

TABLA DE CONTENIDOS.

Lista de siglas y abreviaturas.	8
---------------------------------	---

Introducción.

I) Planteo de hipótesis.	11
--------------------------	----

Primera Parte.

Capítulo Primero: Cuestiones fenomenológicas.

I) Planteo.	26
II.1) Los modelos de violencia colectiva: <i>Top-down</i> y <i>Bottom-up</i> . ²⁹	
II.2) Generalidades de cada modelo.	31
II.2.a) Sobre el modelo <i>Top-down</i> .	31
II.2.b) Sobre el modelo <i>Bottom-up</i> .	35
II.3) Las características comunes a ambos modelos de violencia colectiva y sus causas.	37
II.3.a) La personalidad y psicopatologías de los líderes.	39
II.3.b) Políticas (ingeniería social) de deshumanización, subhumanización u objetivación (cosificación) de las víctimas.	41
II.3.c) El fenómeno de la neutralización.	51
II.3.d) El vínculo existente entre las normas sociales y las normas de conducta.	57
II.3.e) La banalidad del mal. El nuevo paradigma sobre la maldad y crueldad humanas.	61

Capítulo Segundo: Comprobaciones científicas. Asch, Milgram, Zimbardo y las causas de la violencia colectiva desde una óptica científico-experimental.

I) Los aportes de Solomon Asch.	72
II) Stanley Milgram y el estudio sobre la obediencia a la autoridad.	76

II.1) La fundamentación de Milgram.	79
II.1.a) El método cibernético.	80
II.1.b) Las condiciones antecedentes mediatas, las condiciones antecedentes inmediatas, el estado de agencia.	86
II.1.c) Sobre la tensión y la desobediencia.	95
II.2) Las conclusiones derivadas de la experiencia Milgram.	102
II.2.a) La inhumanidad como efecto de la distancia social.	104
II.2.b) El efecto de complicidad que causa la sobrepujanza de los actos crueles.	106
II.2.c) Los efectos de la burocratización sobre el accionar de los subordinados.	106
II.2.d) Los diez aspectos metodológicos para generar la obediencia a la autoridad.	111
III) Las experiencias de Zimbardo: o cómo despertar el demonio en una persona normal.	114
III.1) Sobre la des-individuación.	116
III.2) Acerca de la deshumanización de la desconexión moral.	118

Segunda Parte.

Capítulo Primero: Las estructuras de pecado.

I.1) Introducción.	124
I.2) La dimensión social del hombre: la condición de natalidad y la condición de pluralidad.	139
I.3) Delimitando el concepto de institución.	151
I.3.a) El proyecto que habita en toda institución.	154
I.3.b) Respecto de la organización del poder como estructuración de un campo de acción y como reparto de roles.	155
I.3.c) La apropiación de la finalidad común, así como del rol individual. El proceso de interiorización.	160
I.4) A modo de resumen.	165
I.5) Las particularidades de las estructuras de pecado.	167

Capítulo Segundo: Las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales a la fenomenología de la criminalidad colectiva.

I.1) Los sistemas de injusto. Sistemas de injusto constituidos: la agrupación criminal, los Estados criminalmente pervertidos. El injusto de los sistemas sociales.	186
I.2) La responsabilidad jurídico-penal correspondiente a los sistemas de injustos constituidos.	198
I.3) <i>System criminality</i> en el Derecho penal internacional.	206
I.3.a) Los orígenes: la Teoría de la criminalidad colectiva de Bernays.	206
I.3.b) Las derivaciones conforme a la Ley del Consejo de Control Aliado nº 10: <i>Membership liability</i> y <i>Common design</i> .	215
I.3.c) Puntos de conexión: <i>Membership liability</i> , <i>Common design theory</i> , e injusto de sistema.	227
I.4) La <i>Joint Criminal Enterprise</i> .	233
I.4.a) Preliminares. Orígenes del instituto. Modalidades de “ <i>Empresa Criminal Conjunta</i> ”.	233
I.4.b) Sobre los elementos objetivos de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> .	242
I.4.c) Sobre los elementos subjetivos de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> .	252
I.4.c.i) Sobre los elementos subjetivos de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> I.	253
I.4.c.ii) Sobre los elementos subjetivos de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> II.	255
I.4.c.iii) Sobre los elementos subjetivos de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> III.	258
I.4.d) La distorsión de los fundamentos de la teoría de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> al nivel del liderazgo.	274
I.4.d.i) Estado de situación tras la sentencia de Segunda Instancia del ICTY en el <i>caso Tadic</i> : la configuración de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> y sus diferencias con el régimen de Núremberg y Tokio.	277
I.4.d.ii) Estado de situación de la teoría de <i>Joint Criminal Enterprise</i> tras el fallo en Segunda Instancia en <i>caso Stakic</i> (ICTY).	280
I.4.d.ii.a) Las posiciones doctrinarias.	285
I.4.d.ii.a.i) La posición de Cassese.	286
I.4.d.ii.a.ii) La posición de Gustafson.	288
I.4.d.ii.a.iii) La posición de van der Wildt.	293
I.4.d.ii.b) Las respuestas jurisprudenciales.	299
I.4.d.ii.b.i) La recepción de la posición de Cassese: la sentencia	

en Primera Instancia del <i>caso Brdanin</i> .	299
I.4.d.ii.b.ii) La recepción (parcial) de la posición de Gustafson: la sentencia en Segunda Instancia del <i>caso Brdanin</i> .	302
I.4.d.ii.b.iii) La recepción de la posición de van der Wildt: la sentencia en Segunda Instancia del <i>caso Krajcinski</i> .	306
I.5) La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el desarrollo dogmático de Claus Roxin de los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Jerusalén en el caso <i>Eichmann</i> .	310
I.5.a) El caso <i>Eichmann</i> .	310
I.5.b) La teoría de Roxin de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Planteo.	313
I.5.c) La recepción de la teoría de Roxin por Jurisdicciones nacionales.	318
I.5.c.i) El juicio a las Juntas Militares argentinas por la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, de 9 de Diciembre de 1985.	319
I.5.c.ii) El juicio contra los ex miembros del Consejo Nacional de Defensa por los tiradores del Muro de Berlín, por el Tribunal Supremo Federal de Alemania.	322
I.5.d) Análisis de la teoría de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.	326
I.5.d.i) La existencia de una organización jerárquica de naturaleza u origen estatal y el poder de mando de quienes imparten órdenes.	331
I.5.d.ii) La desvinculación de la organización respecto del Derecho (Ordenamiento Jurídico).	338
I.5.d.iii) La fungibilidad de los ejecutores directos.	345
I.5.d.iv) La predisposición del autor directo a la realización del hecho.	353
I.5.d.v) Los (nuevos) aportes dados por Ambos.	354
I.5.e) La recepción por los Tribunales Internacionales de la autoría mediata de dominio por intermedio de aparatos organizados de poder.	357
I.5.e.i) Estado de situación.	357
I.5.e.ii) El caso de la ICC contra Omar Al-Bashir.	359
I.5.e.iii) El caso de la ICC contra Abdullah Al-Senussi.	362
I.5.f) Críticas a la teoría de la autoría mediata por intermedio de aparatos organizados de poder.	365
I.5.f.i) La ausencia de un marco empírico real respecto de la	

estructura de poder.	365
I.5.f.ii) La ausencia de un marco empírico real respecto de los ejecutores directos o inmediatos y de los mandos medios.	371
I.5.f.iii) Crítica a la posición sostenida por Ambos respecto de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.	382
I.5.f.iv) La (verdadera) naturaleza subjetiva de la teoría de autoría mediata mediante aparatos organizados de poder de Roxin.	387
I.6) La organización criminal como estado (institucional) de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos.	396

Capítulo Tercero: Toma de posición. Las ventajas que presenta el modelo basado en las estructuras de pecado frente a las demás doctrinas.

I.1) Preliminares.	403
I.2) Las cuestiones relativas a la responsabilidad de la institución u organización criminal en sí misma considerada.	404
I.3) La imposibilidad de extender el reproche ético-social de las instituciones inicuas (que fundamenta su disolución u otras sanciones a las mismas) respecto de los miembros integrantes de las mismas.	409
I.4) La responsabilidad individual de los sujetos que intervienen en el delito a través de una institución inicua.	417
I.4.a) Planteo.	417
I.4.b) La fundamentación de la responsabilidad: la constitución de la intervención.	424
I.4.c) La valoración del grado de intervención en el delito.	436

Tercera Parte.

Capítulo Primero: La responsabilidad jurídico-penal del estamento infra-estatutario.

I) Delimitando el estamento <i>infra-estatutario</i> .	440
I.1) Planteo.	440
I.2) Los efectos de la estructura de pecado: alienación y sometimiento sobre el estamento infra-estatutario.	441

I.2.a) La asimilación de los efectos de la alienación y el sometimiento por parte de la doctrina y jurisprudencia penal.	451
1.2.b) Delimitando nuestra posición.	459
I.3) La responsabilidad común objetiva y subjetiva. Su aplicabilidad al régimen penal del estamento infra-estatutario.	463
I.3.a) La responsabilidad común objetiva.	463
I.3.b) La responsabilidad común subjetiva.	469
I.4.) La concepción sobre el sistema penal seguida en esta investigación.	476
II) Efectos sobre el merecimiento de la pena: relativos a la obediencia debida.	478
II.1) Planteo. Panorama doctrinario y jurisprudencial hasta la II Guerra Mundial.	478
II.2) Delimitando el concepto de “obediencia debida” en el marco del Derecho penal interno.	482
II.3) Delimitando el concepto de “obediencia debida” en el marco del Derecho penal internacional con posterioridad a la II Guerra Mundial.	485
II.4) El conflicto de normas: cuando el ordenamiento jurídico interno fomenta la perpetración de delitos internacionales.	493
II.5) Conclusión final: la inaplicabilidad a la subespecie de la <i>defence</i> de “ <i>Superior order</i> ” u “ <i>Obediencia debida</i> ”.	494
III) Efectos sobre la necesidad de pena: la ubicación de la fenomenología propia de las estructuras de pecado dentro de la Teoría del delito.	
La imputación personal.	497
III.1) La fenomenología propia del estamento infra-estatutario dentro de una estructura de pecado: su incidencia respecto de la imputación personal.	497
III.2) Los factores Socio-psicológicos y culturales que influyen sobre el juicio de imputación personal.	504
III.2.a) El distanciamiento de las víctimas.	505
III.2.b) Los factores vinculantes.	509
III.2.c) La moralización de la función.	516
III.2.d) Aplicación práctica: el Batallón de Reserva Policial 101.	523
III.3) Conclusiones finales: sobre la atenuación de la pena correspondiente a los intervinientes infraestatutarios, como principio general.	537
III.3.a) ¿Cómo se han de presentar los factores socio-psicológicos y culturales, para que se verifique una atenuante sobre el juicio de imputación personal?	537

III.3.b) ¿Dónde ubicar la subespecie dentro del Código penal español? y ¿dentro del Estatuto de la Corte Penal Internacional?	540
III.4) Las situaciones de inexigibilidad.	549
III.4.a) Situaciones de inexigibilidad fuera de los casos de compulsión.	550
III.4.b) Situaciones de inexigibilidad por compulsión: el estado de necesidad disculpante.	557

**Capítulo Segundo: La responsabilidad jurídico penal del estamento
supra-estatutario. La relación ética con el Otro, como fundamento de
la posición de garante de los líderes que crean ingeniería social.**

II.1.1. Planteo.	558
II.1.2. Los integrantes del estamento supra-estatutario.	587
II.1.3. Ejemplo de ingeniería social propia de una estructura de pecado: la Alemania nacionalsocialista.	591
II.2.1. Fundamentos de la posición de garante: la relación entre Derecho penal internacional y la Moral.	600
II.2.2. Los fundamentos de la posición de garante: la relación entre Derecho penal internacional y la Moral, la posición de Zygmunt Bauman.	606
II.2.3. Buscando una explicación ius-filosófica a la capacidad moral, así como a la posición de garante de todo ingeniero social: la ética de la alteridad de Emmanuel Lévinas.	612
II.3.1. Concretando la posición de garante y su violación.	628

<u>Conclusiones.</u>	644
-----------------------------	-----

<u>Índice de bibliografía.</u>	652
---------------------------------------	-----

<u>Índice de decisiones judiciales internacionales.</u>	680
--	-----

Lista de siglas y abreviaturas.

- ADPCP:** Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.
- Art.:** Artículo.
- AT:** Allgemeiner Teil.
- AZ:** número de referencia.
- BG:** Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal Suizo).
- BGH:** Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal Alemán).
- BGHSt:** Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (resoluciones penales del Tribunal Supremo Federal Alemán).
- BverfG:** Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán).
- BYIL:** British Year Book of International Law (Anuario británico de Derecho internacional).
- CEDH:** Convención Europea de Derechos Humanos.
- CPE:** Código penal español.
- CPC:** Cuadernos de Política criminal (de España).
- DR:** Deutsches Recht (Revista de Derecho Alemán).
- ECPI:** Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma) –*citado también como EICC-*.
- Ed:** editor.
- Eds.:** editores.
- EICC:** Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma).
- EICTR:** Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.
- EICTSL:** Estatuto del Tribunal Internacional para Sierra Leona.
- EICTY:** Estatuto del Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia.
- EIMT:** Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.
- EIMTFE:** Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio).
- EJIL:** European Journal of International Law (revista jurídica).
- FG:** Festgabe (Libro homenaje).
- FS:** Festschrift (Libro en homenaje).
- GS:** Gedächtnisschrift (Libro en memoria de).

ICC: International Criminal Law (Corte Penal Internacional).

ICCRPE: Reglas sobre procedimiento y evidencias de la Corte Penal Internacional.

ICTR: International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda).

ICTSL: International Criminal Tribunal for Sierra Leone (Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona).

ICTY: International Criminal Tribunal for the (prosecution of persons responsible for serious violations of International Humanitarian Law committed in the territory of) Former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia).

ILC: International Law Commission (Comisión Internacional de Legislación).

IMT: International Military Tribunal (Tribunal Militar Internacional de Nüremberg).

IMTFE: International Military Tribunal for the Foreign East (Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, Tokio).

JA: Juristische Arbeitsblätter (Revista alemana).

Jb: Jahrbuch (anuario).

JCE: Joint Criminal Enterprise (Empresa Criminal Conjunta).

JICJ: Journal of International Criminal Justice (revista Universidad de Oxford).

JR: Juristische Rundschau (revista alemana).

Jura: Juristische Ausbildung (revista alemana).

JuS: Juristische Schulung (revista alemana).

JZ: Juristen Zeitung (revista alemana).

KGB: Komitet Gosudarstvennoj Besopasnosti (Servicio Secreto de la Unión Soviética).

LG: Landgericht (Tribunal del estado).

MonKrim: Monatschrift für Kriminologie and Strafrechtsreform.

NDP: Nueva Doctrina Penal (revista argentina).

NJ: Neue Justiz (revista alemana).

NJW: Neue Juristische Wochenschrift (revista alemana).

NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista alemana).

NStZ-RR: Neue Zeitschrift für Strafrecht –Rechtsprechungs-Report (revista alemana).

NVwZ: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (revista alemana).

OGH: Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Alemán).

OGHBrZ: Obester Gerichtshof für die Britische Zone (Tribunal Superior para la Zona de Ocupación Británica).

OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior del estado/Land).

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

Pág.: página.

Par.: párrafo.

PIDCP: Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

RDA: República Democrática Alemana.

RFA: República Federal Alemana.

RG: Reichsgerichts (Tribunal Supremo del Reich Alemán).

RGSt: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Resoluciones en materia penal del Tribunal Supremo del Reich Alemán).

RP: Revista Penal (España).

RSHA: Reichssicherheitshauptamt (Oficina Central de Seguridad del III Reich).

ss.: subsiguientes.

Sic: Sicut (textualmente).

Slg.: Sammlung (antología).

SS: Schutzstaffeln der NSDAP (Escuadrones de protección del Partido de los Trabajadores Nacionalsocialista de Alemania).

StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán).

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

T.: tomo.

TWC: Juicios de Criminales de Guerra ante los Tribunales Militares de Nuremberg bajo la Ley del Concejo de Control Aliado N° 10 (US-GPO General Printing Office).

UNWCC: United Nations War Crimes Commission (Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas).

Vs.: versus.

Vol.: volumen.

VStGB: Völkerstrafgesetzbuch (Código penal internacional alemán).

ZNR: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (revista alemana).

ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik (revista alemana).

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista alemana).

INTRODUCCIÓN.

I) Planteo de hipótesis.

La siguiente investigación trata sobre aspectos concretos de un determinado tipo de delitos: genocidio y de lesa humanidad. Intento explicar el hecho colectivo que subyace a las dos especies típicas más lesivas que recoge el Derecho penal (concretamente el Derecho penal internacional); no solamente por el tipo de bienes jurídicos que involucran –vida, integridad física, libertad, libertad sexual, propiedad, etc.- sino también por los efectos colaterales que producen: familias destruidas, profundas fracturas sociales, inestabilidades políticas y económicas que, generalmente, trascienden al propio Estado o región en donde se perpetraran los crímenes, etc.

Es motivado por los efectos señalados, que un sobreviviente del Holocausto del pueblo judío europeo como Primo Levi advirtiera sobre el peligro de tratar de comprender a los asesinos del Holocausto: puesto que –como ha sentenciado- entenderlos podría ser equivalente a justificarlos. Todos (y cada uno) de los asesinos actuaron con libre albedrío, sin temor de represalia alguna en el caso de negarse a participar en tales hechos. Por lo que de ningún modo podría sustentarse una disminución de la terrible culpabilidad de los asesinos. Como así tampoco, intentarse una explicación de tales hechos, para, a su través, pretender matizar la gravedad de los hechos.

El sobreviviente de Auschwitz y premio nobel, Elie Wiesel, rebatió a los académicos que intentaran explicar las causas del Holocausto del siguiente modo: *“Ustedes son afortunados, debería de envidiarles, pero yo no. Yo prefiero permanecer en el lado correspondiente al del niño y su madre que fueran asesinados antes de que pudieren comprender las fórmulas y fraseologías que son las bases de vuestra ciencia.”*¹

Podemos perfectamente comprender las razones (fundamentalmente subjetivas) en virtud de las cuales los sobrevivientes de tan nefastos y terribles hechos se nieguen a aceptar que puedan existir “razones” que expliquen lo que ellos sufrieran. Esto puesto que, generalmente, hallar razones se interpreta como que los hechos fueron, en sí mismos, “razonables” o al menos “justificados conforme a una determinada lógica o pautas racionales”. Empero, ello no necesariamente ha de ser así. El buscar las

¹ Wiesel, Elie. *“Plea for the Dead”* en *“Legends of our time”*, Halt, Rinehart & Winston, New York 1968, págs. 181 y ss.

“razones” entendidas como las “causas” de determinado fenómeno, no lo convierte en algo racional, lógico, justificado; ni mucho menos disminuye la carga negativa de la valoración que tengamos sobre el mismo. Se trata de entender, y no de justificar; de comprender por qué sucedió, y no de maquillar o encubrir la gravedad intrínseca de lo que ocurrió.

En adición a lo anterior, se ha señalado que la gente también tiende a evitar dar o buscar explicaciones sobre los fenómenos criminales como el Holocausto, puesto que al tratarse de eventos particularmente horripilantes e inhumanos, se teme lo que pueda surgir de todo aquello acerca de nosotros mismos. Es decir, se teme llegar a la conclusión de que gente como nosotros pueda cometer tal tipo de delitos.²

Por lo que, sin perjuicio de comprender perfectamente la carga emocional que conlleva la frase de Wiesel, desde un punto de vista jurídico-penal –y prestando especial atención a la función preventiva de la pena- no podemos adherir al sentido y efectos literales de tal expresión. Lo dicho, salvo que nos ubiquemos dentro de una lógica de un Derecho penal internacional cuya pena observe una función meramente retributiva. Fuera de dicho caso, menester resultará *siempre* conocer la realidad empírica subyacente a los hechos imputados; puesto que sólo así se podrá individualizar dicha pena atendiendo a las (verdaderas) necesidades preventivas tanto generales, como especiales. Lo que significa, a fin de cuentas, adherir a una concepción del Derecho penal afín a un *normativismo atemperado por la realidad empírica subyacente*, esto es, a una valoración jurídico penal basada, fundada y concorde con la realidad física, material/ontológica y también cultural de los hechos sometidos a juicio.³

Pues bien, atendiendo a su fenomenología, ¿qué es lo que tienen en común todos los delitos de genocidio y de lesa humanidad que se han producido desde la Primera Guerra Mundial hasta el día de hoy? Está claro que desde el punto de vista de sus móviles, relaciones causales, ideologías imperantes, y otras cuestiones similares, los distintos delitos de genocidio y de lesa humanidad que podamos analizar no presentarán mayor identidad entre sí. No teniendo mucho en común respecto a tales extremos, del mismo modo que no existen dos homicidios iguales respecto de los móviles o siquiera del modo o manera en que se ejecutan.

² McMillan, Daniel. “How could this happen. Explaining the Holocaust”, Basic Books, New York, 2014, pág. 209.

³ Cfe. Mir Puig, Santiago. “Estado, pena y delito”, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, págs. 341 y ss..

Así, por ejemplo, si comparáramos en tales términos al Holocausto de un lado, y al genocidio de los Tutsis en Ruanda, por el otro, veríamos con claridad que no se tratan de los mismos móviles, ni de las mismas condiciones socio-políticas e ideológicas las involucradas en uno y en otro genocidio.

Así, en el caso del Holocausto, hallamos como factores o causas del mismo: (i) los efectos generados por la I Guerra Mundial sobre la población alemana, en donde la enorme cantidad de muertos y de heridos que dejara como consecuencia dicha contienda produjera un desprecio por el valor de la vida humana a la par que un enaltecimiento de ciertos valores como la dureza emocional y la fortaleza física; (ii) la crisis económica generada por el crack de la Bolsa de Nueva York de 1929, que hiciera estragos sobre las finanzas públicas de la República de Weimar y sobre el valor del marco alemán; (iii) la corta vida de la democracia en Alemania (existente desde 1918), no llegando a calar hondo sobre la identidad política del alemán medio. Por el contrario, seguía siendo una sociedad que desde la unificación conducida por Bismarck, recurría al nacionalismo y al antisemitismo como permanentes herramientas a la hora de fundamentar políticas o de justificar fracasos; (iv) el acceso de Hitler y su partido nacionalsocialista al poder, tras haber ganado con casi un 35% en las elecciones parlamentarias nacionales de 1933, representando ellos a las líneas más fanáticas y recalcitrantes del nacionalismo y del antisemitismo; (v) el auge de las “ciencias racistas” de corte Mendeliano y Darwinista que pretendían hallar en la sangre o en la herencia biológica, las razones en que fundamentar tanto una falsa superioridad racial de los arios, como la “degeneración” racial y biológica de los judíos, gitanos, eslavos, etc. Extremos estos que llevaran a elaborar políticas de “higiene racial” donde la eliminación de los individuos “biológicamente degenerados” se justificaba como una legítima defensa de la “sanidad racial” y como una política sanitaria social de profilaxis (*i.e.*: eugenesia).

En el caso de Ruanda, las causas del genocidio (entendiendo por “causas” a los móviles, relaciones causales e ideologías o fundamentaciones) resultan muy distintas a las correspondientes al Holocausto: (i) así hallamos las fuertes rivalidades existentes entre dos grupos sociales (los hutus que eran la enorme mayoría de la población, y la minoría étnica de los tutsis), rivalidad que se remontaba a tiempos pretéritos y que se centraba en el temor de la población hutu a verse desprovista de todos sus derechos cívicos y económicos como en el siglo XVI (tras las victorias del ejército tutsi sobre los hutus y la constitución de una sociedad feudal de preeminencia tutsi) y como en la etapa

colonial, donde los tutsis detentaban todo el poder por gozar de mayor confianza por parte de la metrópoli belga; (ii) la profunda influencia de las potencias extranjeras durante los siglos XIX y XX –especialmente de Bélgica y de Francia, pero también por parte de los países limítrofes- que no hicieron otra cosa más que explotar las diferencias y los conflictos entre ambos grupos sociales; (iii) el proceso descolonizador generado por el debilitamiento de los Imperios europeos tras las dos guerras mundiales, y por el que se lograra –entre otras- la constitución de un país independiente, arrojó la institucionalización de un partido único a manos de los hutus y el exilio forzado de gran parte de la minoría tutsi. Creándose un régimen a cuyo frente se hallaba el dictador Juvenal Habyarimana, y caracterizado por la inexistencia de una sociedad plural y fundada en la necesidad de alcanzar consensos sociales. A diferencia, de otras sociedades con tendencia hacia el autoritarismo, la sociedad ruandesa careció de cualquier tipo de oposición política institucionalizada, así como de una penetración de ideas políticas, filosóficas o económicas; caracterizándose por una fuerte presencia del analfabetismo y del misticismo propio de las sociedades tribales; (iv) la fuerte inestabilidad política existente en el país desde mediados de la década de los ochenta del Siglo pasado, provocada por la decadencia económica generada por la caída del precio internacional del café (principal producción del país), y por la aparición de partidos Hutus contrarios al régimen de Habyarimana, así como por la invasión de un grupo guerrillero de ascendencia tutsi desde la vecina Uganda.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y fuera de todas las cuestiones referentes a los móviles o a las causas más visibles, existen *dos líneas consustanciales (líneas comunes subyacentes)* a estos hechos que sí se repiten tanto en uno como en otro caso. De hecho, estas dos líneas subyacen a todo delito de lesa humanidad y a todo delito de genocidio, y explican el por qué en situaciones o contextos tan dispares (con pueblos de tan disímil nivel cultural, organización política, situación económica, organización territorial, etc.) se pueden producir los hechos descritos de manera abstracta en los tipos penales señalados.

Más allá de las distintas denominaciones que los sociólogos, psiquiatras sociales y antropólogos han hecho a su respecto, podemos delimitar a las señaladas líneas comunes subyacentes en: (i) una referente a aquellos que actúan dentro de un espacio institucional pre-determinado y que se corresponde con los ejecutores mediatos e inmediatos de los delitos analizados; y (ii) otro referente a aquellos que crean o generan

tales espacios institucionales direccionándolos hacia el perfeccionamiento de tales delitos.

La primera de las mentadas líneas (i), se concreta en la descripción *del talante moral y de comportamiento correspondiente a los ejecutores mediatos e inmediatos de estos delitos*.

Talante moral y de comportamiento que se resume perfectamente en el concepto arendtiano de la “*banalidad del mal*”. Concretándose dicha personalidad/comportamiento con lo que los psicólogos sociales denominan “comportamiento con tendencia ambivalente”, esto es: aquella pronunciada tendencia a concebir las cosas de un modo unidimensional, excesivamente simplista; como comúnmente decimos “ver todo en blanco o negro”. Se trata de individuos que presentan una gran ineficacia para resolver los conflictos sociales cotidianos u ordinarios; con una marcada incapacidad interna de introspección, análisis y resolución. A la vez de observar (en cierta medida también, como consecuencia de lo anterior) una fuerte dependencia de los criterios exógenos así como del funcionamiento de las estructuras sociales (como guía para resolver los conflictos sociales en que puedan verse inmersos). Concretando todo lo expuesto, podríamos resumir todo lo dicho en tres palabras: *una personalidad sugestionable*.

A su respecto, casualmente en estos días el mundo está siendo testigo de un fenómeno cultural que –en su respectiva esfera- ha llamado a grandes sectores de la intelectualidad europea y norteamericana a extensos debates: me refiero a la exhibición del documental “*The act of killing*” del director norteamericano Joshua Oppenheimer. Se trata de un documental filmado en Indonesia, en donde –astutamente- el Director y guionista convencen a una serie de cinco o seis ex miembros de escuadrones de la muerte del régimen de Suharto (grupos paramilitares denominados públicamente como “gánsteres” encargados de asesinar a todo aquel sospechoso de tener simpatías por el partido comunista), para asesorar en la dirección, casting, vestuario, efectos, etc., así como también para actuar, en una –supuesta- película sobre el modo en que llevaban a cabo tales masacres.

Recuérdese a este respecto, que estos “gánsteres” a lo largo de la década de los sesenta del Siglo pasado, fueron responsables directos de la muerte de más de un millón de ciudadanos indonesios, chinos, y occidentales acusados de pertenecer a los “movimientos sediciosos del partido comunista”. Entrando dentro de dicha categoría, todos aquellos sospechosos de sentir simpatías o afiliación a ideologías marxistas,

socialistas, liberales, o bien de expresar ideas propias, realizar reclamos sociales, oponerse a la intromisión de potencias extranjeras en el gobierno dictatorial, o bien –y principalmente- pretendieran democracia.

La decadencia física y moral de dichos individuos, que al no sentirse directamente interpelados ni cuestionados por la cámara, se presentan al desnudo con toda su bajeza moral, y por sobre todas las cosas con una profunda e incuestionable estulticia; dejan al descubierto el sentido de aquella frase que elaborara Arendt como subtítulo de la segunda edición de su libro sobre el juicio en Jerusalén contra Adolf Eichmann: *la banalidad del mal*.

Concretamente, en el documental *Oppenheimer* pide a varios de estos individuos (extremadamente populares a la par que temidos en Indonesia) que recrearan escenas de tales ejecuciones, grabando lo que sería (si el pretendido filme hubiese sido verdadero) el *footage* y el *making of* del mismo. La meta del director era el lograr un documental que enfocase el obrar, el pensar y el sentir de aquellos que realizaran los asesinatos, omitiendo expresamente toda participación de víctimas directas o indirectas, así como de organizaciones de Derechos Humanos. Al respecto ha señalado el Director: “*Esperaba retratar asesinos, y me topé con gente ordinaria, común, a la que puedes incluso llegar a querer y con la que puedes empatizar*”. Personas comunes u ordinarias como Anwar Kongo, principal protagonista y verdadero “motor” de la historia.

Al comenzar dicho documental, Kongo se nos presenta como un sujeto simpático, fanfarrón, con un toque de extravagancia en su vestir y en sus andares, mas no por ello particularmente anormal.

Empero, a medida que avanza el documental, Kongo empieza poco a poco a relatar (y representar) el modo en que ejecutaba a sus víctimas (que se cuentan por cientos, sino miles): atándoles de pies y manos, rodeando un alambre de acero fino alrededor de sus cuellos, atando un extremo del alambre a un poste y el otro a una pequeña tabla de madera sobre la cual el ejecutor jalaba (dejando caer el peso de su cuerpo sobre la misma) tensando así el alambre y degollando a la víctima. Si bien es cierto que ya en este estadio temprano del documental, Kongo no intenta presentar todo ello como proezas o hazañas personales, empero, manifiesta una gran serenidad, tranquilidad, en fin: una neutralidad emocional respecto de las consecuencias de sus actos. Traducido todo ello en una seguridad fundada (¡cuando no!) en el estricto cumplimiento del deber/de las órdenes de sus superiores.

Ahora bien, a medida en que el filme avanza, y se confiesa la mecánica de las torturas y de las matanzas, la empatía que el espectador sentía respecto del personaje de marras, se va tornando en un sentimiento de estupor y contrariedad. Asimismo, aquéllas seguridad y neutralidad emocionales que expresaban los asesinos, se van resquebrajando hasta el punto que comienzan a exhibir tanto un arrepentimiento, como dudas sobre el verdadero alcance de su responsabilidad individual. Confiesan la necesidad de agotar sus pensamientos y energías en cualquier cosa o substancia (alcohol, ansiolíticos, marihuana, etc.) con la finalidad de, justamente, no pensar: no enjuiciarse a sí mismos y a sus actos de cincuenta años atrás.

Esto último, sin embargo no alcanza para que un perturbado y titubeante Kongo, exprese a la cámara (tras exhibirle el director el montaje de la recreación de la masacre que aquellos hicieron en un pueblo indonesio que fuera exterminado): *“La verdad, lo que lamento... es que nunca pensé que iba a parecer todo esto tan horrible...”* Teniendo que suspender el rodaje tras haber recreado una sesión de “confesión, tortura y ejecución” de un comunista –representado en la escena por el propio Kongo- y que este sufre una descompensación al no poder soportar que le rodearan su cuello con el alambre (del modo en que solían matar ellos a sus víctimas). Viendo luego dicha escena, un titubeante y apesadumbrado Kongo se rompe a llorar y confiesa al director: *“¿He pecado... y todo esto se puede volver ahora contra mí?... Espero que no”...* y agrega: *“Pude sentir lo que esas personas sintieron, pude experimentar cómo les despojamos de su dignidad”*. Es que Kongo, quizás por primera vez, se había dado cuenta que sus víctimas no eran “comunistas”, “enemigos” o “alimañas”, sino seres humanos, como él mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, y –probablemente haciendo caso de un colega asesino que le recomendara ante la propia cámara que el modo de “superar” las pesadillas y cualquier sentimiento de culpa era “buscarse una excusa y creerla”, remata Kongo el documental con la frase: *“Sé que estaba equivocado, pero tenía que hacerlo... era mi obligación”*; pero declarando ahora todo ello entre fuertes convulsiones y un llamativo ataque de tos, quedando de tal manera lejana aquella escena –al inicio del film- donde el propio Kongo bailaba en ese mismo sitio contando cómo hacía las ejecuciones.

La otra línea subyacente a todo delito de genocidio y de lesa humanidad (ii), *se sintetiza en la existencia de una (valga la metáfora) “bipolaridad social” explotada (cuando no generada) por una política de ingeniería social de parte de estos individuos*

(que crean, organizan, o bien modifican) los espacios institucionales sobre los que actuarán los ejecutores mediatos e inmediatos. Conforme a dicha “bipolaridad social”, las víctimas son nucleadas dentro de un determinado grupo considerado anti-social, desposeídos de todos sus derechos, y acusados de todos los males sociales.

Estas dos líneas: *la banalidad del mal y la ingeniería social*, presentes en todos los casos documentados de genocidio o de crímenes contra la humanidad, surgen de un análisis de los mismos hechos -de los propios acontecimientos típicos- no siendo el fruto de los postulados de una teoría general previa –que condicione el análisis-. Siguiendo, pues, un método de corte fenomenológico del tipo que propusiera Arendt: *“Fue ese criterio, más que el método, que le permitió llegar a conclusiones tan obvias – que sacarían a la sazón de sus casillas a tirios y troyanos- como la de que la situación totalitaria es la base del totalitarismo –sea éste nazi o bolchevique, o de otra suerte imaginable, tal vez futura- al margen de cuáles sean las diferencias entre ellos, o el contenido de sus ideologías hostiles. Para Arendt, uno debe partir del campo de concentración, de la policía secreta, de la persecución política, para construir luego su teoría, sus hipótesis y sus explicaciones.”*⁴

Así, Arendt construye una concepción unitaria y simultánea del mal, reconociéndole sin embargo dos dimensiones: el mal radical, y el mal banal. La primera de las citadas dimensiones, refiere a los estudios que Arendt hiciera en su reconocida obra *“Los orígenes del totalitarismo”*⁵ y se relaciona con lo antedicho acerca de la ingeniería social y la creación de espacios institucionalizados direccionados al perfeccionamiento de delitos del tenor del genocidio o de lesa humanidad. La segunda dimensión –el mal banal-, analizado en profundidad en *“Eichmann en Jerusalén”*, es la expresión ordinaria,

⁴ Giner, Salvador. *“Historia del pensamiento social”* 13ª edición, Ariel, Barcelona, 2013, pág. 726. Y agrega: *“La teoría debe serlo siempre ex post facto. Predica así con el ejemplo: Arendt no parte de una teoría –la del imperialismo capitalista y nacionalista o la del anarquismo libertario- para comprobar luego cómo se comportan sus representantes o cómo funcionan sus instituciones, sino al revés. Lo crucial es el fenómeno a captar, entender y explicar. Cuando se le identifica en otro tiempo y lugar, se hace posible la generalización, con lo cual se soslaya toda fragmentación de la realidad. Aunque lleve nombres diversos en lugares y tiempos diferentes. Es eso lo que le permite afirmar sin rodeos que fascismo y estalinismo ‘son lo mismo’ sin negar que sean diferentes entre sí en no pocos sentidos.”*

⁵ Arendt, Hannah. *“Los orígenes del totalitarismo”*, Alianza, Madrid, 2010.

funcionarial, burocratizada: “la aplicación racionalizada y mecánica de lo irracional” que emana directamente de la anterior dimensión (“mal radical”).

Una concepción pues, que muchos han catalogado como político-moral, aunque personalmente considero que su sitio más correcto sea dentro de la ética. Ello dado el espacio primordial que en sus planteos asume el concepto del mal (o de pecado, ya que los utiliza indistintamente), aunque siempre ello despojado de toda consideración y contenido teológico/sobrenatural. Así se ha expresado:

“Hay pues, en Arendt una reinstauración del mal en el núcleo del pensamiento moral y político del Siglo XX y por extensión en el XXI. El creciente descrédito del pecado durante los tiempos modernos constituye la raíz de la desaparición del mal y de la maldad del discurso moral filosófico (...) Por su parte, en el mundo de la ciencia hay aún menos lugar para el demonio que para los dioses. Restaurar el mal –radical, banal, o de otra índole- en la esfera del discurso filosófico moral sin caer en el oscurantismo ni en la fe sobrenatural tenía que ser por fuerza una proeza intelectual. La que llevó a cabo Hannah Arendt.

Esta se consolida , en su caso, mediante la eliminación paradójica de toda maldad de parte del sujeto. La insistencia de los magistrados que juzgaban al funcionario Eichmann en considerarlo culpable, es decir, responsable según su consciencia, según la tradición más acrisolada de la jurisprudencia occidental, era el mayor yerro de todo el proceso, según Arendt. El hecho esencial era que Eichmann no pensaba. Cumplía. Al igual que, más tarde, cumplirían los torturadores que en la Argentina, Chile u otros países víctimas de dictaduras a lo largo del Siglo XX, alegaban ‘obediencia debida’ para cometer sus tropelías. El funcionario de la muerte Adolf Eichmann, sostenía Arendt, era un probo ejecutor. La producción industrial de la muerte y la racionalización (en el sentido de productividad maximizada) de la desolación y la inhumanidad eran también lo que banalizaba el mal. Eichmann era sin duda un ser abyecto y un pobre hombre, bastante inteligente para ciertas cosas, y no muy brillante para otras, salvo en su minuciosidad destructiva y metódica, pero no era el monstruo de maldad que los jueces imaginaban. Con Hannah Arendt entra el mal de nuevo –en sus dos dimensiones, la radical y la banalizada- en la teoría política.”⁶

Lo anterior, desde una óptica jurídico-penal, no debe extrapolarse hacia una justificación ni una excusa de la responsabilidad de quienes observan un

⁶ Giner, Salvador. “Historia del pensamiento social...” cit., pág. 728.

comportamiento propio del mal banal (ello sin perjuicio de –como veremos *infra*- sí de mérito a una atenuación de la pena a individualizarse). Ello puesto que lo que caracteriza a toda intervención jurídico-penalmente relevante en un delito de genocidio o de lesa humanidad es el tratarse de *un hecho colectivo*, más concretamente: *una interacción institucional*.

Interacción institucional, que como tal tiene características propias. No se trata de una serie de actos individuales concatenados causalmente; sino de una interacción donde cada individuo realiza su aporte dentro de un campo estructurado común direccionado hacia el perfeccionamiento de la finalidad última (la consumación de un delito de genocidio o de lesa humanidad).

No se trata de un hecho externo al sujeto, que no le pertenece –al menos no en su totalidad- pero que de todos modos (mediante un normativismo divorciado de la realidad subyacente) se le imputa. Lejos de ello, se trata de un hecho colectivo, y como tal, le pertenece a cada interviniente –a cada uno de los que participaran dentro del campo estructurado de la interacción-. Les pertenece de modo directo en su totalidad; siendo ello consustancial a la propia *dimensión plural* o social/colectiva que tiene todo individuo de la especie humana.⁷ Claro que, jurídico-penalmente, tal pertenencia se traducirá en responsabilidades individuales de distinto grado: según sean aquellos que crearan la estructura institucional, o aquellos que la integraran sujetándose a un estatuto colectivo e individual pre-determinado.

Asimismo, el reconocer en cada delito de genocidio o de lesa humanidad la existencia de una interacción institucionalizada, conlleva reconocer la existencia de efectos específicos sobre cada uno de los integrantes de la misma. Especialmente ello respecto de aquellos sometidos a un estatuto y a un campo estructurado de la acción pre-determinado (a los que llamaremos: estamento *infra-estatutario*). Individuos, estos, que observan sendos efectos de alienación y de sometimiento a la estructura institucionalizada. Efectos que explican en gran medida las razones de esa modalidad “banal” del mal que causan o producen a través de su actividad delictiva.

Dichos extremos, tal como se verá en la fundamentación de esta investigación, han sido largamente estudiados ya desde la década de los cincuenta del Siglo pasado, especialmente por parte de sociólogos y psiquiatras sociales anglo-americanos. Siendo particularmente significativos los aportes (y experimentos) desarrollados por Solomon

⁷ Arendt, Hannah. “*La condición humana*”, Paidós, Barcelona, 2010, págs. 23 y ss..

Asch, Stanley Milgram y Philip Zimbardo, acerca de la conformidad del individuo respecto de la opinión y valoración (preponderantes) del grupo, la tendencia al cumplimiento de las órdenes que se consideran provenientes de una legítima autoridad, y los factores exógenos (situacionales) que condicionan en mayor medida al comportamiento de los individuos sometidos a una determinada estructura de poder; respectivamente.⁸

Como se acreditará en esta investigación, todos estas cuestiones fenomenológicas que componen la realidad empírica subyacente a los delitos de lesa humanidad y genocidio, no se hallan reflejados en las estructuras de imputación de responsabilidad individual más utilizadas por la doctrina y por la Jurisprudencia penal internacional. Me refiero, claro está, tanto a la teoría de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder de Roxin, así como a la teoría de la Empresa criminal común o conjunta (*Joint criminal enterprise*) en sus tres modalidades.

Lo anterior explica la razón fundamental por la que consideramos que dichas teorías no serían de recibo (además de por otras razones que expondremos oportunamente); y de allí también que recurramos *como parámetro interpretativo de los referenciados extremos fenomenológicos/empíricos y su posterior traslado al ámbito de la teoría del delito*, a la llamada “teoría de las estructuras de pecado”.

Como se explicará, dicha teoría de raigambre teológica, en nuestra opinión constituye la aproximación teórica (moral y ética) más profunda y acabada que se tenga conocimiento acerca de los fenómenos de la violencia y maldad colectivas consustanciales a todo delito de lesa humanidad y de genocidio. Ello puesto que trata de aquellos “pecados” realizados por colectividades humanas enteras y no ya por determinado o determinados sujetos concretos. Refiere, pues, a aquellas instituciones sociales que, lejos de seguir los postulados propios de las relaciones sociales naturales (aquellas consustanciales a una estricta observancia del Derecho Natural) lo que persiguen es la destrucción o degeneración de tales relaciones, deviniendo pues, en actos de “maldad”. Pero también, la referida teoría no se queda allí, sino que determina también los criterios para imputar las distintas responsabilidades individuales dentro del contexto de una interacción institucionalizada (conforme a las responsabilidades

⁸ Rock, Irvin. “*The legacy of Solomon Asch. Essays in cognition and social psychology*”, Psychology Press, London, 1990, pág. 124 y ss.. Milgram, Stanley. “*Obedience to authority. An experimental view*”, Pinter&Martin, London, 2010. Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*”, Paidós, Barcelona, 2008.

colectivas objetiva y subjetiva, que se verán oportunamente). Cuestión ésta última fundamental dentro del marco teológico de la teoría indicada, ya que sólo mediante la atribución de la responsabilidad individual, y la purga de dicho pecado a través de la debida penitencia, es que el individuo podrá hallar su salvación.

Claro que dichos postulados, que hallan su origen en los pensamientos estampados por San Agustín de Hipona (sobre quien Arendt construyera sus principios político-filosóficos, ya desde la redacción de su tesis doctoral), *despojados de toda consideración y finalidad teológica/sobrenatural* pueden perfectamente reconducirse al ámbito del Derecho penal internacional, a los efectos de cumplimentar la referenciada finalidad interpretativa. Así, lo relevante ya no será el alcanzar la salvación del alma, sino la determinación del merecimiento y de la necesidad de la pena de la conducta desarrollada por el sujeto, conforme ello a su verdadera dimensión a los efectos de lograr así una función (verdaderamente) preventivo-limitada o preventivo-ponderada de la pena.

Así resultarán de gran utilidad (y de enorme claridad) concebir las interacciones institucionales propias de los delitos aquí analizados, como estructuras de pecado: con su propio campo estructurado de la acción, delineando en el mismo los distintos estatutos y correlativos roles a cumplimentar por el estamento supra-estatutario (esto es: aquellos sometidos a un estatuto pre-determinado), y todo ello dirigido al cumplimiento de una *finalidad efectiva de naturaleza inicua* -aunque “*disfrazada*” a través de un discurso legitimador que se conoce como *finalidad formal*-. Asimismo, conceptos como el de la “interiorización” del estatuto/rol y del campo estructurado de la interacción, así como el de la función mimética (en el sentido de la determinación mental por parte del sujeto del modo en que mejor pueda desempeñar su rol en atención a la finalidad real-efectiva del precitado campo estructurado de la interacción); resultarán de gran interés y practicidad para atender a su través a los fenómenos sociológicos y psicológicos relevados por la ciencia.

De tal guisa, si bien por respeto y consideración a la teoría que tomaremos como principal herramienta interpretativa de toda la fenomenología que subyace a estos delitos mantendremos su designación “teoría de las estructuras de pecado”; cabe indicar de forma categórica (y tal como quedará manifiestamente estampado en los desarrollos que oportunamente haremos a su respecto) que la misma se aplicará aquí despojada de toda concepción, contenido y finalidad teológicas. *Haciendo a su respecto un*

permanente ajuste a las finalidades, funciones y principios del Derecho penal internacional.

Así pues, será en atención a todos estos extremos que postularemos *dos hipótesis* cuya demostración será la finalidad de esta investigación, siendo ellas:

1º Dentro del marco de una interacción institucionalizada del tipo de una estructura de pecado, los intervinientes ejecutores inmediatos y mediatos (entendiéndose por estos a los llamados “cargos intermedios”), todos ellos pertenecientes al estamento infra-estatutario, observan una culpabilidad (imputación personal) atenuada (una culpabilidad “difuminada”) respecto de quienes no actúan en dichos marcos situacionales.

2º La intervención en el delito, también se verifica en el caso de los miembros del estamento supra-estatutario, puesto que son estos quienes a través de la violación de su posición de garante derivada de su condición de ingenieros sociales, crean las estructuras de pecado que propician la comisión de los delitos de lesa humanidad y de genocidio, generando el déficit de culpabilidad (i.e: culpabilidad difuminada) que caracteriza a la responsabilidad de los integrantes del estamento infra-estatutario.

La primera de las hipótesis planteadas, parte de la intervención de los ejecutores directos e indirectos (inmediatos y mediatos) dentro de una interacción institucionalizada, donde lo relevante será la potencia de la acción individual en la interacción, más allá de la relevancia causal concreta de la misma respecto del resultado delictivo. Determinándose tales extremos de conformidad con los postulados de la responsabilidad colectiva objetiva y subjetiva que oportunamente desarrollaremos.

Asimismo, tal intervención se graduará (a nivel individual) en atención al alcance de su estatuto individual y su correspondiente rol. A su vez, y tal como acreditaremos, tal “alcance” de su estatuto individual así como la propia finalidad efectiva (real e inicua) de toda la interacción institucionalizada, serán condicionantes de la denominada *función mimética*. Siendo ésta, la elaboración mental del individuo (*ex ante*) mediante la cual el sujeto vislumbra las distintas maneras posibles de cumplimentar su rol (los posibles de la acción), seleccionándose aquella que asegure una mayor funcionalidad respecto de la finalidad institucional efectiva e inicua. Siendo todo ello (su estatuto y rol, el campo estructurado de la interacción y la finalidad inicua)

“interiorizado” por el sujeto. Sufriéndose allí la incidencia de una serie de factores psicosociales y culturales consustanciales a toda estructura de pecado –y que se corresponden con el concepto de la “banalidad del mal” de Arendt y de los estudios científicos de Asch, Milgram, Zimbardo *et Al.*-, y que confluyen en la generación de sendos estados de alienación y sometimiento sobre el individuo perteneciente al estamento *infra-estatutario*. Dichos estados -por las razones que oportunamente indicaremos- si bien en la generalidad de los casos no serán de una entidad tal que fundamenten (respecto del comportamiento de cada individuo) un estado de inculpabilidad; sí serán determinantes de una atenuación del grado o *quantum* de dicha responsabilidad/culpabilidad.

