

Encuentra el curso jurídico que necesitas para el 2012 en:
portalformacion.lexnova.es



- Aprovecha tus créditos - gestionámos tu bonificación en el TCI para que puedas salirte gratis - desde el primer día de 2012.

- Contenido enlazado con bases de datos actualizadas:
lexnovaonline

- Contenidos especializados de todas las áreas del ordenamiento jurídico.

- Homologación universitaria en los cursos de la UNIR y la UEMC.

Nº 36

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ
Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Revista de **Derecho Penal**

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 840-2000
ISSN 1576-9763
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Ángel Torío López y Ángel Sanz Morán, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

Tel. 983 457 038
portalformacion.lexnova.es

LEX NOVA

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO EICHMANN^(*)

KAI AMBOS

*Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
Universidad Georg August de Göttingen*

RESUMEN

Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann

En este artículo, el autor analiza el proceso contra Adolf Eichmann ante la Corte del Distrito de Jerusalén, planteando tres tesis. En primer lugar, el proceso de Eichmann puede ser abordado de manera diferente, dependiendo de la perspectiva de un «insider» (vinculado al ámbito jurídico-procesal) o de un «outsider» (de las ciencias sociales o de la antropología). En segundo lugar, el Estado de Israel —recién fundado en el momento del proceso— fue capaz de garantizar un juicio justo (*fair trial*), aunque en circunstancias similares (juzgando casos de macrocriminalidad) otros Estados han sido incapaces de hacerlo. En tercer lugar, y ante todo lo más importante, la sentencia no es del todo convincente en cuanto a la aplicación de la ley, en particular con respecto a los modos de la responsabilidad.

Palabras clave: Derecho penal internacional, parte general del Derecho penal, Núremberg, el proceso Eichmann.

ABSTRACT

Some reflections on the Eichmann case

In this paper the author discusses the trial of Adolf Eichmann before the Jerusalem District Court, putting forward three theses. First, the Eichmann trial may be approached differently depending on an insider (legal) or outsider (social science/anthropological) perspective. Second, the, at the time of the trial, recently founded State of Israel was able to guarantee a fair trial, although in similar circumstances (adjudicating events of macro-criminality) other States have been and are unable to do so. Third and most importantly, however, the judgment is not entirely convincing as regards the application of the law, in particular with regard to the modes of responsibility.

Key Words: International criminal law, general part of criminal law, Nuremberg, Eichmann process.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. *OUTSIDERS VS. INSIDERS* Y JUICIO JUSTO.

II. EL TIPO DE RESPONSABILIDAD APLICADA A EICHMANN: AUTOR PRINCIPAL, CÓMPLICE U ¿OTRA FIGURA DE IMPUTACIÓN MÁS?

(*) Traducción realizada del inglés y portugués por Diego F. TARAPUÉS SANDINO (Colombia) y María Cecilia DÓMINE (Uruguay), estudiantes de LLM y doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se centrará principalmente en algunas cuestiones jurídicas del proceso contra Eichmann, basándose en trabajos anteriores⁽¹⁾ y presentando tres tesis. *La primera tesis* —en la única que me referiré al libro de Hannah ARENDT— es que en el proceso Eichmann vimos por primera vez, al menos explícitamente en este tipo de casos de macrocriminalidad⁽²⁾, un enfrentamiento entre los actores jurídicos, los «insiders» (es decir: el fiscal, el juez y la defensa) y los observadores externos, los «outsiders» (por ejemplo: los historiadores, antropólogos, etc.). *La segunda tesis* es que el Estado de Israel, en ese entonces recién fundado, demostró en el caso Eichmann que era capaz de llevar a cabo un proceso justo (*fair trial*), en circunstancias en que otros Estados fueron incapaces de hacerlo. Debemos recordar que Eichmann no era un criminal ordinario, de hecho había sido el organizador del Holocausto. *La tercera tesis* que me gustaría plantear es que en el campo de la autoría y la participación, la sentencia es bastante confusa con respecto a la responsabilidad de Eichmann en relación a su participación en la empresa criminal de la «Solución Final».

