conductas previstas en los tipos de la parte especial del Estatuto pero que ha participado en un grupo que se ha dedicado a tal actividad. Desde un punto de vista político-criminal se entiende fácilmente que tal exigencia se presenta fuertemente en los contextos tan complejos y articulados como los que llevan a la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, *conspiración* y *joint criminal enterprise* revelan un alejamiento del requisito de imputación objetiva, antes que de imputación subjetiva, entre el agente y el hecho, pudiéndose presentar como forma de responsabilidad por el hecho de un tercero, de posición o colectiva.

IX. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CRIMEN DE GRUPO EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En conclusión, se tratará de verificar si, y dentro de que límites, estas formas de imputación están reconocidas en el texto que actualmente constituye la referencia del derecho penal internacional, es decir, el Estatuto de Roma. En un primer análisis se percata, de que el término *conspiración* no aparece dentro del texto, lo que podría inducir a pensar en la renuncia de la punibilidad de esta forma de extensión de la tipicidad. No obstante, se admite, como última hipótesis contemplada por la norma sobre la complicidad, un caso de responsabilidad que deriva de la participación en un grupo criminal: nos referimos al artículo 25 (3)(d) que sanciona a quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

Según las interpretaciones, esta norma (que tiene su antecedente en el Convenio de las Naciones Unidas de 1998 contra el terrorismo) es un sustituto de la *conspiracy* (Werle 2005), un compromiso entre las varias formas de la conspiración (Eser 1998 y 2002) o una forma completamente distinta de responsabilidad. Sin embargo, para la doctrina, se trata de una norma problemática, con un aspecto excesivamente marcado de subjetivismo, en la cual la contribución material del crimen se substituye por la participación en el grupo con la intención de facilitar el plan común y la actividad del mismo.

Por lo tanto, la mayor parte de la doctrina intenta desvalorar la norma: considerándola inútil o interpretándola de manera restrictiva. La opinión prevaleciente es que esta forma de responsabilidad sea puramente residual y se tome en cuenta cuando las otras formas de participación en el crimen previstas para los párrafos anteriores del artículo 25 no se puedan aplicar. Además, según algunos autores, esta sería una norma inútil porque no tendría capacidad de añadir algo a las formas anteriores de complicidad del artículo 25 (Amati 2005). Esta es una conclusión que está fundamentada en la reconstrucción de la complicidad como participación en la actividad organizada y en cuánto tal aparece substancialmente aislada en el contexto doctrinal.

Viceversa, según otros autores, la norma en cuestión que prevé la punibilidad para el que contribuye de alguna forma en un grupo de personas animadas por un propósito criminal común, se aleja considerablemente de la punibilidad del simple acuerdo, para conectarse al esquema de responsabilidad típica de los delitos de asociación (Argirò 2006). Nos parece que esta tesis no puede ser aceptada porque la norma atribuye la responsabilidad del crimen y no de la conducta simple de la participación.

Según otra reconstrucción, el “fin de la acción común” daría vida a la tipificación de una forma híbrida: de compromiso entre la conspiración y los crímenes de asociación de marca continental. Conforme a esta tesis, sería punible la conducta que no se lleve a cabo en una contribución material a los crímenes objeto del grupo criminal pero que contenga “un elemento psicológico significativo respecto a ellos” (De Martino 2005). También hay quien considera que detrás de la norma se encuentra la *joint criminal enterprise* pero con la exclusión de la tercera y más problemática forma, (*extended form*) (Van Sliedregt 2003).

Para concluir, esperando las primeras decisiones judiciales con respecto a esta norma, solo podemos indicar que nos encontramos frente a una disposición altamente problemática, en la que la dialéctica entre la dimensión colectiva del crimen y la responsabilidad penal individual, uno de los principios de referencia de cada sistema punitivo moderno realmente civilizado, no está resuelta.