La segunda de las hipótesis planteadas (basada en la categoría del *mal radical* de Arendt), refiere a la intervención en estos delitos (genocidio, lesa humanidad) por parte de aquellos que crean los campos estructurales de la acción y sus correspondientes estatutos individuales dirigidos a la consecución de la finalidad inícuca (esto es: a la consumación del delito). Estamos hablando, pues, de una ingeniería social dirigida a la creación o modificación de instituciones secundarias (o micro-instituciones) que no buscan el fomento o desarrollo de las instituciones profundas en las que se fundamentan las relaciones sociales básicas, elementales y originales (y como tales, primordiales). Bien por el contrario, la lógica de estas instituciones secundarias del tipo de las estructuras de pecado, lo que persiguen es el desconocimiento, tergiversación, degeneración (cuando no: anulación) de dichas instituciones profundas. Observándose como consecuencia de ello, el desconocimiento de los (iguales) derechos de sectores enteros de la población, a quienes se termina despojando de su propia condición de seres humanos (ya no serán personas, sino los “otros”, “enemigos”, “judíos”, “capitalistas”, “comunistas”, etc.).

Tal como se fundamentará, estos extremos constituyen una violación de la posición de garante que recae sobre todo individuo que verifica y ejerce un poder de ingeniería social. Dicha posición de garante, a su vez, se demostrará sobre la base de la teoría ética filosófica de Emmanuel Lévinas de la “Alteridad absoluta e irreductible del Otro”, así como –del punto de vista empírico-sociológico- en las tesis de Zygmunt Baumann acerca de los efectos de la sociedad moderna respecto de estas políticas de ingeniería social dirigidas a la destrucción de las relaciones sociales naturales u originarias (y de allí, como un mero paso más, la destrucción física de miles de seres

humanos a través de estos delitos). Por lo tanto, la fundamentación y demostración de estos extremos, no se reducirá solamente al propio ámbito de la teoría de las estructuras de pecado, sino que acreditarán (demostrarán) desde las bases tanto del existencialismo francés del Siglo XX, como de la sociología crítica tanto de la modernidad como de la postmodernidad.

PRIMERA PARTE.

Capítulo Primero: Cuestiones Fenomenológicas

I. Planteo.

Las ciencias políticas, sociales, y del comportamiento humano en general han desarrollado técnicas y metodologías para determinar las causas de la violencia colectiva, propia de los delitos de Derecho penal internacional. Asimismo han indicado medidas o mecanismos para prevenir su ocurrencia.⁹ Empero el Derecho penal internacional, probablemente por ser producto de las decisiones de los diversos Estados, ha venido reiteradamente ignorando tales aportes de las ciencias sociales y del comportamiento. Ello, quizá para evitar que tales hallazgos científicos impidan la actuación estatal, fundada íntegramente en sus propios intereses geopolíticos.¹⁰

La experiencia en estos tipos de situaciones indica que operan una variedad de mecanismos, a veces yuxtapuestos, a los efectos de engendrar el más alto nivel de complacencia pública/social. Tales mecanismos son fundamentalmente: la propaganda, el miedo y la fragmentación de las actividades de los perpetradores.

Paradójicamente, se observa que a mayor escala de involucramiento social (esto es: cuanto más se vea afectada una institución social primaria –Estado, Cultura, Mercado–), más posibilidades se presentan para manipular a un mayor número de personas. Éstas pueden verse estimuladas a ello por lo que los psicólogos sociales denominan psicología condicionada por la masa, o derechamente psicología de masas. Y la paradoja está –sobre todo- en el hecho de que, si a ese grupo de personas las tomáramos a cada una por separado, individualmente, habrían –en su

⁹ Cfe. Waller, James. “*Becoming evil: How ordinary people commit genocide and mass killing*” 2ª edición; Oxford University Press, New York, 2007.

¹⁰ Así, ha señalado: “*Notwithstanding the progress in the last few decades, International Criminal Law continues to lag behind the needs of the international community to enhance its goals of peace, security, justice, and the protection of human rights. This is due to International Criminal Law’s unavoidable linkage to state’s strategic, economic, and political interest, which has historically hampered its development.*” Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application.*” 1ª edición, Cambridge University Press, New York, 2011, pág. 52.

mayor parte- observado una conducta conforme a Derecho, y no se habrían abocado al frenesí colectivo, o al cumplimiento estricto de la voluntad de la masa.

Estas observaciones, aunque básicas y nada nuevas para las ciencias que estudian el comportamiento humano, tal como avanzáramos, raramente han tenido relevancia en el campo del Derecho. Bien sea ello a la hora de legislar, bien sea a la hora de interpretar y/o aplicar la ley por el Juez, o bien sea (incluso) por la doctrina a los efectos de hacer proposiciones de *lege ferenda*. Por el contrario, tales segmentos y fuentes del Derecho penal internacional siguen realizando sus aportes atendiendo a un modelo de conducta individual respecto del cual los factores sociales y colectivos son tenidos –en el mejor de los casos- como fenómenos exógenos que –muy eventualmente- influyen en alguna medida sobre el individuo; más nunca como cuestiones inherentes al propio comportamiento individual (esto es: como factores o características endógenas al quehacer de cada persona).¹¹

Atendiendo a tales extremos de corte empírico -y a los efectos de desarrollar una correcta política criminal a su respecto- hemos de atender a la existencia de dos tipos de violencia colectiva: aquella propiciada y desempeñada por agentes estatales; y aquella perteneciente a agentes no estatales.

Ahora bien (y en contra de lo que se suele sostener sin fundamentación científica alguna) las características fenomenológicas de la violencia colectiva presentan profundas similitudes, tanto cuando se desarrollan por agentes estatales, como por no-estatales. Entre tales similitudes se cuentan (no taxativamente): significativos daños materiales y humanos; la falla de los mecanismos sociales y legales de prevención y/o control de la violencia colectiva; así como un paradigma común que explica la génesis y el desarrollo de tal modalidad de violencia.

En adición a lo anterior se ha manifestado: *“En el contexto de conflictos puramente internos, no internacionales, los actores no estatales suelen comportarse de modo muy similar a como lo hacen los actores estatales en referencia al abuso de poder contra la población civil. Ello incluye la comisión, o la participación en la comisión de genocidios, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, piratería, esclavitud y demás prácticas relacionadas con la esclavitud. De allí que actores no estatales que observan varias de las características de los agentes estatales, tales como el ejercicio, control y dominio*

¹¹ En tal sentido, vide: Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity...*” cit., págs. 60 y ss.

de un determinado territorio y su correspondiente población, y sean capaces de desarrollar políticas organizativas, han de ser considerados pasibles del mismo grado de responsabilidad que los mentados agentes estatales.”¹²

Las manifestaciones de violencia colectiva, tanto las iniciadas o generadas desde las altas esferas del poder hacia las bases sociales (en adelante: *top-down*), como las que se originan desde las bases sociales hacia las altas esferas (en adelante: *bottom-up*), presentan ciertas características fenomenológicas que son relevantes para el Derecho penal internacional; concretamente, para el efectivo cumplimiento de su finalidad preventiva tanto positiva como negativa, y tanto respecto de la norma primaria como de la secundaria.

Veamos: *Respecto de la norma penal primaria*, ya que no se podría identificar el tipo de conducta antijurídica sin analizar previamente dónde, cómo, y cuándo se generan los riesgos que se concretan en los resultados atroces propios de los macro delitos de marras. Una construcción de la norma primaria (y la interpretación posterior de la misma) que no atienda a la realidad empírica subyacente está destinada a cualquier cosa menos a resolver –previniendo– tales tipos de conflictos sociales. *Respecto de la norma penal secundaria*, ya que la delimitación del efectivo daño al bien jurídico, la imputación personal, así como la debida atención a razones de política criminal, jamás podrá hacerse de modo correcto (al momento de determinarse la pena) si previamente y durante todo ese análisis, no se atiende debidamente a la fenomenología propia de este tipo de violencia colectiva.

Resumiendo lo anterior, consideramos que entender cómo ocurren las cosas, resulta indispensable para comprender cómo hacerse cargo de ellas. De allí la relevancia de desentrañar la fenomenología de la violencia colectiva; ya no sólo a los efectos de la construcción de las normas penales, sino también a los efectos de delimitar los modos de imputación de la responsabilidad jurídico-penal, así como las posibles condiciones objetivas de punibilidad o de procedibilidad. Todo ello, sin perjuicio de los efectos sobre el proceso penal, como la admisibilidad y valoración de la prueba, la prisión preventiva, etc.

Ahora bien, las carencias de conocimiento, tanto del legislador (nacional e internacional) como del intérprete, acerca de la fenomenología propia de estos conflictos queda en evidencia desde el momento en que se define a los “macro-

¹² Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity...*” cit; pág. 52.

delitos” atendiendo fundamentalmente a los resultados que –directamente- se producen. Es decir, atendiendo a la cantidad de muertes o heridos –*causalmente*- provocados por la conducta. Dichas carencias se enquistan en importantes deficiencias del sistema. Así, hemos de referirnos primeramente a la falta de previsiones en cuanto a tipificar conductas de corrupción interna de los Estados que fortalecen y perpetúan a regímenes totalitarios que, tarde o temprano, terminan afectando a la seguridad internacional. Asimismo, la falta de previsiones respecto de delitos medio ambientales que pueden ser causa de hambrunas, desplazamientos de poblaciones, etc. y que causan –inevitablemente- inestabilidades regionales. También la falta de una tipificación internacional precisa y completa sobre el tráfico de armas, especialmente de las armas de destrucción masiva. Finalmente, la falta de toda previsión respecto de la delimitación de la imputación y de las modalidades de persecución procesal (fundamentalmente, la delimitación de jurisdicción) de los modernos mercenarios.¹³

Yendo a cuestiones de *lege lata*, y a los efectos de interpretar cabalmente los tipos penales ya existentes, resulta también menester atender a la realidad empírica subyacente; tanto desde el punto de vista general, como respecto al caso concreto. Desde el mentado punto de vista general, podemos distinguir dos modelos básicos de violencia general que desemboca en delitos propios del Derecho penal internacional: así tenemos el que responde propiamente a los “delitos de Estado”, que en lo personal prefiero identificar como violencia colectiva propiciada desde las altas esferas del poder hacia las bases sociales; y el que responde a la violencia colectiva propiciada desde las bases sociales y proyectada hacia los estamentos sociales jerárquicos (que obvio resulta decir, dicha “jerarquía” será, meramente formal). Son las ya referenciadas modalidades de violencia colectiva *top-down* y *bottom-up*, respectivamente, y a cuyo análisis procederemos a continuación.

II.1) Los modelos de violencia colectiva: *top-down* y *bottom-up*.

¹³ Schabas, William. “*Unimaginable atrocities. Justice, politics, and rights under war criminal tribunals*”, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 25 y ss.; Bassiouni, Mahomoud. “*Crimes against humanity...*” cit., págs.. 80 y ss..

Atendiendo a la doctrina¹⁴, se pueden delinear una serie de diferencias (que nosotros enumeraremos en ocho) entre estas dos tipologías de violencia colectiva, a saber:

En primer lugar, en el modelo *top-down* la violencia emerge desde las altas capas o altos círculos del poder social, e involucra al menos a una estructura estatal bien organizada. El modelo *bottom-up*, por el contrario, se caracteriza por el hecho de que la violencia colectiva surge de la propia dinámica relacional entre grupos sociales que actúan en las bases de la sociedad, y desde allí se eleva a los sectores sociales que detentan formalmente el poder. Este último modelo no involucra, en sus inicios, a ninguna estructura social (al menos, no en su plenitud), aunque sí la existencia de ciertas organizaciones burocratizadas (por mucho que presenten estructuras endeble y poco desarrolladas).

En segundo lugar, la violencia colectiva direccionada a través de estructuras estatales (*top-down*) tiende a ser sistemática, así como direccionada hacia objetivos concretos (violencia colectiva y discriminada). Por el contrario, en el modelo *bottom-up*, la violencia tiende a ser indiscriminada.

En tercer lugar, ambos modelos se caracterizan por el hecho de que la violencia generalizada que producen tiende a abarcar grandes espacios geográficos; aunque en el caso del modelo *Bottom-up* tiende a asentarse en puntos geográficos más limitados (concretamente en regiones de países).

En cuarto lugar, la intervención estatal, tanto a nivel interno como internacional, resulta mucho más eficiente en el caso de violencia *Bottom-up* que respecto al otro modelo.

En quinto lugar, de hecho, y concatenado con lo anterior, la única forma – esencialmente- de enfrentar la violencia causada y gestionada por un modelo *Top-*

¹⁴ Así vide: Cassese, Antonio. “*International Criminal Law*” 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2008, págs.. 11 y ss.; Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity...*” cit., págs.. 80 y ss.; Jones, Adam. “*Genocide and structural violence: charting the terrain*” in “*New directions in Genocide research*” (Adam Jones, ed.), Routledge, Oxon, 2012, págs.. 132 y ss.; Luizzi, Vincent. “*New balance, evil, and the scales of justice*” in “*Evil, law and the state. Perspectives on state power and violence*” (John T. Parry, ed.), Amsterdam, 2006, págs. 173 y ss.; Olásolo Alonso, Héctor. “*Ensayos de Derecho penal y procesal penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 347 y ss.; Schabas, William. “*Unimaginable atrocities...*” cit., págs.. 99 y ss.. Van der Wolf, W./ de Ruiters, D. “*Genocide on trial*”, International Courts Association/ Wolf legal publishers, La Haya, 2011.

down es mediante la intervención de otra u otras potencias extranjeras. Ello puesto que, por lo general, se tratará de una violencia generada y administrada por un gobierno por lo que la posibilidad de que sea el Estado dirigido por dicho gobierno, el que subsane (y solucione) la violencia colectiva, resulta, cuanto menos, quimérica.

En sexto lugar, toda violencia patrocinada por el Estado (*Top-down*) produce (por regla general) más muertes y destrucción que la desembocada por la dinámica de grupos violentos (*Bottom-up*).

En séptimo lugar, la violencia patrocinada por el Estado constituye una traición a la confianza depositada en los agentes estatales, puesto que éstos últimos se dedican a violar los derechos fundamentales de aquellos que confiaron en su protección. De tal guisa, el abuso de poder de parte de los agentes estatales deja a un grupo de civiles aún más desprotegidos, ya que sus atacantes resultan ser, justamente, aquellos a los que se les encomendase (por ley) a su protección. Esto resultará particularmente relevante a los efectos de fundamentar una responsabilidad sobre la base de una infracción de deber, y no sobre bases de dominio sobre cursos causales riesgosos.

En octavo lugar, tenemos que si bien ambas formas de violencia colectiva tienen el potencial de generar daños colaterales, lo cierto es que la correspondiente al modelo *Top-down* suele resultar más gravosa en términos de violencia regional, perturbación de la paz y seguridad mundiales, así como causar grandes costos para el mantenimiento de la paz y de la reconstrucción económica.

II.2) Generalidades de cada modelo.

A continuación procederemos a analizar con mayor detalle las características más sobresalientes (o determinantes) de cada uno de los modelos reseñados acerca de la violencia colectiva. A saber:

II.2.a) Sobre el modelo *top-down*.

La característica fundamental que le distingue del otro modelo es la existencia de un régimen estatal completamente burocratizado, así como el estar sometidos - tanto los mandos medios como los subordinados- a una fuerte jerarquización. Mas

lo anterior sin desatender a la existencia (empírica) de un organigrama las más de las veces extraordinariamente complejo; con competencias superpuestas; y donde la propia responsabilidad de cada individuo tiende a diluirse o dispersarse.

Como bien se ha dicho, las atrocidades masivas perpetradas por Estados tienden a ser el producto de una actividad colectiva, sistemática y burocratizada, hecha posible gracias a la colaboración de complejas y masivas organizaciones, en la ejecución de las políticas criminales generadas en los más altos niveles del gobierno. De allí la dificultad de localizar, limitar y definir dentro de tan vasto aparato burocrático las responsabilidades individuales.¹⁵

La estructura organizativa del Estado se halla bajo el control de un líder tiránico o de una determinada élite o partido que observan, también, un carácter totalitario. En ellos la nota en común se da en el abuso de poder, tanto hayan llegado a detentar el mismo por uso de la fuerza o hayan sido -originalmente- democráticamente electos. Desde tal dominio sobre el aparato del Estado, detentan un férreo control de toda la sociedad; de allí que puedan generar violencia sobre grandes cantidades de víctimas sin que exista una oposición interna capaz de prevenirla o de frenarla.

Los líderes (se trate tanto de un individuo, como de una determinada élite) suelen observar altos niveles de carisma que les facilita el que grandes sectores de la sociedad empaticen con ellos. Y una particularidad que se visualiza en estos casos, es que tal carisma no se agota con la llegada al poder sino que se perpetúa y, en ocasiones, potencia, una vez se detenta tal poder estatal.

Esto último se puede comprobar en el caso de la Alemania nacionalsocialista. Así se ha expresado respecto del carisma desplegado por Hitler que, después de su victoria electoral, rehusó ajustarse al orden racionalizado e institucionalizado del Estado y, por el contrario, perpetuó un movimiento carismático dentro del marco del gobierno del mismo tipo que desplegara dentro de su Partido. En parte logró esto manteniéndose en el centro de todas las decisiones, a la vez que, simultáneamente, rehusaba tomar decisiones específicas:

“(...) En este universo carismático, el cuartel general era un hato de pequeños Hitlers que se inclinaban ante el gran Hitler pero que se trataban con indiferencia o con recelo. Cada cual estaba librado a su suerte... en aras del Partido. El poder

¹⁵ Cohen, David. “Beyond Nüremberg: individual responsibility for war crimes” en “Human Rights in political transitions N°53” (Carla Hesse and Robert Post, eds.), 1999.

y la influencia no provenían de la eficiencia, ni del respeto racional por las reglas, ni de la posición en una estructura burocrática, sino únicamente de ganar el antojadizo favor de Hitler. Esto también aumentaba su poder, pues no era sólo la cabeza de una jerarquía, sino la expresión y encarnación del movimiento mismo. Como ámbito final, el que podía unir las fuerzas opuestas a través de su autoridad intrínseca, Hitler era la piedra basal del frágil edificio del nazismo; sin él, esa estructura se descompondría en sus dispares elementos.”¹⁶

Así se constataba un verdadero “ciclo de auto-corroboración”, en virtud del cual la magnitud del carisma de Hitler se acrecentaba, dada la calidad que detentaba de sumo y único mediador entre las rivalidades que él mismo fomentaba entre sus súbditos. De allí que el contenido de las órdenes pasara a ser algo irrelevante, y lo único realmente importante fuera la lealtad absoluta al *Führer* como único elemento de cohesión.

Sin perjuicio de lo indicado *ut-supra*, el modo en que Hitler detentaba su papel de líder máximo también acrecentaba su carisma respecto del pueblo (logrando una inmensa empatía de parte de la gente hacia él). Ello se explica puesto que al mantenerse al margen de los asuntos político-sociales y económicos, y al detentar la cualidad de “componedor” o “árbitro”, se mantenía al margen de las críticas que las decisiones tomadas por sus subordinados del Partido o del Gobierno pudiesen acarrear. Concretamente, se ha señalado que su actitud distante no sólo protegía su estatura política ante el vulgo, sino que más bien la aumentaba. “*Esto ya que la gente buscaba en el ‘conductor’ la salvación ante las injusticias y crueldades impuestas por sus matarifes (‘¡Si tan sólo el Führer supiera esto!...’)*.” Como bien señala Lindholm, esto se verifica en el hecho probado de que el Partido Nazi fuera perdiendo sus índices de popularidad (particularmente al comenzar los reveses de la Guerra), y no obstante Hitler mantuviera enormes índices de popularidad y lealtad más que considerable hasta el propio final del régimen.¹⁷

El modo en que Hitler desempeñó su liderazgo carismático conllevó transformar a Alemania en una *gigantesca y permanente reunión de masas que aguardaban su aparición hipnótica*. Como el propio Dictador propusiera: “*No habrá licencia ni*

¹⁶ Lindholm, Charles. “*Análisis del fenómeno carismático y su relación con la conducta humana y los cambios sociales*”, 3ª edición, Gedisa, Barcelona, 2001, págs. 151 y ss..

¹⁷ Lindholm, Charles. “*Análisis del fenómeno carismático y su relación con la conducta humana y los cambios sociales...*” cit., pág. 154.

*espacio libre donde el individuo pertenezca a sí mismo (...) El día de la dicha individual ha pasado. En cambio, sentiremos una dicha colectiva. ¿Puede haber dicha más grande que una reunión nacionalsocialista donde los oradores y el público sientan como uno? Es la dicha del compartir. Sólo las comunidades cristianas primitivas pudieron sentirla con igual intensidad. Ellos también sacrificaban la dicha personal por la dicha superior de la comunidad.”*¹⁸

Esto conlleva la formación de una estructura político-social alejada de la realidad natural de las relaciones sociales, reconfigurando las instituciones *sociales* secundarias de espaldas a dicha realidad primigenia. Resultando de ello una sociedad incoherente, con una escala axiológica impuesta desde la élite detentadora del poder. Deviniendo en una organización política amorfa con decenas o cientos de departamentos burocráticos con competencias super y sobrepuestas, detentando diferentes grados de poder, y todos ellos compitiendo por la obtención del favor (o el cariño) del máximo líder.

Por otra parte –aunque en la misma línea de lo anteriormente expuesto- se verifica en la Alemania nacionalsocialista, ya desde 1934, la destrucción de toda institución *societal* independiente y/o autónoma del poder hitleriano. Ello por más locales e insignificantes que tales organizaciones (micro-institucionales) pudieren ser: asociaciones de caza, baile, culturales, deportivas; en definitiva, toda institución que ofreciere un sentido de identidad, actividad y pertenencia, y que de tal modo preservara la individualidad y recordara el verdadero sentido de las relaciones sociales (considerar al otro como un igual sujeto de Derecho).¹⁹

A lo anterior, hay que adicionar como factores que generalmente caracterizan a este modelo de violencia colectiva: el uso abusivo y monopólico de la propaganda, así como el control de los medios de comunicación; y la creación a través de una mendaz retórica, de falsos hechos, pruebas, datos históricos, destinado todo ello a sembrar el odio hacia cierto sector determinado de la población (los llamados “chivos expiatorios”). No siendo ello otra cosa más que las herramientas fundamentales (al menos desde el siglo XX en adelante) de las políticas de ingeniería social destinadas a de-socializar, marginar, en fin: deshumanizar, a

¹⁸ Adolf Hitler citado en: Rauschning, Hermann. “*The voice of destruction*”; Putnam, New York, 1940, págs. 191-192.

¹⁹ Cfe.: Allen, William. “*The Nazi seizure of power*”; Franklin Watts, New York, 1984.

sectores enteros de su población. Ello como primer estadio de un itinerario dirigido a su aislamiento social y posterior destrucción física e histórica.

II.2.b) Sobre el modelo *bottom-up*.

Al igual que en el caso del otro modelo (*top-down*), aquí no existe un sistema único e idéntico que se repite en todos los casos en que se presenta este tipo de violencia colectiva. Cada caso presenta unas características *sui generis* y que responden a un contexto geográfico, cultural, económico, político y humano diferente. Empero, sí se pueden considerar una serie de características que generalmente se verifican en la diferente casuística en que se presenta este tipo de violencia; atendamos, pues, a las mismas:

Primeramente, la inexistencia de una sociedad fuertemente burocratizada y jerarquizada, así como de estructuras estatales firmes y omnipresentes en las relaciones sociales. Ello, no obstante, no significa que no existan estructuras burocráticas: lo que sí implica es que las mismas son poco desarrolladas, mal organizadas y con un alcance más relajado; ello siempre que las comparemos con las del modelo anterior.

La violencia emerge del conflicto social que se provoca por el choque entre dos o más grupos sociales. Es producto de una dinámica social, propiciada por conflictos inter-tribales, o bien religiosos, o bien inter-étnicos. Las distintas estructuras del Poder Estatal (tanto a nivel nacional, como regional, como también local) se hallan de tal manera impotentes para evitar, o bien controlar (y menos aún cesar) tales brotes de violencia generalizada.

Sobre la modalidad/tenor de la violencia desatada por este tipo de fenómeno social se ha constatado que es causante de graves daños a la vida, integridad física y propiedad; así como que, ante la inexistencia de estructuras estatales fuertes y firmes, generalmente sea mediante la actuación de potencias extranjeras como se pueda frenar tal violencia generalizada.²⁰

²⁰ Al respecto se ha sentenciado: “(...) *In their modern manifestations, this form of collective violence has evidenced increased harmful consequences, while at the same time it has also revealed that, in the absence of forceful internal or external controls, very little else is useful in preventing, curtailing, or stopping this collective violent dynamics. Mechanisms for reconciliation necessarily come after mass atrocities have already been committed and not play a part in preventing the acts*

Sin perjuicio de lo anterior, y sin significar con esto que detenten el poder para generar per se stante tal violencia colectiva, algunos miembros del gobierno (particularmente si se trata de un tirano o de una élite de poder) pueden facilitar, azuzar, o bien colaborar en “*encender la mecha*” de tales fenómenos de violencia. De hecho, en casos paradigmáticos que se han dado sobre este tipo de violencia colectiva (la guerra del Congo y el genocidio de Darfur) nos encontramos con la existencia de ciertas estructuras de poder (concretamente: partidos políticos, milicias) que se aproximan bastante a la especie de organización estatal propia del modelo *top-down*. Empero, tales organizaciones o estructuras estatales carecen del grado de jerarquización propio del mentado modelo.

Es que, en el fondo, la cuestión pasa por la constatación (reitero que en la generalidad de los casos) de que la violencia que se genera dentro de este modelo tiene una vida propia, puesto que se halla bajo el dominio de muchas personas que no obedecen a la condición de agentes estatales o para-estatales y, por ende, no son capaces *–per se stante–* de guiar o encausar dicha violencia. En el caso de la Camboya de *Pol-Pot*, por ejemplo, gran parte de las masacres llevadas a cabo en los distintos “campos de reeducación” se debió más al celo de los gerifaltes locales del *Khmer Rouge* (en su afán por dar cumplimiento a las vagas directrices provenientes del Consejo Central encabezado por el propio *Pol Pot*, o bien como modo de resolver viejas disputas personales que tuvieran con las víctimas) que por hallarse sujetos a una estricta obediencia respecto de directivas o lineamientos específicos dictados por el líder.²¹

En adición a lo anterior, hemos de considerar que estos actores o agentes no estatales, por lo general -y con el devenir de los acontecimientos- terminan siendo agentes estatales. Lo dicho, ya que, o bien uno de los grupos sociales enfrentados termina accediendo al poder estatal (mediante revoluciones armadas o golpes de Estado), o bien como en el caso de los procesos descolonizadores antiguos movimientos guerrilleros se convierten en los nuevos gobernantes de los nuevos

themselves.” Aukerman, Miriam. “*Extraordinary evil. Ordinary crime: a framework for understanding transitional justice*” in “*Harvard Human Rights Review*” N° 15, Cambridge, 2002, pág. 92.

²¹ Así, *vide*: Etcheson, Craig. “*After the killing fields: lessons from the Cambodian genocide*”; Simon & Schuster, New York, 2005, págs. 84 y ss..

Estados.²² Pasando muchas veces a desarrollar (a partir de entonces) el tipo de violencia propia del modelo anterior; viniendo a demostrar ello que, lejos de presentarse estos esquemas de violencia colectiva en sus formas puras, empíricamente obedecen a formas asimiladas, cuando no mutan de una modalidad a otra. De allí la importancia de determinar aquellas características comunes a ambos regímenes, puesto que será allí donde podremos desentrañar aquel cerne o núcleo duro, que explique el fenómeno de la violencia colectiva.

II.3) Las características comunes a ambos modelos de violencia colectiva y sus causas.

Retomando lo expuesto al cierre del anterior apartado, era absolutamente necesario el delimitar con la mayor sencillez posible las características más salientes de cada uno de los modelos que explican la violencia colectiva (*Top-down*

²² Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity...*”cit., pág. 59. Este autor agrega otra categoría a las indicadas *ut-supra*, que responde al modelo en el que una sustantiva parte de la sociedad se convierte en ejecutora voluntaria de las políticas genocidas de un líder, élite o grupo social. Tal modelo (o categoría como en lo personal creo más conveniente catalogar) responde a la tesis del historiador norteamericano Daniel Goldhagen, sita en su obra “*Los verdugos voluntarios de Hitler.*” Desde el momento en que las pruebas y fundamentos históricos, sociológicos y antropológicos en los que se basara dicho autor para sustentar la demostración de su hipótesis sobre la existencia de un “*antisemitismo eliminacionista*” esparcido y generalizado entre la sociedad alemana de mediados del Siglo pasado se han demostrado falsos (cuando no, derechamente manipulados al antojo del autor) en lo personal considero prescindible mayor comentario (y menos aún, análisis) a su respecto. Así, *vide*: Eley, Geoff et Al. “*The Goldhagen effect. History, memory, nazism. Facing the German past*”, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2010. Y muy especialmente: Finkelstein, Norman; Birn, Ruth. “*L’Allemagne en procès. La thèse de Goldhagen et la vérité historique*”, éditions Albin Michel, Paris, 1999.

y *Bottom-up*). Ahora bien, a los efectos –fundamentalmente- preventivos de las normas penales, resulta menester en esta primera aproximación que hacemos al fenómeno de la violencia colectiva, el atender a las características comunes a ambos modelos, así como a las causas que explican (a veces unilateralmente) por qué surgen tales fenómenos sociales.

Lo antedicho se fundamenta en que a las Convenciones internacionales, al crear los estatutos de los diferentes tribunales, o al tipificar delitos internacionales, no siempre les resulta posible hacerlo sobre una base diferenciadora entre los modelos referidos. Es decir que, por lo general, no se puede determinar de forma previa, general y abstracta (como es propia de la tipología jurídico-penal) si la casuística concreta que será objeto de análisis corresponderá a una violencia colectiva propia de un modelo u otro. De allí la importancia de los elementos comunes, ya que en la medida en que puedan ser bien identificados, se podrá trabajar mejor a los efectos de prevenir los –eventuales- delitos (bien sea legislando, bien sea juzgando).

Así, podemos ya de entrada identificar dos características que siempre se hallan presentes (en mayor o menor grado) en cada caso concreto de delitos de genocidio o de lesa humanidad (*crimes against humanity*). Siendo ellas: (i) Por un lado, la existencia en la mayoría de la sociedad (tanto perpetradores directos como indirectos, y refrendatarios o *bystanders*) de una apatía, indiferencia o pasividad respecto de la suerte del sector social víctima de la violencia. (ii) Por otra parte, la existencia de un previo proceso de deshumanización o cosificación y degradación de las víctimas. Pues bien, estas características obedecen (en mayor medida) a la existencia de una serie de causas que, atendiendo a la casuística, suelen generalmente concurrir.

Como bien se ha sostenido, la violencia colectiva es el producto de una combinación de, por un lado, difíciles condiciones de vida causadas por una crisis socio-económica, y por otro lado, de ciertos preconceptos/prejuicios culturales que hacen probable el que emerjan enfrentamientos de un grupo social contra otro. Pero también hace probable que a los actos iniciales de daño, les sigan nuevas etapas de violencia, que se continuarán en una progresión de destrucción (*continuum of destruction*).²³ En este marco, asimismo, importa la conducta desplegada por los

²³ Cfe. Staub, Ervin. “*Overcoming evil. Genocide, violent conflict, and terrorism*”, Oxford University Press, New York, 2013. Capítulo 3.

Bystanders, que nosotros denominaremos, por entenderse mejor su traducción: refrendatarios, más que testigos o terceros. Ello, en la medida en que son ellos quienes pueden facilitar o inhibir la señalada escalada de violencia.

Lo expuesto anteriormente nos explica que la esencia de la violencia colectiva, no obedece a un único factor causal, sino a varios que, integrándose de diversa manera en el transcurso del tiempo, componen tal situación de conflicto social (bien pudiéndose, a su respecto, aplicar las premisas básicas de la *Gestalt*). Empero, la razón que dispara la violencia colectiva es el convencimiento, inducido por políticas de ingeniería social, de que un sector o grupo social impide o perjudica la felicidad o el progreso colectivo.²⁴

Identificaremos pues, y de modo general, cinco causas de la violencia colectiva teniendo cada una de ellas mayor o menor relevancia causal. Siendo ellas: la personalidad y psicopatologías de los líderes; las políticas de deshumanización; el fenómeno de la neutralización; el vínculo existente entre las normas sociales y las normas de conducta; y por último (y al que dedicaremos un mayor análisis) el fenómeno de la banalidad del mal. Veamos:

II.3.a) La personalidad y psicopatologías de los líderes:

La historia psiquiátrica de los líderes (así como de los ejecutores directos e indirectos) contribuye al entendimiento de su disposición hacia la crueldad y la violencia. Ahora bien, tales explicaciones tienen relativa relevancia a los efectos de la cabal comprensión de los fenómenos de violencia colectiva. Tales aseveraciones se fundan en el hecho de que, en un contexto de espiral de violencia colectiva, siempre existen sujetos con concepciones sociales extremistas que se ofrecerán a sí

²⁴ Dice Staub: “*The outcome of this evolution and the immediate cause of the genocide is that perpetrators come to believe either that the victims have something they want or (more likely) stand in the way of something they want. In Germany the victims threatened an imagined racial purity and superiority and stood in the way of the nation’s (and humanity’s) improvement. In Turkey the victims seemed to threaten a pure national identity and a return to past greatness. In Cambodia the victims were seen as class enemies or judged incapable of helping to create a particular type of communist society. In Argentina the victims were seen as threatening national security, a way of life, and religious ideals, as well as the perpetrator’s own safety.*” Staub, Ervin. “*The roots of evil: the origins of genocide and other group violence*”; Cambridge University Press, New York, 1999, pág. 23.

mismos como líderes y, por otro lado, en que son los factores sociales existentes al momento en que se dispara el *continuum* de violencia colectiva los que la explican más y mejor que las psicopatologías y las experiencias infanto-juveniles de los líderes políticos o revolucionarios.

Lo más trascendente a los efectos preventivo-funcionales de la pena no ha de estar tanto en el carisma del máximo líder o en la efervescencia que causare su prédica en sus seguidores, sino en las razones por las cuáles una buena parte de la sociedad se vuelca a seguir una ideología de odio que conlleva la eliminación de personas que, hasta hacía pocos días atrás, eran sus parientes, vecinos, conocidos, perfectos desconocidos, etc., mas no sus enemigos. El tratar el carácter psíquico del o de los líderes como el cerne de la investigación penal es un error recurrente de los tribunales penales internacionales desde el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, y se sustenta en la concepción de la “*personalidad autoritaria*” de Theodor Adorno. Esta última concepción explicaba la “maldad” propia de los nazis como el producto de una inmoralidad intrínseca de ciertos individuos (lunáticos, fanáticos, etc.) que por razones coyunturales y especiales se habían hecho con el poder en Alemania, embarcando así a toda la población hacia la tragedia que terminó siendo el nacionalsocialismo.

Concretamente, Adorno y sus seguidores catalogaron tales características psíquicas dentro de lo que llamaron “la personalidad autoritaria” o “escala F”. Conforme a la misma, ciertas personas potencialmente facistas o autoritarias reaccionan a la propaganda antidemocrática desplegando una conducta violenta poco habitual en el común denominador de los seres humanos (siendo los mismos “autoseleccionados” mediante los estándares de las instituciones nacionalsocialistas para integrar sus filas). Los rasgos que aglutina esta personalidad autoritaria, serían –*sic* Adorno-: una rígida adhesión a los valores tradicionales; una sumisión a la autoridad; una actitud agresiva ante los out-groups; incapacidad de introspección y creatividad; tendencia hacia la superstición; catalogación conforme a esteretipos; preocupación por el poder y la fortaleza de carácter; cinismo; disposición a creer que en el momento actual ocurren graves peligros y salvajismos en la sociedad; una preocupación compulsiva por la sexualidad de los demás.” Asimismo concluía que el individuo antidemocrático alberga fuertes impulsos agresivos en su interior, los

cuales son dirigidos y tolerados hacia los grupos ideológicamente sindicados como enemigos o peligrosos por parte de los gobiernos autoritarios.²⁵

Habiendo sido -hoy en día- más que superadas tales tesis psicológicas, lo realmente relevante es el investigar (y comprender) el fenómeno del seguimiento: qué es lo que hace que un grupo social siga las directivas de determinados líderes a pie juntillas.

II.3.b) Políticas (ingeniería social) de deshumanización, subhumanización u objetivación (cosificación) de las víctimas.

En todos los procesos de violencia colectiva (tanto sea dentro de un sistema *Top-down*, como *Bottom-up*) se verifica un proceso previo de deshumanización o persecución respecto de un determinado grupo social (sobre el cual se desatará la actividad delictiva). Esta característica es absolutamente fundamental para comprender el alcance y funcionamiento de la “lógica” de los fenómenos sociales de violencia colectiva. Ello a tal punto que no se puede comprender a cabalidad las demás características de dichos fenómenos sin tener como parámetro teleológico y orientativo de la interpretación a esta causal. Aquí –y por ahora- señalaremos que esta técnica (de ingeniería social) se muestra necesaria a los efectos de desincentivar y bloquear los frenos inhibitorios que cada individuo posee a los efectos de prevenir toda conducta dirigida a matar, violar o torturar indiscriminadamente a personas que son consideradas como prójimos o iguales.²⁶

Para ello las víctimas han de pasar a ser concebidas como diferentes al resto y, como tales, no merecedoras de un tratamiento humanitario. Asimismo, y a modo de reforzar lo anterior, se debe polarizar a la sociedad mediante un discurso en contra de las (futuras) víctimas que explica todos los males sociales como causados o generados por éstas. De tal modo, se produce una “racionalidad de supervivencia” por parte de la mayoría social, que se dirige en contra de aquella colectividad o grupo social que es tenido como una seria y peligrosa amenaza. Estamos hablando, claramente, del discurso de odio o “*hate speech*”.

²⁵ Zamorra, José Antonio. “*Theodor W. Adorno. Pensar contra la barbarie*”; editorial Trotta, Madrid, 2004.

²⁶ Así, *vide*: Ceretti, Adolfo. “*Collective violence and International crimes*” en *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Tomo I; Oxford University Press, New York, 2009, págs. 8 y ss..

Los procesos psicológicos normales y corrientes, ciertos modos básicos de pensar y/o procesar información del medio, así como sensaciones y sentimientos básicos tales como la “*devaluación o cosificación de los otros*” constituyen la esencia de esta causal de la violencia colectiva. Se trata de procesos psicológicos corrientes y elementales de todo ser humano, que como tales son básicos mas no inevitables: son aquellos dispositivos de conducta primarios que provienen desde los tiempos de nuestra condición de animales recolectores y cazadores (es decir, en los albores de nuestra evolución).²⁷

Conforme a tales patrones genéticos de conducta, cuando un individuo se halla sujeto a unas situaciones de vida desesperadas (v.gr. desempleado, sin crédito, sin esperanzas de mejorar sus situaciones de vida, etc.) ello le lleva a un estado de inseguridad que propicia que se vuelva en contra de otros miembros de la sociedad. Son estos sujetos a quienes, conforme a la prédica de políticas de ingeniería social, se les culpa de tal situación (los llamados “*chivos expiatorios*”). Dándose, así, inicio al *continuum* de violencia propio de los genocidios o delitos de lesa humanidad.

Este tipo de políticas de ingeniería social, en vez de propiciar una evolución individual y cultural hacia la empatía, la solidaridad, y la unidad social (propio todo esto de un nivel de funcionamiento social más avanzado y evolucionado) se dirigen hacia un enfrentamiento social, polarizando la sociedad en grupos (*in-groups; out-groups*) y exacerbando así las respuestas de conducta más primitivas y primarias.

No es raro que los casos de violencia colectiva que derivan en delitos de genocidio y de lesa humanidad tengan lugar en aquellos Estados que sufren penurias y conflictos socio-económicos y políticos. Y no es raro ya que, cubiertos por el manto de la “ideología”, los regímenes violentos (tanto desde la esfera estatal, como no estatal) obtienen gran parte del apoyo popular (y consecuentemente, de su poder) a través de las promesas recurrentes y persistentes de no solamente regresar a los momentos gloriosos del pasado, sino de incluso mejorarlos, alcanzando su mayor gloria. Mas lo cierto es que tales promesas de renovación y futura gloria conllevan una línea maestra de acción consistente en generar una estructura de poder autoritaria, que tiende a acentuar las divisiones

²⁷ Cfe. Tooby, John; Cosmides, Leda. “*The adapted mind. Evolutionary psychology and the generation of culture*”; Oxford University Press, New York, 1992, págs. 20 y ss..

sociales. Como dijéramos, culpando a determinado sector o grupo social de todos los problemas, despojándoles de la calidad de iguales, de seres humanos -de “Otro” al decir de Lévinas-, y legitimando de tal modo la violencia colectiva (canalizándola en contra de tal grupo victimizado).²⁸

Se pueden verificar dentro de esta causal ciertos pasos que congloban (en la casuística) lo anterior y que generalmente se verifican en los procesos que derivan en violencia colectiva. Veamos:

Primariamente se procede a la individualización del grupo o colectividad social perseguida, ello mediante una serie de definiciones que ponen énfasis en (pretendidas) características perennes, inmutables y, por supuesto, todas denotativas de un carácter negativo. Luego de ello, todos los reclamos y quejas sociales han de ser redireccionados hacia el grupo o colectividad perseguida (como si se tratara de los gérmenes que propagan una enfermedad).

Asimismo, aquellos individuos que adopten la ideología propuesta por tal política de ingeniería social se verán recompensados, mientras que aquellos que pretendan oponerse se verán tarde o temprano engrosando las líneas del grupo o colectividad perseguidos.²⁹

Finalmente, el Estado (así como su equivalente en el caso del modelo *Bottom-up*: partido, grupo, milicia, ejército revolucionario, etc.) crea una polaridad social que se traduce en la existencia de dos grupos: el de los “buenos” (*in group*) que

²⁸Ilustra al respecto Laban Hinton, tomando como base el Holocausto: “(...) as the nazis came to power in the wake of enormous socioeconomic turmoil. Much of their popular appeal arose from Hitler’s charismatic pledge to usher in a new era of glory for the German race. In the Nazi diagnosis, Jews were portrayed as a “disease” that gave rise to social illness and woes. After this process of “genocidal priming” is underway, the states initiates genocide by introducing policies that further stress social divisions and facilitate violence (The Nuremberg Laws), altering the social contexts in which violence takes place (placing Jews in Ghettos and concentration camps), establishing policies that enable its minions to kill the regime’s “enemies” and giving such orders (Hitler’s authorization of “the final solution to the Jewish problem”), and disseminating an ideology of hate that legitimates and promotes the destruction of these victim groups (the Nazi regime’s extreme anti-semitic rhetoric, notions of “blood and honor”).” Laban Hinton, Alexander. “Why did they kill? Cambodia in the shadow of genocide”; University of California Press, Los Angeles, 2005, pág, 129.

²⁹ Así, por ejemplo, no es raro ver que cierto tipo de personas con un historial delictivo o de violencia más que relevante, se vean beneficiados con ascensos o incorporaciones a los centros de poder. Ejemplo de ello es, v.gr., Ernest Röhm, o Rudolph Höss, en la Alemania nazi.

comulgan con sus ideas y se conforman con el dictado de las nuevas políticas; y el de los “malos” (*out-group*) que nuclea a todos aquellos sectores de la población “etiquetados” por la propaganda de odio como los causantes de todos los males sociales y, por ello, destinados a ser perseguidos, expulsados, cuando no derechamente destruidos o exterminados. La pasividad, conformidad, así como el pánico a ser considerado dentro del *out-group*, es lo que impulsa paulatina (y constantemente) a los *bystanders* o refrendatarios a aproximarse cada vez más a los perpetradores (directos o indirectos) de los delitos de Derecho penal internacional. De allí que, tal como se ha constatado, tal categoría de individuos [*bystanders* o refrendatarios] obedece a un estado transitorio, y nunca a uno fijo o inmutable.³⁰

Estos extremos han sido corroborados por la Jurisprudencia internacional. Así en el caso AKAYESU, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló (fallo de la Sala de Primera Instancia, 1998), que por su claridad expositiva me permito referenciar:

“99. Para transformar aún más el conflicto económico, social y político en conflicto étnico, el círculo presidencial y el ejército en particular no dejaron de hacer campañas de propaganda, que consistieron frecuentemente en inventar todo tipo de acontecimientos. Alison Desforges, en su testimonio, denomina esta política, que se caracteriza por el hecho de atribuir a todos lo que se hace o se quiere hacer por sí mismo, la “política del espejo”. Así, por ejemplo, en la madrugada del 5 de octubre de 1990, el ejército ruandés simuló un ataque en Kigali. Inmediatamente después, el Gobierno atribuyó el ataque al Frente Patriótico Ruandés (FPR) indicando que se había infiltrado en la ciudad con la ayuda de cómplices tutsis locales. Casi ocho mil tutsi y miembros de la oposición hutu fueron detenidos al día siguiente. Varias decenas de ellos murieron en prisión. Otro ejemplo de la “política del espejo” es ilustrado por las masacres que comenzaron en la región de Bugasera en marzo de 1992, una semana después de que un agente de propaganda al servicio del Gobierno de Habyarimana, hubiera distribuido un anuncio informando que los tutsi de esta región se preparaban para matar a un número significativo de hutus. Las milicias del Movimiento Revolucionario Nacional para el Desarrollo (del Presidente Habyarimana), llamadas INTERAHAMWE, participaron en las masacres de Bugasera. Fue la primera vez que las milicias de este partido participaban en masacres de tal magnitud. Más tarde se les unirán las milicias de otros partidos o ramas de partidos extremistas hutu, en particular la CDR y los IMPUZAMUGAMBI.

100. La política espejo también fue utilizada en Kibulira, en el noroeste y en la región de Bagoguye. En estos dos casos, la población fue animada a defenderse de los supuestos ataques de infiltrados del FPR, atacando y asesinando a sus vecinos tutsis. Se indicará de paso el papel que jugó la radio RTLM (radio televisión des Mille Colines), creada en 1993, por parientes cercanos al Presidente

³⁰ Cfe. Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., págs. 109 y ss..

Habyarimana, en esta propaganda anti-tutsi. Junto a la radio, había otros agentes de propaganda. Entre los más famosos se encuentra León Mugesera, vicepresidente del MRND para la prefectura de Gisenyi y profesor de la Universidad Nacional de Ruanda, que publicó dos panfletos acusando a los tutsi de preparar un genocidio contra los hutu. Durante una reunión del MRND, en noviembre de 1992, el mismo León Mugesera hizo un llamado al exterminio tutsi y al asesinato de los hutu opuestos al Presidente. Hizo referencia al hecho de que los tutsi vendrían de Etiopía y que sería necesario, después de haberlos asesinado, lanzar sus cuerpos a los afluentes ruandeses del Nilo, de modo de que retornaran al lugar de donde supuestamente venían. Exhortó a los que lo escuchaban a evitar los errores de las anteriores masacres tutsis; los niños habían sido excluidos.”³¹

Las políticas de ingeniería social, que en el citado fallo (siguiendo a Desforges) se denominan como la “*política de espejo*”, no se limitan únicamente a un conjunto de actos y decisiones gubernamentales teleológicamente direccionados a condicionar y/o predeterminar las conductas de terceros, sino que también pueden provenir de otros sectores sociales con poder de generar, modificar o extinguir instituciones societales secundarias. Conforme a esto último (y siguiendo con el caso de Ruanda) podemos atender a las incriminaciones que se hicieron por parte del Tribunal Penal Internacional de Ruanda a los dueños y directivos de la estación de radio-televisión *Libre des Mille Colines* (RTL), así como del periódico “*Kangura*”. Esta claro que no estamos hablando en la subespecie de agentes gubernamentales, sino de particulares que utilizaron los medios de comunicación más importantes de Ruanda (en algunos lugares de dicho país: los únicos medios de comunicación existentes) y todo ello a los efectos de causar y cristalizar en la población estereotipos negativos de corte étnico respecto de la población “tutsi”; promover el descontento y odio generalizado hacia dicha minoría racial; hacer un llamamiento a tomar las armas y aniquilar a los miembros de dicha etnia; así como perseguir y matar a aquellos “hutus” que se negasen a colaborar en el exterminio tutsi.³²

³¹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. “*El fiscal contra Jean-Paul Akayesu*” Fallo 2 de septiembre de 1998. Traducción no oficial realizada por Marcela Ivonne Mantilla Martínez a partir de la versión en francés. En: “*Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio*” (Rafael A. Prieto Sanjuán, Director); Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2006, págs. 220 y ss..