I. OUTSIDERS VS. INSIDERS Y JUICIO JUSTO

No hay mucho que decir acerca de mis dos primeras tesis, ya que ambas son bastante evidentes. *La primera tesis* puede ser comprobada mediante el análisis de los testimonios de los operadores judiciales del proceso, los cuales aún están vivos. En efecto, en una entrevista reciente⁽³⁾ Gabriel BACH, el fiscal israelí del proceso, declaró:

«Yo no sabía nada de Hannah Arendt antes de que ella llegara. Llegó unos días antes del proceso, y me dijeron: es una filósofa llegada de Estados Unidos. Hannah Arendt, quiere escribir algo en contra del proceso (antes de que comenzara). Eso fue un poco raro para mí, y le he dicho que estoy dispuesto a encontrarme con ella y que podíamos hablar sobre los problemas que ella pudiera tener. Después de dos días recibí la respuesta: ella no estaba dispuesta a hablar con nadie de la fiscalía. Nuevamente me sorprendió, quiero decir, no debe aceptar lo que decimos, pero que no estaba dispuesto a hablar con nadie de la fiscalía, era algo extraño. Sin embargo, a continuación di instrucciones, para que no solamente pudiera estar presente todos los días, sino también para que pudiera consultar todos los documentos, tanto de la defensa como de la acusación, de tal modo que pudiera formarse una idea sobre cualquier problema que pudiera llegar a tener.

(1) Cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, en particular p. 182 ss. También hay una versión resumida y actualizada en español: *La parte general del derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, reimpr. Temis, Bogotá, 2006, p. 216 ss.; y en Portugués: *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 250 ss.

(2) Véase el concepto de macrocriminalidad en JÄGER, H., *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

(3) Los extractos son una traducción del alemán de una entrevista dada por BACH en Deutschlandradio Kultur, 7-4-2011, disponible en <<http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1431281/>> (consultado el 24-1-2012).

Y luego escribió este libro. [...] Que ha expresado no sólo ideas extrañas, y en realidad muchos de los documentos que se citan, [...] se han tergiversado por completo. [...] Entre otras cosas, escribí, por ejemplo, que retratamos a Eichmann de una manera muy oscura, lo que reduciría la culpa de Hitler y Himmler. Ella escribe esto en aquel libro. Por supuesto, algo ridículo. Es claro que Hitler y Himmler eran culpables, ellos fueron los que concibieron la idea. Eichmann fue el responsable de la ejecución. Pero el hecho de que él fuera tan fanático y de que por esta misma razón se le mantuviera durante todo ese tiempo como responsable de la sección judía, no reduce la culpa de aquellos que tomaron anteriormente las decisiones principales.

Todas estas cosas son realmente muy extrañas y difícilmente pueden ser aceptadas. [...] Es absolutamente erróneo afirmar que él sólo cumplía o ejecutaba órdenes simplemente de manera banal. Nosotros conseguimos demostrarlo realmente en este proceso».

Parece entonces que Hannah ARENDT no quería saber (ni mucho menos entender) la perspectiva de los operadores judiciales. Según este último, representado por BACH, Hannah Arendt hizo un retrato errado del juicio, incluso distorsionando la «verdad» del juicio. Este enfoque ha sido igualmente objeto de crítica en un libro publicado dos años después del fallo⁽⁴⁾.

Obviamente esto es sólo una parte de la verdad. De hecho, el punto de vista estrictamente jurídico no era de interés para Hannah Arendt. Ella trata de comprender el fenómeno Eichmann como «banalidad del mal», es decir, como un representante del sistema nazi que sólo pudo existir y funcionar debido a la existencia de muchas personas banales, tan mediocres como el propio Eichmann, que formaban el engranaje del sistema e incluso se habían convertido en piezas imprescindibles en la maquinaria de destrucción nazi⁽⁵⁾. Evidentemente, la crítica de Hannah Arendt fue causa de mucha inquietud entre los fiscales, pero es importante reconocer las diferencias de perspectiva. En este sentido, su punto de vista proviene de afuera del proceso (*outsider*) y, además, no se centró en las cuestiones técnicas (los asuntos penales del proceso), sino que se enfocó sólo en los aspectos sociológicos, psicológicos y antropológicos. Ambas perspectivas son legítimas y cumplen funciones importantes, aunque diferentes. Las dos perspectivas reflejan la tensión entre la visión externa interdisciplinaria, y la visión jurídica interna de un tribunal penal, que sólo trata de determinar si el acusado es o no culpable⁽⁶⁾. En cuanto a *mi segunda tesis*, vale la pena recordar que el Estado de Israel ha demostrado una gran independencia en el caso Eichmann, lo que garantiza que Eichmann tuvo un juicio justo⁽⁷⁾. A Eichmann se le permitió elegir a cualquier abogado (alemán) que él quisiera,

(4) Cfr. ROBINSON, J., *And the crooked shall be made straight: The Eichmann Trial, the Jewish catastrophe and Hannah Arendt's narrative*, MacMillan, Nueva York, 1965.