³² “*The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*”, Juicio de Primera Instancia, ICTR-99-52-T. Así se expresó en los fundamentos de la mentada sentencia: “63. *The Chamber has found that RTLM broadcasts engaged in ethnic stereotyping in a matter that promoted contempt and hatred for the tutsi population and called on listeners to seek out and take up arms against the enemy. The enemy was defined to be the tutsi ethnic group and hutu opponents.*”

Asimismo, estas políticas de ingeniería social se suelen vestir de “*ideologías*” que prometen cambios fundamentales sobre la vida socio-política y una modificación de los modelos culturales de la sociedad. Estos *modelos culturales*, por su parte, son las estructuras de conocimiento que se van forjando paulatina y constantemente, puesto que van siendo refrendados, permanentemente, a través del acceso de nuevos miembros a la sociedad (fenómenos de “*natalidad*” y de “*pluralidad*” que determinan las instituciones “profundas” de la sociedad). Tales estructuras de conocimiento, asimismo, se hallan distribuidas de distinta manera entre los miembros de la sociedad, y median en la interpretación que ellos hacen sobre cada contexto o fenómeno social.

La razón por la que se hallan distribuidos de distinta manera es que tales fenómenos culturales se constituyen como síntesis de una relación dialéctica entre la psicología de cada individuo y las concepciones sociales (es decir: entre los campos *intra* y *extra* personales). De tal guisa, Bradd Shore señala que los modelos culturales tienen dos “*nacimientos*”: uno como modelos institucionales – socialmente producidos-, y el otro (cronológicamente posterior) como modelo mental. Esto último entendido como las apropiaciones subjetivas de aquellas convenciones públicas, en virtud de las cuales cada individuo configura su significado y actúa en consecuencia.³³

Empero lo expuesto anteriormente, también es cierto lo señalado por Anthony Giddens al hablar del fenómeno de la “*dualidad de estructura*” en virtud del cual, en la medida en que cada individuo desarrolla una interpretación propia (modelo mental) de cada modelo cultural, y posteriormente actúa en consecuencia de ello en cada una de las distintas relaciones sociales que tenga, en alguna medida va influyendo y alterando tal modelo institucional. Pudiendo incluso llegar a compatibilizar plenamente la concepción individual o mental con la (nueva)

These broadcasts called explicitly for the extermination of the tutsi ethnic group. In 1994, both before and after 6 April, RTLM broadcast the names of tutsi individuals and their families, as well as hutu political opponents who supported the tutsi ethnic group. In some cases these persons were subsequently killed. A specific causal connection between RTLM broadcasts and the killing of these individuals –either by publicly naming them or by manipulating their movements and directing that they, as a group, be killed- has been established.

³³ Shore, Bradd. “*Culture in mind: cognition, culture, and the problem of the meaning*”; Oxford University Press, New York, 1996, pág. 122.

concepción social.³⁴ Éste fenómeno, por su parte se verifica entre las macro (“*profundas*”) y las micro instituciones sociales. Así, las micro instituciones se forman a partir de las regulaciones que, previamente, hacen de tal campo de acción las macro instituciones sociales (*i.e.*: el Estado, el mercado, la cultura). Pero a su vez la manera en que éstas (micro-instituciones) instituyen y regulan sus propios campos de acción ratificarán o enmendarán (modificarán) la percepción que se tenga de aquellas (macro instituciones o “*instituciones profundas*”).³⁵

Un ejemplo acerca de la importancia de tales componentes *idiosincráticos* a la hora de delimitar el alcance de un modelo institucional/social, lo podemos vislumbrar en el modelo cultural de la *venganza desproporcional* tan arraigado en la sociedad camboyana del siglo pasado. Así, explica Laban Hinton que esta concepción emergía de viejas tradiciones y enseñanzas de los monjes budistas y se remitía a los tiempos del imperio Angkor (Siglo XIX). Tales extremos se condensan particularmente en la leyenda de “*Tum- Teav*”, que relata la trágica historia de amor entre un monje budista, Tum, y una joven virgen, Teav. Ésta relación que se vió interrumpida por la orden del Rey Raemea de que el joven monje compareciera ante la corte a los efectos de demostrar sus talentos como cantante. Mientras Tum desempeñaba con éxito sus tareas ante el Rey, la madre de Teav gestionó en secreto el casamiento de ésta con el Gobernador local (Archoun). Empero, Tum logra enterarse de tales acontecimientos y llega en vísperas de la boda con un mensaje del Rey ordenando la cancelación de tal enlace, así como decretando que Teav debía ser la legítima esposa de Tum. Pese a ello, el Gobernador en un ataque de celos ordena detener a Tum y le ejecuta. Teav, por su parte, al contemplar la muerte de su amado, se suicida. Enterado el Rey Raemea de la insolencia del Gobernador, le impone una pena “ejemplarizante”: tanto él como siete generaciones de su familia, fueron enterrados en la tierra hasta la altura del cuello; para luego ser decapitados mediante el uso de hojas de metal mal afiladas...

Como se puede apreciar en la pintoresca historia (que algunos llaman el “Romeo y Julieta de Oriente”), existe una absoluta desproporcionalidad de la pena que el

³⁴ Giddens, Anthony. “*The constitution of society*”; University of California Press, Berkeley, 1984.

³⁵ Se ha señalado: “*This dialectical perspective provides an important way of explaining cultural change. In addition to “conventional mental models” derived from instituted models, people have idiosyncratic “personal mental models” not shared by others members of their community. At times, these personal models may significantly influence a person’s modeling of public forms, leading him or her to enact instituted models in distinctive ways, thus contributing to cultural diversity and change. Under appropriate historical conditions, cultural innovators may find themselves in a position to successfully spread their new understandings to other members of the community and thereby transform cultural knowledge in the short or long term.*” Laban Hilton, Alexander. “*Why did they kill? ...*” cit., pág. 118 y ss..

Rey impone sobre el Gobernador y sus parientes (absolutamente inocentes de los eventos constitutivos de la desobediencia). Empero, desde el reinado de *Norodom*, que tuviera lugar a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, se procedió a enseñar a todos los jóvenes camboyanos las “*virtudes y justicia*” de la pena señalada en la historia. Es decir, que a partir de entonces se la tomó como un elemento normal, natural; de hecho –y como señalara anteriormente- se consideró “*un castigo ejemplarizante*”, símbolo de lo que debe ser considerado una pena justa. Siendo, desde ese entonces, enseñado en las escuelas, en las familias, en representaciones teatrales, reproducciones literarias, etc.

Ahora bien, cuando *Pol-Pot* y sus seguidores empezaron a pregonar entre los campesinos camboyanos los postulados maoístas y marxistas-leninistas, se aprovecharon justamente de este concepto de “venganza desproporcional” de *Tum-Teav*, para explicar por qué la lucha de clases irremediamente debía desembocar en la destrucción y aniquilación del desobediente: el capitalista o reaccionario. Pese a que los referenciados postulados doctrinales (propios del comunismo del Siglo XX) se hallaban perfectamente inscritos en un modelo institucional, fue empero a través de su fusión con elementos propios de la idiosincrasia de los camboyanos (especialmente aquellos que carecían de mayor educación) por lo que se logró su mayor difusión e interiorización.

De hecho, siempre podemos verificar la existencia de un baremo que va desde la casi plena identidad con el modelo institucional o público, a la formación de modelos mentales con fuertes componentes idiosincráticos. Ello se explica por la interferencia mayor o menor de *factores situacionales*. Es decir, factores que fortalecen o debilitan la fuerza motivacional de los modelos culturales o institucionales respecto de los individuos. Así, extremos como los orígenes socio-económicos, experiencias de vida, cultura general, sexo, riqueza, etnia, área de residencia, educación, religión, ocupación, etc, que un individuo pueda tener, influirán sobre la comprensión e interpretación que (éste) haga de los modelos culturales o institucionales. Estos “*factores situacionales*”, en definitiva, constituyen verdaderos ejes sociales que pueden alterar el acceso de una persona a la comprensión de un modelo cultural o institucional.

Por ello, como ejemplifica Laban-Hinton sobre Camboya, el modelo de venganza desproporcional del *Khmer Rouge* resultaba ser (originalmente) más motivante, y por ende, más determinante de la conducta de un campesino que estuviera huérfano

y desplazado de su aldea de origen por motivo de los bombardeos norteamericanos o que se hallara sometido a un régimen de semi-esclavitud por parte del dueño de las tierras, que respecto a un maestro o a un operario industrial residente en la capital Phnom Penh.

Otro factor influyente sobre la idiosincrasia de cada individuo y que facilita el fenómeno de la interiorización de las políticas de ingeniería social, es lo que Levi-Strauss denomina como el fenómeno del “*bricolaje*”. Este fenómeno explica que el modo en que ciertos conceptos, ideas o fenómenos culturales se forjan, consiste en valerse de un montón de “*materiales*”: ontológicos, deontológicos, sociales, históricos, literarios, míticos, etc. Estos extremos facilitan su comprensión e interiorización por parte de los receptores. Ello, en gran medida, por hallarse vinculado a una serie de conceptos y fenómenos culturales que le resultan familiares al individuo en muchos casos, desde su más tierna infancia.

Al vincular las ideologías deshumanizantes y letales con una serie de conceptos o fenómenos culturales preexistentes, las políticas de ingeniería social proveen a los ejecutores (directos e indirectos) de un conjunto de discursos e imágenes convincentes que serán empleados (consciente o inconscientemente) en la confección de su propio “*bricolaje*” genocida.

Los ejecutores directos e indirectos de los delitos de genocidio o de lesa humanidad no son autómatas (ni admitiremos aquí a su respecto una lectura absolutamente determinista acerca de su comportamiento). Es más: las respuestas de comportamiento a nivel individual, no necesariamente seguirán exactamente el camino delimitado por las políticas de ingeniería social impuestas por el Estado, o por los líderes del grupo. Todo ello, dada la dualidad dialéctica indicada *ut-supra* acerca del conocimiento cultural: siempre existirán interferencias entre los modelos ideológicos institucionalizados y los conocimientos o comprensión individuales, y que refieren tanto a la propia idiosincrasia, como a los efectos de los llamados factores situacionales. Al decir de Laban-Hinton:

“Incluso los perpetradores o ejecutores directos cuando son puestos en situación de matar, son creadores de conductas con sentido; tomando sus decisiones a un nivel individual basándose en la situación concreta, sus experiencias previas, sus propios modelos mentales; así como en los marcos de interpretación de significados que se hallen a su alcance, y sus sentimientos y metas inmediatas; sin perjuicio de que todos estos factores estén fuertemente

influenciados por las iniciativas/políticas de nivel estatal y las restricciones situacionales.”³⁶

Los extremos relevados en este apartado son extremadamente importantes a los efectos de la comprobación de dos de las hipótesis planteadas en esta investigación: la de la existencia de una imputación personal atenuada como principio general en lo que respecta a la conducta de los ejecutores directos e indirectos³⁷ de este tipo de delitos; y la relativa a la responsabilidad penal de los “superiores” entendiendo por éstos a aquellos que se encuentran en la posición de crear, modificar o extinguir instituciones sociales que desvirtúen las relaciones sociales primigenias (esto es: aquellos que generan o coadyuvan [con] políticas de ingeniería anti-social).

Así, primeramente, hemos de verificar a través del fenómeno de la “*dualidad*” referenciado *ut-supra*, que no existe una plena identidad entre los modelos institucionales y los modelos mentales. De allí que el comportamiento de cada persona, de cara a un determinado modelo institucional, variará según la cantidad de factores intra y extra-personales que estén en juego. Concretamente, lo que viene a demostrar esto es la falencia de toda construcción psico-sociológica que explique el comportamiento tanto de ejecutores directos como indirectos, como así también de los refrendatarios; y la identificación plena (interiorización) por parte del individuo respecto de determinada política de ingeniería social pergeñada por aquellos que detentan el poder. Estas explicaciones sociológicas que se han dado en llamar “*fax models of socialization*” y que se inscriben dentro de un determinismo fatalista, no se ajustan a la realidad de las cosas, puesto que todo individuo interiorizará determinada micro-institución/institución social, conforme a una pléyade de factores situacionales e idiosincráticos que le son propios.

Esta participación efectiva del sujeto concreto en la interpretación e interiorización de los modelos culturales compone el sustrato sobre el que se ha de

³⁶ Hinton-Laban, Alexander. “*Why did they kill?...*” cit., pág. 246. Traducción es nuestra. V.O.: “*Even perpetrators are active meaning-makers who, when put in a position to kill, make their own “individual level response” bases on the situation, their prior experiences and personal mental models, the meaningful interpretive frames available to them, and their immediate feelings and goals, although all of the factors may be strongly influenced by State-level initiatives and situational constraints.*”

³⁷ Por “*ejecutor indirecto*” entiéndase aquí a los comúnmente denominados por la doctrina como “*mandos intermedios*”.

fundamentar todo juicio de imputación personal. Ello, ya que el sujeto no es un mero receptor de un modelo, orden, o idea; sino que le aporta un plus a ello que le es propio. Ello, bien por tratarse de cuestiones de su propia idiosincrasia –aunque de raigambre cultural-; o bien por tratarse de factores situacionales que le son exógenos pero que le influyen de una determinada manera a él (y sólo a él).

Estos últimos factores situacionales que denotan una mayor presencia y fuerza en aquellos regímenes pautados por una fuerte burocratización y una fuerte jerarquización (*top-down*) que en los otros (*bottom-up*) son justamente los que hacen que ese campo de la auto-interpretación conforme a las propias concepciones idiosincráticas sea menor o mayor. No obstante, y en todo caso, es importante recalcar que la presencia de estos factores situacionales, si bien no impide una fundamentación de la imputación personal, sí que articula la fundamentación de una afección a la igualdad de condiciones respecto de la motivabilidad conforme a la norma penal. Propiciando, así, la configuración de un régimen de atenuantes (tal como nos explayaremos al respecto, más adelante).

II.3.c) El fenómeno de la neutralización:

Si bien es una característica más propia de los sistemas *top-down*, se halla también presente en el otro modelo. La razón de lo anterior se debe a que un factor fundamental para desarrollar este carácter es la existencia de una organización jerarquizada y con una fuerte compartimentación o división de la actividad. De allí que sea más nítida en los casos en que la violencia es desencadenada y dirigida por el Estado u organización similar.

El fin de este fenómeno (cuya naturaleza está íntimamente relacionada con una característica social de apatía e indiferencia) es el de neutralizar *ex ante* cualquier tipo de actividad de oposición al despliegue de la violencia colectiva; incluyendo ello el neutralizar la existencia de cualquier tipo de disidencia política, u oposición siquiera pasiva en el ámbito social.

Una modalidad de neutralización -quizás la más corriente- es la implementación de medidas que provoquen en sus receptores un estado subjetivo de miedo o terror. Ello a tal punto, que la mayoría de la población prefiera optar por una actitud o conducta pasiva, apática, ante la violencia desencadenada sobre las víctimas, a fin

de asegurar la auto-preservación (evitando así ser catalogado dentro del grupo de las potenciales víctimas).

Otra modalidad de neutralización se verifica en las políticas de incentivos o desincentivos. Los incentivos provienen de la obtención de ventajas económicas: hacerse de bienes inmuebles y muebles de las víctimas a precios de ganga, cuando no resultan ser “atribuidos” por obra y gracia de las jerarquías del poder, o en favor de ciertos sectores populares adictos al régimen; el hacerse de los medios de producción pertenecientes al grupo perseguido; el hacerse de mano de obra esclava mediante la explotación forzada de aquellos individuos perteneciente al grupo social perseguido, etc.³⁸ Los desincentivos, por su parte, fundamentalmente se reducen al riesgo de ser *incluidos* en el grupo de los perseguidos; ello en el caso de no ser funcional respecto de las políticas (al menos refrendándolas, esto es, no oponiéndose activamente a aquellas).

Esto se puede apreciar con nitidez tanto en los casos del modelo *top-down* como la Alemania nacionalsocialista (recuérdese que el primer campo de concentración creado en Alemania fue para los opositores políticos); como para el caso del genocidio de Ruanda (que se adapta mejor a la estructura del modelo *bottom-up*) donde se alentaba por los medios de comunicación orales y escritos a la eliminación tanto de los tutsis como de los hutus moderados.

El ya visto uso de la propaganda, especialmente a partir del enorme desarrollo tecnológico (y su consecutivo alcance masivo) facilita la combinación de datos ciertos con falsedades o mentiras (que de tal modo se “revisten” de cierta credibilidad) y que sirven al propósito de crear climas de miedo fundados en la percepción de (supuestas) amenazas o peligros internos y/o externos. Así se facilita la predisposición de gran parte de la sociedad a permanecer pasiva, meramente contemplativa, ante el despliegue de la violencia colectiva contra aquellos que son denunciados como causa o colaboradores de tales amenazas o peligros.

Por otra parte, y dentro de este fenómeno de la neutralización, tal como indican Staub³⁹ y Waller⁴⁰, negar la realidad, aunque exige el consumo de mucha energía psicológica, permite a los ejecutores directos e indirectos eludir los sentimientos de culpa y responsabilidad; pero también les permite a las víctimas eludir todo

³⁸ Sobre la importancia de los incentivos económicos a la población alemana, a través del expolio a los judíos, vide: Aly, Götz. “*La utopía nazi. Cómo Hitler compró a los alemanes*”; Crítica, Barcelona, 2008 (especialmente el Capítulo XII).

³⁹ Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., pág. 29.

⁴⁰ Waller, James. “*Becoming evil...*” cit., pág. 110.

sentimiento de inseguridad y temor por su condición. Esto último explica, en gran medida, la posición incrédula que mostraron muchos judíos alemanes respecto de las intenciones genocidas del nacionalsocialismo; la serenidad de los armenios antes del genocidio por parte de los turcos; o del colectivo homosexual ante la prédica y política discriminatoria conducida por Putin en Rusia.

Así, señala Arendt: “(...) *Al proclamarse las leyes de Nüremberg, los judíos creyeron que al fin tenían unas leyes a las que atenerse, y que, por ende, ya no eran personas fuera de la ley, y que si no se salían de los límites establecidos, tal y como ya anteriormente habían sido obligados a hacer, podrían vivir en paz. Según el Reichsvertretung de los judíos alemanes (organización de alcance nacional de todas las comunidades y organizaciones, fundado en Septiembre de 1933, a iniciativa de la comunidad judía de Berlín, y en modo alguna organizada por las autoridades nazis), el propósito de las leyes de Nüremberg era ‘establecer una cierta zona en la que fuera posible la existencia de unas tolerables relaciones entre los alemanes y los judíos’, a lo cual un miembro de la comunidad de Berlín, sionista radical, añadió: ‘La vida es siempre posible bajo el imperio de las leyes, cualquiera que sea su contenido. Sin embargo no se puede vivir cuando se da la total ignorancia de lo que está permitido y lo que está prohibido’.*”⁴¹

Ahora bien, resumiendo, hay tres cuestiones que son esenciales para comprender a cabalidad el fenómeno de la *neutralización*:

(i) Primeramente, hay que prestar especial atención al fenómeno de la “*psicología de las masas*”, tal como fuera pioneramente estudiado por LeBon y por Sigmund Freud.⁴² Así, Freud detalló cuáles serían las características del comportamiento de los individuos cuando actúan en grupos, individualizando a su respecto la disminución (en la persona) de la conciencia individual; la canalización de los pensamientos y sentimientos hacia una única dirección (la común); el predominio de la emoción y del inconsciente por sobre la razón y el buen juicio; y la

⁴¹ Arendt, Hannah. “*Eichmann y el Holocausto*”; Taurus great ideas, Madrid, 2012, págs. 11-12.

⁴² LeBon, Gustave. “*Psicología de las masas*” traducción al español al cuidado de Alfredo Guerra Miralles, 5ª edición; ediciones Morata, Madrid, 2005. Freud, Sigmund. “*Group psychology and analysis of the ego*”, Harvard University Press, New York, 1995.

inclinación a la inmediata satisfacción de los deseos o intenciones primarias una vez que se manifiestan.⁴³

Si bien es cierto que hoy en día estas apreciaciones hechas por Freud se hallan en gran medida contradichas y superadas por parte de la psicología social, hay empero una base argumental que se sostiene aún en pie y es la que se refiere a la relajación del estado de consciencia por parte de cada individuo cuando actúa dentro de un grupo. Extremo éste que conlleva primaria y consecuentemente un menor grado de reprochabilidad de las respectivas conductas individuales en el momento de determinar la imputación personal (o el grado de *blameworthiness* conforme al modelo anglo-americano).

Las mentadas políticas de ingeniería social van orientadas a actuar sobre el grupo social: ésta ha sido una de las claves del éxito del manejo mediático del nacionalsocialismo.⁴⁴ Dentro de dicho marco, incluso autores como Staub, que consideran similares (si no idénticas) las razones que conllevan a la violencia tanto

⁴³ Así, uno de los más importantes psiquiatras sociales de hoy en día, el Profesor Luc Ciompi, respecto del manejo de las masas por parte de Hitler señala: *“Ein ganz anderer Aspekt von Hitlers Umgang mit Affekten muss abschliessend noch hervorgehoben werden: Es ist seine eigene Reflexion über die Wirkung von kollektiven Gefühlen und die Art, wie er seine Einsichten in die Praxis umsetzte. Vermutlich vorwiegend aufgrund der Leitideen in Gustave Le Bons Buch zur Massenpsychologie hat er offensichtlich schon frühzeitig manches intuitiv erfasst, was die moderne Wissenschaft und speziell die Affektlogik heute zum Zusammenspiel von Fühlen und Denken postuliert. So war ihm durchaus bewusst, dass das kollektive Denken weitgehend von der kollektiven emotionalen Stimmung abhängt und jede wirksame Propaganda sich primär an das Gefühl der “Massen” und erst sekundär auch an den Verstand zu richten hat. In “Mein Kampf” schreibt er beispielsweise über die “wahrhaft fürchterliche Waffe der feindlichen Propaganda:*

“An dieser feindlichen Kriegspropaganda habe auch ich unendlich gelernt [...] Sie hat sich ewig nur an die Masse zu richten. [...] so muss ihr Wirken auch immer mehr auf das Gefühl gerichtet hat volkstümlich zu sein und ihr geistiges Niveau einzustellen nach der Aufnahmefähigkeit des Beschränktesten unter denen, an die sie sich zu richten gedenkt.

“Das Volk ist in seiner überwiegenden Mehrheit so feminin veranlagt und eingestellt, dass weniger nüchterne Überlegung, vielmehr gefühlsmässige Empfindung sein Denken und Handeln bestimmt.” Ciompi, Luc; Endert, Elke. *“Gefühle machen Geschichte. Die Wirkung kollektiver Emotionen –von Hitler bis Obama”*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2011, págs. 65-66.

⁴⁴ Vide: Kershaw, Ian. *“El mito de Hitler. Imagen y realidad en el Tercer Reich”*, Crítica, Barcelona, 2012., págs. 73 a 143.

individual como colectiva⁴⁵, reconocen que las limitaciones y auto-contenciones morales son menos eficaces y potentes cuando se actúa grupalmente, que cuando se actúa individualmente. De hecho, en los mismos autores se verifica un fenómeno de *difusión de la responsabilidad* que se explica porque, al actuar en forma grupal, cada individuo sirve a los intereses del grupo (a los miembros de él, como un todo), sin sentir ni percibir ninguna obligación moral respecto de terceros ni de algún miembro del grupo como identidad única (independiente). Así, cada individuo al actuar grupalmente abdica toda autoridad y control a favor del líder o líderes del grupo; desarrollándose así un compromiso que, en casos extremos, bien puede llevarles hasta el sacrificio de sus propias vidas.⁴⁶

De allí que sea absolutamente lógica la siguiente sentencia de Staub: “*Esto puede conducir tanto al auto-sacrificio altruista, como a unirse a aquellos que se vuelven contra otro grupo. Combinado con el poder del grupo para reprimir el disenso, el abandono de uno mismo aumenta el potencial para la maldad.*”⁴⁷

(ii) En segundo lugar hemos de atender al fenómeno de la fuerte división del trabajo o actividad (*compartimentalisation*) que explica también la neutralización de los factores inhibidores que pesan sobre la consciencia de cada individuo. Claro que aquí no se trata de cualquier tarea o trabajo que permite ser dividida en varios actos, sino de la comisión o perfeccionamiento de un delito de Derecho Penal Internacional. Y la finalidad de dicha subdivisión de las tareas no está dirigida (principalmente) a una mejora de la productividad o a un aseguramiento del resultado, sino a mantener al mayor número posible de individuos (aquellos que no ejecutan las “últimas partes” de la labor) ajenos a la consumación de los delitos. De tal modo, la mayor parte de los individuos que integran el aparato estatal (o lo que haga sus veces) se mantienen (involuntaria, e incluso, voluntariamente)

⁴⁵ Señala Staub: “*Like individuals, groups can develop characteristics that create a great and persistent potential for evil. But they can also develop values, institutions, and practices that promote caring and connection.*” Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., págs. 27-28.

⁴⁶ Wallach, M; Kagan, N. “*Group influences on individual risk taking*” in *Journal of abnormal and social psychology*; New York, 1962, págs.. 75-86. Latane, B; Darley, J. “*The unresponsive Bystander: why doesn't he help?*”; Appleton Century Craofts, New York, 1970. Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., pág. 28, 261 y ss.. Niebuhr, Robert. “*Moral man and immoral society: a study in ethics and politics*”, Charles Scribner's Sons, New York, 1960, págs. 115-134.

⁴⁷ Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., pág. 128.

funcionalmente ajenos a la consumación de la actividad colectiva que desarrollan. Concentrándose en su tarea concreta, se produce un efecto dissociativo del sujeto respecto de la finalidad criminal: tanto porque no pueda, como porque no quiera “unir los puntos” que conlleven a vincular su quehacer dentro de la estructura con los de los demás, y de allí vislumbrar el resultado final con total nitidez.⁴⁸

(iii) La tercera cuestión a tener presente dentro del análisis de este fenómeno de la “neutralización” es la referente a su relación con la dogmática jurídico-penal. Concretamente, el resaltar que, aunque se verifique una persistente desatención de parte del legislador internacional y nacional sobre estos efectos a la hora de legislar penalmente, ello no impide su aplicación al caso concreto por parte del intérprete a la hora de resolver la responsabilidad jurídico-penal de cada interviniente. Así, esta cuestión influirá en la imputación subjetiva; ello ya que *–prima facie–* se ajustaría a las particularidades propias del instituto de la *willful blindness*, que una buena parte de la doctrina continental europea emparenta con el dolo eventual.⁴⁹ De ser ello así, se nos presentaría de *lege lata* un problema en el ámbito del Estatuto de la Corte Penal Internacional, puesto que en su artículo 30, tal Instrumento internacional no reconocería otra modalidad de tipicidad subjetiva que no fuera la del dolo directo (tanto de primer, como de segundo grado).⁵⁰ Asimismo, tendría efectos (conforme acreditaremos *infra* pág. 499 y ss.) sobre la imputación personal, en el sentido de que estos extremos podrían configurar una desigualdad de condiciones a los efectos

⁴⁸ Así, respecto al régimen Nazi se ha indicado: “(...) *The Nazi regime’s organizational structure, in a perverse sense, is the effectiveness, to produce such a high level of human harm with as little or no resistance from the rest of society. Through the compartmentalization of the execution of mass atrocities, by means of apportioning and preassigning tasks, the state apparatus as a whole and society can be kept relatively unknowing of the overall plan and how it is executed, if nothing else, it facilitates the task of those who prefer to ignore the facts by allowing them not to connect the dots – the dissociative effect. This approach also contributes to the neutralization of possible opposition or obstacles by certain segments of the state’s apparatus or society. Concealing the overall scheme also gives other states the opportunity to claim political, plausible deniability in connection with their failure to act.*” Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity...*” cit., pág. 61.

⁴⁹ Si bien considera el dicente que lo expuesto refleja la opinión de gran parte de la Doctrina continental europea e iberoamericana, cabe indicar que este extremo no está exento de discusión dentro de ésta.

⁵⁰ A tales efectos vide: Ragués i Vallés, Ramón. “*La ignorancia deliberada en Derecho penal*”, Atelier, Barcelona, 2007.

de ajustar la propia conducta al mandato o prohibición contenido en la norma penal primaria.

II.3.d) El vínculo entre las normas sociales y las normas de conducta.

Otra de las causas que explican el fenómeno de la violencia colectiva (tanto dentro del contexto del modelo *Top-down*, como del *Bottom-up*), es el vínculo existente entre las normas sociales y las normas de conducta. Como últimamente han señalado Fletcher y Weinstein (analizando el conflicto de la ex Yugoslavia)⁵¹, cuando una norma que rige en la sociedad cambia, los integrantes de dicha sociedad/colectivo han de buscar el conformarse con la nueva norma. Ello, aunque tal conformidad pueda conllevar la comisión, o la indiferencia respecto a la comisión, de delitos de Derecho penal internacional.

En tal sentido, la experiencia desarrollada por Stanley Milgram (y todos los que, tomándole por base, se desarrollaran *a posteriori*) ha demostrado la tendencia natural del ser humano a dar cumplimiento a las órdenes emitidas por quien se tiene como una (legítima) autoridad, sea ésta una persona física o una colectividad (principio de obediencia a la autoridad). Ello de modo tal que cuanto más autoritaria sea la matriz funcional de una determinada sociedad, tanto más proclives serán los individuos que la integren a cumplimentar obedientemente las órdenes recibidas. Tal tendencia natural hacia la obediencia se cristaliza en dos fenómenos:

(i) Primeramente, el llamado “*estado de agencia*” en virtud del cual el sujeto se distancia a sí mismo de toda responsabilidad derivable del cumplimiento de las órdenes o instrucciones que ejecutare. Así el individuo actúa como una parte de un todo, que se ve dirigido y organizado por quien tiene la capacidad y la legitimación para ello: la autoridad o superior jerarca. De tal guisa se entiende por el subordinado, que el superior es quien le libera de toda responsabilidad –ello en la medida en que dé cabal cumplimiento a la orden tal como le ha sido emitida-. Viniendo pues, en la mente del ejecutor, a producirse un traslado de la responsabilidad hacia el superior.

⁵¹ Fletcher, Laurel; Weinstein, Harvey. “*Violence and social repair: rethinking the contribution of justice to reconciliation*” in *Human Rights Review* N° 24, 2002, pág. 573.

Si bien este fenómeno será objeto de un pormenorizado análisis *infra* (pág. 518 y ss.), podemos manifestar desde ahora el efecto que esta causa de violencia colectiva produce respecto de cada individuo. Al identificarse (al grado de “fusionarse”) la actuación del sujeto con la actuación de la estructura de poder (ello en la medida en que se considera, él mismo, un agente de la voluntad de la legítima autoridad), se produce una vía de escape respecto de los frenos inhibitorios o bloqueos éticos internos (de la consciencia) del sujeto. El sujeto parte de la base de que no le compete a él hacer una evaluación de los hechos, globalmente considerados. Por el contrario, parte del supuesto de que tal evaluación y valoración es competencia del superior jerarca.

(ii) El otro fenómeno se expresa en *el castigo y persecución penal de la disconformidad, oposición y negativa a cumplimentar las órdenes emitidas por los superiores jerárquicos*. Como se ha manifestado, en una sociedad ordenada la disconformidad por lo general se congloba y manifiesta (a través de) los delitos tradicionales o clásicos. Por el contrario, en una sociedad en donde la comisión de delitos de Derecho penal internacional se valora como un hecho positivo, el paradigma anterior no sólo cambia, sino que se invierte: la disconformidad que se cristalizará en la actuación delictiva será, justamente, el no matar, lesionar, torturar, violar, etc. En definitiva, la comisión de atrocidades será la norma fomentada por el Estado o el Grupo social que detente el poder real.

Las razones que llevan a que un determinado grupo social sea más o menos proclive hacia las respuestas de tipo violento dependerán, a su vez, de dos extremos: la evolución de las dificultades de vida y de los sentimientos, pensamientos, motivaciones y acciones sociales de cariz negativo en tales tiempos (lo que hemos indicado como el *continuum* de destrucción o violencia colectiva); y las características socio-culturales del grupo que acrediten pre-condicionamientos hacia las respuestas violentas ante conflictos sociales.⁵² Dentro de este último punto, podemos identificar con bastante nitidez cinco que se hallan por lo general (y no de manera total) en todos los conflictos sociales que degeneraron en genocidios o delitos de lesa humanidad. Son ellos:

⁵² “Most cultures have some predisposing characteristics for group violence, and certain cultures possess a constant potential for it. Also, when life problems are more intense, a weaker pattern of cultural-societal preconditions will make group violence probable.” Staub, Ervin. “The roots of evil...” cit., pág. 18.

(i) La exacerbación de sentimientos nacionalistas: las personas físicas, como los grupos sociales, suelen actuar con violencia cuando creen (con, o sin razón) que están siendo atacadas. Los sentimientos propios del nacionalismo extremo conllevan una peligrosa mezcla de sentimientos de superioridad y grandeza de una parte, y de profundos auto-cuestionamientos y complejos de inferioridad, de otra. De dicho oxímoron emerge no ya el deseo de extender su territorio y de extender su sistema de valores y creencias culturales a terceros; sino un deseo por alcanzar el mayor grado posible de pureza y de limpieza étnica. Las dudas y cuestionamientos –sostienen- surgen de las disfunciones sociales que causan aquellos integrantes de la sociedad que no pertenecen a la “*raza pura*” o “*al pueblo*”. De allí que se sostenga que estas minorías raciales son “*enemigos*” del pueblo, ya que, con su mera existencia, limitan las posibilidades de bienestar y desarrollo del pueblo puro; es decir de su destino de grandeza. No resulta extraño, por otra parte, que estos infundados e irracionales sentimientos (como todo nacionalismo, en definitiva, no deja de serlo) se exacerben en momentos de dificultades económicas y penurias sociales tales que generan traumas, humillaciones y sufrimientos sociales que alimentarán a los auto-cuestionamientos referenciados.

(ii) El pensar en términos de “nosotros” y “ellos”. Íntimamente vinculada con las (ya vistas) políticas de ingeniería social, señalan tanto Staub, como Waller⁵³, que estas categorías del pensamiento hallan sus raíces en lo más profundo del edificio genético humano (propio de nuestra etapa como animales cazadores-recolectores); y constituyen una de las fuentes de la devaluación cultural de todo un sector o grupo social. Dicha devaluación se alcanza mediante una larga y profunda propaganda llena de estereotipos y de imágenes negativas respecto al grupo de marras, y que se extiende a todo lo largo y ancho de la sociedad. Así, la literatura, la historia y hasta actividades de entretenimiento (música, cine, teatro) se ven deformadas en aras de ratificar permanentemente esa caricaturización negativa del grupo víctima. De allí cabe un solo paso para que, ante el *continuum* propio de toda crisis económica y social, sea dicho grupo el chivo expiatorio preferido. Así, se les identifica como el enemigo que excluye el bienestar de la mayoría “oprimida”;

⁵³ Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., pág. 67 y ss. Waller, James. “*Becoming evil...*” cit., pág. 196.

siendo un verdadero obstáculo que debe ser suprimido en aras de la seguridad y sobrevivencia de la sociedad (léase: del grupo dominante/mayoritario).

(iii) Un fuerte respeto por la autoridad y una fuerte tendencia hacia la obediencia. Estos extremos son de primordial importancia a los efectos de comprender las causas de la violencia colectiva (máxime respecto de los perpetradores o ejecutores directos e indirectos en los delitos de genocidio y lesa humanidad). Como ya hemos indicado, son dos los efectos de estas características socio-culturales respecto de la violencia colectiva: por un lado facilitan que el sentido de responsabilidad individual se diluya en la responsabilidad del grupo o estructura de poder; por el otro lado, todo esto conlleva la generación de una confianza y un seguimiento incuestionable a aquellos que se vislumbran como los legítimos líderes sociales. En una situación de crisis socio-económica (dentro del multi-referido *continuum* de destrucción) las sociedades que están acostumbradas a ser dirigidas por autoritarismos, generan que los individuos se sientan impotentes de sostenerse por sí mismos (el individualismo y la solidaridad social son fuertemente despreciados), expresando un fuerte deseo de tutelaje, entregándose por entero a su grupo y a sus líderes.

(iv) Otro pre-condicionamiento dentro de las sociedades autoritarias es su carácter monolítico. En ellas, los valores como las perspectivas de vida de cada integrante se hallan rígidamente establecidas y admiten muy poco cambio. De hecho, el planteo de cualquier cambio social es inmediatamente atisbado como una agresión a la tranquilidad y seguridad de la sociedad toda. De allí que se tiende a la imposición de una uniformidad de pensamiento y comportamiento, promovida por aquellos que detentan el poder.

Como contrapartida al fenómeno descrito anteriormente, existe un fuerte poder (real) de parte de las autoridades, que en su afán de alcanzar tal conformidad les permite “reconstruir” la realidad social, regulando la forma en que serán percibidos ciertos elementos de la sociedad, facilitando la discriminación y devaluación propias del pensamiento en clave de “nosotros” y “ellos” ya visto.

(v) La indiferencia social. A diferencia de la anterior, esta precondition es más propia de las sociedades plurales o abiertas que de las monolíticas. En ella se estudia la respuesta que la mayoría de los individuos presta a las manifestaciones de violencia colectiva desatadas por aquellos más proclives a ésta. Me explico: en la mayoría de la sociedades existen ciertos grupos (más o menos numerosos)

portadores de ideologías violentas (potencialmente destructivas) que se hallan listos para agredir y atacar a aquellos grupos o sectores sociales que, siempre conforme a la mentada ideología, entienden “culpables” o “responsables” de todas sus penurias. Ahora bien, la mayor parte de la población, inicialmente, no pertenece ni al grupo de los agresores, ni al grupo de los agredidos. Empero, su actuación como grupo será determinante a los efectos de frenar el *continuum* de destrucción, o, por el contrario, para alimentarlo. Pues bien, cuando tales terceros permanecen impasibles ante las agresiones o persecuciones que sufren las víctimas, inevitablemente refrendan con su pasividad la violencia colectiva así como las razones que arguyen los violentos.

Si a los inicios del despliegue de los comportamientos violentos (*continuum*), los causantes de ello se ven sin un apoyo social de entidad, temerán los efectos que tales conductas podrían acarrearles en el futuro. De tal guisa se mostrarán más cautos, y preferirán transitar por una vía más moderada (en lo que a violencia respecta). La temprana oposición de parte de la mayoría de la población puede causar sobre los violentos, incluso, una modificación de perspectivas respecto de la moralidad de su comportamiento (esto es: respecto de la justificación del empleo de la violencia).⁵⁴

II.3.e) La banalidad del mal. El nuevo paradigma sobre la maldad y crueldad humanas.

La última de las causas que explican el fenómeno de la violencia colectiva (tanto dentro del contexto del modelo *top-down*, como del *bottom-up*) es la llamada *banalidad del mal*. Más que una causa en sí misma, resulta ser en buena medida una síntesis de las tres anteriores. Las causas de por qué ciertas personas pueden incurrir en lo que los anglosajones suelen llamar “*extraordinary evil*”, esto es, conductas de una extraordinaria maldad, solían explicarse a través de fórmulas generales y lacónicas tales como: ideologías malignas o diabólicas, psicopatologías

⁵⁴ Así señala Staub: “*Opposition from bystanders, whether based on moral or other grounds, can change the perspective of perpetrators and other bystanders, especially if the bystanders act at an early point of the continuum of destruction. They may cause the perpetrators to question the morality of their violent acts or become concerned about the consequences for themselves.*” Staub, Ervin. “*The roots of evil...*” cit., pág. 121.

extraordinariamente únicas, cuando no se recurría a explicaciones basadas en una común, homogénea y a su vez extraordinaria personalidad. Estas explicaciones – hasta el día de hoy- generan en las personas un sentido de tranquilidad. Ello en la medida en que sólo cuando se verificaba la existencia de patrones de conductas extraordinarios, por ser efectos de personalidades extraordinariamente depravadas o maliciosas, podría tener lugar un evento criminal de la magnitud de un genocidio o de un delito de lesa humanidad.

Todas estas explicaciones (la mayoría de ellas posteriores a los tristes acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial) vinieron a ser sacudidas por las aseveraciones y valoraciones que Hannah Arendt hiciera en una serie de artículos para la revista *The New Yorker*, con ocasión del juicio a Adolf Eichmann en la ciudad de Jerusalén en 1961. En dichos comentarios (luego reunidos en su conocido libro *“Eichmann in Jerusalem”*), Arendt sentó la premisa de la *“banalidad del mal”*, en virtud de la cual se demostraba cómo el perfil del que la prensa de aquel entonces calificaba como el *“criminal más peligroso de la historia”* no era sino el correspondiente a un sujeto vulgar, irrelevante y carente de cualquier traza de demoníaco. En definitiva, sostuvo que aquellos que perpetraron los delitos del Holocausto, en su gran mayoría, no presentaban una personalidad sádica ni asesina, sino personalidades obedientes, indiferentes, simples y comunes.

En el caso particular de Adolf Eichmann, éste había comenzado su larga trayectoria dentro de la administración nacionalsocialista como cabo de las SS en el campo de concentración de Dachau, llegando hasta los más altos puestos administrativos dentro del Departamento para Asuntos judíos en la Gestapo (cargo que ocupara desde 1941 hasta el final de la guerra). Desde dicho cargo, Eichmann fue responsable de la implementación de las políticas nazis sobre los judíos en los territorios ocupados (especialmente del este de Europa), llevando adelante la deportación de millones de judíos a los campos de concentración y de exterminio.

Ahora bien, lejos del monstruo sádico que solemos imaginar cuando pensamos en quien llevara adelante semejante tarea, Arendt acreditó en su obra que se trató de un individuo que cumplió sus funciones con persistencia, considerable ingenuidad y una inmortal e imperecedera lealtad hacia la visión de sus superiores acerca de la llamada *“solución final al problema judío”*. Y es justamente tal tipo de mentalidades y de comportamientos (base fundamental sobre la que se erige el

concepto de la “*banalidad del mal*”) la razón por la cual –entiende Arendt- tuvo lugar el Holocausto.

El porqué del holocausto, lo halla Arendt en la naturaleza de la mente burocratizada: *generadora de un mundo sin consecuencias, portadora de información sin conocimiento (pleno); perpetradores descuidados que hacen aquello que se les ordena hacer y que lo hacen sin involucrarse personalmente en las consecuencias, sin compromiso ni atención a la terrible destrucción que están ejecutando.* Arendt manifiesta que lo que resulta aterrador sobre Eichmann no es una naturaleza inusual o monstruosa que explique por qué hizo lo que hizo, sino lo extremadamente común, llana y elemental que era su personalidad. Le califica como un individuo común, carente de móviles salvo por lo que respecta a su extraordinaria diligencia para ascender en su empleo, carente de imaginación y de pensamiento abstracto, con una enorme facilidad para aceptar el autoengaño así como las mentiras de la sociedad alemana de su tiempo. Habiendo llegado a expresar que fue el descubrir que no había nada que descubrir en la personalidad de Eichmann, lo que la transformó (para ella) en tan terrible y perturbadora experiencia. El problema con Eichmann era, precisamente, el que hubiese y haya tantos como él; y que tales tantos no sean ni sádicos ni perversos, sino, bien por el contrario, terrible y aterradoramente comunes.⁵⁵ Así se ha dicho: *“En su forma de ser, presentaba muy poco en común con el arraigado antisemitismo o aquel colorido deseo de matar, que presentaban otros líderes nazis. Él no era la maldad personificada. Tampoco era un depravado asesino de Judíos. De hecho, media docena de psiquiatras le habían calificado en sus certificaciones de “normal” –‘más normal, de hecho, de lo que me encuentro yo tras haberle examinado’, habría manifestado uno de ellos -. Conforme a la visión de Arendt, Eichmann fue un monótono formalista, comprometido con la productividad y eficiencia; un funcionario corriente particularmente atento a obedecer y llevar a cabo las tareas y órdenes que se le asignaren.”*⁵⁶

⁵⁵ Véase: Arendt, Hannah. “*Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*”, De Bolsillo, Barcelona, 2003, pág. 417 y ss..

⁵⁶ Waller, James. “*Become evil (How ordinary people commit genocide and mass killing)*” 2 edition; Oxford University Press, New York, 2007, pág. 100.

Mediante el concepto de la “*banalidad del mal*”, Arendt no se propuso minimizar el alcance del Holocausto, ni la magnitud (causal) de las acciones de Eichmann respecto del resultado (extremos éstos que le fueran injustamente reprochados, entre otros, por el reconocido historiador Raul Hilberg). Por el contrario, lo que Arendt pretendió estampar mediante dicha expresión es *el carácter vano, intrascendente de las personalidades (carácter) de los ejecutores de la “solución final”, lo común y ordinario que se generaliza en sus personalidades.*

Dentro de dicho marco, ha señalado el Profesor de Historia de la University of Chicago, Peter Novick: *“El fenómeno de los actos malignos cometidos a gran escala, no es rastreable en ningún particularismo de maldad, patología o convicción ideológica del perpetrador, cuya única distinción personal sea quizás, una extraordinaria superficialidad. Empero lo monstruoso de los actos, el hacedor ni es monstruoso, ni demoníaco. [La maldad] puede ser esparcida sobre el mundo como un hongo, asolándole, precisamente porque no está enraizado en ninguna parte. Fueron los motivos más banales y no precisamente los más malignos (como el sadismo, o el deseo de humillar, o el ansia de poder) los que hicieron de Eichmann tan temible malhechor.”*⁵⁷

El concepto de “banalidad”, por lo tanto, no se refiere a la naturaleza o esencia del mal que se causa (en la especie: el Holocausto del pueblo Judío).⁵⁸ Por el contrario, consiste en una descripción de la naturaleza o esencia de la personalidad o el carácter de la persona (el hombre o la mujer de carne y hueso) que realiza o ejecuta los actos delictivos propios de un genocidio. De tal guisa, Arendt considera “banal”, por común u ordinaria, la malicia de Eichmann, y ello ya que su maldad

⁵⁷ Novick, Peter. “*The Holocaust in american life*”, Houghton Mifflin, New York, 2000, pág. 135.

⁵⁸ Este error suele ser cometido por muchos autores, algunos de ellos de sobrada trayectoria jurídica como es el caso del prestigioso ex Juez del ICTY, y actual Profesor de la Universidad DePaul, Bassiouni, quien señala en su última obra: *“In her observations on the Eichmann trial in Jerusalem, 1961, Hannah Arendt described certain aspects of the Holocaust as representing the ‘banality of evil’. Another way of putting it is that evil is frequently done under the appearance of banality, so lacking in originality as to be obvious and banal. Thus banality is the outer appearance of evil. In all cases, banality is intended to make evil not appear as such. Consequently, many can commit evil acts with greater ease. This is especially evident in postconflict situations, where a society trying to recover from mass atrocities looks with tired eyes upon everyday violent crimes, such as domestic or gang violence, as ordinary, instead of exceptional.”* Bassiouni, . “*Crimes against humanity...*” cit., págs. 64-65.

era normal, prosaica, carente de la realidad desfigurada de la cosmovisión Nazi; así como también su maldad era (auto) racionalizada como buena, por ser obediente a un propósito superior: el demarcado por (sus) jerarcas del Partido.

Un similar análisis sobre el carácter de otro prominente Nazi, puntualmente el Director del campo de exterminio de Auschwitz, el Comandante Rudolf Höss, ha realizado recientemente el Profesor de Neurociencia de la Universidad Autónoma de Barcelona, Dr. Ignacio Morgado. En dicho análisis concluye: *“Höss, en definitiva, fue un hombre inteligente, con un cerebro emocional suficientemente reactivo para ser educado en cualquier fanatismo, aunque el de su tiempo y su mundo fue el nazi. En su juicio de Nuremberg no tuvo reparos en declararse un hombre profundamente religioso –religión nazi, pudo haber dicho-, siendo el mejor ejemplo de cómo una determinada educación ideológica, cuando cae en el terreno predispuesto por la biología, es decir, en individuos con acusada reactividad emocional, puede originar comportamientos criminales que incluyen el miserable derecho de liquidar a otros seres humanos.”*⁵⁹

Volviendo a Eichmann, y como concluye Waller, más que tratarse de un monstruo sádico se trataba de una persona fuertemente comprometida a cumplir con sus obligaciones personales y sus metas profesionales dentro de su carrera burocrática. En definitiva, un simple y ambicioso burócrata que hizo su trabajo y siguió a pies juntillas sus órdenes. Asimismo, cabe resaltar que, al contrario de lo esperado, Eichmann no era un hombre carente de un sentido de conciencia; de hecho se debió a su *“buena conciencia”* (una que, por cierto, no apreciaba como valor superior a las vidas humanas) el sentirse compelido a seguir con el cumplimiento de sus deberes para con sus superiores. Su conciencia trabajaba *“al revés”*, como señala Arendt: no habiendo organizado las matanzas porque él –particularmente- odiase a los judíos, o porque se viere forzado por las circunstancias fácticas a ello. Por el contrario, lo hizo porque se trataba lisa y llanamente de su trabajo, y porque comprendía como su deber el llevarlo a cabo del modo más eficaz posible, por ser ello conforme al sentido del deber para con la jerarquía social-administrativa (comprometida con tal extraordinaria maldad).

⁵⁹ Morgado, Ignacio. *“Psicobiología de la maldad”*, en Revista *“Claves de razón práctica”*, N° 216, Octubre de 2011, Madrid, págs. 78 y ss..