(5) Para una defensa de Arendt y un análisis de la expresión «banality of evil», véase recientemente LUBAN, D., «Hannah Arendt as a theorist of international criminal law», *International Criminal Law Review*, 11 (2011), p. 621 ss. (621), que establece que la crítica a Arendt «raises questions that are still relevant today».

(6) Véase recientemente BIRN, R., «Criminals as manipulative witnesses: A case study of SS General von dem Bach-Zelewski», *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 9 (2011), p. 444 ss., que alude a la «[] inherent tension between historical narratives and legal requirements» (p. 474).

(7) Sobre la detención de Eichmann en Buenos Aires y la reparación posterior de la violación de la soberanía argentina, cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 190. Sobre la doctrina de *male captus, bene detentus*, que es

fuera nazi o no⁽⁸⁾. El propio Fiscal Bach recordó que en su primer encuentro con Eichmann le informó de su derecho a guardar silencio y a tener un abogado⁽⁹⁾. Existe un amplio consenso en la gran cantidad de literatura jurídica sobre el proceso (especialmente en inglés y alemán) sobre que Eichmann tuvo un juicio justo⁽¹⁰⁾. Esto no puede ser sobreestimado, dado el hecho de que en estos casos siempre existe el peligro de que a los acusados se les prive de sus derechos más básicos y se les aplique un Derecho penal del enemigo⁽¹¹⁾.

II. EL TIPO DE RESPONSABILIDAD APLICADA A EICHMANN: AUTOR PRINCIPAL, CÓMPLICE U ¿OTRA FIGURA DE IMPUTACIÓN MÁS?

La *fairness* del proceso también puede demostrarse por medio de las teorías de la parte general aplicadas para fundamentar la imputación del holocausto nazi a Eichmann. Desafortunadamente, esta parte de la sentencia —y esta es mi *tercera tesis*— es bastante confusa.

En primer lugar, la Corte de Jerusalén no consideró suficiente, para fundamentar la responsabilidad penal de Eichmann, el hecho de que éste había pertenecido a organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg⁽¹²⁾, es decir, rechazó la responsabilidad por la mera pertenencia. Recordemos que Eichmann era el jefe de la sección IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*), una oficina que resultó de la fusión de los servicios de seguridad del partido nazi y de la policía de seguridad del Estado nazi (*Gestapo*). En el ejercicio de esta función, Eichmann organizó y coordinó la deportación de los judíos a los campos de concentración. No obstante, la Corte consideró que fue necesario para Eichmann haber actuado con miras a la comisión de delitos, es decir, que había tomado una conducta activa más allá de la mera pertenencia a una organización criminal⁽¹³⁾.

relevante en este contexto, cfr. PAULUSSEN, C., *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Antwerp, Intersentia, 2010.

(8) Eichmann fue defendido por el Dr. Robert Servatius (cfr. TAYLOR, T., *Die Nürnberger Prozesse*, 2.ª ed., Heyne, Munich, 1996, p. 496; GROBE, C., *Der Eichmann-Prozess zwischen Politik und Recht*, M. Lange, Frankfurt, 1995, p. 22.

(9) En la versión completa de la entrevista, la cual no es reproducida en la website anteriormente indicada.

(10) Ver las referencias en AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., en nota al pie núm. 110.

(11) Este fenómeno se discute exhaustivamente en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid / BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, que incluye un artículo mío en el volumen I, pp. 119-162.

(12) Eichmann fue un miembro del SS (*Schutzstaffel*), del SD (*Sicherheitsdienst*) y de la Gestapo, todas declaradas como organizaciones criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. El cuerpo de dirección política del partido nazi (*Korps der Politischen Leiter der NSDAP*) también fue declarado como organización criminal. El SA (*Sturmabteilung*), el gobierno del imperio y la junta militar bajo el alto comando de Wehrmacht no fueron considerados como criminales (*Internationaler Militärgerichtshof, Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Gerichtshof Nürnberg, Nürnberg: Internationaler Militärgerichtshof, 1947*, volumen 1, pp. 286-314).

(13) En este sentido, el fallo señala: «The Prosecution had to prove the Accused's membership in these organizations —and this membership is not in dispute— and in addition that the Accused took part in the commission of crimes, as a member of these organizations —and this has been proved—». Cfr. «District Court of Jerusalem, case of Adolf Eichmann, 12 December 1961», *International Law Reports*, 36, pp. 5-276, parágrafo 215 (énfasis del autor).

Con esta declaración, la Corte adoptó un enfoque mucho más garantista que el Derecho penal de la mayoría de las democracias occidentales, en donde se tipifica como delito la mera pertenencia a organizaciones criminales o terroristas⁽¹⁴⁾. De hecho, en términos generales, el Derecho penal israelí tipifica como delito también la pertenencia por medio de cuatro delitos con variaciones en su denominación, en la carga de la prueba y en las sanciones⁽¹⁵⁾.

El segundo aspecto significativo que demuestra que el juicio fue justo (*fair trial*) se relaciona con el tema de la *conspiracy*. Aquí hay que tener en cuenta el hecho de que el Derecho penal israelí está fuertemente influenciado por el *common law* inglés⁽¹⁶⁾ y que los conceptos de Derecho penal de la Europa continental adquirieron cierta importancia sólo después del juicio de Eichmann⁽¹⁷⁾. La influencia del Derecho inglés explica por qué la fiscalía utilizó el concepto del *common law* de la *conspiracy* en el caso contra Eichmann. Sin embargo, la Corte rechazó este concepto, por razones de prueba, y aplicó un concepto bastante estrecho de *conspiracy* exigiendo «más que el mero consentimiento»⁽¹⁸⁾.

Esto nos conduce al punto de la responsabilidad individual utilizado realmente por la Corte para condenar a Eichmann, es decir, la autoría de Eichmann o la participación (secundaria) en los hechos criminales. Para empezar, tenemos un problema terminológico aquí. Dado que el fallo fue escrito originalmente en la lengua oficial del Estado de Israel, el hebreo, y ya que muy pocas personas pueden leer en hebreo, la gran mayoría de los

(14) Véase el estudio profundo de MOROZINIS, I., *Dogmatik der Organisationsdelikte: eine kritische Darstellung der tüterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

(15) Los delitos se encuentran en las secciones 58 y 85 del (*Emergency*) *Defence Regulations 1945*, sección 3 de la *Prevention of Terrorism Ordinance No. 3 of 5708-1948*, y sección 147 del Código Penal israelí de 1977. La Corte Militar israelí de apelaciones interpreta la «pertenencia» incluyendo la pertenencia nominal-pasiva (*Appeal no. 768 Baransi v. The Military Prosecutor, Collection [of the Military Court of Appeal] 2, 62, at 67 [1968]*). Además, se resolvió que la mera intención de unirse a una organización ilegal es suficiente para la condena (*Appeal no. 870 Baransi v. The Military Prosecutor, Collection 3, 7, at 30 [1970]*). Recientemente, la Corte Suprema de Israel ha interpretado «la pertenencia a una organización terrorista» en el contexto de la detención preventiva de los «combatientes ilegales». La Corte hizo un esfuerzo para limitar el alcance de este término, señalando que «it is insufficient to show any tenuous connection with a terrorist organization in order to be included within the cycle of hostilities in the broad meaning of this concept» (*CrimA 6659/06 A. v. The State of Israel, 11 June 2008*, para. 21 of Justice Beinisch's judgement).

(16) Cfr. «District Court of Jerusalem», cit., parágrafo 189: «[...] in conformity with the rules of English Common Law, from which they are derived [...]».

(17) Esto se debió principalmente a Sheneor ZALMAN FELLER, un judío de origen rumano, jurista en la práctica y profesor en Bucarest, que había emigrado a Israel en 1964 y se convirtió en profesor de la Hebrew University (HU) en 1967. Él introdujo algunos conceptos originarios del Derecho rumano y soviético (puesto que ejerció también como fiscal en la Unión Soviética) y fue supervisor de doctorado de Mordeachi KREMNITZER y Miri GUR ARYE, que más tarde se convirtieron en profesores de la HU y que fueron muy influyentes en algunas reformas legales (agradezco al profesor Mir Gur Arye por compartir esta información conmigo).

(18) En este sentido, el fallo señala: «We do not consider that a person who consents to the perpetration of a criminal act or acts (for this is the essence of the conspiracy), makes himself ipso facto liable, without any additional ground of responsibility, as actual perpetrator of all those acts [...]. Such responsibility demands [...] something more than mere consent, such as soliciting, aiding, abetting, and even in the extreme case of common purpose [...] at least the presence of the Accused at the commission of the crime». Cfr. «District Court of Jerusalem», cit., parágrafo 188.