De manera insuperablemente clara, ha señalado el Profesor Waller como conclusiones sobre el concepto de la “*banalidad del mal*”: *“En síntesis, quizás la adopción por parte de Arendt de la frase ‘banalidad del mal’ fuera desafortunada. Su falta de claridad sin dudas ha llevado a variopinta interpretación. Mas pese a todos sus críticos, su concepción de la banalidad del mal y la ordinariez de los perpetradores de hechos de extraordinaria maldad ha sobrevivido al examen del tiempo. Su durabilidad es especialmente notable porque contradice directamente nuestro tenaz deseo de creer en la extraordinariedad de la gente que perpetra tales hechos. Preferimos mantener tal extraordinariedad individual (tan diferente a usted y a mí) de los que cometen tales hechos de extraordinaria maldad. Podemos así tomar distancia de ellos, y descansar en la confirmación de que tal maldad no puede ser duplicada en grupos ‘comunes’ o culturas, o individuos con semejantes capacidades humanas normales. Como el novelista Leslie Epstein ha escrito en 1987: ‘El escándalo... que observa la tesis de Arendt aplicada a Adolf Eichmann indica la profundidad de nuestra necesidad de pensar de dicho burócrata como diferente a nosotros. De concebirle como el típico personaje del Holocausto tal como se lo ha reflejado en el cine –como una bestia, un perverso, o un monstruo-.”*⁶⁰

La banalidad del mal de Eichmann nos deja ante la posibilidad real de que el potencial para cometer genocidios o asesinatos masivos existe en cada uno de nosotros. Arendt, desde mi punto de vista correctamente, nos recuerda que los perpetradores de genocidios y asesinatos masivos no son fundamentalmente diferentes de nosotros. Ella sugiere que la comisión de tal maldad trasciende grupos, ideologías, psicopatologías y personalidades. En definitiva: Arendt nos deja a nosotros con el reconocimiento introspectivo de que la gente común, en extraordinarias circunstancias, puede llevar a cabo actos malignos.

Pero sobre todo, *el extremo fundamental que se halla presente en todo el trabajo de Arendt es el que se refiere a que la culpabilidad individual de cada uno de los perpetradores de dichos delitos de genocidio o de lesa humanidad, desde una óptica jurídica, moral y metafísica, jamás puede ser desatendida en aras de una fundamentación de responsabilidad colectiva o social.* Así, pues, mientras que

⁶⁰ Waller, James. “Become evil...” cit., pág. 106.

para la defensa de Eichmann (dirigida por el abogado Servatius) éste no habría sido otra cosa más que una mera *ruedecilla en la maquinaria* de la Solución Final, así como para la Acusación (dirigida por el Fiscal Hausner) Eichmann habría sido uno de los *principales motores* de dicha maquinaria asesina, para Arendt lo relevante no sería la magnitud de la función adjudicable a la “*rueda*” o “*motor*” Eichmann, sino el transformar tales “*ruedas y motores*” en autores, en seres humanos de carne y hueso.

Para las Ciencias Políticas y Sociales lo esencial de todo gobierno totalitario (derivado del fenómeno propio de la burocratización) consiste en transformar a los hombres en funcionarios. En meras y simples ruedecillas o motores dentro de la maquinaria administrativa o burocrática, que son analizados, en lo que a su comportamiento respecta, conforme a una suerte de funcionalismo sistémico. Para el Derecho penal, en cambio, sólo tiene valor el análisis de la conducta de las personas físicas, prestando atención a los factores señalados *ut-supra* únicamente a los efectos de sopesarlos como circunstancias modificativas de tal responsabilidad penal (individual).

Para Arendt, la grandeza de los procedimientos judiciales (así como de los juicios morales) consiste en que incluso una pieza de un engranaje vuelva a ser una persona.⁶¹ De allí que, aunque el reo sea un miembro de la Mafia, de la SS, de la Gestapo o de la Wehrmacht, o de cualquier otro tipo de organización política, militar, social o criminal, por más que se sostenga que era un simple eslabón de una larga cadena, habiendo actuado en virtud de las órdenes emitidas por sus superiores, y habiendo hecho lo que cualquier otro hubiera hecho de haber estado en su lugar, en el mismísimo momento en que comparece ante un Tribunal de justicia, comparece como una persona, y ha de ser juzgada como tal: como persona y por lo que como persona efectivamente ha hecho.

De tal guisa, si el acusado fuere considerado culpable o inocente como representante de un sistema, se le estaría tratando como un *chivo expiatorio*. Asimismo, si el acusado pretendiera excusarse de sus actos u omisiones (realizados por él) en el hecho de haber sido, dentro de la organización criminal, no otra cosa, más que un mero engranaje, ruedecilla, o similar, la pregunta a formularle por el

⁶¹ Arendt, Hannah. “*Responsabilidad personal bajo una dictadura*” in “*Responsabilidad y juicio*”, Paidós, Barcelona, 2007, pág. 59.

Tribunal de Justicia sería: “¿por qué se convirtió Ud. en pieza del engranaje?”, y agrega Arendt: “Entonces, Eichmann, o el encargado de la sección IV-B4 de la Jefatura de Seguridad del Reich, sería transformado en hombre.”⁶²

Ahora bien, del análisis de la referenciada autora sobre el caso Eichmann se desprenden ciertos rasgos o particularismos de la responsabilidad jurídico-penal. Así tenemos que la inocencia, como la responsabilidad, tienen un carácter eminentemente *objetivo*. Así es que ante la excusa presentada por la Defensa de Eichmann de que, de no haber actuado él, lo mismo hubiese sido realizado por otro u otros que ocuparan su puesto, Arendt contesta que así hubiesen hecho los ochenta millones de alemanes lo mismo que él hizo (o estuviesen deseosos de haberlo hecho), no por ello se vería Eichmann eximido de su responsabilidad. Puesto que se trata de una responsabilidad por lo que se hizo, y no (en principio) por los móviles del sujeto⁶³(ello, sin perjuicio de la referencia subjetiva del tipo distinta del dolo que se exige en el tipo de genocidio conforme al art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional –que recoge las previas definiciones de la Convención de Naciones Unidas contra el genocidio y los estatutos de los Tribunales Internacionales *Ad Hoc*-).⁶⁴

Por otra parte, y derivado de lo anterior, se sustenta el hecho de que la *irreflexión*, propia del burócrata a la hora de cumplimentar con su tarea, es la que perfecciona el daño (en la especie: la muerte de seis millones de seres humanos). Como señala Prior Olmos, es posible hacer el mal aun cuando falten motivos reprobables, incluso cualquier tipo de motivos. Ahora bien, *ello no significa que no hubiera dolo*, bien por el contrario, el funcionario era consciente de la acción u omisión que estaba perfeccionando con su conducta, y el resultado final de toda la empresa (la muerte de los Judíos que habitaban sobre el suelo dominado por la Alemania Nazi). Hablar a su respecto de falta de conocimiento es sencillamente atentar contra la

⁶² Arendt, Hannah. “Responsabilidad personal bajo una dictadura.” cit., págs. 60-61.

⁶³ Arendt, Hannah. “Eichmann en Jerusalén” cit., pág. 403. En el mismo sentido, aunque limitándolo solamente al injusto: Roxin, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal” 7ª edición; Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 273 y ss.

⁶⁴ La referencia consiste en: “(...) *la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso como tal*”; lo que no se refiere forzosamente a los móviles (odio, conquista, expolio, temor, etc.) sino únicamente a la finalidad última que conlleva la acción desplegada por el agente.

verdad histórica perfectamente documentada (incluso confesada por el propio Eichmann ante el Tribunal hebreo).⁶⁵ Otra cosa es que Eichmann, como cualquier otro burócrata en su misma posición o por debajo, en la Alemania Nazi, fuera *indiferente* (hasta el grado de la indolencia) respecto del sufrimiento generado por su empresa “Solución final” y solamente concentrara su atención e interés en el estricto cumplimiento de sus funciones conforme a las órdenes y directivas recibidas (cuando no, actuando como una especie de autómeta). Lo que está claro, en todo caso, es la existencia de un dolo directo respecto del resultado de toda la actividad colectiva, a la que él sumaba un aporte (es decir, conocimiento pleno del resultado).

Asimismo, un factor decisivo a la hora de determinar la culpabilidad penal de Eichmann (así como de la mayoría de los perpetradores de los crímenes de la Alemania Nazi, tanto de mandos medios como de ejecutores inmediatos) lo constituía el extremo de que él tuvo la posibilidad de negarse a cumplimentar las órdenes recibidas, solicitando un nuevo destino dentro de la administración. Cuando Eichmann señaló ante el Tribunal que “*su única alternativa era el suicidio*”, no se refería a las consecuencias que una eventual renuncia al cumplimiento de sus tareas le hubiera acarreado, la muerte por las presiones de sus jefes, por tener que enfrentarse a un juicio, a una pena de muerte, a un envío al frente del este, etc. Lo que en realidad quería significar era que, conforme a su “*conciencia*” (tal como señaláramos *ut supra*), tal actitud de abandono e incumplimiento de sus deberes se le presentaba como inadmisibles, incorrectos conforme a su –peculiar– código de ética. Ello conforme le había sido impuesto (e interiorizado por él) por las instituciones secundarias (culturales) de la sociedad alemana del tiempo del kaiser Guillermo II.

Arendt echa por tierra toda consideración jurídica atendiendo al análisis histórico-filosófico hegeliano. Concretamente, es patente su oposición al *Zeitgeist*, aquella concepción de que, en determinadas circunstancias históricas y valoraciones conforme a las corrientes político-filosóficas historicistas, resulta imposible comportarse de una manera distinta a la preconfigurada por el fatalismo histórico.

Teorías tanto fundadas en ideas abstractas como la del “*complejo de Edipo*”, la

⁶⁵ Vide: Muslich, Harry. “*Criminal case 40/61, the Trial of Adolf Eichmann. An eyewitness account*”; University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2005, págs. 121 y ss..

“*mentalidad del gueto*”, hasta aquellas fundadas en la tragedia experimentada por el pueblo Judío europeo en la Segunda Guerra Mundial, no dejan de presentar un hilo conductor permanente: el carácter superfluo de la emisión de todo juicio, y la consiguiente remisión a la opinión pública. Es decir, el juzgar colectividades o tendencias grupales, en detrimento de juzgar a individuos concretos.⁶⁶

Como señalara Arendt a este respecto: “*Todos estos clichés tienen en común la nota de dar carácter superfluo a la emisión de juicios, así como la de poder utilizar tales clichés sin correr el menor riesgo. Y aun cuando podemos comprender muy bien la resistencia de los afectados al desastre –judíos y alemanes- a examinar con demasiada detención el comportamiento de grupos o personas individuales que parecen haberse salvado del total colapso moral –es decir, el comportamiento de las iglesias católicas, de los dirigentes judíos, o de quienes atentaron contra Hitler el 20 de Julio de 1944-, esta comprensible resistencia no es suficiente para justificar la evidente renuncia de todos los demás a emitir juicios centrados en responsabilidades individuales.*”⁶⁷

De lo anterior se desprende que, cuando se habla de culpa colectiva, o de culpa de la sociedad, no se está sustentando otra cosa, más que el diluir las responsabilidades jurídico-penales (individuales) de aquellos que perpetraran tales atrocidades; y esto puede conllevar *dos grandes riesgos de injusticia propiamente dicha*:

(i) O bien el que nadie termine pagando por sus crímenes (tal como señala Arendt), indicando que la decisión de hablar en términos de culpa e inocencia colectiva reposaría en la ingenua creencia de que tentación y coacción son una misma cosa y que a nadie puede pedírsele que resista la tentación. Agregando: “*En vista de que, actualmente, estas cuestiones son a menudo tratadas como si existiera una ley, nacida de la misma naturaleza humana, que obligara a todos a perder la dignidad al producirse un desastre, sería oportuno recordar la actitud que adoptaron los excombatientes judíos franceses cuando su gobierno les ofreció idénticos privilegios.*”⁶⁸

(ii) O bien que, ante la dificultad (no imposibilidad) de delimitar las responsabilidades individuales, se termine responsabilizando políticamente a todo

⁶⁶ Cfe. Prior Olmos, Ángel. “Voluntad y responsabilidad en Hannah Arendt...” cit., pág. 43 y ss..

⁶⁷ Arendt, Hannah. “*Eichmann en Jerusalén*” cit., pág. 430.

⁶⁸ Arendt, Hannah. “*Eichmann en Jerusalén*” cit., pág. 192.

un grupo o colectividad, para posteriormente distribuirse conforme a diferentes criterios políticos, la más de las veces divorciados de la realidad empírico-histórica respecto a lo que cada persona concretamente hiciera. Todo ello bajo el “ropaje” de una responsabilidad jurídico penal, y recayendo sobre algunas personas físicas vinculadas (miembros) a dicho grupo o colectividad.

Esto último no es otra cosa sino la raíz estructural de las construcciones dogmáticas de las *Joint Criminal Enterprise* en sus modalidades I, II, y III, como así también de la autoría mediata por intermedio de aparatos organizados de poder sustentada por Claus Roxin. Extremos éstos –así como las ventajas del modelo basado en “*las estructuras de pecado*”- que se acreditarán en la Segunda Parte de esta investigación.

PRIMERA PARTE.

Capítulo Segundo: Asch, Milgram, Zimbardo y las causas de la violencia colectiva desde una óptica científico-experimental.

Hemos atendido en el Capítulo anterior, a las cuestiones fenomenológicas propias de los procesos de violencia colectiva. Ahora atenderemos en el presente capítulo a las explicaciones que las ciencias del comportamiento humano (sociología, psiquiatría-social, psicología social) han aportado acerca de dicho acervo fenomenológico.

Cabe, antes de comenzar este análisis, aclarar que todos los datos que se darán aquí –fundados en las experiencias de Asch, Milgram y Zimbardo- cuentan como mínimo con cuarenta años de aceptación plena de la comunidad científica y no se relacionan con los recientes aportes de las neurociencias, cuyos resultados y conclusiones aún son discutidas entre la propia comunidad científica (y su recepción más que cuestionada en el marco del Derecho penal).

I) Los aportes de Solomon Asch.

El psicólogo social de origen polaco, Solomon Asch, a mediados del siglo pasado, llevó adelante (con la colaboración de su tutelado doctorando Stanley Milgram) una serie de experimentos en la Universidad de Harvard, dirigidos a comprobar hasta qué punto ciudadanos representativos de la cultura media norteamericana estarían dispuestos a actuar de manera autónoma frente a las presiones de un grupo en el que se encontraran inmersos. Concretamente, se trataba de verificar cuántos de ellos se mantendrían en sus propias afirmaciones conforme a (sus propias) experiencias cognitivas, ante una mayoría que sostuviere aseveraciones completamente opuestas. La hipótesis de Asch, residía en que la mayoría de las personas se negarían a reconocer como cierto, aquello que fuere manifiestamente diferente a lo que hubiesen percibido directamente (resistiendo, pues, a las presiones del grupo).

El experimento consistía en un estudio sobre la percepción visual: juzgar el tamaño relativo de unas líneas. Para ello se reunían grupos de ocho personas (compuesto por siete actores entrenados por Asch y uno que era el verdadero objeto examinado, quien por supuesto creía que los otros siete eran voluntarios como él). A dichos grupos se les exhibían, por vez, una tarjeta conteniendo tres líneas de diferentes longitudes a la vez que, en la otra mano, una tarjeta que contenía una sola línea. A continuación, en voz alta, se solicitaba a los miembros del grupo que, cada uno fuera diciendo cuál de las tres líneas de la primera tarjeta se mostraba de idéntica longitud que la que estaba estampada en la segunda tarjeta.

Las diferencias de longitudes entre las tres líneas de la primera tarjeta no eran mínimas, sino, bien por el contrario, notoriamente diferentes. No llamaba para nada la atención de los sujetos examinados que sus respuestas fueran en las primeras series de exhibición de tarjetas, idénticas a las de los otros siete miembros del grupo. Por ello, más que probablemente se sintieron profundamente desorientados cuando empezaron a notar que sus respuestas –en las siguientes series- divergían de las de los demás, y, ¡para colmo!, las respuestas de los otros siete eran entre sí idénticas. No solamente así (es decir, de manera uniforme), sino además mostrándose absolutamente seguros de sí mismos y mirando de forma perpleja (cuando no airada) al sujeto examinado cuando éste daba una respuesta diferente (de conformidad con lo que realmente estaba percibiendo).

Como resultado del experimento, tenemos que, de los 127 participantes (sin contar, obviamente, a los siete actores que siempre se repetían), cedieron a la presión del grupo (dando respuestas acorde a lo que decían los actores y en contra de lo que le indicaban sus propias percepciones) el 70% de ellos. Y dentro de dicho 70%, un 30% de ellos (es decir, poco menos que un tercio) cedió de forma completa, esto es: nunca dieron una respuesta diferente a la que decían sus compañeros de grupo.

Asimismo, y una vez entrevistados tras la realización del experimento, cuando se les ponía al tanto de la calidad de actores de los otros miembros del grupo, y de cómo estos habían acordado previamente dar respuestas erróneas, la gran mayoría del 70% que había cedido a las presiones del grupo (dando como respuesta la misma –errónea- que decían los demás) recordaban haber cedido muchas menos veces de las que en realidad lo habían hecho. Así, y aunque los hechos demostraban todo lo contrario, sostenían haberse mantenido independientes la mayor parte de las

veces que habían voceado como correctas las erróneas respuestas que habían —a su vez- voceado sus compañeros de grupo.

Explicando los referenciados resultados, se ha señalado que una de las aportaciones más valiosas a nuestra comprensión de la conformidad con el grupo procede de la investigación de dos de los mecanismos básicos que contribuyen a ella: las necesidades informativas, y las necesidades normativas.⁶⁹

Así, mostramos conformidad con el grupo por *necesidades informativas*: en la medida en que frecuentemente otras personas tienen ideas, puntos de vista, perspectivas y conocimientos que nos ayudan a conocer mejor nuestro mundo, en especial aquellas cuestiones que nos son, *a priori*, desconocidas.

También mostramos conformidad con el grupo por *necesidades normativas*: dada la mayor probabilidad de que otras personas nos acepten si estamos de acuerdo con ellas, cedemos ante su visión del mundo. Así, fundados en una poderosa necesidad de formar parte de algo (grupo, colectividad, comunidad, etc.) solemos cambiar las diferencias por similitudes (aun cuando ello vaya contra las propias convicciones derivadas de las propias experiencias).

Las experiencias desarrolladas por Asch terminaron demostrando cómo individuos sanos son capaces de auto-engañarse al punto de negar como válidas las interpretaciones de los sucesos que han presenciado y aprehendido mediante sus propios sentidos. Y todo ello a los efectos de “*encajar*” mejor en el grupo, de ganarse la aceptación de sus pares (lo que se extiende a fenómenos propios de mayorías sociales).

Asimismo, estas experiencias han servido de base para una serie de experimentos sociales desarrollados en la década de los setenta en los EE.UU. y que tuvieron su origen en los trágicos sucesos que rodearon la muerte de una joven neoyorkina de nombre Kitty Genovese en 1964. Esta chica fue brutalmente violada y asesinada por su ex pareja en los bajos de su casa de apartamentos en Queens, Nueva York. Todo ello, a la vista de treinta y ocho de sus impasibles vecinos que no hicieron nada para ayudarla (quienes incluso llegaron a ver cómo el asesino, tras haberse retirado dejándola mal herida, volvió sobre sus pasos y terminó de ultimarla asestándole varias puñaladas más). La impasividad de los vecinos, que se catalogara bajo el fenómeno de la “*bystander apathy*” se explicó en los siguientes

⁶⁹ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*”; Paidós, Barcelona, 2008, pág. 355.

términos: toda persona que vive en una gran ciudad tiende a ayudar e intervenir en apoyo de un tercero desconocido siempre que éste último se lo solicite directamente, y siempre que se halle solo o rodeado de un grupo pequeño de personas (dos o tres). Por el contrario, cuantas más personas en condiciones de prestar auxilio se hallen presentes se supondrá -por parte de cualquiera de nosotros- que alguien más será quien dé un paso al frente y preste el auxilio requerido, haciendo que nos mantengamos al margen de la acción, sin correr ningún riesgo personal.⁷⁰

Ahora bien, más que insensibilidad, lo que explica el fenómeno de marras es (amén del temor por nuestras propias vidas e integridad física) el miedo a equivocarnos y hacer el ridículo; máxime cuando la mayoría del grupo de gente que se halla en el contexto espacio-temporal observa una conducta de inacción.

Así, concluye al respecto Zimbardo: *“Las situaciones sociales las crean personas, y las personas mismas las pueden modificar. No somos autómatas que actúen siguiendo unos programas dictados por una situación: podemos cambiar cualquier situación mediante unos actos creativos y constructivos. El problema es que aceptamos demasiado la definición que hacen otros de la situación y de sus normas en lugar de arriesgarnos a poner en duda las normas y abrir nuevas opciones conductuales. Una consecuencia interesante de la línea de investigación de los circunstantes pasivos y activos ha sido la aparición de un campo relativamente nuevo de investigación en la psicología social dedicado a la ayuda y al altruismo. Al intentar entender casos en los que la gente no presta ayuda a quien la necesita,*

⁷⁰ Al respecto explica Steven Pinker: *“People take their cues on how to behave from other people. (...) The psychologists suspected that groups of people might fail to respond to an emergency that would send an isolated person leaping to action because in a group, everyone assumes that if no one else is doing anything, the situation couldn't be all that dire.”* Pinker, Steven. *“The better angels of our nature. The decline of violence in history and its causes”*, Allen Lane/ Penguin Books, London, 2011, pág.558. Allí hace referencia expresa a los experimentos sociales desarrollados por los Psicólogos norteamericanos John Darley y Bibb Latané (gestados a partir de las secuelas del caso Genovese); y relata uno de tales experimentos: *“In one experiment, as a participant was filling out a questionnaire, he or she heard a loud crash and a voice calling out behind a partition: ‘Oh... my foot... I... can't move it; oh... my ankle... I can't get this thing off me.’ Believe it or not, if the participant was sitting with a confederate who continued to fill out the questionnaire as if nothing was happening, 80 percent of the time the participant did nothing too. When the participants were alone, only 30 percent failed to respond.”*

*no debemos preguntarnos quién ayuda o deja de ayudar, sino cuáles son las características sociales y psicológicas de la situación.”*⁷¹

También influye demasiado el deseo de pertenecer al grupo, de ser un miembro más, debiendo para ello comportarse como el resto. Esto explica también por qué ciertas personas, en determinados contextos situacionales, prestan su apoyo incondicional a las ideologías imperantes en determinada sociedad, llegando a realizar actos inhumanos e inmorales conforme a su moral autónoma, mas bloqueando tales valoraciones individuales en pos de las valoraciones sociales mayoritarias (el discurso legitimante o ideologías de la muerte).⁷² Cuestiones éstas que serán radicalmente analizadas en la experiencia desarrollada por Philip Zimbardo en los sótanos de la Universidad de Stanford, reconvertidos en una improvisada cárcel (y a cuyo análisis nos avocaremos *ad infra*).

Pero lo que Asch no previó ni podía prever era que sus experimentos iban a ser la inspiración de las experiencias desarrolladas por Milgram una década más tarde acerca del fenómeno de la obediencia a la autoridad.

II) Stanley Milgram y el estudio sobre la obediencia a la autoridad.

Precisamente Milgram, para ese entonces ya miembro del Departamento de Psicología Científica de la Universidad de Yale, se propuso llevar un poco más allá las experiencias desarrolladas por Asch, estudiando el comportamiento de las personas ante la presión no ya de un grupo, sino de una específica fuente de autoridad. Siendo los resultados que arrojaron tales experiencias, los más renovadores y removedores, que se hayan obtenido hasta el día de hoy.⁷³

Así, explicando la génesis de sus experimentos, el propio Milgram decía: “(...) *me preguntaba si los grupos podían ejercer presión sobre una persona para que realizara un acto cuya trascendencia humana fuera más manifiesta; quizás*

⁷¹ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer. El porqué de la maldad...*” cit., pág. 415.

⁷² Cfe Pinker, Steven. “*The better angels of our nature...*” cit., págs.. 556 y ss..

⁷³ Para un estudio profundo de las incidencias de las experiencias de Asch sobre los estudios de Milgram, así como sobre la relevancia mundial que éste último alcanzó con sus experimentos, vide: Blass, Thomas. “*The man who shocked the world. The life and legacy of Stanley Milgram*”; McGraw-Hill/Basic Books, New York, 2004. Especialmente capítulos 4 y 6.

actuando de una manera agresiva con otra persona, como por ejemplo administrándole unas descargas eléctricas cada vez más fuertes. Pero para estudiar el efecto del grupo [...] antes habría que saber cómo actuaría el sujeto sin la presión de éste. En ese mismo instante, mi pensamiento se centró en este aspecto del control experimental. ¿Hasta dónde llegaría una persona siguiendo las órdenes de un experimentador?”⁷⁴

De tal modo, el Profesor de Yale, bajo el pretexto de estar realizando un experimento que ayudaría a la pedagogía a encontrar formas de mejorar el aprendizaje y la memoria de las personas a través del empleo del castigo corporal, ofreció mediante sendos avisos publicitarios en diarios el pago de cuatro dólares por una hora del tiempo de todos aquellos que, por lo demás, quisieran colaborar con dicha actividad científica. Contestaron a la convocatoria quinientas personas, todas ellas personas de entre veinte y cincuenta años y con trabajo, yendo estos desde empleados de fábricas, empresarios, empleados de la construcción, comerciales, ayudantes, vendedores, profesionales liberales, telefonistas, costureras, etc.

Una vez se presentaban en el Departamento de Psicología Científica de Yale (lo que de por sí ya impresionaba por la magnitud de sus instalaciones), los colaboradores eran introducidos por quien se presentaba a sí mismo como “*el experimentador*” (que no era otro que el propio Milgram utilizando una bata de médico blanca), ante otro colaborador (que no era otro más que un actor contratado por Milgram). Hechas las presentaciones, el “*experimentador*” realizaba un sorteo (obviamente amañado) en virtud del cual se resolvería quién de los dos colaboradores ocuparía el lugar de “*maestro*” y quien de “*aprendiz*” dentro del experimento. Viniendo a recaer siempre la calidad de “*maestro*” sobre el incauto colaborador.

Pues bien, la experiencia era realizada de la siguiente manera: el “*maestro*” daba al “*aprendiz*” una serie de pares de palabras para que éste último las memorizara. Durante la prueba, el “*maestro*” iba diciendo en voz alta las palabras claves, y el “*aprendiz*” sito en una habitación conjunta, y comunicado a través de un interfono, debía responder con la palabra correcta correspondiente al par.

⁷⁴ Citado por Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit., pág. 363.

En caso de errar, el “*maestro*” debía suministrarle al “*aprendiz*” una descarga eléctrica como “*castigo*” por su error. Ello mediante el oprimir un interruptor en un enorme aparato ubicado en frente al “*maestro*” y cuyos cables atravesaban dicha habitación, entrando hasta la habitación donde se hallaba el “*aprendiz*” y cuyo borne se ubicaba sobre el brazo derecho de éste último (claro que desconociendo el “*maestro*” en todo momento que en realidad ninguna corriente eléctrica transitaba por dicho cable y que, por ende, ninguna llegaba al brazo del “*aprendiz*”).

A los efectos de dotar a la experiencia de mayor realismo, así como para que el “*maestro*” tomara conciencia y se representara lo que habría de sufrir el “*aprendiz*”, se le aplicaba al primero a modo de demostración una descarga de 45 volts. Asimismo, dicha máquina constituía un generador eléctrico de imponente tamaño con treinta interruptores que leían cada uno la potencia de la descarga que ocasionaban, yendo desde los 15 voltios hasta los 450 volts (caso éste en donde se apreciaba debajo del interruptor una etiqueta que leía “XXX”).

El “*experimentador*” indicaba al “*maestro*” que cada vez que el “*aprendiz*” se equivocara, debía proceder a pulsar el interruptor del siguiente voltaje más alto al último que hubiese oprimido: así, al primer error debía oprimir el correspondiente a 15 volts; al segundo error el de 30 volts; y así sucesivamente hasta llegar al trigésimo que suponía una descarga de 450 volts.

Una vez que se ponía en marcha la experiencia, el actor que hacía las veces de “*aprendiz*” decía las respuestas correctas a las preguntas que le formulaba el “*maestro*”. Ahora bien (y conforme a lo que tenían planeado con Milgram), en determinado momento “el *aprendiz*” comenzaba a dar respuestas incorrectas, y a recibir las (supuestas) descargas eléctricas por parte del “*maestro*”. A medida que seguía equivocándose, y (supuestamente) recibiendo mayores descargas, “*el aprendiz*” (ubicado en la habitación contigua a aquella en la que se hallaban “*el maestro*”, “*el experimentador*” y el aparato generador) comenzaba a gritar cosas como: “*¡no aguanto el dolor!, ¡sacadme de aquí!, ¡no tenéis derecho a retenerme aquí!, ¡no voy a contestar más!, ¡el corazón me va a fallar!*” Y todo ello antes de caer en un total y absoluto silencio ante las preguntas que le seguía formulando “*el maestro*”. Ante el silencio del “*aprendiz*”, y la desorientación que empezaba a demostrar “*el maestro*”; “*el experimentador*” expresaba órdenes como: “*¡continúe!*”: así como indicaciones del tenor de: “*si el aprendiz no responde en un*

plazo razonable de cinco segundos, tenga la respuesta por incorrecta y proceda a pulsar el interruptor correspondiente”.

Pues bien, antes de realizar las experiencias del tenor de las relatadas *ut-supra*, el propio Milgram relevó entre colegas de diferentes universidades norteamericanas una encuesta en la cual preguntaba el porcentaje de sujetos que ellos creían que llegarían a pulsar hasta el último de los treinta interruptores.

La predicción que arrojó la referenciada encuesta, indicaba que tan solamente el 1% de los sujetos que fueran objeto de tal experiencia llegarían hasta el final de ella; representando ese porcentaje el nivel de sádicos propio de la sociedad norteamericana. Asimismo, indicaban que la enorme mayoría de “*maestros*” abandonarían al llegar hasta el punto de administrarle a la víctima una descarga de 150 volts. Más la realidad demostró que dicha predicción no pudo ser más equivocada: el 65% de los sujetos que actuaron como “*maestros*” llegaron a pulsar los treinta interruptores, alcanzando la bestial administración de un choque de 450 volts –al menos eso era lo que creían- a una persona que, ya hacía rato, no daba señales de conciencia alguna.

II.1) La fundamentación de Milgram.

Milgram señaló las razones por las que se verificaran tales resultados, y para ello se remitió: a la naturaleza gregaria del ser humano; a su integración en sociedades mediante la formación y el reconocimiento de estructuras sociales jerárquicas; todo ello conforme a diferentes grados de complejidad atendiendo a un criterio claramente evolucionista.

Conforme a tal criterio, entiende que el comportamiento (lo mismo que las demás características del hombre) se ha ido modelando a través de sucesivas generaciones conforme a exigencias de supervivencia. De allí que los comportamientos que no acrecentaban las posibilidades de supervivencia eran eliminados con éxito del organismo; toda vez que conducían a la (eventual) desaparición de los grupos que le observaban.⁷⁵

⁷⁵ “*A tribe in which some of the members are warriors, while others took care of children and still others are hunters, had an enormous advantage over one in which no division of labor occurred. We look around at the civilizations men have built, and realize that only directed, concerted action could have raised the pyramids, formed the societies of Greece, and lifted man from pitiable*

Ahora bien, dentro de tal marco la capacidad de obediencia deviene un prerequisite básico. Por lo que puede entenderse que los hombres obedecen porque tienen un instinto de obediencia, surgido el mismo tras miles de años de evolución. Pues la verdad es que, en efecto, hemos nacido con un potencial de obediencia que interacciona con influencias provenientes de la sociedad. En este sentido sucede con la capacidad de obediencia lo mismo que con la capacidad de lenguaje: es preciso que determinadas estructuras mentales altamente específicas se hallen presentes si queremos que tenga el organismo un potencial de lenguaje y, sin embargo, para crear al hombre parlante es necesario que se lo coloque en un medio social. De tal guisa, para explicar las causas de la obediencia es preciso que nos fijemos tanto en las estructuras internas como en los influjos que actúan en la vida social.

II.1.a) El método cibernético.

Ahora bien: ¿Qué cambios tienen que ocurrir en el proyecto de un organismo en evolución cuando se pasa de una capacidad de funcionamiento autónomo hacia una capacidad de funcionamiento dentro de una organización?

Milgram, a los efectos de poder explicar el fenómeno de la obediencia sobre la conducta del subordinado, echa mano del llamado “*método cibernético*”, consistente en un tratamiento no histórico-biológico, sino puramente formal. Así se toma como punto de referencia a una criatura simplificada, a la que llama “*autómata*”, y se pregunta a su respecto qué habremos de variar en su diseño para pasar de una autorregulación a un funcionamiento dentro de un sistema de jerarquía. Al poner en nuestras manos un modelo, la teoría cibernética nos pone sobre aviso respecto de los cambios que tienen que ocurrir lógicamente cuando entidades independientes quedan integradas en un funcionamiento jerárquico. En la medida en que participan en dichos sistemas seres humanos, tienen éstos que verse sometidos a estas líneas generales.⁷⁶

creature struggling for survival to technical mastery of the planet.” Milgram, Stanley. “*Obedience to authority. An experimental view.*” Pinter & Martin Ltd., London, 2010, pág. 126.

⁷⁶ Milgram, Stanley. “*Obedience to authority. An experimental view...*” cit., pág. 127.

“Pues bien, consideremos un grupo de autómatas “a”, “b”, “c”, ..., diseñado cada uno de ellos para funcionar de forma aislada. Cada uno de dichos autómatas queda caracterizado como un sistema abierto, que para el funcionamiento correcto de su estado interno necesita obtener cierta cantidad de energía de entrada (alimento o nutrientes) que obtiene de su entorno. Así, para el cumplimiento de tales necesidades de energía de entrada, se les proveerá de un aparato para la búsqueda, ingesta y conversión de parte de su entorno (alimento).

Ante la necesidad de energía de entrada, comienza la búsqueda de energías externas nutritivas, que devuelven todo el sistema a un estado de funcionamiento viable.”⁷⁷

Ahora bien, hasta este punto del análisis cibernético, partimos del objeto de estudio: autómata omnívoro autorregulado y aislado de otros de su misma especie (otros autómatas). Llegados a este punto, hemos de indagar qué cambios habríamos de practicar sobre el autómata para permitir dar lugar a una forma – primitiva e indiferenciada- de organización social. Menester será, pues, proveer a nuestros autómatas de un inhibidor, cuya función sea tratar a los otros autómatas (sus prójimos) no como una parte más del entorno, sino como un valor en sí mismo que ha de ser respetado.

De ahí que haya de añadirse al diseño un nuevo rasgo crítico: un inhibidor que impida que los autómatas actúen unos contra otros. Añadiendo este inhibidor general, serán capaces de ocupar el mismo espacio geográfico sin peligro de destrucción mutua. Cuanto mayor sea el grado de mutua dependencia entre los autómatas, más ampliamente ordenados y más efectivos habrán de ser estos mecanismos inhibidores.”⁷⁸

⁷⁷ El más que clásico modelo homeostático de Cannon (1932) ya señala la omnipresencia de sistemas restauradores de estado como el descrito en los organismos vivientes. Cannon, W. B. *“The wisdom of the body”*; WW Norton, New York, 1932.

⁷⁸ Milgram, Stanley. *“Obedience to authority. An experimental view...”* cit., págs.. 121 y ss. Y agrega: *“More generally, when action is initiated by tensions originating within the individual, some mechanisms internal to the individual must inhibit that expression, if only to prevent its being directed against kindred members of the species in question. If such an inhibitory mechanism does not evolve, the species perishes, and evolutionary processes must come up with a new design compatible with survival”*.

Como al respecto nos recuerda Ashby: los organismos que hoy contemplamos se ven profundamente marcados por la acción selectiva de dos mil millones de años de desgaste. Toda

Se pregunta Milgram en este punto si se da en los seres humanos algo que se corresponda a los mentados mecanismos inhibitorios. Problema que *a priori* reconoce como bastante retórico, ya que todos somos conscientes de que el impulso de satisfacer instintos destructivos respecto a los otros se halla frenado por una parte de nuestra naturaleza. Extremos que reconocemos por *conciencia* o *Super-ego*.

De ahí que la presencia de la conciencia en los hombres pueda ser contemplada como una especialidad dentro de un principio más general: el que todo autómatas autorregulador ha de tener un inhibidor que refrene sus acciones contra sus congéneres, toda vez que sin semejante inhibidor no les sería posible a diversos autómatas ocupar un mismo territorio.⁷⁹

Llegados a este punto Milgram se pregunta qué sucede cuando tratamos *de organizar diversos autómatas de suerte que puedan funcionar en común*. La unión de elementos para que actúen de manera concertada puede ser lograda de la mejor manera por la creación de una fuente externa de coordinación para tres o más elementos. El control dimana del punto emisor hacia cada uno de los autómatas. Luego pueden ser logrados mecanismos sociales más poderosos, haciendo que cada elemento subordinado sirva como supra-ordenado a elementos que se hallen en un nivel inferior. El diagrama revestiría una forma piramidal, típica de la organización jerárquica. Ahora bien, esta organización no puede ser lograda con los autómatas tal cual los hemos descrito. Será preciso que sea alterado el diseño interno de cada uno de los elementos.⁸⁰

Hay que renunciar al control a nivel de cada elemento local, en favor de un control a partir de un punto supra-ordenado. Los mecanismos inhibitorios, que son vitales cuando funciona autónomamente el elemento individual, se han de convertir

forma defectuosa de alguna manera en su capacidad de supervivencia ha quedado eliminada; y en nuestros días los rasgos de casi toda forma llevan las marcas de una adaptación para asegurar la supervivencia más bien que para otra finalidad cualquiera. Ojos, raíces, pestañas, caparazones y garfios, se hallan modelados de suerte que acrezcan de la mejor manera las posibilidades de supervivencia. Y cuando estudiamos el cerebro, estamos una vez más estudiando un medio de supervivencia. Ashby, W. R. "*Introductions to cybernetics*", Chapman and Hall Ltd., Londres, 1999, pág. 196.

⁷⁹ Milgram, Stanley. "*Obedience to authority. An experimental view...*" cit., pág. 130.

⁸⁰ Cfe. Milgram, Stanley. "*Obedience to authority. An experimental view...*" cit., pág. 132.

en secundarios (ello ante la necesidad de transferir el control al componente de coordinación). Está claro que siempre que se inserten elementos que funcionan de modo autónomo dentro de un sistema de coordinación jerárquica, será necesario realizar cambios en la estructura interna de los primeros. Dichos cambios necesarios para el correcto funcionamiento del sistema consisten en una supresión del control local en favor de la coherencia del sistema. Tal coherencia del sistema, justamente, se logra cuando todas las partes del sistema funcionan armónicamente y no en líneas encontradas. De tal modo (y siempre considerándolo desde un punto de vista evolutivo) vemos que uno de los elementos que funcionan de manera autónoma ha de verse regulado frente a la prosecución ilimitada de los apetitos (de los que el elemento individual es el principal beneficiario). El Super-ego, conciencia (u otros mecanismos semejantes), que imponen los ideales morales contra toda expresión incontrolada de impulsos, cumplen con dicha función.

De todas maneras, en el modo organizativo es crucial para la operación del sistema que dichos mecanismos de inhibición no entren de un modo significativo en conflicto con las direcciones que los componentes del nivel superior imprimen. De allí que, cuando trabaja el individuo por su cuenta, aparezca en acción la conciencia, mas cuando funciona de manera organizada las direcciones que provienen del componente de nivel superior no puedan ser bloqueadas en atención a las normas corrientes internas del juicio moral autónomo. Únicamente los impulsos que de una manera autónoma son generados dentro del individuo pueden quedar regulados y refrenados de dicha manera.

En lo que a la jerarquía respecta, hemos de decir que la misma se halla construida sobre módulos, cada uno de los cuales consta de un Jefe con varios seguidores (A, B, C). Cada uno de estos seguidores puede, a su vez, ser superior de otros que se hallan a un nivel inferior al suyo (por ejemplo: B, D, E), de suerte que toda la estructura quede edificada sobre estas unidades conectadas entre sí. Ahora bien, cabe desde ya remarcar que la psicología de la obediencia *no depende de la ubicación del módulo dentro de la jerarquía*: los ajustes psicológicos de un sumiso General de la *Wehrmacht* a Adolf Hitler son paralelos a los de un simple soldado de infantería a su capitán o teniente, y así, a lo largo de todo el sistema.

Cuando los individuos entran en una relación sujeta a un control jerárquico queda suprimido el mecanismo que regula ordinariamente sus impulsos individuales,

siéndole tal función cedida al componente de nivel superior.⁸¹ La razón fundamental de que suceda esto se halla, no en las necesidades individuales, sino en las *necesidades organizativas*: las estructuras jerárquicas pueden funcionar únicamente si poseen la cualidad de coherencia y ésta sólo puede ser lograda mediante la supresión de los controles a nivel local (esto es, de cada componente subordinado).

En este punto del análisis, hemos de reproducir (a los efectos de resultar sintéticos, así como por su manifiesta claridad) lo que Milgram denominara “*los seis pasos*” hacia la obediencia:

- a) *La vida social organizada presta beneficios de supervivencia a los individuos que forman parte de la misma, así como al grupo;*
- b) *Todos los rasgos de comportamiento y los rasgos sociológicos que han sido necesarios para producir la capacidad de una vida social organizada han sido forjados por las fuerzas evolutivas;*
- c) *Desde el punto de vista del método cibernético, la necesidad más general para la inclusión de los autómatas autorregulados dentro de una jerarquía coordinada consiste en suprimir la dirección individual y su control en favor de un control ejercido por un componente de nivel superior;*
- d) *Generalmente, las jerarquías pueden funcionar únicamente cuando tiene lugar una modificación interna en los elementos (subordinados de los que se hallan compuestas);*
- e) *Las jerarquías funcionales dentro de la vida social se hallan caracterizadas por cada uno de estos rasgos; y*
- f) *Los individuos que entran en dichas jerarquías se ven necesariamente modificados en su funcionamiento.*

Este análisis importa sobremanera ya que nos indica los cambios que tienen que darse en una unidad que funciona independientemente cuando la misma pasa a integrarse como parte de un sistema. Y esto tiene especial relevancia con respecto a las experiencias de Milgram. ¿Cómo es que una persona que habitualmente se comporta moral y cortésmente actúa tan salvajemente contra otra persona en el

⁸¹ Freud afirmaba claramente este mecanismo: “(...) el individuo renuncia a su ego idealista, sustituyéndole por un cúmulo ideal incorporado en el líder”. Freud, Sigmund. “*Group Psychology and the analysis of the Ego*”, Bantam Books, New York, 2002, pág. 81. La traducción es nuestra.

experimento? Pues bien, conforme a lo aquí analizado lo haría porque su conciencia, que regula la acción impulsiva agresiva, se ve forzosamente disminuida –cuando no bloqueada– en el momento en que entra en una estructura jerárquica.

Hemos llegado a la conclusión de que se requiere una modificación interna en la operación de todo elemento que pueda funcionar con éxito en una jerarquía, y que en el caso de los autómatas auto-dirigidos esto incluye una supresión del control local en favor de una regulación por un componente de nivel superior. El diseño de semejante autómata, si ha de ser paralelo a la función humana, habrá de ser lo suficientemente flexible para posibilitar dos modos de operación: el modo auto-dirigido (o autónomo), cuando funciona por sí mismo y para satisfacción de sus propias necesidades internas; y el modo sistemático, cuando queda el autómata integrado en una estructura organizativa más amplia. Su comportamiento dependerá de en cuál de los dos estados se halla.

La persona que entra en un sistema de autoridad no se considera ya a sí misma como actuando a partir de sus propios fines, sino que se considera a sí misma más bien como un agente ejecutando los deseos de otra persona. Observa, por ende, profundas alteraciones, tanto en su comportamiento como en su funcionamiento interno. Señala Milgram que tan pronunciadas son dichas alteraciones, que se puede sostener que semejante actitud alterada coloca al individuo en un estado diferente de aquél en el cual se encontraba con anterioridad a su integración en la jerarquía; denominando a dicho estado “*estado de agencia*” (*the agentic state*). Esto es, la condición en que se encuentra una persona cuando se considera a sí misma como un agente que ejecuta los deseos de otra persona. Tal término opuesto al de autonomía, es decir, cuando una persona se considera a sí misma como actuando por propia iniciativa.

Desde el punto de vista del análisis cibernético, “*el estado de agencia*” tiene lugar cuando una entidad autorreguladora es modificada internamente de suerte que permita su funcionamiento dentro de un sistema de control jerárquico. Desde un punto de vista subjetivo, se halla una persona en dicho estado cuando se define a sí misma en una situación social sujeta a la regulación emanada por una persona de superior estatus. En esta situación el individuo prefiere considerarse a sí mismo como irresponsable de sus propias acciones, asumiendo un discurso por el que se explica a sí mismo como un instrumento de ejecución de los deseos de otros.

II.1.b) Las condiciones antecedentes mediatas, las condiciones antecedentes inmediatas, el estado de agencia.

Entrando a analizar en detalle el fenómeno de la obediencia, nos encontramos con los siguientes extremos: las condiciones antecedentes mediatas e inmediatas de la obediencia, y, posteriormente, el ya indicado “*estado de agencia*”. Atendamos, pues, a ello:

Las condiciones antecedentes mediatas de obediencia: En primer término, es preciso que consideremos las fuerzas que actuaban en la persona *ab initio* y que modelaran su orientación fundamental al mundo social y las bases de la obediencia.

Así encontramos primeramente a *la familia*: el sujeto crece en medio de estructuras de autoridad. Ya desde sus primeros años, se halla expuesto al reglamento de los padres, en el cual se le inculca un sentido de respeto por la autoridad de los mayores. También los preceptos de los padres constituyen una fuente de imperativos morales.

De cualquier manera que sea, cuando indica un padre a su hijo que siga un imperativo moral, está de hecho haciendo dos cosas: en primer lugar, presenta un contenido ético específico que es preciso seguir; en segundo lugar, va educando al niño a someterse a los preceptos de autoridad sin más.⁸²

Asimismo, hallamos al llamado *marco institucional*: la escuela es un sistema institucional de autoridad; aquí aprende el niño no únicamente unas asignaturas específicas, sino también cómo ha de funcionar dentro de un cuadro organizativo. Sus acciones quedan reguladas en un grado significativo por sus profesores, pero puede ir dándose cuenta de que estos mismos profesores se hallan a su vez sometidos a la disciplina y a las exigencias de un director. El estudiante observa que la arrogancia no está bien vista por la autoridad, sino más bien severamente

⁸² De esta manera, sostiene Milgram que cuando dice un padre: “no les pegues a los que son menores que tú”, está de hecho proporcionándole no uno sino dos imperativos. El primero se refiere al modo en que quien recibe ese precepto habrá de conducirse con los niños menores (prototipo de quienes son inocentes e indefensos). El segundo imperativo, implícito, es “¡Y obedéceme!” De esta manera, la génesis misma de nuestros ideales morales no puede separarse de la inculcación de una actitud obediente. Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 137.

rechazada, y que la deferencia es la única y más cómoda respuesta en su relación con la autoridad.⁸³

Otra condición antecedente se nuclea en las llamadas *recompensas*: se explican como aquella experiencia continuada de una estructura en la que el sometimiento a la autoridad queda recompensado y el no sometimiento a la misma, castigado. Así sostiene Milgram: “Aun cuando se den muchas formas de recompensa por esa relación de sometimiento, la más ingeniosa es la siguiente: el individuo es ubicado en un grado superior dentro de la jerarquía, con lo que se da una motivación para la persona, y al mismo tiempo una perpetuación de la estructura.”⁸⁴

Tal forma de recompensas consistente en la “*promoción*” conlleva una profunda gratificación emocional para el individuo, pero su efecto más relevante es el hecho de que asegura (concomitantemente) la continuidad de la estructura jerárquica. El efecto que todas estas cuestiones producen al nivel personal es la internalización del orden social o la internalización del conjunto de axiomas en virtud del cual la vida social es conducida. El principal de los cuales es: *haz aquello que el hombre que está a cargo ordena*.

Indica Milgram que así como nosotros internalizamos las reglas gramaticales, y de allí podemos entender y producir nuevas oraciones, asimismo nosotros internalizamos las reglas axiomáticas de la vida social que nos habilitan a poder interactuar ante situaciones sociales nuevas. Ahora bien, en todo caso, en toda jerarquía de normas la más relevante (*the one that assumes a paramount position*) es aquella que reclama acatar las órdenes de la legítima autoridad.

Respecto de las llamadas *Condiciones Antecedentes Inmediatas*, encontraremos: *La Percepción de la autoridad*: la primera condición que se precisa para la transformación a un estado de agencia es la percepción de una autoridad legítima. Desde un punto de vista psicológico, la autoridad significa la persona a la que

⁸³ Otro sistema institucional de autoridad, según Milgram, es el trabajo; en el mismo se va aprendiendo que, aun cuando se permita un cierto grado de disenso discretamente expresado, se requiere, no obstante, para un funcionamiento armónico con los superiores, una postura de base de sumisión. Por más que pueda serle permitida al individuo una gran libertad de detalle, queda la situación definitiva como una situación en la que va a realizar una tarea que le ha sido prescrita por otra persona. Milgram, Stanley. “*Obedience to authority ...*” cit., pág. 138.

⁸⁴ Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., págs. 139-140.

percibimos como que se halla en una posición de control social, dentro de una determinada situación.

La autoridad se halla sostenida por la norma, la gente parte del supuesto de que determinadas situaciones tienen de ordinario una figura que las controla socialmente. Asimismo, la autoridad no tiene por qué poseer un estado superior en el sentido de “prestigio”. Así, por ejemplo, el ujier de un teatro es una fuente de control social, a la que de ordinario nos sometemos de buen grado. El poder de una autoridad no tiene su origen en determinadas peculiaridades personales, sino en la posición suya (que percibimos) dentro de una estructura social. Es la apariencia de autoridad, no la autoridad de hecho, a lo que responde el sujeto (por lo que basta con la auto-designación salvo que surjan informaciones contradictorias o hechos notoriamente anómalos que contradigan tal posición de poder).

También hemos de atender a la llamada “*Entrada en el sistema de autoridad*”: una ulterior condición que provoca el paso al estado de agencia es el acto de definir a la persona como parte del sistema de autoridad. No basta con que percibamos una autoridad, es preciso que se trate de una autoridad que tiene relevancia para nosotros.

Respecto del experimento, importa el hecho de que el ingreso en el campo de la autoridad del experimentador es voluntario, que ha sido asumido por la libre voluntad de los participantes. La consecuencia psicológica de este ingreso voluntario es que crea un sentido de compromiso y obligación, los que desarrollarán un papel importantísimo a la hora de mantener al sujeto dentro de su rol.

Si fueran introducidos al experimento de una manera violenta, es muy probable que cedieran ante la autoridad, mas los mecanismos psicológicos serían totalmente diferentes de los observados en la experiencia de Milgram. En general, y siempre que es ello posible, la sociedad trata de crear un sentido de ingreso voluntario en sus diversas instituciones. Cuando una persona que nos apuntaba con su arma se marcha, se acaba también la obediencia; cuando se trata de obediencia voluntaria a una autoridad legítima, las principales sanciones por la desobediencia brotan del interior de la persona: “*Ellos no dependen de una imposición, sino que hallan su origen en el sentido que el individuo posee de su compromiso por el papel que*

desempeña. En tal sentido, existe una fuente internalizada que explica su obediencia, y no tan sólo una fuente externa.”⁸⁵

Otro punto que hemos de atender dentro de las condiciones antecedentes inmediatas es la *Coordinación de la orden con la función de la autoridad*: derivada de la autoridad se define como la única fuente de control social dentro de un contexto sistémico específico. El contexto define la serie de órdenes que son consideradas como apropiadas para la autoridad de que se trata. De allí que ha de observarse un vínculo lógico-racional entre la función de la persona que controla y el tenor de las órdenes que de ella emanan.⁸⁶

En general, se juzga que las autoridades saben más que la persona a la cual ordenan; sea o no esto verdad, queda la ocasión definida cual si lo fuera. Incluso cuando un subordinado posee un grado superior de conocimiento técnico al de su superior, no ha de presumir que está por encima del derecho que la autoridad tiene de dar órdenes, sino que ha de presentar este conocimiento al superior a fin de que disponga de él conforme a sus deseos.

Un tema que, si bien Milgram lo trata en un apartado separado, en lo personal lo encuentro completamente vinculado con éste, es el de *la ideología justificativa*:

“La percepción de estar ante una legítima fuente de control social, en ocasión de una determinada relación social, es un requisito necesario para activar el estado de agencia. Más tal legitimidad en la ocasión, dependerá de su vinculación para con una ideología justificante. Así, cuando los sujetos entraban al laboratorio y se les decía qué debían hacer, ninguno de ellos afirmó sorprendido: ‘¿Qué quiere Ud. decir por ciencia? ¡Nunca he escuchado de semejante cosa!’ dentro de tal ocasión, la idea de ciencia y su aceptación, obraron como una legítima justificación para el experimento. Tales instituciones como los negocios, la Iglesia, el gobierno, las instituciones educativas, proveen otros marcos de actividad legitimada, cada una justificada por los valores y necesidades de la sociedad, y también, desde el punto

⁸⁵ Milgram, Stanley. “Obedience to authority. An experimental view...” cit, pág, 142.

⁸⁶ No es preciso que se halle perfectamente elaborada dicha conexión, basta que ofrezca sentido de una manera más general “Así dentro de una situación militar, puede un capitán ordenar a un subordinado que lleve a cabo una acción sumamente peligrosa, pero lo que no puede ordenar a dicho subordinado es que abrace a su novia. En el primer caso el precepto se halla lógicamente relacionado con la función general de la vida militar, cosa que no sucede en el segundo caso.” Milgram, Stanley. “Obedience to authority...” cit., pág. 134.

*de vista del ciudadano común, aceptables porque existen como parte del mundo en el que han nacido y crecido. La obediencia podría ser asegurada fuera de tales instituciones, más no se trataría de una forma de obediencia voluntaria en la cual la persona cumple y acepta con un fuerte sentido de estar haciendo lo correcto.*⁸⁷

La justificación ideológica es vital cuando se trata de conseguir una obediencia voluntaria, ya que permite que la persona vea su propio comportamiento como algo que sirve para alcanzar una meta deseable. Únicamente cuando queda contemplada a esta luz, puede ser fácilmente exigida la obediencia. Así, se concluye que el experimentador adquiere su capacidad de influir sobre la conducta de los otros, no en virtud del ejercicio de coacción o coerción alguno, sino en virtud de la posición que ocupa dentro de una estructura social determinada (estatus).

Existe, por tanto, un acuerdo general en que no sólo puede influir sobre las conductas de los (socialmente) subordinados, sino en que debe poder hacerlo. De allí que su poder provenga (en gran medida) del consentimiento de aquellos a los que preside. Mas una vez que dicho consentimiento se concede, retirarlo no resulta nada sencillo, sin un gran coste en vidas y económico.⁸⁸

Respecto del anteriormente mentado estado de Agencia hemos de decir que al ingresar en el mismo, la persona se convierte en algo diferente de lo que era: observa nuevas propiedades, distintas a su personalidad habitual.⁸⁹ Indica Milgram que todas las actividades desarrolladas por el sujeto quedan *penetradas* por su relación para con “*el experimentador*”, es decir, la autoridad. De tal guisa, el sujeto desea obrar de modo competente y ofrecer una buena apariencia ante tal figura central: prestando atención a las instrucciones; concentrándose en las exigencias técnicas requeridas para administrar las descargas; sintiéndose absorbido por las tareas técnicas que tiene a su cargo.

El castigo sufrido por “*el aprendiz*” se convierte en una parte insignificante de la experiencia total; en una “*mera glosa dentro de las actividades tan complejas de laboratorio.*” Se va generando en el sujeto (“*el maestro*”) un proceso de receptividad máxima respecto de las emisiones de la autoridad (léase: órdenes); ello

⁸⁷ Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 143. Traducción es nuestra.

⁸⁸ Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 144.

⁸⁹ Señala Milgram: “*Moved into the agentic state, the person becomes something different from his former self, with new properties not easily traced to his usual personality.*” Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 145.

al extremo de no atender siquiera a los gritos del “*aprendiz*” (hallándose las señales de éste último alejadas en la psiquis del primero). El “*aprendiz*”, por su parte, actúa bajo la traba de que el “*maestro*” no está armonizado con él, ya que los sentimientos y percepciones del mismo se hallan dominados por la presencia del “*experimentador*”. Para muchos sujetos, el aprendiz se convierte en un incómodo obstáculo que se interpone en la consecución de una relación satisfactoria con el *experimentador*; para con quien observa toda empatía en detrimento del otro.

Dentro de este contexto, uno de los extremos más relevantes es el relativo a la redefinición del significado de la situación social (*redefining the meaning of the situation*), atendiendo para ello a la máxima: “*controla el modo como interpreta un hombre su mundo, y has dado un gran paso en pos del control de su comportamiento.*” Así, toda situación posee una cierta ideología, a la que podemos llamar la “*definición de la situación*”, y que es la interpretación del sentido de una determinada situación social: nos aporta la perspectiva a través de la cual adquieren coherencia los elementos de tal situación. Por ejemplo, un acto contemplado desde una perspectiva puede parecer atroz, y tal misma acción, considerada desde otra perspectiva, puede parecer totalmente justificada.

Ahora bien, en toda sociedad organizada se da en el pueblo una propensión a aceptar “*definiciones de situación*” brindadas por la autoridad legítima. Al decir de Milgram: aun cuando sea el sujeto quien ejecuta la acción, le permite a la autoridad que defina el sentido de la misma. *Esta sumisión ideológica ante la autoridad es lo que constituye la base cognoscitiva principal de la obediencia.*

La consecuencia de mayor alcance de esta “*mutación agéntica*” es que un hombre se siente responsable frente a la autoridad que le dirige, pero no siente responsabilidad alguna respecto del contenido de las acciones que le son prescritas por la autoridad. No significa esto que desaparezca toda valoración moral por parte del sujeto; lo que sí significa es una nueva manera de entender y sentir la situación: la persona subordinada siente vergüenza u orgullo conforme al modo como ha ejecutado las acciones que la autoridad le ha impuesto. Señala Milgram que en el lenguaje nos encontramos con numerosos términos para señalar este tipo de moralidad: lealtad, deber, disciplina, términos todos ellos que se hallan fuertemente saturados de un significado moral y que se refieren al grado en que cumple una persona sus obligaciones respecto de la autoridad. No se refieren a la bondad de la

persona en sí, sino a la perfección con que cumple un subordinado el rol que le ha sido definido socialmente⁹⁰

Por eso no ha de sorprendernos que la defensa más frecuente por parte de un individuo que ha llevado a cabo una acción de lesa humanidad por mandato de una autoridad, sea la de que “(se) *ha limitado a cumplir sencillamente con su deber*”. Ello no es una coartada que el sujeto inventa para intentar defenderse ante la acusación, sino que se refiere “*a la verdadera actitud psicológica*” que el sujeto ha hecho suya por su sumisión ante la autoridad.

Desde el punto de vista del análisis psicoanalítico, podemos decir que las funciones del Super-ego pasan de una evaluación de la bondad o maldad de los propios actos, a la afirmación de lo bien o mal que se está actuando en el sistema de autoridad. Teniendo en cuenta que las fuerzas inhibitorias que impiden al individuo que actúe de una manera cruel contra otros individuos por su propia cuenta se hallan bloqueadas, las acciones no quedan ya limitadas por la conciencia.

Las acciones no tienen su origen en el sistema motivacional del sujeto, y por ello no queda reprimido por las fuerzas inhibitorias de su sistema psicológico interno. A medida que va creciendo, el individuo normal va aprendiendo a refrenar la expresión de impulsos agresivos; empero la cultura ha fracasado en inculcar controles internos sobre las acciones que tienen su origen en la autoridad. De allí se deriva por qué constituyen estas últimas acciones un peligro mucho más grave para la supervivencia de los hombres.

El ego ideal de una persona puede constituir una fuente importante inhibitoria interna. Movida a llevar a cabo una acción cruel, puede tomar conciencia de las consecuencias de la misma para la imagen que la persona tiene de sí misma, y frenarse por dicha razón (frenos inhibitorios). Mas, una vez que una persona ha pasado al estado de agencia, indica Milgram que se hallará totalmente ausente tal mecanismo evaluatorio. La acción, al no tener su origen en las motivaciones de la misma persona, no será ya el reflejo de la imagen que ésta tenga de sí misma; y por lo tanto no observará relación alguna para con la manera de concebirse a sí misma.⁹¹

⁹⁰Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 148.

⁹¹De hecho, el individuo discierne con frecuencia una oposición entre lo que él quisiera por una parte, y lo que se le exige por otra. Ve que una acción, aun cuando la esté él ejecutando, es extraña a su naturaleza. Por esta razón, las acciones que son ejecutadas bajo mandato, desde el punto de vista

Una vez que han sido integradas las personas en una jerarquía social, habrá de darse un mecanismo unificante que dote a la estructura de una estabilidad por lo menos mínima. Esos mecanismos son los llamados: *factores mantenedores del estado de agencia*. Milgram ejemplifica este fenómeno, señalando que si bien varios sujetos “maestros” dentro del marco de la experiencia, habrían mentalmente resuelto que no deberían aplicar más descargas eléctricas sobre el “aprendiz”, fueron muy pocas las veces en que se vieron capaces de llevar a los hechos tales pensamientos. Así, manifiesta que al contemplar a estos sujetos en el laboratorio, se puede uno representar la intensa lucha interior para evadirse de las exigencias de la autoridad mientras unos lazos (mal definidos pero sumamente poderosos) los ataban al generador de descargas.⁹²

Milgram explica las razones que fuerzan a una persona a cumplir con su rol conforme a las órdenes recibidas, y lo hace, mediante: *la naturaleza secuencial de la acción, las obligaciones de circunstancia, y la ansiedad*. Veamos:

La naturaleza secuencial de la acción, surge nítidamente de la experiencia desarrollada por Milgram, consistente en un proceso de desarrollo en el que cada acción está influyendo en la siguiente. El acto de obediencia es perseverante, tras las instrucciones iniciales el experimentador no ordena al sujeto que inicie un nuevo acto (despliegue una nueva conducta) sino sencillamente que prosiga haciendo lo que estaba haciendo. Es tal naturaleza periódica de la acción que se exige del propio sujeto lo que genera las fuerzas de unión: a medida que administra descargas cada vez más dolorosas, tratará de justificarse ante sí mismo. Justificación ésta que sólo se sostiene si prosigue hasta el final; ya que (y como señala el propio Milgram) si interrumpe las descargas habrá de verse obligado a reconocer que cuanto ha hecho hasta el momento de la interrupción del experimento ha sido completa e inequívocamente malo.

del sujeto, se hallan libres de toda culpa, por más inhumanas que puedan ser. Y cuando se trate de confirmar este valor, el sujeto se volverá hacia la autoridad.

⁹² “(...) *One subject tells the experimenter: ‘He can’t stand it. I’m not going to kill that man in there. You hear him hollering in there. He’s hollering. He can’t stand it.’ Although at the verbal level the subject has resolved not to go on, he continues to act in accord with the experimenter’s commands. Many subjects make tentative movements toward disobedience but then seem restrained, as if by a bond.*” Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 150.

Sobre las *obligaciones de circunstancias*, hemos de reconocer que en el cerne de toda actividad social hallamos una “*etiqueta situacional*”, la que desempeña un papel en la regulación del comportamiento. A fin de interrumpir el experimento, el sujeto se ve obligado a romper con una serie implícita de convenciones sociales que derivan en convicciones, y que conforman las expectativas propias de la mentada etiqueta situacional. Así, el “*maestro*” hizo al principio la promesa de ayudar al *experimentador*, y ahora se ve en el intrínquilis de romper tal compromiso, es decir, de violentar las convenciones sociales involucradas en el rol de quien presta su colaboración a la Ciencia. Al respecto argumenta Milgram que habida cuenta de que el negarse a obedecer al experimentador equivale a rechazar su pretensión de competencia y autoridad, en dicha acción se ve envuelta una falta social grave. Así, el sujeto teme que si interrumpe el experimento aparecerá como arrogante, refractario y grosero. Toda esta perspectiva de volverse contra la autoridad experimental, con su lógico quebrantamiento de una situación social bien definida, constituye una incertidumbre a la cual muchas personas se sienten incapaces de enfrentarse. En un esfuerzo por eludir un suceso tan embarazoso más de un sujeto considera la obediencia como una alternativa menos dolorosa o complicada.

De allí que Milgram concluya que las relaciones sociales (elementos sobre los cuales se funda la sociedad) se mantienen unidas por obra de cierta etiqueta situacional, en la que cada persona respeta la definición de la situación presentada por la otra, con lo que elude el conflicto, la turbación, el quebrantamiento embarazoso de la relación social. El aspecto más básico de esta etiqueta no se refiere al contenido de lo que se trasluce de una persona a otra, sino más bien al mantenimiento de las relaciones estructurales entre las mismas. Estas relaciones pueden ser las de igualdad o de jerarquía. Cuando queda la ocasión definida como una relación de jerarquía, todo intento de alterar la estructura definida será experimentado como una transgresión moral y de allí que cause ansiedad, vergüenza, y un sentimiento de desvalor personal.

Finalmente, *sobre la ansiedad* diremos que los temores relacionados con lo anteriormente visto son en gran medida anticipados por la propia naturaleza (esto es: el sistema nervioso central) a través del fenómeno de las aprensiones ante lo desconocido, o lo que es igual a decir, la ansiedad. Las causas de tal ansiedad se hallan en la larga historia de socialización del hombre, a lo largo del paso de criatura biológica hasta persona civilizada, ha internalizado las reglas básicas de la

vida social. Y la más básica de todas ellas es el respeto a la autoridad. Los signos emocionales observados en el laboratorio –temblor, incomodidad- son prueba de la desatención a tales reglas. No bien contempla el sujeto la posibilidad de tal ruptura, brota en él la ansiedad, indicándole que ha de volver atrás en su acción prohibida y creando por ende una barrera emocional a través de la cual habrá de pasar, para poder estar en condiciones de desafiar a la autoridad.

II.1.c) Sobre la tensión y la desobediencia.

Del experimento de Milgram emerge que no es sino una forma general de tensión lo que empuja a un sujeto a la desobediencia. Es muy probable que brote la tensión siempre que una entidad que puede funcionar de manera autónoma sea insertada en un sistema jerárquico; ya que las exigencias de diseño de una unidad autónoma son totalmente diferentes de las de un componente diseñado específicamente y únicamente para un funcionamiento sistémico. Los hombres pueden funcionar por propia cuenta o, por su asunción de funciones, integrarse en sistemas más amplios. Mas el hecho mismo de esta doble capacidad exige un compromiso en el diseño ya que, en definitiva, no hemos sido modelados perfectamente para una autonomía completa, ni para una sumisión total.

Toda entidad un tanto complicada, diseñada para funcionar tanto de manera autónoma como dentro de los sistemas jerárquicos, habrá de poseer mecanismos para la resolución de la tensión. Ello, ya que a menos que existan tales mecanismos, se vería el sistema condenado irremediablemente a hundirse a toda prisa.

Por otra parte, si fuera total la inmersión del individuo en el sistema de autoridad no sentiría tensión alguna al cumplir las órdenes, por más duras que éstas pudieren ser. Toda vez que las acciones exigidas serían vistas únicamente a través de los significados impuestos por la autoridad.

Pero como metafóricamente indica Milgram en los hechos sucede tal como durante el sueño: la capacidad de oír y de ver de una persona se halla fundamentalmente disminuida, aunque ante estímulos suficientemente poderosos (ruido, golpe, sacudida, etc.) puede salir de este estado; de igual manera los juicios morales de una persona se hallan en gran medida suspendidos en el estado de agencia, pero una descarga suficientemente poderosa puede forzar la viabilidad del estado autónomo.

Las fuentes de tensión dentro del experimento van desde la repugnancia autónoma primitiva de hacer daño a otra persona, hasta los cálculos sofisticados de posibles repercusiones legales. Así, y a modo de ejemplo: los gritos de dolor emitidos por el aprendiz afectaron profundamente a varios de los participantes, observando una reacción inmediata y surgiendo así una tensión. Otro ejemplo de esto se verifica en el hecho de provocar dolor a un individuo inocente, lo que viola los valores sociales y morales que ha hecho suyos el sujeto desde su infancia. Se trata de creencias profundamente internalizadas o conocimientos de las normas humanas de conducta que profesa toda su sociedad. Asimismo, la implícita amenaza de represalia que experimentan los sujetos al momento de administrar el castigo al “aprendiz”. Pueden algunos de ellos tener la impresión de que están enojando de tal forma al “aprendiz” que éste tratará de vengarse una vez cese el experimento. A veces el temor a represalias se circunscribe a posibles acciones judiciales por parte del “aprendiz”. Y todas estas formas de represalia (potencialmente reales u objeto de la pura imaginación), provocan tensión.

El sujeto recibe directivas tanto del “aprendiz” como del “experimentador”: las directivas del “aprendiz” van en sentido de que el sujeto debiera detenerse. La tensión brota ya que al mismo tiempo están influyendo en él exigencias contradictorias (de seguir conforme a la voluntad del “experimentador”).

El hecho de administrar descargas a la víctima es incompatible con la imagen que muchos sujetos tienen de sí mismos. No les gusta considerarse a sí mismos como individuos insensibles, capaces de hacer daño a otra persona. Empero, ello es precisamente lo que están haciendo, de suerte que la incongruencia de su acción constituye una fuente poderosa de tensión.

Asimismo, se han de considerar los llamados por Milgram “amortiguadores”, esto es, circunstancias que sirven para reducir el nivel de tensión. Uno de ellos lo compone la cercanía psicológica entre la acción del sujeto y la consecuencia de dicha acción: así, el hecho de crear una distancia física entre el sujeto y la víctima reduce la tensión. Repárese, por ejemplo, en el generador eléctrico: dentro del experimento constituía un muy importante amortiguador, como instrumento preciso, científico e impersonal, que creaba una clara discontinuidad entre la facilidad que se requiere para apretar uno de sus treinta interruptores, y las

descargas eléctricas que –supuestamente- sufrieran las víctimas. Si, en vez de contar con el generador, hubieran tenido que golpear a su víctima con sus propios puños, más que probablemente tales personas no hubiesen estado (tan fácilmente) dispuestos a cumplir con los mandatos del “*experimentador*”.

De hecho, cuando Milgram introdujo la variante de tener que coger el brazo del “*aprendiz*” y apoyarlo sobre una plataforma que (se suponía) daba las descargas eléctricas, el índice de “*maestros*” cumplidores con las órdenes cayó a menos de un 10%. Por ello concluye que nada hay tan peligroso para la supervivencia humana como la combinación de una autoridad malévolas con los efectos deshumanizantes de los amortiguadores. Asimismo explica que se da aquí un contraste entre la lógica y la psicología: desde un punto de vista puramente cuantitativo es más perverso matar a diez mil personas disparando obuses sobre una ciudad, que matar a un solo hombre aporreándolo con una piedra; y sin embargo, esta última acción es con mucho más difícil de acometer desde el punto de vista psicológico.⁹³

En último término de este acercamiento a la teoría de Milgram cabe referirnos, siquiera someramente, *a las maneras de resolución de la tensión*. Así, primeramente hemos de reconocer que la *desobediencia* constituye el último de los medios por los que se soluciona la tensión. Mas no constituye un acto del que puedan disponer muchas personas de idéntica forma, ya que las fuerzas que mantienen al estado de agencia la dejan fuera del alcance de muchos. En vista del hecho de que los sujetos experimentan la desobediencia como una forma radical (incluso extrema) de reacción dentro de este tipo de relaciones sociales, es posible que recurran a medios de reducir la tensión que resulten menos drásticos.

Cabe considerar en primer término a *la evasión*, por intermedio de la cual el sujeto se pone a cubierto de las consecuencias sensitivas de sus acciones. Así y a vía de ejemplo, se suelen ver actitudes tales como que los sujetos volvían sus cabezas para evitar tener que ver sufrir a la víctima; que los sujetos leían las

⁹³ Señala Milgram: “*Distance, time, and physical barriers neutralize the moral sense. There are virtually no psychological inhibitions against coastal bombardment or dropping napalm from a plane twenty thousand feet overhead. As for the man who sits in front of a button that will release Armageddon, depressing it has about the same emotional force as calling for an elevator. While technology has augmented man’s will by allowing him the means for the remote destruction of others, evolution has not had a chance to build inhibitors that are so plentiful and abundant in face-to-face confrontations.*” Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 159.

palabras pares con un tono alto de voz, casi gritando, para así acallar las protestas de la víctima; en definitiva los sujetos retiraron su atención de la víctima, y ello mediante una restricción consciente de la atención dirigiéndola únicamente al mecanismo del proceso experimental. Tal como concluye Milgram, de esta manera se elimina psicológicamente a la víctima como fuente del malestar, “*quedamos con la impresión de un mero burócrata ocupado en barajar papeles, apenas consciente de lo que en torno a él sucede*”.

Otro extremo que hemos de analizar es el correspondiente a la *negación*: la que consiste en reducir la tensión por medio del mecanismo intelectual de rechazar la evidencia aparente, a fin de llegar de esta manera a una interpretación más dulcificada de los acontecimientos. De allí que en el experimento algunos sujetos negaban que las descargas por ellos administradas fueran dolorosas, o incluso que la víctima sufriera lo más mínimo. Semejante negación hacía más simple la tensión causada por obedecer al “*experimentador*”, eliminando el conflicto entre el hacer daño a una persona y obedecer. Ahora bien, entre sujetos obedientes lo más corriente es que nos hallemos no ante una negación de los hechos, sino ante una negación de la responsabilidad por tales hechos.

También hallamos lo que Milgram clasifica como “*subterfugios*”: maniobras que llevan algunas personas para socavar los aspectos crueles del experimento. Así algunos “*maestros*” señalaban a la víctima la respuesta correcta por una pronunciación vocalizada perfectamente, cuando leían en voz alta las diversas respuestas posibles. De tal guisa, actuaban a la manera de un apuntador, impidiendo así que se llegara al punto de administrar las descargas eléctricas. Estos sujetos se mostraban deseosos de boicotear el experimento, mas sin causar por ello un abierto desafío a la autoridad. Trataban de ayudar al *aprendiz*, mas sin desobedecer abiertamente a la autoridad. Asimismo, ha de señalarse que la mayor parte de las veces estos subterfugios no generaron ningún beneficio al aprendiz; mas ello no obstó a que los sujetos preservaran una imagen de ellos mismos como de hombres benignos.

Véase lo que relata el propio Milgram dentro de este marco, y referido a un diálogo entre el sujeto y el experimentador cuando se ha llegado al momento de suministrar una descarga de 375 voltios al aprendiz:

“Sujeto: Yo creo que a ese hombre le ha pasado algo. No percibo respuesta alguna; con menor voltaje ya se encontraba gritando; ¿no podría comprobar y verificar que todo se halla en orden? Por favor.

Experimentador: (manteniendo el mismo tono calmo) No, una vez que hemos comenzado no corresponde. Continúe por favor Maestro.

Sujeto: (se sienta e inhala profundamente). “Frío-guía; sombra; agua; pintura” Conteste por favor. ¿Oiga se encuentra bien ahí dentro? ¿Oiga, está Ud. bien?

Experimentador: Continúe por favor, Maestro. Debe seguir, por favor. (el sujeto pulsa el interruptor).

Sujeto (girando en su silla hacia el experimentador): Algo le ha sucedido a esa persona ahí dentro (girando de nuevo). La próxima: “Bajo-dólar; collar, luna, pintura” (dándose de nuevo media vuelta) A este sujeto le ha pasado algo. Es mejor que mire Ud., no responde nada...

Experimentador: Prosiga, continúe por favor.

Sujeto: ¿Acepta Ud. toda la responsabilidad de esto?

Experimentador: La responsabilidad es mía. Correcto. Por favor, continúe. (El sujeto vuelve a su listado, comienza a leer las palabras lo más rápido que puede y llega a administrar 450 voltios).

Sujeto: Listo.”

Véase que una vez que el experimentador le brinda al sujeto la certeza de que él se hace responsable de todas las consecuencias que las descargas pudieren causarle al aprendiz, se produce una casi inmediata reducción de la tensión.

Otro efecto que hemos de atender es el llamado *desvío hacia la víctima*. Así, no son pocas las veces que, dentro del marco de la utilización de los llamados “*subterfugios*” en el experimento, el sujeto termine desviando la culpa de las descargas a la propia víctima; siendo achacable a su torpeza y su falta de atención a sus “*ayudas*” lo que causara su propio castigo. Concluyéndose en que si la víctima es una persona indigna, no tiene uno por qué preocuparse de los sufrimientos que se le inflijan.

Emparentada con la anterior, tenemos *la conversión física*. Así, dentro de las experiencias conducidas por Milgram, se pudo constatar en muchos de los sujetos muestras de tensión psíquica que era absorbida por síntomas físicos: sudores, temblores, risas ansiosas, etc. Semejantes expresiones indican la presencia de

tensiones que, de tal modo, son reducidas. La tensión, en lugar de tener como resultado la desobediencia, se ve desviada a una expresión física con lo que queda la tensión disipada.

El penúltimo paso en la escala lo determina la *disensión*: consiste en la falta de acuerdo. Es la expresión de la falta de acuerdo del sujeto con el cariz que el experimento está tomando conforme a las órdenes del experimentador. Ahora bien, no necesariamente es la disensión un camino que –irremediabilmente- culmina en la desobediencia.

Es que, tal como enseña Milgram, la disensión está al servicio de una función doble y conflictiva: puede constituir el primer paso hacia la producción de una grieta que progresivamente se va abriendo entre el sujeto y el experimentador (conllevando una prueba de las intenciones del experimentador y un intento de persuadirle de que altere su rumbo de acción). Pero de manera paradójica puede asimismo servir de mecanismo que reduzca la tensión, como una válvula que permite al sujeto que deje escapar su vapor sin alterar su plan de acción.

Es constatable tanto dentro del marco de las experiencias desarrolladas por Milgram, como en ciertos ámbitos (v.gr. el laboral), que la existencia de disidencia por parte de un subordinado no conlleva que esté dispuesto a quebrar por ello el orden jerárquico imperante. Esto es, que seguirá cumpliendo con las ordenes, por más que objete el tenor de las mismas. De hecho, tal disidencia le permitirá, de alguna manera, acallar a su consciencia.⁹⁴

Finalmente, y en el tope de la escala, hallamos a la *desobediencia*. La desobediencia constituye el último medio para poder superar la tensión; y como tal no resulta fácil recurrir a ella. Ello ya que, no solamente significa la negativa por parte del individuo a cumplir con la orden, sino que también constituye toda una reformulación, *de facto*, de la relación social subyacente de jerarquía.⁹⁵ Ahora bien,

⁹⁴ Así, indica Milgram: “(...) *en cuanto mecanismo que reduce la tensión, la disensión es una fuente de consuelo psicológico para el sujeto respecto del conflicto moral que está en el tablero. El sujeto se define públicamente como contrario a administrar descargas eléctricas sobre el aprendiz, con lo que configura una imagen aceptable de sí mismo. Pero al mismo tiempo, sostiene su relación de subordinación a la autoridad, continuando con su obediencia.*” Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 158.

⁹⁵ Así, Milgram define este fenómeno, comparándolo con una anomia a pequeña escala: “*It is tinged with apprehension. The subject has found himself locked into a well-defined social order. To break*

el fenómeno de la desobediencia, de darse, se verifica tras un prolongado itinerario, interno y externo, que el sujeto ha de transitar: duda interna, luego externalización de la duda, luego disentimiento, luego amenazas de abandonar el cumplimiento de las órdenes, para, finalmente, desobedecer. Un camino difícil, que no toda persona está preparada para transitar hasta su final.

Asimismo explica que la secuencia comienza con la duda interna, esto es, aquella que se genera en la mente del sujeto “*maestro*” ante los gritos o el malestar del “*aprendiz*” y que no hace otra cosa más que actualizar aquel estado de tensión del que habláramos *ut-supra*. Tras ello, viene la externalización, donde el “*maestro*” manifiesta sus dudas al “*experimentador*” acerca de la conveniencia de seguir con el experimento, ante las quejas del “*aprendiz*”; y todo ello con la sana expectativa de que el “*experimentador*” tome consciencia de la situación de la víctima e inmediatamente proceda a elaborar una decisión acorde con el pensamiento del “*maestro*”, es decir, decida poner fin al experimento. Cuando el “*maestro*” verifica que el “*experimentador*”, lejos de tomar semejante decisión, le indica que siga adelante, y que él asume todas las responsabilidades por ulteriores consecuencias, entonces sólo algunos de los “*maestros*” manifiestan su disenso con las órdenes que reciben (de continuar), aunque no necesariamente tal expresión de disentimiento se traduzca en actos: es decir, no dejan de cumplir con las órdenes.

De hecho, sólo algunos amenazan al “*experimentador*” con dejar de cumplir con sus tareas de pulsar el interruptor; y solamente algunos (pocos) de éstos últimos concretan en hechos tales amenazas. Y tal estrecho margen de sujetos que llegan a cumplir sus amenazas, esto es, que llegan a ejecutar actos de desobediencia, se explica ya que se requiere para ello una profunda movilización de las fuentes internas de autodeterminación en concomitancia con un bloqueo de aquellos factores internos que reconocen a la autoridad como único intérprete válido de la bondad o maldad de sus actuaciones.⁹⁶ De allí que Milgram concluya, a este

out of the assigned role is to create, on a small scale, a form of anomie. The future of the subject's interaction with the experimenter is predictable as long as he maintains the relationship in which he has been defined, in contrast to the totally unknown character of the relationship attendant upon a break.” Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 164.

⁹⁶ Así, señala: “*The act of disobedience requires a mobilization of inner resources, and their transformation beyond inner preoccupation, beyond merely polite verbal exchange, into a domain of*

respecto, que el coste que hemos de pagar por desobedecer consiste en un sentimiento que nos corroe: el no haber sido leal o fiel.⁹⁷ Ello, a pesar de haber escogido hacer lo moralmente correcto. El sujeto no puede evitar sentirse desorientado, aturdido, por haber quebrantado el orden social en el que se hallaba – voluntariamente- inserto, por haber incumplido (es más, por haber traicionado) aquella causa en virtud de la cual había prestado su consentimiento (*i.e.*: en el caso de los experimentos: el avance de la ciencia; en el caso del Holocausto: la salvaguarda y gloria de Alemania y su raza aria; en el caso de *Pol-Pot*: la creación de una nueva sociedad más justa y el retorno a las glorias del pasado camboyano).

II.2) Las conclusiones derivadas de la experiencia Milgram.

Los experimentos desarrollados por Milgram, y más aún, las conclusiones que se desprendieron de los mismos, constituyeron a todas luces un escándalo sin precedentes en el seno de la comunidad científica. Fueron muchas las voces que se alzaron en contra de los postulados de Milgram, así como denunciaron la falta de rigor, en lo que a la metodología empleada refiere.

Ahora bien, lo cierto es que, con el paso de los años, muchísimos departamentos de psicología de diversas Universidades a lo largo y ancho del mundo reiteraron las experiencias de Milgram, alcanzándose siempre similares (cuando no idénticos) resultados a los obtenidos por el Profesor de Yale. De allí que los críticos de Milgram decidieran modificar su estrategia y procedieran a realizar aquello que la comunidad científica (en aras de observar una actitud “*políticamente correcta*”) suele hacer con lo que le resulta desagradable: ignorarlo. Así, las tesis de Milgram parecieron estar destinadas al olvido.

Empero, hubo un marco de referencia para los postulados de Milgram que hizo resurgir la vigencia de estos: el de la explicación del Holocausto sufrido por el pueblo judío europeo durante la IIª Guerra Mundial. Concretamente, todos aquellos filósofos e historiadores que entendieron pertinentes las observaciones de Hannah

action. But the psychic cost is considerable.” Milgram, Stanley, “*Obedience to authority ...*” cit., pág. 165.

⁹⁷ Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit., pág. 165.

Arendt sobre la banalidad del mal, vieron en las experiencias de Milgram una demostración empírica de aquello que se sostenía.

Y es que eso que se sostenía, era justamente lo que molestaba a los críticos de Milgram. Concretamente, que a diferencia de las tesis de Adorno y otros filósofos de referencia, el nazismo no era un fenómeno meramente alemán, producto de un atado de mentalidades perversas e hijo de un momento socioeconómico específico (y como tal irrepetible). Asimismo, que tampoco el nazismo y su perversidad contra los judíos era el producto de un historicismo que, conforme a una fatalidad predeterminada, venía a repetir, una vez más -aunque con inusitada violencia-, el fenómeno del antisemitismo.⁹⁸ No. El nazismo y el Holocausto no se explican conforme a ninguna de estas posiciones: y mucho menos atendiendo al extremo que se repite en ambas, esto es, al declive de las instituciones sociales y de la civilización.

Bien por el contrario, lo que Milgram vino a comprobar es que los actos de extrema crueldad no necesariamente son desarrollados y ejecutados por personas crueles, sino por hombres normales (con vidas normales, con pensamientos normales, con formación cultural normal) que buscan alcanzar el éxito en sus tareas normales; y que se explican por una fuerte conexión con su relación para con la autoridad, esto es, con nuestra normal y cotidiana estructura de poder y obediencia.

Como indicara Bauman, hasta Arendt (y especialmente hasta las conclusiones de Milgram) eramos proclives a creer que los actos de inhumanidad como los genocidios, o los delitos de lesa humanidad, sólo podían ocurrir en aquellos momentos en que las personas dejaban de pensar y de actuar dentro del marco de las instituciones propias de la civilización: “*en aquellos casos en que se levanta la tapadera de la racionalidad de la caldera de las pasiones humanas pre-sociales y no civilizadas.*”⁹⁹ Pero lo que Milgram descubrió (y antes Arendt teorizó) es la falsedad de ese esquema que ve la humanidad del lado del orden racional, y a la inhumanidad del lado de las irrupciones sobre el referenciado orden de la razón. La inhumanidad propia del Holocausto no es el producto de un atavismo de las personas (individualmente consideradas) que, ante el declive de la vigencia de las

⁹⁸ Teoría esta sostenida últimamente en el best seller del historiador Daniel Goldhagen: “*Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*”, editorial Taurus, Madrid, 2008.

⁹⁹ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto*”, Equitur, Madrid, 2010, pág. 183.

instituciones sociales de las comunidades civilizadas, vuelven a cobrar vigencia. Bien por el contrario, la inhumanidad propia del Holocausto tiene que ver con las relaciones sociales y, en la medida en que éstas estén racionalizadas y técnicamente perfeccionadas, también lo estará la capacidad y eficiencia de la producción social de inhumanidad.¹⁰⁰ De allí que sólo puedan tener lugar en comunidades civilizadas¹⁰¹, con instituciones sociales, que determinen con claridad y contundencia una jerarquía funcional, y en donde los individuos se sientan obligados a cumplir con lealtad y eficiencia con las órdenes provenientes de sus legítimos superiores o autoridades.

II.2.a) La inhumanidad como efecto de la distancia social.

Existe una relación inversa entre la buena disposición hacia la crueldad y la proximidad de la víctima: es difícil dañar a una persona a la que podemos tocar, siendo más fácil hacerlo a quien sólo vemos a lo lejos; y mucho más aún a quien sólo escuchamos, así como –y sobre todo- a los que ni escuchamos ni vemos.

Bauman señala que *“(...) uno de los logros más notables y orgullosamente celebrados de nuestra sociedad racional es haber sabido dividir la acción en fases delineadas y separadas por la jerarquía de la autoridad y fragmentarla por medio de la especialización funcional. El significado del descubrimiento de Milgram es que, de forma inmediata e irremediable, el proceso de racionalización facilita un comportamiento inhumano y cruel en sus consecuencias, cuando no en sus*

¹⁰⁰ Bauman, Zygmunt. “Modernidad y Holocausto...” cit., pág. 184.

¹⁰¹ Atendiendo a este extremo, no sorprende por qué el Holocausto nació en el pueblo alemán. Después de todo, el primero de los doce mandamientos con los que se adoctrinaban a las Juventudes Hitlerianas era: “El Führer siempre está en lo correcto, siempre tiene razón.” Así como un compilado de fábulas utilizada con mayor frecuencia para educar a los niños es la de “Struwwelpeter”, cuyas moralejas consisten en que el desobedecer a la autoridad siempre conlleva drásticas y violentas consecuencias. Así por ejemplo, tenemos la fábula de ‘Die Geschichte vom Daumenlutscher’ (La Historia del Pequeño Chupa-dedo), en la cual, habiendo sido un pequeño advertido por su madre de que no debía chuparse el dedo, al desobedecer es llevado por su madre a un sastre, quien le corta los dedos. Recordemos que, con estas historias, se educaba a los niños de cuatro a seis años.

*intenciones. Cuanto más racional sea la organización de la acción, más fácil será causar sufrimientos y quedar en paz con uno mismo.”*¹⁰²

Las razones que explican el porqué del distanciamiento respecto de la víctima, facilitando la perpetración de actos crueles sobre ella, van desde razones psicológicas personales, a razones psicológicas sociales:

Las razones psicológicas personales suelen nuclearse en: i) ahorrarse el presenciar la agonía o el sufrimiento de la víctima; ii) facilitar el autoengaño (de hecho es su presupuesto) y otras modalidades de resolución de la tensión suscitada por la moral autónoma (excluyendo, obviamente, la desobediencia).

Las razones psicológicas sociales, por su parte, consisten en dejar a la víctima aislada, en soledad, lo que conlleva a la integración entre el subordinado y el jerarca en una unidad sólida. Así, señala Milgram que el situar a la víctima en otra habitación no sólo la aleja del sujeto, sino que acerca al sujeto y al experimentador. Existe una incipiente función de grupo entre el experimentador y el sujeto de la que se excluye a la víctima. En su condición remota, la víctima es realmente un extraño que está, física y psicológicamente, solo.

Así, la víctima se cosifica, se objetiviza, y como objeto de la acción poco importa que sean humanos u objetos inanimados. Como concluye Bauman, la soledad de la víctima y la unión de sus verdugos se condicionaban y validaban mutuamente. Tal como lo viéramos en el estudio de la fenomenología propia de los *in* y *out groups*: *“Es posible que una parte considerable de la eficiencia insensible y burocráticamente cruel se pueda atribuir a otros factores que no sean el diseño racional de la cadena de trabajo o de la cadena de mando: por ejemplo, a la utilización experta y no necesariamente deliberada o planificada de la tendencia natural a formar grupos para actuar en conjunto; una tendencia siempre asociada con el trazado de límites y con la exclusión de los extraños. Con su autoridad a la hora de reclutar a nuevos miembros y de designar a los objetos, la organización burocrática es capaz de controlar el resultado de esta tendencia y garantizar que conduce a un abismo cada vez más profundo e insalvable entre los actores (es decir, los miembros de la organización), por un lado, y los objetos de la acción,*

¹⁰² Bauman, Zygmunt. *“Modernidad y Holocausto...”* cit., pág. 185.

por otro. Esto facilita enormemente la transformación de los actores en perseguidores y de los objetos en víctimas.”¹⁰³

II.2.b) El efecto de complicidad que causa la sobrepujanza de los actos crueles.

Tal como reseñáramos al analizar las experiencias practicadas por Milgram, una de sus características era el daño que se le causaba a la víctima (las descargas eléctricas) iba siendo cada vez más intenso, sobrepujante; aunque el grado de avance o agravamiento del daño era muy pequeño entre cada tanda de descargas. Empero, y como consecuencia de ello, también resultará al sujeto / “maestro”, cada vez más difícil retirarse de la experiencia y no cumplir más con las órdenes del *experimentador*, ya que ello conllevaría un reconocimiento de que todo su proceder anterior, era moral y jurídicamente incorrecto, injusto. Bauman utiliza para explicar esta modalidad, la metáfora de la ciénaga: cuanto más movimiento hagamos para salir de ella, más aumenta el “*poder de succión*” del sistema. Poder de succión que Milgram define como “*factores vinculantes que sujetan a los subordinados*”. Así, señala Bauman: “*El paso suave e imperceptible de una etapa a otra hace que el actor acabe atrapado. La trampa está en la imposibilidad de abandonar sin revisar y rechazar la evaluación de los propios actos como correctos o, por lo menos, inocentes. La trampa es, en otras palabras, una paradoja: uno no se puede limpiar sin ensuciarse. Para esconder la suciedad hay que permanecer perpetuamente en el fango.*”¹⁰⁴

II.2.c) Los efectos de la burocratización sobre el accionar de los subordinados.

Se debe reconocer que la existencia de un aparato burocrático, por más o menos complejo y elaborado que sea el mismo, conlleva la existencia de una división de

¹⁰³ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 206.

¹⁰⁴ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 188. Estos extremos se han referenciado a través de otras metáforas, tales como el “*síndrome de la rana hervida*” (*boiled frog syndrome*), o el fenómeno de “*deslizarse por la pendiente resbaladiza*” (*sliding down the slippery slope*).

tareas. Así se potencia la distancia para con la víctima, ya que el sujeto cumple sólo con una parte de la ejecución del delito, y sin participar (sin tener la obligación *funcional* de hacerlo) en los efectos finales de la acción en la que colabora. Como señala Milgram, es fácil cerrar los ojos ante la responsabilidad cuando uno es sólo un eslabón intermedio en una cadena de acciones dañinas, encontrándose a considerable distancia de los efectos finales de la acción. Estos extremos, por otra parte, no son sino la verificación del fenómeno de la “*neutralización*”, causa de la violencia colectiva, examinada en el Capítulo Primero *ut supra*. Por otra parte, y como hemos también relevado, este fenómeno ocurre tanto en los casos del modelo *Top-Down* (de hecho, es absolutamente consustancial al mismo), como también (en menor grado de desarrollo y en mayor simplicidad sistémica) en los casos que caen dentro del modelo *Bottom-up*.

Así, el efecto inmediato de las acciones de Eichmann eran otras tareas técnicas: elaborar listas de prisioneros y ubicarlos en los distintos campos de exterminio, organizar los transportes ferroviarios necesarios para su traslado, etc. Allí no habrá un nexo causal inmediato entre su acción y el asesinato de millones de seres humanos en las cámaras de gas; por lo que se facilitan los efectos de los denominados mecanismos psicológicos de reducción de la tensión producida por la moral autónoma. Lo que conllevaría –tal como se argumentará– un déficit de culpabilidad (cuando no, excepcionalmente, la extinción de tal juicio de reprochabilidad).

Pero también –y fundamentalmente en los casos conglobados bajo el modelo *top-down*– la burocratización actúa sobre la moral de otra manera diferente a la de facilitar los mecanismos psicológicos de reducción de la tensión; y tal actuación se verifica en una reformulación de la propia esencia del comportamiento moral. Siendo esto especialmente notable dentro de estructuras jerárquicas propias de un modelo *top-down* (aunque sin por ello descartar su ocurrencia dentro de un modelo *bottom-up*). De tal guisa, la burocracia sacraliza o moraliza a la tecnología, no dejando margen ni sitio para ninguna otra sustancia que no sean cuestiones de estricto tenor técnico. De allí que se sentencie: “*Es la tecnología de la acción, no su sustancia, lo que se valora como bueno o malo, apropiado o inapropiado, correcto o incorrecto. La consciencia del actor le dice que actúe bien y le incita a*

*medir su diligencia por la precisión con que obedece las normas organizativas y por su dedicación en las tareas tal y como las definen sus superiores.”*¹⁰⁵

Lo que, al momento en que el sujeto subordinado pone en marcha el curso causal, le limita o bloquea a su moral autónoma es la “*conciencia sustitutiva*” proveniente de la autoridad y fundada en el discurso legitimador de la ideología o finalidad en que la autoridad justifica sus órdenes. Al hallarse el subordinado en el denominado “*estado de agencia*”, la formulación y comprensión de las razones morales que legitiman la bondad de sus acciones, lo deja en manos del superior/ de la autoridad. Es competencia de la autoridad, y no de él; es el superior/autoridad quien se halla en mejores condiciones y con mayores conocimientos para ello. Por lo que la moral autónoma sólo se limita (de allí su reformulación material o sustancial) a cumplir de la forma más precisa, más eficiente, y más fiel, las órdenes recibidas.

Ahora bien, ya iniciado por el subordinado el cumplimiento de las órdenes, y tal como argumenta Bauman, la burocratización la más de las veces produce el fenómeno de la “*responsabilidad flotante*”. Cuando el sujeto ya comienza a tomar verdadera conciencia de lo que está haciendo, y sin perjuicio de lo que sostuviéramos como efectos del aislamiento o distancia respecto de la víctima (y los mecanismos psicológicos para reducir la tensión), se genera también una limitación de la moral autónoma fundada en la completa y monopólica responsabilidad de la autoridad por todo lo que él (como subordinado suyo) realiza. Se trata, pues, de un mecanismo de “*responsabilidad trasladada*”, generada, como todo lo anterior, en el llamado “*estado de agencia*”, y en virtud del cual el subordinado se siente como un simple medio que ejecuta los deseos del superior/autoridad.