analistas se han basado en la versión en inglés⁽¹⁹⁾ o en otra versión traducida⁽²⁰⁾. Esto puede ayudar a explicar la confusión terminológica de esta parte de la sentencia con relación al modo de responsabilidad (forma de comisión o participación secundaria). La Corte utiliza palabras diferentes que son inconsistentes y contradictorias: por un lado, se dice que Eichmann es un cómplice⁽²¹⁾. En este sentido, tendemos a pensar en el concepto de «cómplice» que existe en la Europa continental. Sin embargo, en el *common law* y en el Derecho inglés *complicity* puede implicar más que la mera asistencia o cooperación en el delito principal como normalmente se entiende en la mayoría de los sistemas del *civil law*⁽²²⁾. El término *accomplice* también puede entenderse en el sentido de un coautor, el cual es una persona que actúa «con otro» [art. 25 (3) (a) Estatuto de la CPI], o como el «colaborador necesario» del Derecho penal español⁽²³⁾.

El fallo también habla del *principal offender*⁽²⁴⁾ —en terminología clásica del *common law*, *principal of first degree*— que en los sistemas del *civil law* sería el autor material o directo que comete el delito —en el sentido más estricto— con sus propias manos. Sin embargo, en el *common law* se utiliza el término *principal* solamente en contraposición al *secondary participant*, es decir, la persona que desempeña un papel menos importante en la ejecución del delito. Aquí queda también claro que la Corte no adopta el modelo diferenciado o dualista de participación (*Differenzierungsmodell*), el cual distingue entre las diferentes formas de participación en el nivel de atribución de responsabilidad —como, por lo menos terminológicamente, en el art. 25 (3) del Estatuto de la CPI⁽²⁵⁾, es decir, distinción entre formas de autoría [directa, con otro o por conducto de otro] y formas de participación

(19) Originalmente publicada en el *International Law Reports* (cit.).

(20) Hay una versión alemana en LESS, A.W. (org.), *Schuldig: das Urteil gegen Adolf Eichmann*, Athenäum, Frankfurt, 1987.

(21) «District Court of Jerusalem, case of Adolf Eichmann, 12 December 1961» (cit.), parágrafo 194: «[...] everyone who acted in the extermination of Jews, knowing about the plan for the Final Solution and its advancement, is to be regarded as an accomplice in the annihilation of the millions who were exterminated [...]».

(22) Si bien ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 6.ª ed., OUP, Oxford, 2009, p. 404 ss., parece entender «complicity» en el sentido de complicidad o en otras formas de participación secundaria («principal is a person whose acts fall within the legal definition of the crime, whereas an accomplice is anyone who aids, abets, counsels, or procures a principal. [...] Two persons can be co-principals, so long as together they satisfy the definition of the substantive offence and each of them inflicted wounds on the victim with the required fault, for example»), ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13.ª ed., OUP, Oxford, 2011, p. 190 s., no hace una distinción tan clara («The distinction between a joint principal and an aider or abettor is sometimes a fine one. [...] the test would be: did D2 by his own act contribute to the causation of the actus reus? If he did, he is a principal»).

(23) De conformidad con el artículo 28 (2) del Código Penal español, «[l]os que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado» también se califican como autores. Véase, recientemente a favor de una introducción en Alemania, DÍAZ Y GARCÍA, M., «Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 158, (2011), pp. 259, 282 ss.

(24) «District Court of Jerusalem», cit., parágrafo 194: «His responsibility is that of a "principal offender" who perpetrated the entire crime in co-operation with the others». Aquí la Corte compara este tipo de responsabilidad con la responsabilidad de dos personas que colaboran en la falsificación de un documento (*ibid.*: «Two persons may collaborate in the forging of a document, each one of them forging only a part of the document»).

(25) Véase sobre las diferentes formas de participación del art. 25 (3) del Estatuto de la CPI, AMBOS, K., «Article 25», en O. Triffterer (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the ICC*, 2.ª ed., 2008, 743 ss.

secundaria [instigación y complicidad]—⁽²⁶⁾, sino que utiliza el sistema unitario de autor (*Einheitstätermodell*)⁽²⁷⁾, el cual considera cualquier contribución causal para el resultado criminal sin importar la forma específica de coparticipación⁽²⁸⁾.