De tal guisa, se afirma: “*En el estado de agencia, el actor está en plena armonía con la situación tal y como ésta viene definida y controlada por la autoridad superior: esta definición de la situación incluye la descripción del actor como agente de la autoridad.*”

El traslado de responsabilidad es, sin embargo, tan sólo un acto elemental, una unidad o ladrillo de un proceso muy complejo. Es un fenómeno que se produce en

¹⁰⁵ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 190.

el estrecho margen que existe entre un miembro del sistema de autoridad y otro, un actor y su inmediato superior.”¹⁰⁶

Pero dicho “*traslado de responsabilidad*” asume efectos más que relevantes cuando se le considera en todos los niveles de la jerarquía (es decir, entre cada uno de los eslabones de la cadena respecto a aquél que se ubique inmediatamente encima). Allí es donde toma lugar la llamada “*responsabilidad flotante*”, consistente en una situación en la que todos y cada uno de los miembros de la organización están realmente convencidos de estar –legítimamente- sometidos a la voluntad de un superior, responsable éste de sus quehaceres. A la vez, aquél señalado como superior/autoridad, estará convencido de estar –también legítimamente- sometido a la voluntad de una autoridad.

Este esquema se complicará sobremanera, cuanto más compleja sea la estructura funcional de la organización. Piénsese, a tales efectos, en la Alemania Nazi, donde existían varias organizaciones dependientes de distintos Ministerios, con competencias sobrepuestas, y en las que ciertos subordinados en determinadas circunstancias (por ejemplo: en el aislamiento del campo de batalla) pasaban a gozar (*de facto et de iure*) de una amplia libertad de acción –aunque sujetos a control posterior por organismos no superiores sino de igual jerarquía (distribución horizontal, como, v.gr., los generales que integran una Corte Marcial). Así es que no resulta tan sencillo –desde un punto de vista empírico- el determinar quién es la autoridad o jerarca en la casuística.

Véase el caso de un fusilamiento durante el sitio de Stalingrado de 25 soldados rusos hechos prisioneros por tres agentes inferiores de las SS, actuando bajo un Comando integrado por la *Wehrmacht*. Estando, a su vez, dicho comando nazi incomunicado con el Cuartel General del General Paulus. En el esquema roxiniano, sería relativamente sencillo resolverlo: además de los ejecutores inmediatos que responderían como autores materiales, respondería el máximo jerarca, que siempre sería Adolf Hitler y, como tal, autor mediato (cúspide de la pirámide). Asimismo, todos los ubicados en los eslabones intermedios (Alfred Jodl, Keitel, Paulus, etc) serían también autores mediatos por observar una cuota de dominio sobre el aparato organizado de poder, y lo mismo podría argumentarse respecto al capitán o teniente al frente del Comando.

¹⁰⁶ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit..., pág. 209.

Ni qué decir tiene que, conforme a las doctrinas de las *Joint Criminal Enterprises*, o empresas criminales conjuntas, todos, absolutamente todos los integrantes del Estado Nacional-socialista serían autores en la medida en que hayan compartido el plan o propósito criminal de la asociación y hayan participado “*suficientemente*” en los hechos o bien hayan podido prever estos resultados como una consecuencia natural de la acción criminal conjunta. Reservándose, en tal caso, a la incriminación procesal penal por parte del Ministerio Fiscal, y a la individualización de la pena, las instancias de delimitación del alcance de las responsabilidades penales concretas (con las consabidas precariedades dogmáticas que dicho esquema presenta, amén de su permeabilidad a intencionalidades o finalidades políticas).

Aquí lo que –empíricamente- sí queda de manifiesto, es que los sujetos actúan siempre con la certeza de estar trasladando la responsabilidad de sus quehaceres a la autoridad de la que (ellos creen legítimamente) derivan las órdenes. Y toma muy importante relevancia en este contexto de responsabilidad trasladada el que, en el marco de la organización burocrática criminal, los vínculos causales de las acciones coordinadas se enmascaran, se tergiversan, mediante el discurso ideológico, respecto a aquellos que se ubican en los eslabones intermedios –y que, personalmente, no hayan tomado parte en los efectos últimos y criminales de la actividad desempeñada por la organización-. Así, un sujeto que se hallaba cumpliendo funciones técnicas en la Sección IVB4, por ejemplo, relevando listados de judíos que habrían de ser evacuados de Budapest, entendía estar cumpliendo órdenes legítimas provenientes de sus jefes: Eichmann, Sauckel, Heydrich, Himmler, Hitler. No tenía duda alguna de que responsables de los efectos de lo que se hiciera una vez obtenidas las listas de marras eran ellos, sus jefes; ya que a él *no le interesaba saber*, cuál era el alcance real de la llamada “*solución final*” –el aniquilamiento de millones de judíos en los campos de exterminio-.

Por ello, si tal individuo hubiese sido sentado ante un Tribunal y manifestase como defensa “*yo sólo cumplí con mi deber*” no estaría expresando una mera excusa como coartada para no ser responsabilizado. Estaría, por el contrario, diciendo lo que él –realmente- *creía* en el momento de realizar su acción. Y lo mismo alegarían Eichmann, Heydrich, Sauckel, etc; mientras que Himmler podría llegar a sostener –y no sin fundamentos reales- que ni remota idea tenía de que alguien estuviera haciendo listados de judíos para poder calcular y disponer del

transporte necesario, para conducir a tales judíos a los campos de exterminio. Ya que ello competía a otros, y que él solo cumplió con las órdenes de Hitler de que se construyeran campos de concentración y exterminio que observaran ciertas características. De lo expuesto se deduce un cuestionamiento serio a la tesis de Roxin: el hecho de hallarse encima de la pirámide de organización funcional no conlleva forzosamente el dominio del hecho propio de la calidad de autor mediato, o un dominio funcional propio de la calidad de co-autor.

II.2.d) Los diez aspectos metodológicos para generar la obediencia a la autoridad.

Considero importante precisar antes de terminar con el análisis de la posición de Milgram, los llamados *diez aspectos metodológicos* que hacen a la construcción de una organización de poder donde se verifique el fenómeno de la obediencia a la autoridad. Extremos éstos que, como argumentaremos, son de plena aplicación al fenómeno de *las estructuras de pecado* (para la explicación de las mismas).

Conforme a lo dicho, del paradigma de Milgram se desprenden diez pasos que aseguran la conformidad de subordinados a los efectos de que ejecuten órdenes delictivas:

El primer paso consiste en relacionarse con el/los sujetos a través de una convención; sea ello un contrato solemne o consensual, o cualquier otro tipo de convención por intermedio de la cuál emerjan con claridad un haz de deberes y/o obligaciones en beneficio del jerarca. En definitiva, de lo que estamos hablando es de la constitución de un *estatuto*, a partir del cual delimitar tal haz de deberes y obligaciones propios del *rol* que haya que desempeñar.

El segundo paso consiste en atribuir a cada sujeto un determinado y específico rol, y que tales roles tengan un significado específico (*maestro, aprendiz, etc.*) así como que cumplan sólo con una parte (“*un eslabón en la cadena*”) de la actividad criminal.

El tercer paso consiste en estipular una serie de normas específicas, que delimiten las obligaciones que recaerán sobre el sujeto; precisando así cómo ha de cumplir con sus funciones. Asimismo, tales normas han de presentar la suficiente vaguedad e imprecisión respecto a sus fines últimos, de modo que puedan tenerse por sensatas y de buen sentido *a priori* de su aplicación, así como que puedan ser

ejecutadas de manera arbitraria e impersonal. De ese modo, como puntualiza Zimbardo, se alcanza el fin de justificar una conformidad irreflexiva: los sistemas controlan a la gente haciendo que las normas sean ambiguas y cambiándolas cuando lo creen necesario, aunque insistiendo en que “*las normas son las normas y se han de cumplir*”.¹⁰⁷

Aquí hallan sitio las causas de violencia colectiva de las políticas de deshumanización de las víctimas, de neutralización (especialmente en lo referente al fenómeno de la fragmentación de las tareas) y de vínculo entre normas sociales y normas de conducta. Estos extremos, especialmente en lo que refiere al rol “*compartimentalizado*”, exige a su vez por parte del intérprete: (i) el tener que atender, en la valoración del injusto, no sólo a la “*parte*” o “*eslabón*” de la actividad criminal que él –efectivamente- desempeñara, sino a toda la cadena. Es decir, al resultado de toda la actividad que surge del acopio de todas y cada una de las acciones de los sujetos intervinientes. (ii) El comprender la existencia de una serie de extremos que facilitan la indiferencia del reo respecto del resultado lesivo para las víctimas (esto es: la existencia de una voluntad deprimida respecto del cumplimiento de la norma penal –internacional- primaria).

En cuarto lugar, tenemos el hacer uso (cuando no, abuso) de los eufemismos: reemplazando la realidad desagradable mediante un discurso edulcorado, distorsionando aquella esencia maligna. Así, en vez de “*torturar a una persona*”, se le dice “*castigar al aprendiz en aras del progreso de la ciencia*”; en vez de “*masacre de civiles*”, se le dice “*daños colaterales*”, etc.

En quinto lugar, ofrecer medios para que los sujetos puedan liberar la “*tensión*” que el cumplimiento de las órdenes puedan generar respecto de su propia moral (moral autónoma de cada sujeto). Ello mediante la declaración de asunción de la responsabilidad por parte del jerarca. Así por ejemplo, en los experimentos de Milgram, el jerarca asumía la responsabilidad por lo que le pudiese suceder al “*aprendiz*”.

En sexto lugar, tenemos el lograr que el primer paso del sujeto subordinado hacia el fin delictivo (“*hacia la maldad final*”) se trate de un acto sin mayores incidencias sobre la víctima; una “*especie de poner el pie en la puerta que abre el paso a presiones posteriores y más intensas para mostrar conformidad que conducen a*

¹⁰⁷ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer ..*” cit., pág. 365.

*una pendiente resbaladiza.”*¹⁰⁸ Así, en el experimento de Milgram, esto se verificaba en el hecho de que las primeras descargas eran prácticamente inocuas, de 15 volts.

El séptimo paso consiste en hacer de la actividad del sujeto subordinado una de carácter perseverante, a la vez de sobrepujante, en lo que a su lesividad respecto a la víctima respecta. Más dicho carácter sobrepujante no ha de ser drástico, sino moderado, leve, casi imperceptible. *Así, en el experimento, el grado de incremento de la intensidad de las descargas era apenas de 15 volts., por lo que el “maestro” podía auto-engañarse (negación) bajo el razonamiento de que no existía mayor diferencia entre la conducta a realizar y la anteriormente realizada.*

En octavo lugar, tenemos que así como dijéramos respecto de la finalidad de las órdenes que *prima facie* debían parecer lógicas y serias, pues lo mismo ha de acontecer respecto del talante del Superior o Jerarca. Siempre ha de parecer, *a priori*, como un sujeto razonable y justo; sin perjuicio de devenir luego en una auténtica bestia irracional. Ello provoca una conformidad inicial de parte del subordinado y una posterior confusión, ya que se espera de su parte no otra cosa más que coherencia (y es lógico que así sea, dadas las expectativas generadas *ab initio* de la relación social). El hecho de no reconocer que esta transformación se ha producido, da origen a un fenómeno de obediencia irreflexiva, similar al que le ocurre a las víctimas de violencia de género.

En noveno lugar hallamos el admitir la discrepancia, o el disentimiento verbal, mas insistiendo en el mantenimiento de la observación de las órdenes; a la vez, de dificultarle al subordinado que pueda salirse del sistema.

En décimo y último lugar, encontramos el aportar un marco ideológico, en virtud del cual se justifiquen las acciones delictivas (como medios necesarios para alcanzar el fin ideológico). En el experimento Milgram, tal marco ideológico se verifica en el avance de la ciencia. Otro ejemplo, tristemente recurrente, ya no en el campo de la investigación sino en el de la casuística penal resulta ser el de la “*seguridad interna, o seguridad ciudadana*” en virtud del cual se justificó el uso y abuso de poder por parte de Hitler, de Stalin, de Pol-Pot, de Mao, y tantos otros genocidas.¹⁰⁹ Cobrando aquí especial relevancia lo visto respecto del llamado

¹⁰⁸ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit., pág. 365.

¹⁰⁹ Al respecto, vide: Fromm, Erich. “*El miedo a la libertad*”, Paidós, Barcelona, 2008.

“efecto bricolaje” como políticas de ingeniería social dirigidas a la deshumanización de las víctimas.¹¹⁰

Como se aprecia, los puntos cuarto al décimo, tienen por fin deprimir la voluntad del sujeto respecto del cumplimiento de la norma penal (internacional) primaria – la que, al erigirse fundamentalmente sobre una norma de *Ius Cogens*, presenta una naturaleza eminentemente moral-.

III) Las experiencias de Zimbardo: o cómo despertar el demonio en una persona normal.

Los experimentos desarrollados por Milgram, probaron cómo la crueldad se relaciona mucho más con las formas de interacción social que con los rasgos de la personalidad u otras características individuales de los ejecutores. De tal guisa, podríamos concluir que las personas llegan a ser crueles (o más crueles) con sus prójimos, en la medida en que se hallen sujetos a un contexto que elimina las presiones morales provenientes de su propia conciencia, así como que a su vez legitima su inhumanidad.

Empero, en el esquema de Milgram, siempre hallamos un discurso legitimador *a priori* de las acciones que se ordenarán realizar por parte del Jerarca. Discurso o ideología que, en el caso de los experimentos, se concretaba en el avance de la ciencia. Ahora bien, Philip Zimbardo, psicólogo norteamericano y Profesor de la Universidad de Stanford, entrada la década de los setenta del siglo pasado, se cuestionó qué sucedería dentro del fenómeno de la obediencia a la autoridad en todos aquellos casos en los que no exista marco ideológico alguno que –al menos *ab initio*- justificase las acciones delictivas e inhumanas.

De tal modo, Zimbardo puso en marcha un experimento en donde se seleccionó a una serie de jóvenes norteamericanos de distinta procedencia social y cultural, más todos ellos de buen nivel, así como carentes de todo tipo de antecedentes penales; y todo ello para desempeñar durante quince días una reproducción de un ambiente carcelario. Repartió entre ellos dos tipos diferentes de roles: prisioneros y carceleros. Asimismo indicó ciertas reglas específicas: la obligación de todos ellos de no dirigirse por sus nombres de pila, sino por números; la obligación de parte de

¹¹⁰ *Vide* pág. 49 y ss. *supra*.

los prisioneros de cumplir con todo aquello que les exigieran los carceleros; así como la obligación de ambos grupos de vestir de cierta –específica- manera: los prisioneros unas ridículas batas, mientras que los carceleros, uniforme y lentes oscuros (para evitar cualquier tipo de contacto visual directo).

Pero además, Zimbardo eliminó el factor que en la experiencia de Milgram proyectaba el marco ideológico arriba señalado: no se hallaba aquí presente ningún “*experimentador*” ni autoridad alguna que asumiera la responsabilidad por lo que los sujetos pudieran hacerse entre ellos, ni que denotara una finalidad que legitimase cualquier trato inhumano por parte de los carceleros.

Zimbardo dió inicio al proceso colocando a cada sujeto en una posición dentro de una pauta codificada de interacción.¹¹¹ Y ello, dado que lo que pretendía era demostrar cómo el comportamiento agresivo e inhumano es producto de ciertas características contextuales que define como “*variables situacionales*”. Circunstancias estas que guardan un gran parecido con el “*estado de agencia*” definido por Milgram, sólo que, en este caso, la presencia efectiva de la autoridad no se muestra necesaria.

Pues bien, una vez puesta en funcionamiento la experiencia se llegó a verificar en pocos días tal grado de crueldad en el trato dispensado por los carceleros hacia los prisioneros (así como un grado máximo de sometimiento de éstos) que tuvo que llegarse a interrumpir la misma para evitar que dejase secuelas irreparables o de difícil reparación psicológica. Jóvenes que respondían a los parámetros normales de la sociedad norteamericana, habían devenido, ante determinado contexto situacional, en verdaderas emulaciones de los carceleros de *Treblinka* o *Auschwitz*.¹¹²

¹¹¹ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y holocausto..*” cit., pág. 196.

¹¹² Al respecto señala Steven Pinker: “(...) *within two days some of the guards took their roles too seriously and began to brutalize the prisoners, forcing them to strip naked, clean toilets with their bare hands, do push-ups with the guards standing on their backs, or simulate sodomy. After six days Zimbardo had to call off the experiment for the prisoners safety. Decades later Zimbardo wrote a book that analogized the unplanned abuses in his own faux prison to the unplanned abuses at Abu Ghraib prison in Iraq, arguing that a situation in which a group of people is given authority over another group can bring out barbaric behaviour in individuals who might never display it in other circumstances.*” Pinker, Steven. “*The better angels of our nature...*” cit., pág. 559.

Del análisis de tal experiencia, si bien de modo bastante desorganizado, Zimbardo constata la existencia de dos variables situacionales que, en conjunto, explican lo que sucedió dentro de su improvisada cárcel: la des-individuación, y la deshumanización y desconexión moral. Veamos:

III.1) Sobre la des-individuación:

Explica Zimbardo que cualquier cosa, o cualquier situación que haga que una persona se sienta anónima, esto es, que nadie sepa o a nadie le interese saber quién es, reduce el sentido de responsabilidad personal de aquella; y ello facilita el que se actúe con maldad y crueldad.

Dicha posibilidad se ve incrementada, por otra parte, en la medida en que se verifique la vigencia de otro factor: el que la situación o alguna autoridad reconocida le brinde, implícita o explícitamente, permiso para actuar de manera antisocial o violenta contra ciertas personas (tal como sucedía en la experiencia de la “cárcel de Stanford”). Esta última condición o factor es lo que decanta que el anonimato se aproveche para realizar conductas inmorales e inhumanas, en vez de emplearse para otras finalidades pro-sociales –aunque reñidas con la ética o moral social-; en definitiva, es lo que vuelca al individuo, en su anonimato, a “*hacer la guerra*” y no “*hacer el amor*”.¹¹³

Ahora bien, a los efectos de explicar cómo se produce o genera la des-individuación, Zimbardo recurre a la obra literaria de William Golding, “*El señor de las moscas*”. Así expone cómo un grupo de pre-adolescentes, abandonados a su suerte en una isla en el medio de la nada, verifican un cambio rotundo de personalidad y comportamiento (observando una gran agresividad y un comportamiento en gran medida despiadado) en la medida, concomitantemente, a que verifican un cambio en su vestimenta (vistiendo como salvajes) y proceden a pintarse el rostro. Era justamente esto último, el pintarse el rostro –símil de las máscaras que empleaban en el teatro griego los actores para mantener su anonimato

¹¹³ Haciendo uso del eslogan de los hippies, Zimbardo expresa que: “(...) si el anonimato de la situación sólo transmite una reducción del egocentrismo y fomenta la conducta pro-social, la gente estará dispuesta a “*hacer el amor*” (el anonimato de varias fiestas suele contribuir a que haya más contacto social)”. Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit, pág. 400.

y representar a su personaje- lo que fomentaba ese sentimiento de anonimato. Esta circunstancia o variable situacional es asociada por Zimbardo al uso de uniformes.

Concretamente, comprende que existen dos grandes estrategias a los efectos de lograr la transformación hacia la des-individuación: la reducción de la responsabilidad social del actor (dado que nadie sabrá quién es él, ni le importará saberlo); y la reducción del interés del actor en auto-evaluarse (conforme a su propio canon moral).

La primera estrategia supone una supresión de la preocupación por las evaluaciones, o aprobaciones, que la sociedad pudiere realizar sobre la conducta del actor. De tal modo, y como consecuencia, el sujeto (actor) se siente anónimo, des-individualizado de tal conglomerado social. Así, actuamos en un entorno que transmite anonimato y diluye nuestra responsabilidad individual.

La segunda estrategia, por su parte, acaba con el control de uno mismo y de la propia coherencia, recurriendo a métodos que alteran nuestro estado de conciencia. Ahora bien, por intermedio de cualquiera de las mentadas estrategias se llega a la des-individuación, fenómeno que transforma nuestra naturaleza fundada en la represión y la inhibición del deseo (lo que Zimbardo llama “*rasgo apolíneo*”) en una cuyos rasgos fundamentales son la liberación y el deseo desinhibido (lo que llama “*rasgo dionisiaco*”). De tal modo, las personas pueden tornarse en seres malvados, cuando se enredan en situaciones en las que los controles cognitivos que normalmente guían sus conductas de una forma social y personalmente aceptable, se bloquean, suspenden o distorsionan.

Tales efectos de pérdida del control cognitivo tienen múltiples consecuencias, que van desde la suspensión de la conciencia en general y de la conciencia sobre uno mismo, al sentido que se tiene de la responsabilidad personal, de la obligación, del compromiso, de la moralidad, de la culpa, de la vergüenza y del miedo. Así como también tienen consecuencias sobre el análisis de los propios actos en función de sus costes y beneficios.¹¹⁴

¹¹⁴ Así, señala Zimbardo: “*La des-individuación crea un estado psicológico especial en el que la conducta se somete a las exigencias inmediatas de la situación y a los deseos biológico-hormonales. El estado de excitación (aquél en que la acción sustituye al pensamiento, la búsqueda del placer inmediato se impone a la dilación de la gratificación y las decisiones refrenadas de una manera consciente dan paso a respuestas emocionales irreflexivas); suele ser tanto un precursor, como – propiamente- un estado de des-individuación. Sus efectos se amplifican en situaciones nuevas o no*

De las conclusiones de Zimbardo emerge que en el estado de des-individuación el sujeto carece de consciencia respecto del sentido del bien y del mal, careciendo de sentido de culpa alguna por sus actos ilegales o inmorales. Ello se explica dado que, cuando los controles internos se suspenden, la conducta se halla por completo bajo el control externo de la situación. Así, los influjos exteriores se imponen con plena facilidad a los influjos interiores; lo que es posible y está disponible se impone a lo correcto y a lo justo.

Los frenos inhibitorios, que solemos emplear para limitar nuestra crueldad, y nuestros impulsos libidinosos, desaparecen en un estado de des-individuación: tal como si se produjera una especie de cortocircuito en el cerebro, como si cesaran totalmente las funciones de planificación y de toma de decisiones de la corteza cerebral frontal, y tomaran el mando las partes más primitivas del sistema límbico del cerebro, sobre todo el centro de la emoción y la agresividad que se encuentra en la amígdala.¹¹⁵

III.2) Acerca de la deshumanización y de la desconexión moral.

Sostiene Zimbardo que la deshumanización es el concepto -o constructo- esencial en nuestro intento de entender la inhumanidad del hombre con el hombre. La deshumanización aparece siempre que un ser humano considera que se debe excluir a otro ser humano de la categoría moral de ser persona.

Así, el prójimo, objeto del proceso psicológico del actor, pierde su condición de ser humano a los ojos de éste último; deshumanizándole, cosificándole. Y al quedar marginados de la condición humana, resulta fácil para los agentes o actores deshumanizadores el suspender la moralidad que normalmente regiría a sus actos intersubjetivos: “(...) *es más fácil ser cruel con ‘objetos’ deshumanizados, desoír*

estructuradas en las que se anulan los hábitos de respuesta y los rasgos habituales del carácter. La vulnerabilidad de la persona a los modelos sociales y a las indicaciones situacionales se intensifica; en consecuencia, es tan fácil hacer el amor como hacer la guerra: todo ello depende de lo que la situación exija o suscite.” Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit., pág. 399.

¹¹⁵ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit., pág. 238.

sus peticiones y súplicas, usarlos para nuestros propios fines, incluso destruirlos si nos irritan.»¹¹⁶

En lo que al fenómeno de la desconexión moral respecta, señala el autor que parte del supuesto de que la mayoría de las personas, durante su formación, incorporan en su conciencia una serie de preceptos morales. Ello a través de los procesos de socialización normales: familia, escuela, trabajo, grupo de pares, etc. Ahora bien, dichos preceptos -y principios que fundamentan aquellos- favorecen y alientan la conducta pro-social, así como forman y favorecen el funcionamiento de los llamados “*frenos inhibitorios*” respecto de las conductas anti-sociales. Todo ello resulta conforme a la valoración que el sujeto extrajo de las diferentes instituciones sociales a las que perteneció y pertenece.

Concomitantemente a lo anteriormente expuesto, tales principios morales externos impuestos por los padres, por los educadores, jefes, sacerdotes, etc, se interiorizan en formas de códigos personales de conducta. De tal guisa, la persona termina desarrollando una serie de controles personales sobre sus propios pensamientos y actos; favoreciendo tales extremos (que, a mi juicio, no dejan de ser los llamados frenos inhibitorios) que el sujeto desarrolle una mayor autoestima por verse capaz de convivir en armonía con sus prójimos y de adaptarse a las reglas de funcionamiento y a los valores imperantes dentro de la sociedad en la que se integra.

Claro que tales mecanismos de autorregulación o frenos inhibitorios no son (como se creía por la Escuela Clásica de Derecho penal) fijos y estáticos. Bien por el contrario, al estar relacionados con los principios morales que rigen a la persona, se hallan determinados por un proceso dinámico, en el que la autocensura moral puede ser activada o desactivada de forma selectiva por parte del sujeto. Así, en principio, para actuar de manera más aceptable, más acorde a la realidad social coyuntural.

¹¹⁶ Agrega Zimbardo al respecto: “(...) *el genocidio Nazi de los Judíos empezó mediante la creación, por medio de películas y carteles de propaganda, de una imagen a escala nacional de aquellos seres humanos que los presentaban como formas inferiores de vida animal, como alimañas, como ratas voraces. Los muchos linchamientos de personas de color protagonizados por turbas de blancos en ciudades de todos los Estados Unidos tampoco se consideraban crímenes contra la humanidad porque se estigmatizaba a las víctimas diciendo que eran “simples negros.”* Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit., pág. 273.

Empero, a veces, tal funcionamiento selectivo puede devenir en una autocensura moral desconectada de la conducta reprochable.

Al respecto, aclara Zimbardo: “*Las personas y los grupos pueden mantener su sensación de tener unos principios morales (...) simplemente desconectando su actuación moral habitual en ciertas ocasiones, en ciertas situaciones, para ciertos fines. Es como si pusieran su moralidad en punto muerto y se deslizaran sin preocuparse por si atropellan a algún peatón hasta que vuelven a poner en marcha y regresan a una posición moral más elevada.*”¹¹⁷

En el referido contexto, el aludido científico social reconoce cuatro mecanismos cognitivos que permiten -a cualquiera de nosotros- *desconectarse moralmente* de cualquier conducta maliciosa o cruel que realicemos:

(i) El primer mecanismo, es la definición (mejor: redefinición) de nuestra conducta dañosa como éticamente correcta y moralmente honorable. Ello, mediante la creación de justificaciones morales, conjuntamente con la adopción de imperativos morales que santifiquen la violencia; o bien mediante la creación de comparaciones (muchas de ellas descontextualizadas) que contrasten nuestra “*rectitud*” respecto de la conducta “*malvada, cruel, inhumana, indecente, etc.*” de nuestros enemigos. De allí que hallemos justificaciones del tenor de: “*sí, nosotros torturamos, pero ellos decapitan a los nuestros*”. Otra vía consiste en el empleo de eufemismos como “*daño colateral*”, “*fuego amigo*”, etc., todos ellos destinados a aportar una imagen ascética de la verdadera naturaleza de nuestros actos e intenciones.

(ii) El segundo mecanismo consiste en la minimización de la percepción de la relación existente, de forma más o menos directa, entre nuestras conductas y los resultados perjudiciales que padecen ciertas personas. Ello se realiza, generalmente, mediante el procedimiento de “*difuminación de la responsabilidad personal*”, o mediante el “*desplazamiento a terceras personas*” –físicas o jurídicas- de nuestras responsabilidades (por tales actos inhumanos).

(iii) El tercer mecanismo se verifica mediante la modificación de la manera en que es percibido el daño que causáramos a las víctimas; o bien, derechamente, a través del instituto de la negación.

¹¹⁷ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit.; pág. 456.

(iv) Finalmente, el cuarto mecanismo consiste en la reconstrucción de la imagen que tenemos de las víctimas, pasando a considerarlas responsables de sus propios tormentos. Es la vieja receta de que “*cada uno tiene su merecido*”, de culpar a la propia víctima por las consecuencias que pudieren sufrir por nuestra propia conducta (por ser merecedoras del castigo). Tales proceder conllevan una innegable deshumanización de la víctima, considerándola por debajo del nivel moral que reservamos a nuestros prójimos “*verdaderamente humanos*”.

Zimbardo realiza un aporte que considero vital a los efectos de comprender el porqué de lo que se argumentará en los capítulos siguientes. Se trata de atender, a los efectos de determinar la responsabilidad jurídico penal de una persona, no solamente a todos los extremos relacionados con su motivación y personalidad, sino y fundamentalmente, a la influencia que ejerció sobre el actor el contexto social de la conducta (especialmente, las analizadas “variables situacionales”).

Señala al respecto Zimbardo: “*El individuo es la unidad de ámbito de actuación de prácticamente todas las grandes instituciones occidentales, como la medicina, la educación, el Derecho, la Religión, y la psiquiatría. Estas instituciones contribuyen conjuntamente a crear el mito de que las personas siempre tienen el control de su conducta, actúan según su libre albedrío y eligen de una manera racional, por lo que son responsables de todos y cada uno de sus actos.*

Salvo en casos de discapacidad o de locura, las personas que obran mal deben saber que obran mal y se les debe castigar en consecuencia. Se presupone que los factores situacionales son poco más que un conjunto de circunstancias extrínsecas mínimamente relevantes.

Cuando se evalúan los diversos factores que contribuyen a cualquier conducta de interés, los partidarios de la disposición colocan casi todo el peso en la persona y muy poco en la situación.”¹¹⁸

Está claro que, para imputar personalmente delitos propios del Derecho penal clásico (piénsese *v.gr.*, un homicidio), basta con partir de parámetros normativos que consideren como extremos fundantes la personalidad y la motivación del reo, la fuerza interior suficiente para comportarse conforme a la norma primaria y su voluntad para (y para no) delinquir. Poca trascendencia (en general) observan a tales efectos las circunstancias extrínsecas al sujeto (generalmente valorado como

¹¹⁸ Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer...*” cit., pág. 419. Subrayado es nuestro.

móvil que fundamente o bien la configuración de una circunstancia modificativa de la responsabilidad; o bien la verificación del elemento subjetivo distinto del dolo, en caso de existir tal requisito en el tipo objetivo).

Empero (y siempre atendiendo a una construcción normativista atemperada por los datos empíricos subyacentes) en el marco de los delitos de genocidio y de lesa humanidad perpetrados a través de organizaciones burocratizadas, no se pueden obviar las referenciadas circunstancias extrínsecas al sujeto (los factores situacionales) y ello a los efectos de imputar personalmente el quehacer antijurídico de los ejecutores directos y mediatos.

Sencillamente no se pueden obviar, ya que, conforme a lo que enseñan (y han comprobado experimentalmente) las ciencias cognitivas y del comportamiento humano, en ellas radica la explicación de por qué las personas se prestan a realizar tales actos de extrema crueldad, de extrema maldad.

No es lo mismo comprender por qué una persona mata a su suegra o a su enemigo personal, que comprender por qué una persona se presta a fusilar y masacrar a cientos de personas que no conoce, que no odia, y que le resultan –en lo que a su personal vida ordinaria respecta- absolutamente neutrales o inocuos. De allí que emplear un mismo instrumental normativo sea, a todas luces, un craso error, destinado a generar no otra cosa más que soluciones injustas y alejarse así de las finalidades preventivas de la pena.

Claro que, y se reafirma el concepto: comprender por qué la persona se convierte en un verdugo de masas no es equivalente –en ningún caso- a justificar sus actuaciones. Solamente se propone conocer el verdadero funcionamiento del material empírico (en este caso: el comportamiento y la psiquis humana) para poder ajustar el instrumental normativo propio de la Teoría del delito (en la especie: en la teoría de la culpabilidad o de la imputación personal).¹¹⁹

De allí que sean plenamente compatibles las consideraciones del referenciado científico, acerca de que el sistema de justicia penal se basa demasiado en la noción

¹¹⁹ Como observa Zimbardo: “*En lugar de arrogarnos de inmediato una autoridad moral que nos distancie de esos malvados porque somos buenas personas y nos haga rechazar de plano cualquier análisis de la situación, el enfoque situacional concede a esos ‘otros’ el beneficio de la ‘benevolencia atributiva’.* Predica la lección de que cualquier acto, para bien o para mal, que haya llevado a cabo cualquier ser humano, también lo podríamos llevar a cabo cualquiera de nosotros frente a las mismas fuerzas situacionales.” Zimbardo, Philip. “*El efecto...*” cit, pág. 496.

(también compartida por la opinión pública) de que lo que lleva a alguien a cometer un delito, ha de estar relacionado con la motivación y la personalidad. Empero, en la medida en que el sistema judicial tenga en cuenta las muchas pruebas aportadas por las ciencias del comportamiento sobre la influencia que ejerce el contexto social en la conducta, extremos como las variables situacionales, o el estado de agencia, etc, pasarán a tener extrema importancia a los efectos de fundamentar sus juicios normativos de reprochabilidad.

SEGUNDA PARTE.

Capítulo Primero: Las estructuras de pecado.

I.1º) Introducción.

Hemos analizado en la Primera Parte la fenomenología propia de la violencia colectiva y consustancial a los delitos de genocidio y de lesa humanidad. Asimismo, hemos acreditado la generalidad de tal fenomenología, comprobada a través de las experiencias científico-sociales analizadas en el anterior Capítulo (Asch, Milgram, Zimbardo). Teniendo estos extremos en cuenta, y atendiendo a la metodología que dispusiéramos para el presente análisis (un normativismo atemperado por la realidad empírica ontológica y deontológica-cultural subyacente), hemos de conducirnos a la búsqueda de un modelo normativo abierto que contemple todo ello.

Pues bien, tal modelo entendemos que bien puede obedecer a uno fundado en las llamadas “*estructuras de pecado*”.¹²⁰ Modelo que si bien será objeto de un análisis

¹²⁰ Sobre el concepto de estructuras de pecado, vide: Benedicto XVI. “*Caritas in veritate*” Carta Encíclica de 29 de Junio de 2009. Benedicto XVI. “*El elogio de la conciencia. La verdad interroga al corazón*”, Palabra, Madrid, 2010. Chenu, Michel. “*Liberté chrétienne et libération. Instruction de la congrégation pour la doctrine de la foi*”; CERF, París, 1986. Conferencia General del Episcopado Latinoamericano. “*La Iglesia en la transformación actual de América Latina a la luz del Concilio Vaticano II: conclusiones de Medellín*”, ediciones de la Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, 1986. Comisión Teológica Internacional. “*Memoria y reconciliación: la Iglesia y las culpas del pasado*”, 2000. Congregación para la Doctrina de la Fe. “*Libertatis nuntius*” de 6 de agosto de 1984. Crozier, M.; Friedberg, E. “*L’acteur et le système*”, París, 1977. Frankemölle, H. “*Sünde und Erlösung im Neuen Testament*”, Friburgo, 1996. Juan Pablo II. “*Reconciliatio et penitentia*” de 2 de Diciembre de 1984. Juan Pablo II. “*Sollicitudo rei socialis*” de 30 de Diciembre de 1987. Juan Pablo II. “*Tertio millennio adveniente*” de 10 de Noviembre de 1994. Juan Pablo II. “*Incarnationis mysterium*” Bula convocante del Gran Jubileo del año 2000, de 29 de Noviembre de 1998. Mauro, Umberto. “*Peccato sociale*”; Roma, 1986. McFayden, A. “*Bound to sin: abuse, holocaust and the Christian doctrine of sin*”; Cambridge University Press, Londres, 2000. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural. Ensayo de teología sistemática.*”, Trotta, Madrid, 2011. Ricoeur, Paul. “*Historia y verdad*”; Ediciones Encuentro, Madrid, 1990. Ricoeur, Paul. “*Sí mismo como otro*”, ediciones Siglo XXI, Madrid, 1996. Ricoeur, Paul. “*Finitud y culpabilidad*”, Trotta, Madrid, 2010.

detallado a continuación, entiendo menester hacer ahora una referencia global a su respecto, a modo de introducción.

Primero que nada, pese a su obviedad, he de recalcar que el modelo de referencia es uno esencialmente moral, surgido del Magisterio Universal de la Iglesia Católica Romana (entre los años 1982 y 2000) como forma de corregir, enmendar, enriquecer, y a su vez, normativizar, ciertos conceptos que sobre el pecado social se habían delineado principalmente en América Latina.¹²¹

Ahora bien, será en atención (particularmente) a la fuerte vinculación existente entre el Derecho penal Internacional y las Normas Morales¹²² que consideramos a este sistema de imputación, aplicable a la especie jurídico-penal. Mas ello, claro está, con ciertas matizaciones de orden estrictamente jurídico, propias de los principios de Derecho penal recogidos en las fuentes del Derecho penal internacional (y sistematizados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional), así como de las finalidades de la pena.

Aproximándonos al concepto de estas “estructuras de pecado”, constatamos que su principal característica recae en una incapacidad que padecen quienes se hallan sometidos a las mismas para valorar en su justa medida el mal que cometen, o que contribuyen a cometer mediante sus conductas.¹²³ Se trata de una incapacidad para

¹²¹ Como se nos recuerda por parte de Mathias Nebel: “*Libertatis nuntius y Libertatis conscientia* – dos textos relativos a la teología de la liberación, publicados por la Congregación para la Doctrina de la Fe- muestran una aproximación soteriológica, en la que el tema del pecado se inscribe en una relectura de la redención en tanto que liberación. *Reconciliatio et paenitentia* aborda la cuestión del pecado social en el marco de la reflexión sinodal y pretende ser esencialmente pastoral. La encíclica *Solicitudo rei socialis*, en la línea de los grandes documentos de la Iglesia, sitúa la problemática de las “estructuras de pecado” en el marco de una reflexión sobre la dimensión moral del desarrollo. Por último (...) las peticiones de perdón formuladas por Juan Pablo II con ocasión del gran Jubileo y el comentario teológico que hizo de ello la Comisión Teológica Internacional.” Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural. Ensayo de teología sistemática*”; Trotta, Madrid, 2011, págs. 36-37.

¹²² Fundamentalmente ello a través de la fundamentación de la vigencia del primero por intermedio de las Normas de *Ius Cogens*.

¹²³ Así se ha advertido recientemente por Silva Sánchez: “Obviamente, en la génesis de estructuras sociales que producen criminalidad hay, a su vez, una sucesión de hechos de sujetos individuales. Ocurre, mutatis mutandis, lo mismo con las que la Teología moral conoce como estructuras de pecado. Las estructuras de pecado –se dice- resultan de la acumulación y concentración de pecados personales. Existen porque unos individuos deciden deliberada, reiterada y sucesivamente buscar su

apreciar la malignidad del resultado común: aquel producto directo o indirecto de la interacción con los otros miembros de la estructura. En definitiva, se trata de una incapacidad para comprender el mal cometido mediante su colaboración activa en la interacción, así como, concomitantemente, del mal cometido en común por la interacción misma.

Todo lo anterior es producto de una voluntad dirigida a disimular o a ignorar la verdad subyacente (o parte de ella). Como se ha indicado, se trata de una mitomanía muy eficaz, puesto que observa una (aparente) legitimidad conferida por el alto número de integrantes y una (aparente) racionalidad institucional interna.¹²⁴

Por “estructuras de pecado” se ha de entender, pues, una situación social creada por una institución cuya finalidad formal o real (efectiva) resulta inicua, contraria a los valores fundamentales del orden social (concretamente el reconocimiento de la naturaleza y valoración dual perteneciente a todo ser humano: individual y social) y de los derechos humanos.¹²⁵ Una “estructura de pecado” es básicamente ello: estructurar un mal social, que se verifica a través del quehacer de sus miembros. Quehaceres que son *comunes, personales y actuales*.

Decimos que son *comunes*, puesto que la actividad que desempeña cada sujeto resulta indisociable de la cooperación de todos los demás. Como se ha denunciado, es el mismo resultado atribuible a todos, puesto que se trata de una única y misma interacción (de un mismo y único campo de acción estructurado que informa a la acción de todos y cada uno de los agentes).

También son *personales*, puesto que el que sean todos ellos intervinientes en el delito no significa que lo sean en el mismo grado conforme al principio de culpabilidad. Habrá que estar, para ello, al grado de intervención de cada uno de ellos respecto del resultado delictivo.

Decíamos también que los quehaceres son *actuales* y ello se relaciona con la llamada “responsabilidad común subjetiva”. Veamos: del carácter común del pecado estructural emergen dos tipos de responsabilidad: la común objetiva y la

propia ventaja a costa de otros. (...) una vez establecidas, tales estructuras incentivan el comportamiento injusto creando un aura de normalidad y legitimidad.” Silva Sánchez, Jesús María. “Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural” (Editorial), InDret Penal, 3/2011.

¹²⁴ Nebel, Mathias. “La categoría moral de pecado estructural...” cit.; pág. 356.

¹²⁵ En el mismo sentido, vide: Bauman, Zygmunt. “Modernidad y Holocausto...” cit., (especialmente, Capítulo VIIº).

común subjetiva. La *responsabilidad común objetiva* se le imputa al sujeto como condición de su participación en una institución de la cual emerge un deber de responsabilizarse por la historia (común) perteneciente a la institución que integra. Se trata de una verdadera responsabilidad social o colectiva que, a su vez, se desdobra en el deber de reparación de las injusticias pasadas y en el deber de abocarse a la transformación de la propia institución (abandonando la finalidad inicua por una ajustada a las relaciones sociales naturales y conforme a los Derechos Humanos). Responsabilidades éstas que, cabe recalcar, se hallan –en principio- fuera del marco del Derecho penal (sin perjuicio de tener ciertos efectos sobre la imputación personal, como se verá *ad infra*).

La *responsabilidad común subjetiva*, a diferencia de lo anterior, no se refiere al pasado, sino al presente (de allí su carácter de actualidad). Se refiere, pues, a la interacción y a la finalidad efectiva de la interacción. De allí que se le impute al sujeto el resultado lesivo, por prestar su potencia de acción para la consecución del proyecto común; ello sin perjuicio de que su gravedad variará (tal como señaláramos) conforme al modo de participación de cada uno.

Hacíamos mención anteriormente a la situación social pergeñada por la estructura de pecado, señalando que la misma responde a una finalidad inicua. Pues bien, cabe hacer a su respecto un par de puntualizaciones a los efectos de aclarar tales extremos. Primeramente, y fundándonos en Arendt, hemos de sostener que todo ejercicio de poder conlleva una finalidad específica propia de las relaciones sociales naturales: la de asegurar una convivencia entre los hombres pacífica y próspera. Cuando dicho ejercicio de poder se hace constante (se cristaliza) en el tiempo y en el espacio, nos hallamos frente a una *institución*. Así, hemos de hallar dentro de cada sociedad *instituciones profundas* como la cultura, la política y el mercado, e instituciones menores (*micro-instituciones*) que se apoyan en las anteriores, y que a la vez las refuerzan. Lo último, bien reafirmando su vigencia, bien mejorándolas muy paulatinamente (en siglos). A su vez, cada institución delimita un *campo de acción* propio, respecto del cual se conformarán distintos estatutos que, por su parte, determinarán el rol a desempeñar por cada miembro.

Ahora bien, la estructura de pecado constituye una institución social que crea un campo de acción sobre la base de contravalores de las relaciones sociales naturales. Es decir, en su esencia consiste en una destrucción del vínculo social mediante una progresiva desaparición de las condiciones que posibilitan las relaciones con los

otros. Para ser claro, consiste en la destrucción de la confianza, de la benevolencia, de la justicia y del bien común; extremos esenciales para que se desarrollen las relaciones sociales naturales (pre-institucionales).¹²⁶ Se trata, en definitiva, de la destrucción de aquellas relaciones sociales preexistentes a las micro-instituciones y que se resumen en la expresión de “querer vivir y actuar conjuntamente”.

De lo anterior se deriva una nota común de las estructuras de pecado: la sustitución de la relación de poder (entendida como aquella cuya función es la de organizar y hacer efectiva la voluntad de convivir y de actuar *conjuntamente*) por una relación de dominio e imposición (el ejercicio de una violencia que impone y mantiene la institucionalización inicua de la convivencia).

En una institución tal, sólo algunos se hacen con los beneficios de la interacción (de todos), despojando a otros tantos de sus derechos fundamentales (en particular de sus propiedades, de sus libertades, y de sus vidas). Así, se ha descrito esta situación de la siguiente manera: “*Se puede ver cómo una persona o un grupo de personas se aseguran, por medio de su estatuto, un control sobre el campo estructurado de acción y cómo imponen, gracias a este, finalidades contrarias al pleno desarrollo de la dignidad humana.*”¹²⁷

Como producto de lo anterior se dice que dentro de tales estructuras institucionales –y con salvedad de aquellos que detentan el control- las personas se hallan en una situación de *desgracia*. Por efecto de la estructura, las personas a ella sometidas pierden la capacidad real de realizarse plenamente de acuerdo a su dignidad personal. Se verifica, pues, un verdadero proceso que parte de una *alienación*, que se refuerza por una *ceguera* facilitada por el propio modo de ejecutar el rol, y que se perpetúa en un “*endurecimiento en el mal*” del sujeto que se encuentra atrapado en ellas.¹²⁸ Tales extremos se pueden visualizar y comprobar a través de la

¹²⁶ Entendemos por relaciones sociales naturales a aquellas que son consustanciales a la naturaleza humana y que hacen que el hombre sea un ser gregario y social. Serían el conglomerado de características propias del ser humano que explican la creación de las asociaciones políticas, luego cristalizadas en instituciones profundas: la empatía, la solidaridad social, la división del trabajo, etc. Conglobado todo ello en la feliz expresión de Hannah Arendt de “*querer vivir y actuar juntos*”.

¹²⁷ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 354.

¹²⁸ Milgram, Stanley. “*Obedience to authority...*” cit. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 357.

experiencia de Milgram, especialmente en lo que respecta al fenómeno del “*estado de agencia*”.

Hablamos de una *alienación* del sujeto sometido a una estructura de pecado, ya que las acciones que desempeña conforme a su estatuto le resultan contrarias a los valores que fundamentan su propia humanidad. Ello hasta el punto de verificarse la forma más depurada o perfecta de alienación, aquella que se denomina “*endurecimiento del mal*”, a través de la cual el sujeto ya no sólo no experimenta (interiormente) ninguna contradicción entre su rol y aquellos valores fundamentales sino que pierde toda conciencia de la existencia de tal contradicción. Como se ha dicho, la alienación más profunda y terrible es la de aquel que ni tan solo sabe que está alienado, o que se complace en la alienación.¹²⁹

Las razones de lo anterior, tal como hemos venido indicando desde el Capítulo Segundo de la Parte Primera *supra*, serían las siguientes:

En primer lugar, la ambigüedad y la finitud de la acción concreta desempeñada en la institución. Estos extremos se corresponden al llamado fenómeno de la “neutralización”.

En segundo lugar, la cotidianeidad de las actividades que se desempeñan día a día, que suelen denotar la cualidad de banales; esto se corresponde con lo indicado como banalidad del mal conforme a Arendt.

Por otra parte, hallamos la aceptación generalizada de algunas prácticas antisociales, tal como lo releváramos *ut-supra* como “vínculo entre normas sociales y normas de conducta”, y que facilitan la eficacia de discursos legitimadores de las actuaciones injustas.

Por último, encontramos los diferentes mecanismos de disimulación y de justificación que genera una institución inicua (por lo que se embauca a los actores individuales sobre el valor moral de la acción en la que participan), que se corresponden plenamente con las Políticas de ingeniería social.

Llegados a este punto, hemos de constatar la existencia –dentro de una estructura de pecado- de dos grupos o estamentos: el integrado por aquellos que la componen, creándola y/u organizándola estatutariamente; y el integrado por aquellos que ejecutan las diversas tareas que no son más que las partes o fases de la actividad delictiva (dirigida a la obtención del resultado delictivo). Desde el punto de vista

¹²⁹ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 355.

normativo, ambos grupos se distinguen en atención al estatuto correspondiente a cada sujeto; estatuto del cual emerge la responsabilidad específica de cada uno, esto es, su rol.

Así, están los que configuran (y de tal modo se auto-imponen) su propio estatuto dentro de la estructura, y aquellos a los que se les impone su estatuto. Llamaremos a los primeros “*estamento supra-estatutario*”, y a los segundos, “*estamento infra-estatutario*”.

Lo anterior permite advertir inmediatamente una cuestión pocas veces observada, y que resulta menester resaltar a los efectos de imputar correctamente la responsabilidad jurídico penal individual: que no se puede construir la imputación del merecimiento y de la necesidad de pena del mismo modo para los miembros de ambos grupos. Así, respecto de los sujetos cuyo estatuto les viene impuesto, su situación se explica a través de las premisas de Arendt, que a su vez hallan sus raíces en el pensamiento de San Agustín de Hipona. Conforme a tales premisas el mal radicaría en el interior de cada uno de nosotros (en nuestra voluntad) y se hace sentir nublando la razón y dificultando que se piense claramente (impidiendo que se vea la verdad). De tal guisa emerge un doble efecto. Por un lado, que el mal es siempre la postura *por defecto*, esto es, todo aquello que no es activamente bueno; no habiendo espacio para conductas neutrales o “grises”. Por ello –entiende San Agustín– los más peligrosos no son aquellos que saben perfectamente lo mal que actúan, sino aquellos que erróneamente creen hallarse en una zona neutral. Asimismo –como segundo efecto–, el poner la mirada crítica en el interior del sujeto (en su conciencia y voluntad) genera un desplazamiento de los males públicos y políticos cometidos por los reos, hacia sus vidas privadas y personales.

Estos efectos, a mi juicio muy mal comprendidos, han suscitado las más duras críticas de los detractores del pensamiento arendtiano, sobre todo desde el ámbito jurídico (Derecho penal y Filosofía del Derecho). Así, recientemente se ha señalado que “[*el error de Arendt era el olvidar que*] *El hombre [Eichmann] era juzgado por las muertes que había causado, no por la vida que llevó.*”¹³⁰ Así se señala que en su análisis del caso de Eichmann, Arendt siguió los lineamientos de San

¹³⁰ Wolfe, Alan. “*La maldad política. Qué es y cómo combatirla*”; Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Río de Mouro, 2013, pág. 87.

Agustín¹³¹ de colocar los males que tenían lugar en el mundo político como dato secundario, y las particularidades internas del reo en primer plano. Y se resalta asimismo que en “*Eichmann en Jerusalén*” Arendt (al contrario de lo que hiciera en “*Los orígenes del totalitarismo*”) trató a los campos de muerte y a la “Solución Final” no como fines, sino como los medios para comprender qué pensaban individualmente los nazis sobre sí mismos y sobre sus actos. Afirmando, de tal manera, cómo concebía Eichmann lo que significaba ser respetuoso con la Ley, y como concebía su deber; y sentenciando que “no fue su fanatismo sino su propia conciencia lo que llevó a Eichmann a adoptar una actitud inflexible durante el último año de la guerra.”

Ahora bien, es cierto que en su análisis Arendt, siguiendo a San Agustín, concluye que la maldad de Eichmann no radicaba en una decisión política activa de cometer delitos de lesa humanidad o genocidio, sino en su negativa (pasiva) a sobresalir de la multitud y actuar conforme a una buena conciencia. Se trataría de una maldad más indirecta que intencionada, situable en ese supuesto margen neutro, o gris, de aquellos que no son enteramente conscientes de la malignidad de sus actos, y no por ello inculpables. Ello simbolizaría lo que –a su través- puede ocurrir cuando los individuos no consiguen estar a la altura de las normas morales básicas de pensamiento, juicio y voluntad, connaturales a los humanos en sus relaciones sociales.

El concluir que se pone énfasis en las particularidades del reo por encima del mundo político o social en que aquel actúa no resulta una lectura ajustada al pensamiento de Arendt. Ello, puesto que serán las particularidades (sobre todo funcionales) del medio social y político (campo estructurado de acción de la institución) en el que actúa, las que afectarán y moldearán tal personalidad/conciencia del reo. En atención a esto Arendt concluye que Eichmann quedó atrapado en un mundo de conformidad burocrática y, por tanto, incapaz de seguir desarrollando sus propias capacidades intelectuales. La maldad de Eichmann era banal porque la vida cotidiana es banal; el que su maldad produjese unos resultados tan dramáticos resultó ser algo incidental y no fundamental.

Es esa falta de diálogo consigo mismo, es decir con su conciencia (valores sociales genuinos en los que se fundamenta la deontología de la norma penal

¹³¹ Agustín de Hipona. “*La ciudad de Dios*”; Tecnos, Madrid, 2010, pág. 356 y ss.

internacional primaria), lo que fundamentará la imputación personal del injusto penal. Mas ello no podría hacerse (desde una óptica de un normativismo atemperado por la realidad subyacente) si no se reconoce una limitación, o una complicación, en las posibilidades de dicho diálogo. Sin llegar a sostenerse (como principio general) una obnubilación total de tal consciencia, sí ha de reconocerse una perturbación/complicación o dificultad que –menester resulta- limitará tal imputación personal. O lo que es lo mismo, decir que conlleva acreditar la existencia de un atenuante.¹³²

Ahora bien, también nos advierte Arendt que no se ha de caer en el simplismo de catalogar el comportamiento de estos reos como “anormal” o “patológico”. Ello, ya que cuando se reconstruye el mundo desde su punto de vista (inmersos en la estructura de pecado), ejercer la violencia ya no deviene algo tan ilógico e incomprensible. No hemos de realizar una interpretación de la violencia ejercida durante los sucesos típicos descontextualizada de su medio social; así no comprenderemos qué condiciones se requieren para que los hombres de psique perfectamente normal, en determinadas circunstancias, hagan cosas que nunca realizarían en circunstancias distintas. Desde una perspectiva exterior, es frecuente que parezca ser completamente irracional aquello que, desde la perspectiva interior de los agentes, posee una cualidad insuperablemente racional; por cuanto se trata de algo lógico y evidente (claro que ello siempre –recuérdese- desde la óptica que suscita la propia estructura de pecado).

En adición a lo anterior, también hemos de considerar –respecto de los efectos que sobre la conducta produce el contexto- que los seres humanos no son como los perros de Pavlov. Es decir, no reaccionan a los estímulos con reflejos condicionados.¹³³ Entre el estímulo y la reacción en el hombre existe una interpretación de lo que percibe; y sobre ello comprende, resuelve y actúa. De allí que las críticas al supuesto desplazamiento de la valoración desde el exterior al

¹³² A tales asertos apunta Silva Sánchez, cuando afirma: “(...) no parece que pueda renunciarse, como en el caso de las estructuras de pecado, a una responsabilidad personal, por muy atenuada que ésta resulte.” Silva Sánchez, Jesús-María. “¿Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural?”, in Editorial InDret 3/11 (www.indret.com).

¹³³ De allí que conceptos como los de la “indefensión aprendida” sostenida por Zimbardo no han sido considerados como fundamentación de este trabajo. Vide: Zimbardo, Phillip. “*El efecto Lucifer...*” *cit.*, pág. 274 y ss..

interior del hombre carezcan de real sentido, así como de coherencia científica. *El cerne de toda valoración jurídico-penal ha de estar siempre ubicado en el hombre* (a diferencia de Hegel: el hombre como epicentro, y luego, sus circunstancias).

El ser humano no actúa ni sobre la base de condiciones objetivas (tal como postulara el marxismo), ni en respuesta a un análisis de costes y beneficios (tal como sostuviera la teoría de la “elección racional” en las ciencias sociales y económicas). Tampoco el ser humano actúa sólo por efecto de mentalidades pre-establecidas, sin perjuicio de que tales efectos psíquicos influyen en cómo actúa. Esto es: si bien las mentalidades preceden a las decisiones y/o resoluciones del actuar, empero no determinan completamente tales decisiones o resoluciones. Recordemos una vez más: el ser humano es, esencialmente, y por principio general, *libre al momento de decidir interactuar con terceros*.¹³⁴

De allí que a los efectos de poder interpretar y resolver sus acciones, todo hombre necesita de dos extremos: orientación y conocimiento. Todo ello respecto de aquello con lo que se relaciona en ese momento y de qué consecuencias se derivarían de cada decisión.

La orientación es lo que proporciona una “matriz de directrices” interpretativas, de ordenación y organización: los marcos de referencia. Tales “marcos de referencia” comportan una fuerte economía de acción, ya que la gran mayoría de lo que le ocurre al sujeto lo puede clasificar en una matriz que le resulta conocida.¹³⁵ Es decir, ante una determinada acción, no debe la persona “empezar de cero”, respondiendo a la pregunta “¿qué está ocurriendo aquí?” En su inmensa mayoría las respuestas a esta pregunta se construyen mediante datos por defecto, recuperables: se hallan almacenadas en una suerte de depósito mental de saber y orientación cultural, que despeja gran parte de las tareas de la vida al presentarlas como rutinas, costumbres o certezas, que nos alivian [a cada uno de nosotros] en gran medida a la hora de tomar decisiones.

De allí que, cuando queremos esclarecer el comportamiento de determinadas personas, menester resulta reconstruir los marcos de referencia en cuyo seno han actuado, y que han ordenado sus percepciones y sugerido sus conclusiones. Tales

¹³⁴ Al respecto vide: Churchland, Patricia. “*El cerebro moral*.”, Paidós, Barcelona, 2012, págs.135 y ss..

¹³⁵ Neitzel, Sönke; Welzer, Harald. “*Soldados del Tercer Reich. Testimonios de lucha, muerte y crimen*”; Crítica, Barcelona, 2012.

marcos, institucionalmente, se delinear en campos de acción (sobre los que, a su vez, se constituyen los diferentes estatutos con sus respectivos roles). De tal modo se responde a la pregunta de cómo las “ideologías” y las “concepciones del mundo” influyen sobre las percepciones e interpretaciones particulares, y desde allí se reconstruye el efecto que ellos tienen en la acción individual.

Así se ha dicho que las ataduras culturales habituales y las obligaciones que culturalmente se dan por sentadas, representan una parte considerable de los marcos de referencia; justamente esta es la razón de que tengan tanta eficacia y puedan llegar a resultar obligatorias. A veces el sujeto no llega a alcanzar el plano total de la reflexión; es más, la propia forma de vida cultural es la que dificulta que se puedan observar determinadas cosas o se puedan alterar costumbres perniciosas y estrategias carentes de sentido (y en casos excepcionales, incluso, se lleguen casi a excluir tales funciones mentales).¹³⁶

En atención a lo expuesto, no podremos comprender las interpretaciones y acciones de una persona sin reconstruir –previo a dicho análisis– cuál era la concepción del mundo que ésta tenía: dentro de qué modelo de interpretación, de qué ideas y relaciones percibían las situaciones, y de cómo interpretaban tales percepciones. En todo caso, de lo que debe huir el intérprete es de la tentación de tomar como base para la intelección del reo sus propias medidas y concepciones normativas de su comunidad y tiempo.

El marco de referencia, como ya adelantamos, también importa respecto de la institución o estructura de pecado, en la que se verá cristalizada como su campo de acción. Sobre éste se efectuará toda imputación de las acciones que dependan, a su vez, de la efectuación de los roles (esto es, el conjunto de acciones que verifica cada uno de los actores individuales, de conformidad con la esfera de responsabilidad asignada en su respectivo estatuto). Acciones éstas que la propia institución reconoce como relevantes de su propia iniciativa; que se esperan de dicho actor, aunque se dejen (en su efectiva verificación) librados a su iniciativa.

Lo último dicho verifica el presupuesto de la libertad autónoma del sujeto: se afirma que el sujeto es capaz de actuar libremente, de inscribirse en el ser a través

¹³⁶ Scheff, Thomas. “*Emotions, the social bond, and human reality. Part/whole analysis*”; Cambridge University Press, New York, 2006. Turner, Jonathan; Stets, Jan. “*The sociology of emotions*”; Cambridge University Press, 2009.

de su acción (reconociéndose el vínculo existente entre el sujeto y su acción, como expresión de dicha autonomía). Todo esto es fundamental en el análisis, puesto que significa partir de la imputabilidad plena de la interacción al sujeto; y todo ello antes de contemplar los extremos que -atendiendo a la realidad empírica subyacente- reduzcan tal vínculo normativo.¹³⁷

De allí que la responsabilidad individual en el seno de una institución se atribuye y se restringe a su estatuto y a la iniciativa que concede y reconoce en el sujeto. Las acciones puestas o consideradas por el actor en el marco de este estatuto son suyas. Dependen directamente de su iniciativa. Le pertenecen y debe responder por ellas. Ello (reiteramos una vez más) porque, aunque las ponga o las considere en un campo de acción estructurado –coordinadas en un proyecto común-, al sujeto se le reconoce un auténtico margen de libertad y de iniciativa.

Estos últimos extremos que ya nos van advirtiendo de las diferencias irreconciliables que este modelo presenta con respecto a la construcción normativa de Roxin¹³⁸ (del dominio por intermedio de un aparato organizado de poder), específicamente en lo que refiere al carácter de la “disponibilidad considerablemente elevada del autor directo (ejecutor) a la realización del hecho”, tal como fuere delimitado (para otra constelación de delitos) por F.C. Schroeder.¹³⁹

Así, y siguiendo lo indicado por Kai Ambos respecto de la “disponibilidad elevada del autor directo...”, hay que entender por ello que el ejecutor del delito “(...) *deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización jerárquica*”.

Para nosotros, en cambio, los efectos obnubilantes que la estructura de poder pueda generar sobre los individuos que la integran, podrán afectar su capacidad mimética (esto es, la posibilidad de evaluar correcta y razonablemente los posibles efectos de su acción conforme a su estatuto) mas difícilmente podrá llegar a anular

¹³⁷ Scheff, Thomas. “*Emotions, the social bond, and human reality. Part/whole analysis*”, cit, caps. 3y 4. Turner, Jonathan; Stets, Jan. “*The sociology of emotions*”, cit., caps. 1 y 5.

¹³⁸ Vide: Roxin, Claus. “*Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú*”, en “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini; editores); ARA Editores, Lima, 2010, págs. 93 y ss.

¹³⁹ Schroeder, Friedrich Christian. “*Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*”, Berlín, 1965. Pág. 150. También, vide: Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*”, en “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini; editores) cit., pág. 87.

completamente el acceso del sujeto a las instituciones profundas de la sociedad ni, mucho menos, a las relaciones sociales preexistentes a toda institucionalización (aquellos que constituyen las bases del “querer vivir y actuar conjuntamente”) y del respeto de los derechos humanos.¹⁴⁰ Por lo que no podríamos considerar como principio general el que los sujetos integrantes de una institución inícuca pierdan todo vestigio de su individualidad (de su capacidad de interpretar y resolver su conducta) fundiéndose así con el todo de la institución.

Ante una aporía constituida sobre la doble afirmación de, por una parte, una libertad que se encuentra condicionada por las características del medio o del mundo en que se halla inserto el sujeto y, por otra parte, del carácter incondicional de la libertad, nosotros advertimos que lo que se condiciona no es jamás el libre albedrío del sujeto sino –y en todo caso- la acción en sí. Pero además, y como criterio general, siempre hemos de partir de un hecho evidente en la vida cotidiana (y sin embargo contradicho en la mayoría de las construcciones normativas), y es que las relaciones sociales no son –repetimos: en general, y como principio- relaciones de dominio sino interacciones libres de seres humanos. La interacción es anterior a cualquier relación de dominio, así como la libertad es anterior a la obediencia. En definitiva: la efectuación del rol requiere que se suponga una plena responsabilidad individual para aquello que se escoge y se hace.

Empero, dicha responsabilidad deberá ponderarse con las oportunidades reales de acción posible que atribuya tal estatuto concreto (esto, repetimos, respecto de la acción). Así, este puede llegar a determinarse de tal manera que –*excepcionalmente*- una persona no tenga verdaderas opciones; ello en términos de competencias y de posibilidades reales. De tal guisa, la autonomía individual de acción puede verse tan reducida por un campo estructurado de acción, que el sujeto ya no tenga, en sentido estricto, esfera de iniciativa propia de acción. Un caso más que ilustrativo de ello son las situaciones de inexigibilidad como las que debieron sufrir los llamados *Sonderkommandos*, judíos seleccionados en los campos de exterminio para trabajar en las cámaras de gas (conduciendo a las víctimas hasta las supuestas “duchas”; retirando los cuerpos; arrojando los mismos a los hornos crematorios, etc.).

¹⁴⁰ Lo último conforme Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., Capítulo VII.

No obstante (y fuera, obviamente, de casos similares a los de los *Sonderkommandos*), en la casuística general, por minúsculas que sean, suelen existir esferas de iniciativa que quedan preservadas. La responsabilidad puede disminuir mucho, mas sólo excepcionalmente el poder de la obligación la eliminará completamente.

Ahora bien, tras lo anterior resulta importante agregar que la conducta del individuo no puede analizarse (ni mucho menos, valorarse jurídico-penalmente) abstrayéndola de la finalidad real (efectiva) que se propone la interacción de todos los miembros de la institución injusta o inicua (estructura de pecado). Así por ejemplo, si lo único que valoráramos de Eichmann fuesen sus acciones concretas conforme al rol que estatutariamente tenía adjudicado, habríamos de concluir en su inocencia respecto del Holocausto. Se trataría meramente de delimitar horarios y listas de pasajeros de trenes que transitaban por toda la Europa ocupada por los nazis. *Prima facie*, el intérprete desprevenido podría considerar que se trataría propiamente de una conducta jurídico-penalmente *neutral*, conforme la categorización que (al respecto) hace la doctrina más recibida. No obstante, al considerar –dentro del análisis de su conducta- también la finalidad de la interacción (puesto que en ella se integra la conducta conforme al rol), podemos valorar correctamente el juicio de antijuridicidad de dicha conducta. Así, el compartir la finalidad real o efectiva (criminal) de la interacción de todos los miembros de la institución/estructura, como el cumplir (a través de una conducta comisiva u omisiva) con su rol, hace del agente *un interviniente* en el delito.

Pero es que, fundamentalmente, Eichmann no hubiese podido determinar cómo cumplir con su rol (los posibles de la acción conforme a la función mimética), sin conocer el campo de acción estructurado por la institución en atención a la finalidad efectiva de la institución. Sólo conociendo lo que les pasaba a los judíos al llegar a los campos de exterminio, podía calcular la cantidad de judíos que podían llegar a tales patíbulos sin sobrepasar la cantidad de víctimas que podían ser gaseadas y cremadas por hora; de modo tal de tenerlos viajando por medio continente europeo (calculando una media de muertos por las espantosas condiciones de hacinamiento del viaje) y llegando a los centros de exterminio para ser inmediatamente “procesados” sin desbordar así las instalaciones. Por tanto, no se trataba meramente de realizar listas, sino de organizar un flujo constante de “materia prima” para la industria nazi de exterminio y genocidio.

De allí que tal “compartir” la finalidad criminal requiere de un previo conocimiento sobre ella. Conocimiento que, asimismo, resulta indispensable para delimitar “los posibles de la acción”, es decir, las posibles formas de cumplir con el rol específico que le corresponde al sujeto (conforme al estatuto de la institución). Dentro de este marco, las conductas “*jurídico-penalmente neutrales*” quedarían reducidas a aquellas en las que, para la normal y efectiva realización de su rol dentro de la institución, el agente no precise para nada conocer la finalidad efectiva de aquella. Es decir, que para la elaboración del pensamiento mimético (imaginarse las distintas maneras de realizar la acción para alcanzar su fin inmediato, esto es, el cumplimiento de su rol conforme a las expectativas de la institución) no requiera el conocimiento del fin criminal que se propone la institución como proyecto. Que tenga o no dicho conocimiento, resulta indiferente, puesto que la conducta no se podrá considerar disvaliosa por no excederse del marco de iguales libertades recíprocamente reconocidas.

Ahora bien, volviendo a la situación de los intervinientes en el delito, cabrá realizar en un segundo momento la valoración del grado de intervención (así: autor, partícipe necesario, instigador, cómplice). Para ello habrá que volver a atenderse a su estatuto dentro de la institución¹⁴¹ y al rol que el sujeto (específica e individualmente) efectivamente haya cumplido dentro de la acción colectiva (la interacción).

Recapitulando, lo que se postula en definitiva es lo siguiente: cuando se actúa dentro de una institución, se actúa dentro de un *campo estructurado*, en el que la acción individual se coordina con las de los otros actores o agentes. Todas ellas se ordenan hacia la realización de un *fin común* (en el caso, una *finalidad inicua*: la comisión de un genocidio o de un delito de lesa humanidad). Se trata, pues, de una responsabilidad común, puesto que se trata de la imputación de una interacción (“de una responsabilidad cuya primera característica es la de ser compartida”).¹⁴² No se trata de una obra individual, sino de una obra de varios; donde toda acción en dicho campo estructurado (de la institución) se conforma a él y lo actualiza. De allí que haya de concluirse que, en atención a la participación y actualización del hecho institucional, se produce *–de facto–* una igualdad entre todos los actores. Todos

¹⁴¹ Estatuto que podrá estar formalizado en actos jurídicos solemnes o consensuales.

¹⁴² Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” *cit.*, pág. 327.

participan y todos actualizan el hecho institucional. Como se ha indicado: “(...) *en tanto que comunidad de personas congregadas por y en la interacción, todas juntas comparten la responsabilidad de esta realización. Por consiguiente, la particularidad de esta responsabilidad común es la de ser acarreada a la vez, conjunta e individualmente, por cada una de las personas que concurren en la interacción (...)*”.¹⁴³

Empero, y por los extremos que se analizarán *ad infra*, tal responsabilidad común será mayor en aquellos sujetos que determinan el campo de acción y sus respectivos estatutos (personal supra-estatutario), y será menor respecto de aquellos sometidos a dichos estatutos (personal infra-estatutario).

Ahora bien, conforme a lo expuesto, posteriormente a la imputación de la interacción, habrá de atenderse a una diferenciación de esa *participación y actualización del hecho institucional*, lo que se hará en atención a la finalidad inmediata de la acción individual. Es decir, aquella que el actor diera a su conducta en atención a su estatuto (rol) conforme a los posibles de la acción. De tal guisa, la esfera de responsabilidad del rol delimita la relevancia de la contribución personal respecto del proyecto común. Así, la responsabilidad, aun siendo común, se acarreará (en su magnitud) de distinta manera, conforme a la naturaleza de su participación en la interacción. Lo primero será determinante de su calidad de interviniente en el delito común, lo segundo determinará el grado de responsabilidad dentro de la escala del concurso de delincuentes (autoría, participación, complicidad).

A continuación, veamos detalladamente todos los extremos aquí relacionados.

I.2º) La dimensión social del hombre: la condición de natalidad y la condición de pluralidad.

Una de las cuestiones fundamentales para comprender el alcance (real) de las estructuras de pecado, reside en la delimitación exacta del componente esencial de las mismas: el hombre. Y es en este punto, donde muchas de las imputaciones de la responsabilidad penal (objetiva, subjetiva y personal) suelen errar, cuando no derechamente lo obvian. Todo ser humano observa una doble dimensión: individual

¹⁴³ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” *cit.*, pág. 330.

y social. Esta afirmación halla su sustento (dentro del pensamiento de Arendt) en las llamadas condición de natalidad y condición de pluralidad, que corresponden a todos y cada uno de los seres humanos.

La llamada *condición de natalidad* se refiere al reconocimiento de la aparición de un principio absoluto: la persona humana (ser cuya acción es capaz de innovación). El recién nacido es un nuevo ser-en-el-mundo que se define por su libertad expresada en actos y en palabras. Actos y palabras, *mediante las cuales se inserta en el mundo (se fusiona con él) y se adueña de la historia que le precede.*¹⁴⁴

Ahora bien, esta novedad, que es el nuevo ser humano (el recién nacido), a su vez se halla precedida de la existencia de otros seres humanos, viniéndose a encontrar en medio de ellos. Es decir, entonces, que la irrupción del recién nacido se da en un mundo que le sitúa y le acompaña. Un mundo que se halla ya constituido, y que le precede: de allí que la comunidad que el recién nacido encuentra cuando nace siempre le pre-existe.

Este medio humano, la comunidad, es suya (“le pertenece”) por el mero hecho del nacimiento e incluso ello de forma previa: desde la concepción. Empero, se halla a su respecto en un estado de dependencia absoluta, tanto para su supervivencia, como para su pleno desarrollo como hombre. Por eso se indica que, si bien ese mundo (la comunidad en la que nace) le pertenece, le es suyo, a su vez le resulta ajena (por ser él mismo nuevo). De allí que tenga que “hacerlo suyo”: y ello lo logra a través de la educación, esto es, el proceso que permite la eclosión de una responsabilidad individual.¹⁴⁵

Así, se habla de la transmisión al recién nacido de una herencia, en virtud de la cuál éste puede desarrollarse en hombre. *Herencia* que se recibe de la comunidad particular que le es propia: “*herencia de una memoria*” compuesta de la historia común, del saber, de la ciencia, de los símbolos y de una escala axiológica; “*herencia de las estructuras del mundo*” compuesta de las instituciones políticas, económicas, culturales, y religiosas; y “*herencia de los objetos del mundo*” compuesta de los bienes y riquezas del mundo.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Arendt, Hannah. “*Entre el pasado y el futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*”; Península, Barcelona, 2003.

¹⁴⁵ Arendt, Hannah. “*Entre el pasado y el futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*”; cit.; págs. 285-295.

¹⁴⁶ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 123.

A lo expuesto hay que adicionar la presencia de la llamada “condición de pluralidad”, la que expresa que la existencia individual se halla siempre precedida por una comunidad, estando situada (desde el nacimiento) en la interacción con los demás.¹⁴⁷ Como recuerda Arendt, en latín (idioma de los romanos, “probablemente el pueblo más político que conocamos”) se empleaban las expresiones “vivir” y “estar entre hombres” (*inter homines esse*) o “morir” y “cesar de estar entre hombres” (*inter homines esse desinere*) como sinónimos.

Al argumento anterior agrega Arendt: “Pero en su forma más elemental, la condición humana de la acción está implícita incluso en el Génesis (“y los creó macho y hembra”), si entendemos que esta historia de la creación del hombre se distingue en principio de la que nos dice que Dios creó originalmente el Hombre (Adam), a “él” y no a “ellos”, con lo que la multitud de seres humanos se convierte en resultado de la multiplicación. La acción sería un lujo innecesario, una caprichosa interferencia en las leyes generales de la conducta, si los hombres fueran de manera interminable repeticiones reproducibles del mismo modelo, cuya naturaleza o esencia fuera la misma para todos y tan predecible como la naturaleza o esencia de cualquier otra cosa. La pluralidad es la condición de la acción humana, debido a que todos somos lo mismo, es decir, humanos, y por tanto nadie es igual a cualquier otro que haya vivido, viva o vivirá.”¹⁴⁸

El hecho de nacer nos sitúa en una condición de pluralidad¹⁴⁹; y esto es un dato importantísimo ya que señala que, dada su propia naturaleza, no se puede concebir al hombre solo (en sí mismo), sino siempre inscripto en una relación con otro u otros hombre/s. Así, se sentencia que del mismo modo que el “yo” no puede

¹⁴⁷ “La acción, única actividad que se da entre los hombres sin la mediación de cosas o materia, corresponde a la condición humana de la pluralidad, al hecho de que los hombres, no el Hombre, vivan en la Tierra y habiten en el mundo. Mientras que todos los aspectos de la condición humana están de algún modo relacionados con la política, esta pluralidad es específicamente la condición – no sólo la *conditio sine qua non*, sino la *conditio per quam*- de toda vida política.” Arendt, Hannah. “La condición Humana”; Paidós, Barcelona, 2010, págs. 21 y ss.

¹⁴⁸ Arendt, Hannah. “La condición humana...” cit., pág. 22.

¹⁴⁹ “La convivencia es la expresión de esta apertura fundamental hacia el otro. Como el Otro me precede, la comunidad de los hombres es anterior a mí; como me descubro abierto al Otro, solo vivo en relación con otro; como debo reconocer y aceptar el don que es mi libertad autónoma, debo reconocer y aceptar que esta libertad autónoma solo puede actualizarse gracias a la organización del mundo.” Nebel, Mathias. “La categoría moral de pecado estructural...” cit., pág. 124.

entenderse verdaderamente sin el otro, así también este “yo” no existe al margen de una comunidad.¹⁵⁰ El Hombre nunca está sólo, sino que siempre está “con” y “entre” otros. Hete allí la dimensión social de la persona.

Tal dimensión social no observa una naturaleza secundaria, que se añade a una naturaleza ya completa (en sí misma). No se trata de una naturaleza ajena a la propia naturaleza humana sino que es una parte integrante de la misma. Este es un extremo muchas veces desatendido o incomprendido por las construcciones dogmáticas, probablemente ello por el influjo de la impostura de la Modernidad que ha tendido a valorar la aprehensión del yo, regulando en un segundo tiempo o en segundo lugar el encuentro y relacionamiento con los Otros. Por el contrario, la realidad nos indica que no hay humanidad sin apertura de cada uno hacia los Otros; lo que es igual que decir que, si negamos la humanidad, entonces la persona, en tanto que persona humana, resulta asimismo negada.

Aquí se puede apreciar con toda claridad la falacia del idealismo trascendental: jamás el conocimiento del Otro se ha de alcanzar desde el yo (desde las categorías del pensamiento que captan, reproducen, y aprehenden a la categoría) ya que tanto la aprehensión del yo como el conocimiento (o reconocimiento) del Otro son fenómenos concomitantes, que se retroalimentan el uno al otro, y viceversa.¹⁵¹

Ahora bien, tanto la condición de natalidad, como la condición de pluralidad, no surgen del orden ideal, sino del campo de la experiencia. Se trata de un hecho comprobado y experimentado cotidianamente por cada uno de nosotros: la omnipresencia de la comunidad en nuestras vidas. Vivir significa desplegar en la convivencia la vida propia: tomar parte en esa convivencia insertándose en ella.¹⁵²

Al respecto cabe distinguir dos *lugares* sobre los que se da esta experiencia de convivencia: en los “objetos-del-mundo”, y en “la-red-de-relaciones humanas”.

Así, y respecto de los “objetos-del-mundo”, decíamos *ut-supra* que el niño al nacer “hereda” un mundo que ya (al tiempo de su nacimiento) se halla constituido.

¹⁵⁰ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 128.

¹⁵¹ Estos extremos serán retomados en el Capítulo II de la Tercera Parte, como fundamentación de la posición de garante del personal supra-estatutario, todo ello conforme a la filosofía moral de Lévinas. Al respecto, vide: Lévinas, Emmanuel. “*Totalidad e infinito*”, ediciones Sígueme, Salamanca, 2012, págs. 27 y ss..

¹⁵² Arendt, Hannah. “*La condición humana...*” cit.; pág. 156. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 126.

Dentro de tales extremos que “hereda” se encuentran estos objetos, que se definen como “el conjunto de los objetos creados por el hombre para su uso”¹⁵³; aquellos que transforman el entorno natural convirtiéndolo en un lugar ajustado a las necesidades y al hábitat del hombre. Pero fundamentalmente (hete aquí su carácter principal), constituyen el artefacto humano que le permite al hombre inscribir en el tiempo y en el espacio la especificidad de su humanidad: se trata de objetos pensados para resistir el uso y el paso del tiempo.¹⁵⁴ De tal guisa, los “objetos-del-mundo” expresan (en parte) el vínculo que une a cada persona física en la convivencia, y ello a través de una función mnésica. No solo son portadores de un sentido, sino de un sentido desprendido, voluntaria y conscientemente separado de su fuente de vida, que no es otra más que la actividad del pensamiento: “*Todo objeto lleva consigo la memoria de la actividad que ha estado en su origen, y a su vez, recuerda algo de su creador, del designio que tenía a su respecto.*”¹⁵⁵

Este creador que muchas veces resulta ser la comunidad toda. Así -y como bien se ha indicado- los objetos más utilizados y los más duraderos, como la apropiación y fragmentación del suelo, el trazado de caminos, la delimitación de unidades de peso y de medida, la moneda, la fragmentación del tiempo en un calendario, la selección de las letras del alfabeto, etc., son creados por toda la comunidad, no pudiendo reducirse tal “*memoria*” a determinados actores y a determinados hechos individuales. De allí que tal “*memoria*” sea compleja, pues se halla ligada a la comunidad toda; entendida ésta como conjunto de la vida económica, política y religiosa. “*Memoria*”, en definitiva, que se asienta sobre la convivencia, siendo a través de ésta como será conocida, guardada y transformada. Estos extremos—en adición— se inscriben perfectamente en los llamados “*hechos institucionales*” descritos por Searle, y que refiriéramos anteriormente.

Por ello, cada recién nacido se encuentra con un mundo ya estructurado o constituido: es decir, lleno de objetos (con sus respectivas “*memorias*”) que heredará. Así la relación con el Otro en la convivencia pasará —en parte— por la

¹⁵³ Arendt, Hannah. “*La condición humana...*” cit., pág. 157.

¹⁵⁴ “Por ello, los objetos están pensados para resistir al uso y al paso del tiempo. Duran, y esta es su característica principal. Su diversidad es innumerable, tan grande como usos hay. De este modo, tanto una mesa como un libro o una estatua son objetos-del-mundo.” Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 126.

¹⁵⁵ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 127.

mediación de estos “objetos-del-mundo”. Y advertíamos anteriormente que esa relación con el Otro en la convivencia pasa sólo en parte por los “objetos-del-mundo” ya que también se verifica a través de la experiencia de *la acción* y de *la palabra* (“red-de-relaciones-humanas”). Así, la acción y la palabra insertan al hombre en el mundo, a la vez que le garantizan su *reconocimiento* y su *participación* (su interacción) dentro de la convivencia. Reconocimiento, puesto que la acción y la palabra inevitablemente han de revelar el *quién* del agente ante el resto de los integrantes de la comunidad (o, al menos, de los que integren la interacción concreta).¹⁵⁶ Como se ha indicado, tal reconocimiento constituye un momento ético esencial que garantiza la humanidad de la convivencia; una estima por el Otro como un “yo mismo”. Reconocimiento que se puede concretar en la fórmula: “*tú también eres capaz de comenzar algo en el mundo, de actuar por razones, de jerarquizar tus preferencias, de estimar los fines de tu acción y, de este modo, estimarte a ti mismo como yo me estimo a mí mismo.*”¹⁵⁷

Ahora bien, así como el *reconocimiento* opera en el marco de la libertad del hombre en su acción y en su palabra, la *participación* en la convivencia opera tanto en el marco de la acción como de la interacción, esto es, de la experiencia del *poder de la acción*. De tal guisa, por *poder* hemos de comprender la capacidad humana para emprender y ejecutar un proyecto: capacidad de iniciativa para proponerse algo nuevo y capacidad para dirigir su acción para ejecutarlo (realización efectiva del proyecto). Extremos éstos que se ubican dentro de la concepción arendtiana que señala que con la creación del hombre: “(...) *el principio del comienzo entró en el propio mundo, que, no es más que otra forma de decir que el principio de la libertad se creó al crearse el hombre, no antes.*”¹⁵⁸

Por ello es que el privarle a cualquier persona física de su capacidad de acción y de palabra, equivale empíricamente a negarle su lugar en el mundo humano, su humanidad. Ello ya que significa impedirle insertarse en él, participar en él, y tomar en él el lugar que le corresponde (aprehenderlo, “hacerlo suyo”). Buen análisis de estos extremos surge del siguiente pasaje de la obra de Klemperer:

¹⁵⁶ Arendt, Hannah. “*La condición humana...*” cit., pág. 224 y ss..

¹⁵⁷ Ricoeur, Paul. “*Si mismo como otro*”; Siglo XXI, Madrid, 1996, pág. 202.

¹⁵⁸ Ricoeur, Paul. “*Si mismo como otro...*” cit., pág. 200.

“(…) En ella reside gran parte de su fortaleza, pues lo relaciona con la masa popular más embrutecida, que en la era de la máquina no está integrada por el proletariado industrial, ni siquiera por sectores de la población rural, sino más bien por la multitud de la pequeña burguesía hacinada. Para ella, quien viste de otra manera, quien habla de otra manera, no es el otro ser humano, sino otro animal de otro establo, con el que no puede haber acuerdo, al que es preciso odiar y expulsar a mordiscos. La raza como concepto de la ciencia y de la pseudociencia sólo existe desde mediados del siglo XVIII. Sin embargo, como sentimiento de un rechazo instintivo al extraño, de una hostilidad de sangre hacia él, la conciencia racial pertenece al grado más bajo de la humanidad, que se supera en la misma medida en que la horda humana aprende a no ver en la horda vecina una manada de animales diferentes.”¹⁵⁹

Ahora bien, retomando el concepto de *poder* también podemos comprender el poder de interacción, esto es, la capacidad de sumarse a la acción del Otro, u oponerse a ella. Analizada desde su positividad se trata de una capacidad para integrar una acción que se hace común, es decir, que entra en una sinergia organizada con Otro; y ello con la finalidad de concretar un proyecto que les resulta común. Esta concepción del poder de la acción considerada en el plano de una comunidad (y ya no en el plano individual) es la que toma Arendt a la hora de definir su concepto de “poder”.¹⁶⁰

La interacción, por su parte, se caracteriza por dos aspectos importantes: la ambigüedad y su fragilidad. Así, hablamos de *ambigüedad*, ya que aunque una persona puede empezar una acción y proponerse un fin, su realización se le escapa en parte, ya que el orden de los medios y la finalidad efectiva de su acción dependen de la acción de otras personas. Personas éstas que o bien cooperarán con el proyecto (implicándose en el mismo), o bien se opondrán al mismo, o bien se mostrarán indiferentes. De tal guisa, resulta que aunque mi acción tenga un proyecto claramente determinado en términos de fines y medios, en la medida en que el mismo se ha de ejecutar en medio de Otros, no puedo asegurar que la reacción de éstos al mismo [proyecto] no afecte a la finalidad propuesta, ni

¹⁵⁹ Klemperer, Victor. “*LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*”; editorial Minúscula, Barcelona, 2010, págs. 252-3.

¹⁶⁰ Arendt, Hannah. “*La condición humana...*” cit.; págs. 218-219. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 130.

modifique los medios elegidos. Ello básicamente porque no puedo prever completamente la reacción de los demás respecto de mi acción. “*Parafraseando a Kant, podríamos decir que en la trayectoria de mi acción, el otro no puede ser reducido nunca al rango de un medio, sino que siempre debe ser considerado como un sujeto capaz de actuar, que, o bien colaborará con mi proyecto, o bien se opondrá a él, o bien se mostrará indiferente. Pero en ningún caso la indiferencia de otros puede ser postulable a priori. Al contrario, generalmente una acción provoca una reacción, especialmente si es innovadora y si el sujeto se involucra en su acción.*”¹⁶¹

Habíamos señalado más arriba que el segundo carácter de la interacción era el de su *fragilidad*. Ello se explica ya que la acción es efímera: al contrario de los – objetos-del-mundo, está destinada a desarrollarse de modo inmediato (en un “aquí y ahora”). Empero, para perdurar (es decir: para superar tal carácter efímero), se ha de *institucionalizar*. Solamente mediante la organización se pueden superar los problemas de duración y de distancia. Ello, aunque conlleve el riesgo de que, al estructurarse, la interacción pierda su espontaneidad (por la formalización del proyecto común, así como del compromiso individual de cada uno de sus integrantes). Así, la finalidad pretendida se suele oscurecer en atención a los medios que suelen acaparar la máxima atención y la mayor parte de los esfuerzos. De este modo se conforman instituciones que *pierden el sentido de sus acciones en la extraordinaria complejidad de los engranajes administrativos y en la disolución de las responsabilidades.*¹⁶²

Lo anterior nos lleva de nuevo al concepto de *poder* que construye Arendt (atendiendo para ello a la naturaleza humana, tanto en su dimensión individual como social), así, “*el poder corresponde a la capacidad, no simplemente para actuar, sino para actuar concertadamente.*”¹⁶³ Conforme a esta concepción, hemos

¹⁶¹ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 130. En el mismo sentido, vide: Arendt, Hannah. “*La condición humana...*” cit., pág. 218.

¹⁶² Cfe. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., págs. 130-131. Asimismo, vide: Crozier, M. “*El fenómeno burocrático: ensayo sobre las tendencias burocráticas de los sistemas de organización modernos.*” Volumen I; Buenos Aires, 1999. Arendt, Hannah. “*La condición humana...*” cit., pág. 217.

¹⁶³ Arendt, Hannah. “*Crisis de la república*”, Taurus, Madrid, 1991, pág. 146. Asimismo, vide: Arendt, Hannah. “*Sobre la violencia*”, Alianza editorial, Madrid, 2010, págs. 9 y ss..

de concluir que el poder no es (no puede ser) propiedad de ningún individuo, sino que es un fenómeno que pertenece (siempre) a un grupo o colectividad y que seguirá existiendo en la medida en que el grupo o comunidad permanezca unido. De allí que sea un concepto opuesto al de dominio, al de violencia y al de opresión. Donde reina la violencia, el poder ha desaparecido; así como donde el poder está establecido, la violencia o la dominación no tienen nada que hacer.

El poder no descansa de modo alguno en la violencia (capacidad de coerción) que sólo produce una obediencia forzada, no querida e ineficaz. Por el contrario, se funda en la capacidad de acciones coordinadas que resultan del querer vivir y actuar juntos. La violencia no es menester, puesto que el compromiso pende de la libre iniciativa (libertad de acción fundada en el reconocimiento y la participación). Los gobiernos que se basan en la violencia (las dictaduras o los totalitarismos – comunismo, fascismo-) no tienen ningún poder (ni siquiera lo detentan) y se caracterizan, fundamentalmente, por su fragilidad. Por ello, Ricoeur –siguiendo a Arendt- descubre que en la convivencia de toda comunidad histórica existe un “poder” que ha de ser movilizado al servicio de la comunidad. “Poder” que, por otra parte, sería incomprensible sin una referencia a un querer que se sintetiza en aquel “*vivir y actuar juntos*” quintaesencia ésta de las relaciones sociales naturales (pre-institucionales).

Como se ha indicado al respecto: *“Este paso es capital, porque, contrariamente a muchas reflexiones de filosofía política, no se da ninguna hipóstasis del poder en ninguna institución pública. El querer vivir y actuar juntos es el de las personas, y su resultado no es la suma ni un sistema, sino una serie de interacciones que descansan sobre la ‘aptitud para actuar de manera concertada’.* Así pues, el estado no tendrá ninguna necesidad de ser elevado al rango de ‘sujeto’ para estar dotado de un querer eficaz. Al contrario, es la estructuración, la institucionalización de un querer vivir y actuar juntos, lo que le precede.”¹⁶⁴

Ese *querer vivir y actuar juntos*, que define a la categoría del poder (y que observa una naturaleza pre-institucional) resulta ser un querer complejo. Ello, ya que es en parte “heredado” por estar basado en la comunidad histórica (convivencia o recibida en un mundo que heredamos al nacer), y en parte “vivido” como interacción de los agentes que componen en el tiempo presente a la comunidad de

¹⁶⁴ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., nota n° 35, pág. 132.

referencia. El poder, pues, deriva de la interacción, esto es, de la capacidad de actuar de manera concertada que tienen todos los hombres. Capacidad ésta que se halla siempre en toda comunidad, y que se ubica potencialmente en la convivencia mientras ésta dura. Mas dicho poder no se hará efectivo hasta que tal convivencia no sea organizada. Fenómeno éste que conlleva la institucionalización del poder.

No es que el poder necesite institucionalizarse para poder existir; empero resulta consustancial a la vida de toda comunidad el hecho de que tal poder se organice conforme a las necesidades relativas al tiempo y al entorno de cada comunidad. Toda institución, al estar fundada sobre una interacción (y sin importar la actividad de la misma: se trate de un Estado, de la cultura, o de un club deportivo) siempre efectuará y hará efectivos los fenómenos del *reconocimiento* y de la *participación* (están ellos, si se me permite la metáfora, en su ADN).

Ahora bien, dentro de la diversidad de instituciones que podemos hallar, podemos distinguir dos categorías: las instituciones profundas y las microinstituciones.

i) Las “instituciones profundas”: Sobre este punto, cabe advertir que nos permitimos distanciarnos un poco del concepto dado por Nebel, y apoyarnos más en el concepto de relaciones sociales naturales sostenido por Bauman.¹⁶⁵ De tal modo diremos que son aquellas que se refieren a la comunidad en su totalidad y que buscan la institucionalización de la convivencia de conformidad con la naturaleza propia (es decir, de las relaciones sociales naturales, pre-institucionales).¹⁶⁶

La más representativa de ellas resulta ser el Estado (entendido como persona jurídica pública mayor) que se ocupa de la convivencia mediante su función de gobierno. No obstante, también existen otras instituciones profundas que denotan una finalidad globalizante del “querer vivir y actuar juntos” preexistente. Así, todas aquellas que refieren al ámbito de la Cultura –la lengua, las tradiciones, las técnicas, la sabiduría, las artes, el ocio–, es decir todo aquello que se transmite y se renueva en una reinvención constante del pasado en función del futuro. De tal modo, hallamos instituciones encargadas de la educación (de la transmisión del mundo) tales como la familia, la escuela, los centros de formación, la universidad, los centros de arte, las galerías, los museos, etc. También hallamos instituciones encargadas del presente de la convivencia, es decir, de las necesidades cotidianas

¹⁶⁵ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., Capítulo VI.

¹⁶⁶ Vide, Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., págs. 210 y ss..

de las interacciones: el Mercado. Las instituciones profundas de la convivencia (lo político, lo cultural, y lo económico) se ubican dentro de lo que llamáramos “lo heredado” o “lo dado”. Las mismas emergen y se estructuran muy lentamente desde la convivencia, así como también evolucionan muy despacio (más por el paso de los siglos, que por el paso de las décadas).

Dicha evolución (lenta, mas sostenida) que sufren las instituciones profundas, se debe a que la convivencia no es un sistema, es decir, una realidad instituida de forma absoluta y definitiva. Lejos de ello, la convivencia es un denso entretejido de interacciones de los seres humanos que integran una comunidad, quienes –a través de ellas- van re-instituyendo permanentemente tal mundo. Al decir de Nebel, la convivencia es vida, un hervidero constante que hace surgir, aquí y allá, según las iniciativas y las necesidades de diversos colectivos o grupos de personas, múltiples proyectos infinitamente diversificados.¹⁶⁷

ii) Atendiendo a dicha realidad subyacente, hallamos a las micro-instituciones. Ellas no se refieren a la totalidad de la convivencia, sino a una parte o sector de ella. Siendo en ellas donde las personas actúan, se movilizan, constituyendo “la textura viva” de la convivencia.¹⁶⁸ Pero también hemos de advertir que las micro-instituciones, *en principio*, no se oponen a las instituciones profundas. Al contrario, suelen apoyarse en ellas para desarrollar su actividad propia. Así por ejemplo, podemos advertir una micro-institución en todas y cada una de las distintas empresas que existan en el seno de una comunidad. Dichas empresas, para poder existir y desarrollarse, requieren del marco legal y moral que aporta la institución profunda del Mercado. De tal ejemplo se desprende cómo las instituciones profundas *aportan el marco y las condiciones de posibilidad* de existencia y desarrollo de las micro-instituciones.

Mas hete aquí, que a su vez, el respeto que observen las micro-instituciones respecto de las instituciones profundas constituye un reconocimiento (espontáneo) de su autoridad; una *confirmación* de aquellas instituciones que “*se nos dan*”, que “*heredamos*”. Como se ha indicado, y desde un punto de vista conceptual, tal *consentimiento* en el que se fundamenta el *poder* de tales instituciones “profundas” se verifica y renueva constantemente en el *reconocimiento espontáneo* de su

¹⁶⁷ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 134.

¹⁶⁸ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 134.

autoridad por parte de las micro-instituciones.¹⁶⁹ Mas también es cierto que, por obra y efecto de estas micro-instituciones, en la medida en que se opongan directamente (desconociendo) o indirectamente (tergiversando el verdadero alcance) a las instituciones profundas, se irá verificando una paulatina transformación de éstas. Y ello es, justamente, lo que ocurre con las estructuras de pecado.

Ellas se oponen a las relaciones naturales sociales, constituyéndose en instituciones societales que socavan el alcance de tales relaciones naturales, convirtiéndose en relaciones de dominio (cuando no derechamente de exterminio) de gran parte de los componentes de la comunidad.¹⁷⁰ Así, cuando nos hallamos ante un régimen de violencia colectiva (tanto perteneciente al modelo *top-down*, como *bottom-up*) forzosamente estaremos ante la presencia de micro-instituciones que socavarán las instituciones profundas de la comunidad correspondiente, ello hasta llegar a un punto en el que se logre distorsionar aquel mundo que se “hereda”, o que “se tiene por dado”. Esto es: hasta el punto de modificar sustantivamente las condiciones de natalidad y de pluralidad. Afectando, así, la dimensión social de los integrantes de dicha sociedad.

Será a través de dichas micro-instituciones que se desplegarán las políticas de ingeniería social a las que hiciéramos referencia en la primera parte de esta obra; afectando así las relaciones sociales naturales emergentes de las instituciones profundas (y, de forma mediata, las demás micro-instituciones).¹⁷¹ De tal guisa, es que propiciarán la conformación de políticas de *in* y *out-groups*, así como la indiferencia social (considerando a parte de los individuos ajenos a la interacción social), la deshumanización o subhumanización de las víctimas.¹⁷²

¹⁶⁹ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 135.

¹⁷⁰ En un sentido similar, tal como se analizará ad infra, vide: Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 215 y ss..

¹⁷¹ Recuérdese que, dentro del marco del derecho penal Internacional, hemos de considerar tales “relaciones sociales naturales”, codificadas en sus mínimos a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Universal de Derechos Económicos y Sociales.