La cuestión de la forma correcta y precisa de imputación de la responsabilidad es particularmente relevante, dado el hecho de que Claus ROXIN desarrolló la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) por medio de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) alrededor de la misma época en que tuvo lugar el juicio de Eichmann (en la década de 1960), tomando los hechos del caso como un ejemplo. Sin embargo, el Tribunal de Jerusalén no hizo uso de esta teoría. De hecho, no se podía tener tan siquiera conocimiento sobre ésta, ya que el trabajo de Roxin sólo se publicó con posterioridad al juicio (en 1963)⁽²⁹⁾. En su lugar, la responsabilidad de Eichmann fue determinada con relación a su participación en la «Solución Final», es decir, cualquier tipo de participación, independientemente de su forma concreta (bien sea un tipo de autoría o una forma de participación secundaria), fue considerada suficiente. En efecto, aunque se rechazó un tipo puro de responsabilidad organizacional o colectiva, el punto de referencia fue la empresa colectiva de la «Solución Final». Lo anterior se deduce a partir de dos consideraciones. Por un lado, ello se puede inferir a través de las diversas referencias a la «Solución Final» en el fallo⁽³⁰⁾. Por otro lado, el juicio se refiere al aparato organizado de poder nazi en el que Eichmann participó deliberadamente⁽³¹⁾. Finalmente, Eichmann es considerado como responsable

(26) Una forma de participación adicional es el ya mencionado (*supra* nota 23) «colaborador necesario» del Derecho penal español.

(27) «District Court of Jerusalem», cit., parágrafo 197: «[...] we wish to emphasize that in any case the Accused is regarded as committing the crime itself [...] whether he committed an act in order to facilitate or to aid another in carrying out the extermination [...], or whether he counselled or solicited others to exterminate [...]».

(28) En cuanto a los diferentes tipos de autor unitario, véase el trabajo reciente de ROTSCHE, T., «*Einheitstäterschaft* statt *Tatherrschaft*», Mohr Siebeck, Tübinga, 2009, p. 131 ss. y *passim*.

(29) ROXIN publicó su artículo fundamental sobre «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en GA, 110 (1963), pp. 193-207 (para una versión al inglés, véase «Crimes as Part of Organized Power Structures», *JICJ* 9 [2011], pp. 191-205). Obviamente, él ya había trabajado sobre el artículo antes y por eso el desarrollo de su teoría fue efectivamente paralelo al juicio de Eichmann, que finalizó con el fallo del 12 de diciembre de 1961. La primera edición del trabajo de ROXIN para su *Habilitation* (*Täterschaft und Tatherrschaft*), en la cual la teoría del dominio del hecho fue en términos generales más desarrollada se publicó en 1963 (8.ª ed. del 2006); sobre la «Organisationsherrschaftslehre», véase p. 242 ss. de aquel libro.

(30) Por ejemplo: «[...] all the acts perpetrated during the implementation of the Final Solution of the Jewish Question are to be regarded as one single whole, and the Accused's criminal responsibility is to be decided upon accordingly [...]». «District Court of Jerusalem», cit., parágrafo 190. «Hence, the Accused will be convicted (if no justification for his acts are found) of the general crime of the "Final Solution" in all its forms, as an accomplice to the commission of the crime, and his conviction will extend to all the many acts forming part of that crime, both the acts in which he took an active part in his own sector and the acts committed by his accomplices to the crime in other sectors on the same front», *ibid.*, parágrafo 195.

(31) En este sentido, el fallo señala: «It was therefore clear from the outset that a complicated apparatus was required to carry out the task. Everyone who was let into the secret of the extermination, from a certain rank upwards, was aware, too, that such an apparatus existed and that it was functioning, although not everyone of them knew how each part of the machine operated, with what means, at what pace, and not even at which place. Hence, the extermination campaign was one single comprehensive act, which cannot be divided into acts or operations carried out by various people at various times and in different places. One team of people accomplished it jointly at all times and in all places», *ibid.*, parágrafo 193.

al igual que cualquier persona que a sabiendas participó en la empresa criminal nazi del Holocausto⁽³²⁾.

Por lo tanto, podemos concluir que la Corte argumentó básicamente que aquel tipo de macro-crímenes en cuestión deben ser tratados de acuerdo con su naturaleza específica. La estructura ordinaria de las formas individuales de imputación (distinción entre autoría y participación) no refleja adecuadamente esta naturaleza específica, es decir, no sirve en este contexto, ya que ignora la relación especial entre la criminalidad sistémica y la individual en un contexto macro-criminal. Si bien está claro que el Derecho penal internacional debe preocuparse principalmente de la macrocriminalidad y que al Derecho penal nacional normalmente le concierne lo referente a la delincuencia individual y común, los límites entre los niveles sistémico e individual no son siempre claros. Mientras que el Derecho penal nacional, ordinariamente, en cualquier nivel y de cualquier forma, siempre apunta al autor individual, es claro que el Derecho penal internacional no puede ignorar los trasfondos políticos, sociales, económicos y culturales de los sucesos criminales (*the crime base*). Por lo tanto, va mucho más allá del establecimiento de la mera responsabilidad individual. También parece claro que los niveles individual y sistémico no son mutuamente excluyentes, sino que más bien se complementan entre sí; un enfoque parcial sobre el uno o sobre el otro no permitiría tomar completamente en cuenta las complejidades de la macrocriminalidad.

Si bien Eichmann fue condenado en últimas como un *principal offender*, con base en sus diversos actos de apoyo y colaboración en la «Solución Final», la Corte argumentó en favor de un tipo de responsabilidad colectiva o de organización. De hecho, el razonamiento de la Corte nos recuerda el concepto de empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), que ha experimentado una especie de resurgimiento en el *case law* de los Tribunales *ad hoc* de la ONU, especialmente en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia («ICTY»)⁽³³⁾. Sin embargo, no se debe olvidar que este concepto ha

(32) En este sentido, el fallo señala: «But more important than that: In such an enormous and complicated crime as the one we are now considering [the final solution, K.A.], wherein many people participated at various levels and in various modes of activity—the planners, the organizers and those executing the acts, according to their various ranks— there is not much point in using the ordinary concepts of counselling and soliciting to commit a crime. For these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of the victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime, and the extent to which any one of the many criminals were close to, or remote from, the actual killer of the victim, means nothing as far as the measure of his responsibility is concerned. On the contrary, in general, the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher ranks of command, the “counsellors” in the language of our Law. As regards the victims who did not die but were placed in living conditions calculated to bring about their physical destruction, it is especially difficult to define in technical terms who abetted whom: he who hunted down the victims and deported them to a concentration camp, or he who forced them to work there», *ibid.*, párrafo 197 (énfasis del autor); «[...] even if we view each sector of the implementation of the Final Solution separately, there was not one sector wherein the Accused did not act in one way or another, with a varying degree of intensiveness, so that this alternative way would also lead us to find him guilty all along the front of extermination activities», *ibid.*, párrafo 198.

(33) La doctrina de la *joint criminal enterprise* (*jce*) fue introducida por primera vez en el caso *Tadic*, Appeals Chamber Judgment, 15-7-1999 (IT-94-1-A), párrafo 172 ss.; recientemente, véase *Prosecutor v. Gotovina et al.*, Trial Judgment 15-4-2011 (IT-06-90-T), párrafo 1950 ss.; *cf.* AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, 3.^a ed., C.H. Beck, Munich, 2011, § 7, números marginales (nm.) 30-31, con referencias a la jurisprudencia y al *case law*.

sido muy criticado en la doctrina⁽³⁴⁾ y es aún rechazado por la Corte Penal Internacional⁽³⁵⁾.

Volviendo al concepto de dominio del hecho por medio de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*), la cuestión central sigue siendo —y este tema no fue analizado en el juicio contra Eichmann— si una persona como Eichmann, perteneciente a un régimen intermedio, en el nivel organizacional, puede tener dominio del hecho en el significado de esta teoría. A este respecto, ya había dicho anteriormente en mi trabajo de *Habilitation* que:

«(...) Visto detenidamente no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constituido formalmente como consejo de defensa nacional, como junta o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto por medio de y sobre el aparato organizado de poder que de él depende. Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal «perturbación» es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como Eichmann: Sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo (...)»⁽³⁶⁾.

«(...) Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan “sin perturbación alguna”. Según lo dicho, esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales (“los generales”) que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno (...)»⁽³⁷⁾.

«(...) Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización dentro del

(34) *Cfr.* AMBOS, K., «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility», *JICJ*, t. 5 (2007), pp. 159-183; (versión en español en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2.^a época, t. 19, 2007, pp. 39-78); véase también AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, *supra* nota 33, § 7, nm. 32, con más referencias.

(35) *Cfr. Lubanga Decision on the Confirmation of Charges*, ICC 01/04-01/06, Jan 27, 2007, para. 329, 334-335 (discutiendo sobre la *jce* bajo el «enfoque subjetivo» y rechazándola); véase también *Mbarushimana Decision on the Confirmation of Charges*, ICC 01/04-01/10, Dec 16, 2011, para. 280-2 (refiriendo a la *jce* y declarando en términos generales que las formas de responsabilidad admitidas por la ICTY no pueden ser aplicadas automáticamente ante la Corte Penal Internacional, sin embargo aplicando el estándar de «contribución significativa» a la *jce*).

(36) AMBOS, K., *Parte General*, cit., p. 231 (notas de pie de página omitidas).

(37) *Ibid.*, p. 232.

aparato a lo sumo respecto de sus subordinados. Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo sumo una parte de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una coautoría fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la “Solución Final”. Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß (...)»⁽³⁸⁾.

En un artículo más reciente de mi autoría, en conmemoración del cumpleaños número ochenta de Claus ROXIN (celebrado el 15 de mayo de 2011), escribí lo siguiente:

«Cuando, en cambio, se coloca a esto último en el centro de la imputación penal y se comprende el dominio de la organización como dominio sobre o a través de la organización (en su conjunto), un dominio parcial como en la relación que se da entre los destinatarios de las órdenes y los que las emiten en las posiciones intermedias no puede ser suficiente para la fundamentación del dominio de la organización. Los intervinientes con “dominio parcial” en la macrocriminalidad que a la vez reciben e imparten órdenes son (en todo caso) coautores. El eventual déficit de equiparación de rango con relación a los destinatarios de sus órdenes (quienes podrán ser autores directos) debe verse como su déficit de dominio frente a la cúspide de la organización dado que ello es lo que impide en última instancia su dominio (total) de la organización. Únicamente sucederá otra cosa, esto es, un dominio de la organización de estas personas en el sentido aquí establecido (sobre la organización en conjunto) si lo relacionamos con un sistema criminal complejo dentro del cual varias suborganizaciones u organizaciones subordinadas intervienen de manera independiente y que, por lo tanto, también pueden ser dominadas autónomamente»⁽³⁹⁾.

En cualquier caso, parece evidente —y aquí la Corte de Jerusalén acertó— que las formas comunes de autoría y participación no pueden sencillamente aplicarse a los actos cometidos en el contexto macro-criminal. Como esta criminalidad se caracteriza por una combinación de estructuras individuales y colectivas de imputación⁽⁴⁰⁾ y, además de esto,

(38) *Ibid.*, p. 232. Véase también un trabajo anterior de mi autoría, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate - Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze», *GA* 145 (1998), pp. 226-245 (versión en español, *inter alia*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2.ª parte, t. 3, 1999, pp. 133-165), en donde (p. 238) me abstengo de ir «más allá del empleado intermedio a la Eichmann». Para un análisis de la reciente aplicación de la doctrina respecto al ex presidente peruano Alberto Fujimori, véase AMBOS, K., «The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus», *JICJ* 9 (2011), 137-158; en castellano: «El juicio a Fujimori: Responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho), 3.ª época, núm. 5 (2011), 229-272; ver también AMBOS/MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara), 2010.

(39) AMBOS, K., «Sobre la “organización” en el dominio de la organización», *InDret (Revista para el análisis del derecho)* 3/2011 (julio de 2011), <www.indret.com> (la versión original en alemán se publicó en SCHÜNEMANN, B., et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlín, 2011, 837-852 (851).

(40) *Cfr.* AMBOS, K., *cit.*, § 7, nm. 10 ss.

por una organización que planifica, coordina y que finalmente lleva a cabo los actos criminales, debemos colocar a esta última en el centro de nuestras atenciones. Como lo sostiene en el libro homenaje a Roxin:

«El aparato organizado de poder como “sistema de injusto compuesto” es —en el sentido de la dicotomía de Lampe— al mismo tiempo parte y motor del “injusto del sistema”. De este modo, se encuentra en el centro de la imputación penal y “colectiviza” —propriadamente en el sentido de la ya reconocida doble imputación (colectiva-individual) del Derecho penal internacional (principio de imputación del hecho colectivo: “*Zurechnungsprinzip Gesamttat*”)— la perspectiva clásica individual del Derecho penal. El vértice de la organización se sirve de la funcionalidad del aparato para la realización del injusto del sistema, aquella actúa, a través del aparato, conjuntamente con los autores inmediatos para la consecución del fin organizativo supraindividual al cual se hallan subordinados en última instancia todos los miembros de la organización»⁽⁴¹⁾.

Puede así surgir una nueva perspectiva sobre la *Organisationsherrschaft*. La cuestión central que se debe explorar más a fondo radica en si esta forma de imputación puede incluirse en el sistema ordinario de imputación de la responsabilidad como un tipo de autoría mediata, o si debe ser concebida de manera autónoma, como una forma independiente de imputación para ser aplicada en casos de macrocriminalidad.

(41) AMBOS, K., *cit.*, pp. 13-14 (en la versión original en alemán, pp. 847-848, notas de pie de página omitidas).