¹⁷² Así, y a modo de ejemplo, se puede citar la fundamentación del fallo del Tribunal alemán que juzgara las “marchas de la muerte” que tuvieron lugar en los últimos días del régimen Nazi (cuando fueron evacuando los campos de exterminio y de concentración a medida que iban avanzando los ejércitos aliados):

Pero es que también afectarán a la propia idiosincrasia de cada uno de los sujetos que se vean alcanzados por ellas; alterando la correcta comprensión o interpretación que tales hombres hacen del modelo cultural, político o económico “dado” o “heredado” (fenómeno éste que Levi-Strauss designara “bricolaje”). Por supuesto que, a la hora de considerar todos estos extremos, habremos de considerar los fenómenos de la “conformidad con el grupo”, “estado de agencia”, y “factores situacionales”, comprobados por Asch, Milgram y Zimbardo, respectivamente.¹⁷³

I.3º) Delimitando el concepto de Institución.

Cuando hablamos de institución, solemos representarnos la existencia de un orden dado, continente de una racionalidad ordenada, y dentro de una determinada sociedad. Una racionalidad que no “ha caído del cielo”, ni es “física”, ni “la del ser vivo” o “autopoietica”, sino que es la propia de la acción humana.

A los efectos de delimitar el alcance de tal racionalidad, aprovecharemos los aportes que a su respecto han realizado Hauriou y sus discípulos de su escuela institucionalista francesa.¹⁷⁴ Hauriou creó su obra con el fin de dar solución a la

“The goal of the evacuation was unknown to [the prisoners] as well as to the members of the guarding group, except, that is, to the accused. The accused saw in the prisoners not only enemies of the state, saboteurs, destroyers of the [German] people, anti-socials and criminals, but also creatures whose humanity was hardly to be considered. Accordingly, it was all the same to him in his mind whether a matter concerned Jewesses or non-Jewesses, whether Poles, Czechs, Russians, Hungarians, French, Dutch, or members of other nations.” Vide: *Staatsanwaltschaft beim Landesgericht Hof, Alois Dörr Case*, Bundesarchiv Aussenstelle Ludwigsburg, 410 AR 1750/61 (Sentencia, página 42).

¹⁷³ Extremos éstos que contradicen la opinión de Jäger, acerca de que no existían –dado el estado de la investigación sobre las dinámicas de grupo, esto es, dinámicas de interacción- situaciones empíricamente probadas que permitieran una disminución o renuncia a la pena. Si bien es cierto que advertía, asimismo, que la investigación interdisciplinaria debería estar abierta a dichas comprobaciones. El tema es que estos asertos fueron dichos en mitad de la década de los ochenta (Siglo XX) cuando las experiencias de Asch, Milgram y Zimbardo aquí relevadas, se hallaban consolidadas en el ámbito científico y académico. Jäger, H. *“Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens. Zur strafrechtlich kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*; A Metzner, Frankfurt am Main, 1985, pág. 46.

¹⁷⁴ Hauriou, Maurice. *“Écrits sociologiques”*, Editions Dalloz, Paris, 2008. Asimismo: Renard, Gustave. *“La théorie de l’institution”*, Paris, 1930.

polémica suscitada entre el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo, sosteniendo para ello la importancia de la noción de “obra en común” o de “realización común de una idea”. Sostuvo así que la cuestión del grado de objetividad (de la existencia independiente de las instituciones) depende de la acción común (o inter-acción) que permite no solo comprender su dinámica, sino también dar cuenta de la relación existente entre personas e instituciones. De tal guisa, definió la institución de la siguiente manera: “Una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura unos órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión.”¹⁷⁵

Esta definición (y tal como el propio Hauriou señalara expresamente) se construye sobre cuatro pilares fundamentales: primeramente, la idea de obra o de empresa que debe realizar un grupo social; luego, un poder organizado puesto al servicio de tal idea para su realización; en tercer lugar, las manifestaciones de “comunión” que se producen entre las personas comprendidas en el grupo social, de conformidad todo ello con la idea y con su realización; y por último, un fenómeno de incorporación, es decir, de interiorización que conduce a una *personificación*.

Pero lo que resulta más trascendente de la definición del publicista francés es el reconocimiento de la dinámica propia de este fenómeno, que no se reduce a “lo instituido” sino que fundamentalmente se dirige al propio fenómeno de la acción común.¹⁷⁶ Extremos estos que emparentan plenamente con los conceptos de “acción” y de “poder” de Hannah Arendt; razón por la cual Ricoeur ha sostenido que en la construcción de Hauriou la reflexión de filosofía política de Arendt encuentra “una verdadera continuidad”.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Hauriou, Maurice. “*Écrits sociologiques,...*” cit., págs. 27 y ss..

¹⁷⁶ Cfe. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 139. En el mismo sentido, Renard señala: “[Instituir] es proveer una idea con los medios y los fines para que se convierta en realizable (...) es darle una carta interna y unos órganos que la harán capaz de actuar *ad-extra* (...) es constituir la como un cuerpo social dotado de una vida interna y de una actividad externa.” Renard, Gustave. “*La Philosophie de l’ Institution...*” cit., pág. 95.

¹⁷⁷ Ricoeur, Paul. “*Si mismo como otro...*” cit., pág. 204. Así, el referido filósofo francés define a la institución como: “(...) la estructura del *vivir-juntos* de una comunidad histórica –pueblo, Nación, región, etc.-, estructura irreductible a las relaciones interpersonales y, sin embargo, unida a ellas en un sentido importante, que la noción de distribución permite aclarar(...)”.

Concretando los conceptos anteriores, tenemos que la Institución surge (fundamentalmente) de la *condición de pluralidad* en virtud de la cual los hombres son capaces de *concertar* acciones comunes (interacciones). Se funda, a su vez, en costumbres y principios “*dados*” o “*heredados*” por la comunidad en la que se hallan insertos (y que a la vez se funda en relaciones sociales preexistentes a toda institución); y no por efectos de relaciones de dominio, violencia o coerción. Su finalidad genérica es la de integrar en un tiempo y espacio mayor la voluntad emergente de tales relaciones sociales pre-institucionales (del “*querer vivir y actuar conjuntamente*”). De esa manera se superan los caracteres de fragilidad y ambigüedad propios de la acción humana (no institucionalizada), logrando acceder así a la duración (mejor dicho: a la perduración). Asimismo, dicha integración temporal del querer y del poder no solo concierne al pasado y, con él, a la obediencia que constituye la verdadera autoridad de las instituciones, sino también al futuro. Instituir es tener *la ambición de durar, es decir, no de pasar sino de permanecer*; de tal modo se remedia la gran fragilidad consustancial a todo poder (aquella de desvanecerse no bien se separen o dispersen los hombres, mas ello sin abolirle, es decir, sin convertirle en una relación de dominio o de violencia).

Volviendo, pues, a la definición de institución, tenemos que efectivamente se trata de una estructura del vivir-y-actuar-juntos de una determinada comunidad histórica, cuyo movimiento esencial está compuesto por el reconocimiento y la participación, y cuyo contenido va determinado por: i) una “*idea por realizar*”, que se concreta en el concepto de “*proyecto*” y en virtud del cual se construye su fundamentación y consenso; ii) la “*organización del poder*” bajo un doble aspecto de estructuración de un “*campo de acción*” y del “*reparto de roles conforme a un determinado estatuto*”; y iii) una “*comunidad*” que refiere a la apropiación personal tanto de la finalidad de la acción común (del proyecto) como del rol particular que corresponde a cada individuo que la integra, así como del compromiso efectivo en la empresa común.¹⁷⁸ Veamos los extremos que conforman dicho contenido más detenidamente:

¹⁷⁸ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 142.

I.3.a. El proyecto que habita en toda institución

Se trata, efectivamente de una característica esencial de la convivencia y se halla en todas las instituciones, bien como un *querer actuar* conjuntamente, o bien (al menos) como la expresión del deseo de *querer vivir* conjuntamente. Si un proyecto habita realmente el hecho social –es decir, si el hecho social quiere ser aprehendido bajo las categorías de acción y de interacción libre- es menester que exista un *initium*. Tal *punto de inicio* no debe ser atribuido a la comunidad misma, como si se tratase de un ente distinto y separado de las personas que la constituyen. Ello puesto que, ni la comunidad precede a las personas, ni éstas preceden a la comunidad: es un proyecto de las personas y es a ellas a quienes hay que atribuir tal *initium*.

Es *su* compromiso, *su* participación efectiva y libre, lo que dará constantemente al proyecto de convivencia tal dimensión de inicio o comienzo. Siendo entonces un comienzo continuo, es decir no situado en un origen cronológico de una vez por todas. Al contrario, con cada nacimiento, cada nuevo individuo introduce en su comunidad histórica una nueva parte de *initium* en el proyecto común, con lo que éste se reelabora, se retoma, y se transforma constantemente.

De allí que la cuestión de un “proyecto inicial” resulte generalmente falseada, ya que ello implica mantener el proyecto en una autenticidad definitiva e inmutable a través del tiempo. Este no es el caso de la convivencia, en esta el proyecto es actuar y vivir juntos, aquí y ahora.

Ello coincide con la concepción aristotélica de que la sociedad es un fenómeno de asociación; y lo es en la esperanza de la consecución de un bien que es su finalidad. Esta teleología –que él basa en la especificidad de la acción humana de tener siempre una finalidad- se concreta en actos, y se realiza en la institución de lo político y en la política.¹⁷⁹

Este proyecto de “querer vivir y actuar juntos” en tanto que se trata efectivamente de un “querer”, tiene una finalidad en sí mismo, empero ésta permanece

¹⁷⁹ Retomando el vocabulario de Arendt, podemos afirmar que el querer vivir y actuar juntos es algo en sí mismo informe, y por ello ha de tomar la forma de una organización para revelar o activar el poder que descansa en dicha potencia de acción. La instancia de tal organización es lo político; y es precisamente en este punto en el que se verifica el escollo que hace tan difícil de configurar la noción de bien común.

indeterminada mientras no se acceda por intermedio de su institucionalización a formas de finalidad particulares. Para ser eficaz, tal “querer vivir y actuar conjuntamente” debe organizarse, esto es, institucionalizarse como un poder constituido, y como tal será un querer algo específico. Como la acción tiene una finalidad y como la interacción, para ser eficaz, debe estar cuidadosamente coordinada en torno a un objetivo, las instituciones de la convivencia tendrán una finalidad con objetivos particulares. Como ejemplifica Nebel, ni tan siquiera el Estado puede pretender asumir como finalidad propia la totalidad del querer convivir, puesto que ello equivaldría a hacer de él la expresión completa de la convivencia (con la que compartiría una finalidad conglobante y total). Es que de ser así, sería para sí mismo su propia finalidad: un Estado cuya finalidad sea el (propio) Estado.

Por lo expuesto, tenemos que la referencia al proyecto fundador del hecho institucional, no puede ser entendida como un fenómeno histórico (situable en un concreto momento cronológico), sino como una memoria de la finalidad y del sentido de la actividad tanto anterior como actual. Así, permite al grupo situarse en dicho proyecto, dirigiéndose al futuro; organizándose de tal manera que la finalidad perseguida resulte eficaz. El proyecto común que habita el hecho social es, pues, fundamento y finalidad. En tanto que es un querer-en-común, es él quien garantiza la continuidad y la dinámica de la interacción, que es en última instancia la unidad del grupo o de la comunidad histórica. Y se organiza en tanto que querer una finalidad que requiere la interacción de varias personas.

I.3.b) Respecto de la organización del poder como estructuración de un campo de acción y como reparto de roles.

Ahora bien, si existe algo en común a todas las instituciones, es la manera en que la interacción se organiza en ellas. Ya sea a nivel del estado de Derecho, de una empresa de construcción, o de una asociación ecológica, todas ellas han procedido a una previa estructuración del campo de acción y a un reparto de los roles.

La cuestión de la organización hace surgir de nuevo lo que hemos dicho sobre los fenómenos de ambigüedad y de fragilidad de la interacción. La finalidad de la acción común, hemos visto, depende de la libertad del otro y de su colaboración efectiva en el proyecto. Al buscar aquí los medios para lograr un fin, nos inclinamos hacia lo que permite obtener, asegurar y hacer eficaz dicha

colaboración. Nebel ejemplifica estos extremos con una insuperable metáfora que reproducimos a continuación: *“Tomemos un equipo de fútbol. Este equipo no evoluciona en el vacío. Los once jugadores que lo componen evolucionan sobre un terreno y en un tiempo estrictamente delimitados en zonas concretas: dos porterías y dos períodos de cuarenta y cinco minutos de juego. Fuera de ese campo y de ese tiempo, ya no hay juego. Además, existe un cierto número de reglas que limitan la manera en que cada jugador y cada equipo podrán participar en el partido: no tocar el balón con la mano, respetar las decisiones del árbitro, las reglas del fuera de juego, etc. Por último, hay un objetivo general que preside el juego: para ganar, cada equipo debe intentar marcar más goles que su adversario. Una vez se ha establecido este campo de acción, el juego puede empezar y nuestros once jugadores podrán construir una infinidad de acciones colectivas, a menudo parecidas, pero siempre diferentes.”*¹⁸⁰ Como concluye el citado autor, la inscripción de la libertad de cada actor en el campo de acción -aun restringiéndola efectivamente- le permite actuar de manera coordinada y desplegar su libertad de iniciativa en dicha colaboración.

Extremos éstos que se inscriben en la “teoría del juego” de Crozier y Friedberg; entendiendo por “juego” al mecanismo concreto que los actores han elaborado para regular su cooperación. En su virtud, concluyen: *“el jugador sigue siendo libre, pero si quiere ganar, debe adoptar una estrategia racional en función de la naturaleza del juego, y debe respetar sus reglas.”*¹⁸¹ La estructuración del campo de acción es, en definitiva, una delimitación en el tiempo y en el espacio de las oportunidades de acción que permitan una colaboración efectiva entre los actores. Así, esta colaboración no es mecánica, impuesta por un organigrama. Por el contrario, es cambiante e innovadora, ya que será el lugar de una negociación permanente entre actores que son libres. Esta estructuración del campo de acción es, por ello, el instrumento principal que permite la realización efectiva del proyecto común.

¹⁸⁰ Nebel, Mathias. “La categoría moral de pecado estructural...” cit., págs. 146-147.

¹⁸¹ Crozier, M; Friedberg, E. “*L’Acteur et le Système*”; París, 1977, pág. 95.

En estos extremos se asienta lo expresado anteriormente acerca de la falsa oposición entre determinismo y libre albedrío.¹⁸² Lo más que se puede condicionar es la acción en sí misma, mas nunca la facultad humana del libre albedrío. Concretando: la delimitación del campo de acción es una restricción del campo sobre el que puede expresarse la libertad, mas no resulta una limitación de la libertad de los actores. Como se ha indicado, en la acción común este número restringido de oportunidades dejadas a la libertad de iniciativa será el objeto de la elección. Cada actor, de esta manera define dentro de la acción común su propia trayectoria personal, creándose oportunidades al jerarquizarlas e implicándose en las opciones que ha tomado.

Por su parte, la comprensión y la interpretación del proyecto común son propias de cada uno de los actores. Asimismo, tampoco hemos de reducir la motivación de los actores a la única finalidad de la acción común: por el contrario, la misma se verá completada, ratificada, o bien –por el contrario- debilitada, en la medida e intensidad con que las finalidades propias de cada uno de ellos se “injerter” dentro de la finalidad común. Ello se debe a que son personas quienes realizan la acción común, y son ellas quienes le prestan sus potencias de acción. De allí que el abanico de oportunidades y la libertad de iniciativa dejadas a los actores son las que hacen que este “juego” sea conflictivo. Y si bien hacen que la colaboración se haga más ardua, estos conflictos, sin embargo, tienen la inmensa ventaja de hacerla dinámica; siendo de tal manera que la colaboración evolucione, cambie, y se adapte a las necesidades que vayan surgiendo. El conflicto resulta, de tal guisa, inseparable de la iniciativa; de allí que no pueda hacérselo desaparecer de la acción organizada sin estar negando, concomitantemente, lo que hay de libertad en esta acción y, en definitiva, su carácter humano.

En resumen, el campo de acción está esencialmente estructurado por el reparto de tareas en el proyecto común entendiendo tal reparto de tareas como un proceso permanente y dinámico que, por una parte, es resultado de la acción misma y, por otra parte es resultado de la actividad de coordinación y de dirección del proyecto común. Además de lo anterior, ha de tenerse presente que el modo esencial por el

¹⁸² Posición similar a la sustentada por Ernst Tugendhat. Al respecto vide: Tugendhat, Ernst. “*Libre albedrío y determinismo. Postdata de 2006*” en “*Antropología en vez de metafísica*”, Gedisa, Barcelona, 2008.

que una institución obra el reconocimiento y la participación de las personas es el de una distribución-atribución de los estatutos y de los roles correspondientes.¹⁸³

Concentrando ahora el análisis en los conceptos de estatuto y de rol, hemos de decir respecto del primero de ellos que se refiere a la posición concreta de un actor en la acción común, y al conjunto de tareas que le incumben a su respecto (derechos y deberes). Por rol entendemos al aspecto dinámico del estatuto. Así, lo que en éste último es prescripción y expectativa, en el rol pasa a ser comportamiento y acción efectiva.

El rol es, fundamentalmente, el lugar de inserción de la persona en la acción común. Es precisamente ahí donde su capacidad de acción y de interacción se articula con la acción común y donde se hace eficaz en cuanto al proyecto común (viéndose, una vez más, los fenómenos de reconocimiento y participación). Si la persona invierte la organización de su libertad de acción, esta, a su vez, se verá investida del poder propio de la acción común –ello por aceptar doblarse al formalismo de la acción organizada, a la imposición de un campo de acción estructurado-. Por tanto, el concepto de rol nos sirve para expresar esta verdad fundamental de las instituciones: antes que nada, están constituidas por personas; sin actores, no existen instituciones.

Ahora bien, cada persona, en su vida cotidiana, forma parte de numerosas instituciones, cuyos campos estructurados delimitan –a su vez- otros tantos lugares y tiempos en que la misma persona tiene estatutos y, por tanto, roles diferentes. Ello sobre todo, si consideramos que esos espacios no representan un *numerus clausus* ni están cerrados, y a menudo se entrecruzan. Así, Nebel da el ejemplo de un diputado que recibe una lluvia de injurias de parte del quiosquero al que compra el periódico, a propósito de los últimos impuestos. Él recibe esa lluvia de injurias en tanto que diputado, y no en tanto que cliente del quiosco. La necesidad, el lugar, el tiempo, y los interlocutores, son quienes solicitan un estatuto y, por tanto, quienes determinan la esfera de responsabilidad propia de ese momento y las acciones que la persona podrá llevar a cabo en ese momento concreto.

Así llegamos aquí al termino que nos sirve para definir el rol: el de *responsabilidad*. Ello ya que, en la medida en que el estatuto define para el actor “lo que le corresponde llevar a cabo” en el proyecto común, dicho estatuto le abre

¹⁸³ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 151.

un espacio de responsabilidad. Es decir que, al ser el rol acción libre en un campo estructurado de acción que la orienta y la coordina hacia el proyecto común, el rol es esencialmente el ejercicio de una responsabilidad.

El agente es *garante* de la tarea específica que le ha sido confiada conforme a su estatuto, a la vez que resulta necesaria para la realización del proyecto común. Así, los conceptos de “estatuto” y de “rol” son los que delimitan la esfera de responsabilidad personal del agente, claro que ello a partir del momento en que pasa a participar dentro de una institución. En efecto, la responsabilidad del agente no se detiene en la única acción que se espera de él, es decir en el cumplimiento formal de su rol. Así, como expone Nebel, no basta con cumplir –con pericia y diligencia- una tarea concreta, la de organizar el transporte por tren de los judíos en el III Reich, para ser inocente del genocidio. En efecto, esta tarea solo es la “parte propia” de la acción común en la que el agente “participa” efectivamente de este modo (no olvidemos que la institución es la organización del poder-en-común). Hete aquí que, mediante el proceso de institucionalización, la capacidad para cooperar (propia del hombre en tanto que ser social) pasa al acto, y ejerce la potencia del poder-en-común.

El poder no pertenece al individuo aislado, sino al grupo o a la comunidad, como tal; y es en tanto que miembro de dicho grupo o comunidad, que el agente participa *realmente* en este poder. Por tanto hay que afirmar que también el agente es portador de una responsabilidad, por muy mediata y compartida que sea con muchos otros, respecto al proyecto común.

Hay cooperación entre los actores en juego: y esta cooperación no es accesoria a la estrategia personal de cada uno, sino todo lo contrario. Esta capacidad de cooperar en un proyecto común es *original* y forma parte de la *dimensión social de la persona*. Siendo éste el fundamento en virtud del cual se desvalora la conducta de cada sujeto que tenga un estatuto delimitado dentro de una institución inicua cuya finalidad efectiva sea la comisión de (al menos) un delito de Derecho penal internacional. Entendiendo, pues, a tal conducta como excedente del marco o esfera de iguales libertades reconocidas jurídicamente. Claro que estos extremos, a la vez, observarán ciertos parámetros normativos que harán jurídico-penalmente irrelevantes a muchas de tales conductas. Concretamente: las acciones penalmente neutrales y aquellas que no alcancen una gravosidad propia de la complicidad o *aiding-abetting* (extremos éstos que se analizarán *ad infra*).

I.3.c) La apropiación de la finalidad común, así como del rol individual. El proceso de interiorización.

Por *interiorización* entendemos el fenómeno por el que las obligaciones -y las consiguientes restricciones- de un estatuto ya no se imponen desde el exterior, sino que son asumidas –interiorizadas- por el sujeto mismo en el rol que debe representar. El compromiso de una persona en un rol no se explica desde la óptica de la obligación (ni aun estando la misma debidamente interiorizada); no es una simple obediencia, sino la libre asunción de una responsabilidad. El hombre puede reproducir comportamientos, puede asumir principios, hacerlos suyos, pero lo hace siempre libremente.

Analizando esta cuestión de la interiorización desde el prisma de la acción en el marco de una institución, no puede dissociarse la acción personal de la acción común. La acción común avanza a través de la acción personal de los actores; sólo existe a través del juego de los actores individuales. A su vez, esta acción común, en la medida en que es institucionalizada, posee una autonomía propia, una forma de independencia en relación a los actores. Estos últimos pueden ser sustituidos, y sin embargo la institución continúa funcionando; si bien también es cierto que no puede existir sin ningún actor.

Una institución es siempre la organización de un poder que tiene su única fuente en las personas: la capacidad de acción y de cooperación es propia del individuo y se basa en él. Por ello es que a nivel de la obligación no se debe buscar una oposición entre “interior” y “exterior”, entre “subjetivo” y “objetivo”, sino la relación entre el “yo” y “el otro” en la acción. Ello puesto que estamos ante interacciones, es decir, ante acciones personales que se articulan con la del otro y cooperan con ella. Una exterioridad, una objetividad que se encuentra en dos niveles:

Primeramente, en la acción del otro: ya que si bien mi acción se inscribe en la prolongación de la suya, ésta se me impone con *la fuerza de un hecho objetivo*. De lo que ha hecho el Otro, yo sólo puedo dar constancia; lo que él ha hecho existe y condiciona mi acción.

Un segundo nivel se constituye dentro de la acción común. En la medida en que mi acción es una parte de la acción común, ya no me pertenece completamente.

La acción común no es “mía”, sino “nuestra”; aunque en este “nuestra”, el “mía” esté presente y sea indispensable. La acción común en la que se integra mi acción me aparece como algo objetivo: la incapacidad que tengo para dirigirla solo, para controlarla; la resistencia que me opone; las restricciones que me impone; todo esto hace que la acción común –y mi propia acción en esta acción común- se me pueda aparecer como algo extraño.

Empero lo anterior, el sujeto puede, y así resulta en la mayor parte de las veces, asumir libremente la acción común. Dicha capacidad de hacer suya la acción común, desde el punto de vista de la institución, dependerá a su vez de dos extremos fundamentales. Así, primeramente, dependerá de la determinación de una esfera de responsabilidad efectiva. En la acción común, si el agente no tiene un ámbito que dependa efectivamente de él –en el que él ejerza una responsabilidad directa y en el que se le reconozca esta responsabilidad-, le será muy difícil hacerla suya. En segundo lugar, hemos de considerar el número de personas que toman parte de esta acción. Cuanto mayor sea su número, más difícil será el percibir el efecto de mi acción en la acción común.

De lo anterior, podemos hacer nuestras las conclusiones que al respecto expone Nebel: “la exterioridad” u objetividad de las instituciones no sería más que la alteridad de la acción del otro, percibida en nuestra interacción; lo que parece exterior y objetivo a uno de los actores es la acción de todos los demás.¹⁸⁴ Recordemos que en su complejidad y en la necesidad de ser coordinada para inscribirse en la duración, la interacción ha de estructurar un campo de acción determinado. De tal guisa, dicho campo, en tanto que resulta de la actividad de todos, a la vez de regularla, es percibida por los actores como una entidad objetiva, cuasi independiente.

Ahora bien, dicho campo de acción se interioriza a través del rol. Es más, en la medida en que se asume el rol, siempre se le interioriza. Y a través de dicho rol es el campo de acción mismo lo que el actor hace suyo, como el lugar en el que proyecta su acción (restringiéndola a lo que éste le permite o prevé).

Siendo dicha “interiorización” donde se verifica la condición indispensable de la capacidad de los actores para proyectar y prever sus acciones en un espacio instituido. Para comprender dicho proceso de interiorización, debemos demorarnos

¹⁸⁴ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” *cit.*, pág. 157.

brevemente en la dimensión social del imaginario, más concretamente en la *mimesis aristotélica*. Así, para el Estagirita, el hombre como animal político es también un animal mimético: posee una disposición natural para llevar a cabo representaciones, directamente asociada tanto con su capacidad de conocer y de nombrar, como con la de encontrar placer en las cosas y en el lenguaje. La aportación de Aristóteles consiste en restringir el campo de aplicación de la mimesis platónica “haciéndola incidir en lo humano”, “en los hombres que actúan y sufren”. Restringida de este modo al “campo del actuar y del sufrir humano”, esta mimesis tiene como actividad la exploración de los posibles: *nos muestra lo que podría ser distinto de lo que es*.

La mimesis adquiere una dimensión creadora, porque (y a diferencia de la platónica) no se halla ligada a una simple replicación o duplicación de los inteligibles, sino que constituye el propio lugar (principal) de esta capacidad para actuar, que no es otra más que la elaboración de los posibles de la acción (o si se quiere, de las diferentes maneras de ejecutar una determinada acción). Por tanto, su regla ya no es un modelo ideal, sino el orden de lo verosímil y de lo necesario: “*no [es] contar lo sucedido, sino lo que podría suceder y lo posible en virtud de la verosimilitud o la necesidad*”.¹⁸⁵

Como bien se ha expresado, de lo anterior emerge que la mimesis aristotélica está direccionada hacia la verdad de un imaginario en acto, al servicio de la libertad del hombre respecto de sus acciones. De lo anterior se desprende que las posibles actuaciones que el actor se representa mediante la mimesis están marcadas por un cierto grado de incertidumbre. Ello puesto que la mimesis no decide nada, sino que sólo elabora en imágenes virtuales lo que podría ser, no juzgando cuál se corresponde con la mejor acción. *Es un poder que imagina y no una facultad para juzgar y decidir*.

¹⁸⁵ Aristóteles. “*Poética*”, 1451a. Estos extremos, bajo otro nombre, han sido adoptados por el finalismo ortodoxo en lo que han dado en conocer como “acción de retroceso”. Esto es, tras la representación de la finalidad que se propone alcanzar el sujeto (confundiendo la misma con los móviles), el sujeto mentalmente se representa las distintas maneras de conducirse (acciones u omisiones) para alcanzar dicha meta o finalidad. Siendo en dicha oportunidad en donde selecciona un determinado modo de actuar (una determinada conducta) y seleccionando asimismo los medios. Siendo esto último de primordial importancia para la configuración del dolo eventual. Por todos, vide: Zaffaroni, Eugenio Raúl. “*Derecho penal. Parte general*”; Ediar, Buenos Aires, 2000.

De lo expuesto hemos de concluir que la “interiorización” consiste en un conocimiento tal del campo de acción, que permite al actor representárselo virtualmente de modo que pueda imaginar las posibilidades de su acción y proyectar así sus propias acciones. Por tanto, esta interiorización es la condición necesaria para una participación efectiva en la acción común. Pudiendo afirmar que, sin esta capacidad de representación, no podría existir ni vida social ni cooperación libre en la acción. *Es, en definitiva, la facultad humana en la que se basa el hecho institucional y la que hace posible una interacción libre entre los actores.*

Volviendo a la metáfora utilizada *ut-supra* gracias a que el jugador de fútbol conoce el objetivo y las reglas del juego, así como los límites del campo, podrá anticipar el movimiento del adversario y el de su equipo, y proyectar en ellos sus propias posibilidades de acción. De lo que se deduce que son los actores mismos, en su capacidad para proyectar en una situación concreta los objetivos, las reglas y las limitaciones propios de un campo de acción específico, quienes incorporan e interiorizan el hecho institucional, lo aplican e innovan de acuerdo con él.

Así como que –reiteramos una vez más- la acción es libre, su limitación viene del campo de acción en la medida en que éste ha sido interiorizado por el actor. Es él quien, en la elaboración de los posibles, limita y decide qué es necesario y qué es verosímil. Es él mismo quien se auto-representa un abanico de posibilidades y al hacerlo adopta como criterio de selección la propia racionalidad del campo de acción en el que está inmerso. Y ello lo hará de acuerdo con dos parámetros: la necesidad y la verosimilitud.

De tal guisa, *lo necesario* aparece como aquello que se ha de hacer imperativamente, y por lo general va ligado al estatuto, a la tarea asignada a la responsabilidad del actor. La *verosimilitud* es la coherencia de los posibles con el campo de acción y con la finalidad, sea ésta tanto la inmediata (de su tarea) como la finalidad ínicua (efectiva) de la acción común o interacción.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Señala como ejemplos de estos extremos Nebel: la necesidad con la que se impone el hecho de tener que corromper a la administración pública para ganar una licitación obtiene su fuerza del hecho institucional. Quien se niegue a ello, por las razones que sea, se verá excluido del campo de acción. La actitud verosímil del médico que simulará no haber visto las llagas del torturado va ligada al carácter estatal del aparato represivo. La verosimilitud –la coherencia de los posibles- desafía en este caso la verdad de la observación: denunciar significa, en el mejor de los casos, excluirse de una

Ahora bien, la interiorización del campo de acción va ligada al conocimiento que tiene sobre él el actor. Para poder representárselo, tiene que estar familiarizado con sus límites espacio-temporales, con sus reglas y con su objetivo. La cuestión que se impone entonces es la de la génesis de este conocimiento: ¿de qué naturaleza es? ¿cómo se ha adquirido?

En cuanto a su naturaleza, se trata siempre de un saber práctico, es decir, de experiencias asimiladas, ligadas a algún hecho institucional concreto. Puede ser el fruto de una experiencia propia o el de una experiencia ajena transmitida al actor. Sin embargo, en ambos casos, *se tratará de un saber específico, indisolublemente ligado a la experiencia concreta de un hecho institucional singular*. Es una mirada ubicada, que abarca el hecho institucional desde su propia posición, es decir, a partir de la experiencia que se tiene de él y de la acción que puede proyectar en él. Este conocimiento será distinto en función de la posición o del estatuto del actor. Mientras que algunos tendrán solamente una esfera de experiencia muy restringida, otros, por su posición, tendrán acceso a una gama de experiencias mucho más amplia.

Decíamos que el conocimiento del campo de acción suele ser una mezcla de experiencias propias y de experiencias recibidas de otros, puesto que en la mayoría de los casos la complejidad del campo de acción es tal, que nadie puede pretender tener una experiencia que no sea limitada, o parcial. Así, un agente bursátil tendrá siempre una experiencia limitada del mercado de valores; un Ministro del Interior, por su parte, tendrá una experiencia aproximada del aparato burocrático policial sobre el que manda. Por tanto, si efectivamente poseen un conocimiento general, tanto del funcionamiento del mercado como de la policía, es porque una parte esencial de dicho conocimiento proviene de experiencias ajenas. Al estar insertos en el tejido institucional, los actores se instruyen con tal experiencia ajena. Es más, en el conocimiento que tienen del campo de acción, la parte que proviene de su propia experiencia suele ser marginal respecto a la que han recibido: y cuanto mayor sea el número de actores agrupados por la institución más parcial será la experiencia directa que tendrá cada uno del campo de acción.

profesión, quizás de su nacionalidad y, en el peor de los casos, la muerte para sí mismo y para los suyos.

Tanto si es una biblioteca, como si es una empresa farmacéutica, el recién llegado tendrá que asimilar –en un primer momento y antes de haberlo experimentado por sí mismo- un conocimiento general del campo de acción, con la diferencia de que el sujeto (ya adulto) puede asimilar de manera crítica este saber práctico, así como ser consciente de que dichas instituciones no son las únicas que condicionan su pertenencia a la comunidad. El Estado y el Mercado, por su parte, no son instituciones tangibles en sí mismas, sino que se convierten en tangibles en las organizaciones –las micro-instituciones- que se han desarrollado en el marco de estas instituciones profundas. Es ahí, en la empresa de construcción, o en el seno de la familia, donde la persona pasa la mayor parte de su tiempo y donde invierte lo mejor de su potencial de acción. Por tanto, la experiencia propia rápidamente refuerza o cuestiona el conocimiento general que había recibido (“heredado”) al principio. En definitiva, es el medio institucional concreto en el que vive y trabaja una persona el que se asimila más íntimamente. Y es sobre él que las estructuras de pecado –mediante las políticas de ingeniería social- desplegarán sus efectos; trastocando las relaciones sociales pre-institucionales que se resumen en la expresión arendtiana del “querer vivir y actuar conjuntamente” ya explicada.

Así, un campo de acción conocido por la experiencia propia es también aquel en el que el compromiso será más consciente y voluntario. No porque obligatoriamente se haya escogido desde el principio, sino porque el compromiso cotidiano, la buena voluntad que una persona aporta a su trabajo, es una forma de dar su mayor consentimiento a esta institución. Cada día, cada hora, aumenta el conocimiento propio del hecho institucional y con él la consciencia de la acción efectuada en ese marco. De ese modo, la integración personal del hecho institucional se hace cada vez más profunda.

I.4) A modo de resumen:

Primero que nada, que para concluir el objetivo perseguido por el proyecto común, la cooperación de los actores se ve forzada por un conjunto de reglas que fijan la finalidad formal de la institución, la organización del trabajo, la jerarquía de las relaciones y de las competencias, el estatuto de cada uno de los miembros y su esfera de competencia (es decir de su responsabilidad). Este campo de acción permite al actor ser reconocido y participar en el hecho institucional; mas para ello

ha de aceptar limitarse a las restricciones de los “posibles de la acción” que el mismo permite.

En segundo lugar, la gran diversidad de las instituciones es constitutiva del hecho social. De allí que se superpongan diferentes campos de acción sobre cada persona. Así es que podemos distinguir entre instituciones profundas, que pretenden organizar la convivencia en su totalidad –como el Estado, el mercado, o las instituciones destinadas a la transmisión de la cultura-; y por otra parte, las micro-instituciones, que agrupan a un conjunto de actores limitado en torno a un proyecto concreto. Instituciones éstas (las profundas y las micro) que –*en principio*- no se oponen, sino que se complementan unas a las otras.

En tercer lugar, hemos de tener presente que toda persona es un sujeto autónomo y libre; y ello en su doble condición de ser individual y social (condición de pluralidad). Asimismo, toda persona, está situada –por su condición de natalidad- en una comunidad histórica que ya se halla estructurada. Más dicho “estar situado” no es único y simple, sino, como viéramos, complejo y diversificado. Una vez más: la persona se sitúa no sólo en un único campo de acción, sino simultáneamente y de manera diferente en una pluralidad de instituciones.

En cuarto lugar, y respecto de los campos de acción, cabe señalar que desde el punto de vista de la persona, algunos de ellos pueden escogerse, pero otros de ellos no (por ejemplo, aquellos que nos vienen impuestos como “herencia” que recibimos de generaciones anteriores, o aquellos que se imponen por la necesidad o por la fuerza). De lo anterior tenemos que la persona se encontrará situada de tres maneras posibles ante los campos de acción: de manera absoluta (condición de natalidad); de manera necesaria (como respecto del Estado); de manera accidental o relativa (como es el caso de todas las asociaciones o micro-instituciones).

En quinto lugar, diremos que a la inserción en un mundo ya estructurado le corresponde la interiorización de campos de acción concretos. Esta interiorización que efectúa el paso del “estatuto” al “rol” es la condición para que se verifique una participación efectiva. Es una condición previa a la acción de la persona en tal campo y se halla vinculada a su capacidad de proyectarse entre los posibles de su acción, es decir, la capacidad para imaginar las posibilidades futuras que puede abrirle su acción. Para ello, menester resultará el conocimiento respecto de la finalidad común que la institución tenga proyectada.

En sexto lugar, hemos de reconocer que la interiorización es a menudo parcial y sólo integra una parte del total del campo de acción. No obstante, aunque esté restringida a la realización de la única esfera de la responsabilidad delimitada por el estatuto, existe siempre una interiorización. Así, el conocimiento acerca de la finalidad común proyectada se completaría con datos aportados por los colegas de la institución, llegando a constituir un conocimiento al menos suficiente; básico respecto de la generalidad que se pretende alcanzar a través del trabajo colectivo institucionalizado (esto es, similar al conocimiento “paralelo en la esfera del profano” sostenido por Mezger para ilustrar el conocimiento en el dolo)

Por último, hemos de concluir que el hecho institucional sólo existe en esta comunidad de actores agrupados por y en la interacción. El hecho institucional es llevado por personas que lo actualizan, siendo ella su dimensión subjetiva. La persona, al insertarse en una institución particular, a su vez la dota también de su poder de acción. Ninguna institución se mueve por sí misma; siendo los actores quienes, al prestar su propio poder de acción al proyecto común, permiten su realización (efectiva). Empero, esta inserción tiene un precio: el de admitir las limitaciones que impone el campo de acción. En este campo, el propio poder está coordinado con el del otro, por medio del hecho institucional. Participa del cumplimiento de un proyecto común, del que obtiene un excedente de poder: poder compartido, que es el del poder-en-común al que da vida en la interacción. Al efectuar o cumplir con su rol, el individuo asume y cumple la esfera de responsabilidad definida por el estatuto. De este modo se garantizan dos cosas: i) el funcionamiento de la institución, la eficacia de lo que se emprende en común; y ii) la perennidad del hecho institucional por su compromiso en el campo estructurado de la acción.

1.5) Las particularidades de las estructuras de pecado.

Una estructura de pecado se puede definir de modo muy concreto: se trata de una institución inicua, que realiza y concluye la llamada “ruptura del pecado”, es decir, la desconfianza, la dominación, la injusticia y la violencia. Estas instituciones, lejos de reconocer y ejercer una reciprocidad para con el otro, son destructoras del vínculo social, es decir, de la humanidad de la relación con el otro, y, por esto mismo, de la humanidad de la convivencia. Son instituciones esencialmente

injustas, que ponen al hombre en una situación tal, que las opciones que se le dejan (los posibles de la acción que emergen de la función mimética) son todas moral y jurídicamente inaceptables (*i.e.* conforme al Derecho penal internacional).

Nebel, ofreciendo el ejemplo de la tortura en la época de la Dictadura en Brasil, expresa lo siguiente: “*La víctima de la tortura –puesta en este “rol” abominable por la institución del terror– es reducida, en este campo de acción siniestro, a la pasividad de aquel a quien solo reconoce una cosa: sufrir lo máximo posible, hasta perder toda autoestima. Aquí no hay ningún “posible” para la acción, solo la humillación y la degradación, la destrucción de sí que se obtiene a fuerza de violencias y sufrimientos. La institución de la tortura impone a la víctima una negación de su libertad de acción; reducción monstruosa que solo es posible a través de la instauración del campo concreto de acción que es el sistema de represión.*”¹⁸⁷

De allí que cuando hablamos de “estructura de pecado”, nos referimos siempre a una institución que, o bien está organizada según contravalores de la interacción humana, o bien promueve tales contravalores. Por eso es que (se denuncia) es una institución que impide la configuración de las inter-relaciones necesarias para la realización del hombre; ya sea esta a nivel (fundamental) de la apropiación del vínculo social (constitución social de la persona), ya sea a nivel de las condiciones sociales necesarias para la plenitud de la libertad personal (y desde allí, de todos los derechos fundamentales).

La finalidad (proyecto común) que se propone una institución de esta naturaleza, resulta ser *inicua*, es decir, contradice o no impone los derechos humanos fundamentales. Ello de dos maneras: o bien buscando de manera directa el impedimento de estos derechos (acción); o bien no haciéndolos efectivos (omisión).

La citada ruptura se verifica también en aquellas instituciones que no llevan a cabo el objetivo que se había asignado originalmente (proyecto común); generándose una diferencia entre la finalidad formal y la finalidad efectiva; extremos éstos que, en todo caso, comprometen o ponen trabas a la realización del vivir, sobrevivir y bienestar.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 295.

¹⁸⁸ Nebel ejemplifica estos extremos de la siguiente manera: “La corrupción es su ejemplo tipo. La subversión de la legalidad se ejerce en provecho de algunos, impidiendo, por ende, que el aparato del estado funcione de manera eficaz. Así, la institución se convierte a menudo en un obstáculo para

La situación en la que el campo estructurado de la acción coloca a los actores dentro de una estructura de pecado se caracteriza entonces por la desconfianza, la opresión, la injusticia y la violencia; pero también se caracteriza por *una alienación* y *un sometimiento* que experimentan sus integrantes en el nivel infra-estatutario. Llegados a este punto, hemos de recordar un aspecto importantísimo, y es el que reside en el hecho de que, frente a la persona, la sociedad no es “otro sujeto”, una especie de “personalidad comunitaria”. No se trata de una suma de individuos, ni tampoco de un sistema autopoietico. No es un “cuerpo social” en el que el estado sería la “hipóstasis personal”. Bien por el contrario, la sociedad es interacción, y la acción es el vector y la matriz del hecho comunitario. “Comunidad” es equivalente a decir personas agrupadas, en y por la interacción. Siendo respecto de cada una de esas personas que participan de la interacción, que se habrá de constatar la actualización del rechazo interior o ruptura propia del pecado estructural.

Recordando que la clave de tal actualización radica en el proceso de interiorización del campo de acción; proceso a la vez indispensable para configurar la capacidad de actuación en tal campo. Para el actor, se trata de adquirir un saber práctico de las normas y de los objetivos que se aplican en el campo de acción. Sólo así, podrá efectuar una representación del campo, permitiéndose considerar su propia acción en él: escogiendo y creando posibles de acción, evitando sanciones, y sobre todo evitando la expulsión o exclusión de tal campo de acción. Sólo mediante tal interiorización podrá proyectarse en el futuro, asumiendo su responsabilidad. De allí que la interiorización sea en el campo de acción una condición previa a la acción.

Lo anterior permite al actor conformar su acción a lo que se espera de él en el proyecto común. En el caso de una institución inicua, habrá de conformar su

la realización de la finalidad formal misma, por su simple existencia y por la tendencia natural de toda institución a resistir su propio desmantelamiento.” Y agrega: “Podemos distinguir los supuestos siguientes (son indicativos e incompletos, porque en este ámbito hay que referirse a las ciencias sociales y, concretamente, a la sociología de las organizaciones): las instituciones que fracasan debido a medios insuficientes (mala prestación de los recursos); las instituciones que fracasan debido a una mala coordinación del campo de acción (management, organización, supervisión, planificación, previsión, investigación, riesgo); las instituciones que fracasan debido a una mala cooperación en el seno del campo de acción (conflicto de poder, conflicto entre personas, conflicto de competencias).” Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., págs. 296.

actuación a los contravalores que dicha institución persigue o promueve. Recordemos que la finalidad de la acción individual en un campo de acción asume una doble dimensión: i) la de la finalidad inmediata o próxima de los posibles de la acción, vinculada a la efectuación de su rol; y ii) la del proyecto en común, que a su vez es la que restringe los posibles de la acción (finalidad efectiva de la institución). Al interiorizar el campo de acción, el actor hace suya la racionalidad propia del campo (racionalidad económica, política o cultural); de tal modo que cada uno de sus miembros (miembros de tal comunidad) en el proceso por el cual hacen suyo el campo de acción, interiorizarán la ruptura y, mediante su compromiso en tal campo, expresarán el rechazo, cumpliéndolo en actos (en el mundo fenomenológico).

De lo anterior emerge que toda acción desplegada por cada persona en un campo de acción, participa en la acción común, y ello con total independencia de la finalidad inmediata (personal) que el sujeto se haya propuesto o representado. Como se ha señalado al respecto, los “rechazos” sólo forman “un rechazo” ya que, pese a la diversidad de actores y de sus motivaciones personales, sus acciones al inscribirse en un único y mismo campo estructurado, hacen efectivos los contravalores buscados o promovidos por este último. Ello es efecto directo de la reciprocidad de la acción común, que requiere de los actores la aceptación de una cooperación que se verifica por el respeto de la estructuración del campo de acción. Esto último quiere decir: la delimitación de estatus y la verificación del cumplimiento de los respectivos roles.¹⁸⁹

No obstante lo anterior, cabe hacer desde ahora una salvedad acerca de las llamadas “acciones neutrales”: aquellas que –a nuestro juicio- en este ámbito quedan reducidas a las que, para su realización, el individuo no requiere representación alguna sobre la finalidad efectiva de la institución inica para llevar a cabo la función mimética (previa a cumplimentar –debidamente- con su rol). Hemos de concluir que toda acción (incluidas las neutrales, aunque no reporten antijuridicidad alguna) en un campo estructurado, se conforma a él y lo actualiza.

Ahora bien, esta uniformidad según la participación y la actualización de los contravalores del campo, a continuación debe diferenciarse según el rol de cada uno

¹⁸⁹ Como se ha expresado, “*Su participación y beneficio personal que obtienen de ella- actualiza los contravalores del proyecto con el que se han comprometido. Por consiguiente, pese a la multiplicidad de actores, se trata de un único y mismo rechazo.*” Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 302.

en la interacción. Aquí reaparece la finalidad inmediata de la acción individual: la esfera de responsabilidad del rol determina, en efecto, la importancia de la contribución personal al proyecto común y la gravedad de la colaboración con una institución inicua. Así, la gravedad de la participación personal en una institución inicua dependerá objetivamente de la influencia que la persona tenga sobre la estructuración del campo de acción. Siendo máxima para aquellos que tienen el poder de determinar el mentado campo de acción (personal supra-estatutario); y menor para aquellos que no son capaces de ello (personal infra-estatutario). Concepto éste fácilmente inscribible dentro del marco de la teoría del dominio funcional del hecho.

No obstante lo anterior, y ya no dentro del juicio de merecimiento de pena, sino de la necesidad de la pena, concretamente dentro del marco de la imputación personal, se medirá la pena considerando la *alienación* y el *sometimiento* de la persona a estos contravalores vehiculados por la institución.

Llegados a este punto cabe hacer una precisión: no se puede hablar de la actualización del rechazo sin tomar en consideración la distinción que la duración y la extensión del proyecto común causan sobre la finalidad formal y la finalidad efectiva del proyecto (entre lo proyectado, y lo que realmente se realiza). Lo anterior se refiere a un interrogante que siempre aparece ante los tribunales internacionales: ¿Qué consciencia puede tener una persona de la finalidad efectiva (más allá de la formal, de la meramente discursiva) de la institución en la que participa? O lo que es igual a preguntarse: El sujeto que actualiza el rechazo interior a la ruptura institucional, ¿es verdaderamente consciente de esta ruptura? Si atendemos al Tribunal Penal Militar Internacional de Nüremberg, veremos cómo en él la mayoría de los inculpados afirmaron “no saber nada de lo que ocurría en los campos de exterminio”. Y si bien, *prima facie*, parecen dichas afirmaciones ser insensatas y completamente falsas por provenir de personal supra-estatutario, respecto del personal infra-estatutario no dejan de reflejar una parte de verdad.

Hay una parte de finitud en la capacidad de aprehender el conjunto del hecho institucional, y más aún para preverlo.¹⁹⁰ Téngase presente que la mayor parte de

¹⁹⁰ Como dice Nebel: “Negarlo sería negar la dimensión humana de la interacción y cargar con una responsabilidad desmesurada a cada uno de los agentes que participan en ella.” Nebel, Mathias. “La categoría moral de pecado estructural...” cit., pág. 303.

las instituciones no producen un “objeto”, sino que pretenden establecer una cierta situación social; instaurar una configuración concreta de la convivencia (i.e.: ingeniería social). De allí que la finalidad formal sea –por lo general- altamente abstracta. A ello hay que agregar que la finalidad efectiva resulta inaccesible a la propia experiencia, siendo imposible de aprehender totalmente, salvo a través de indicadores estadísticos.

Por eso, la conciencia que un actor infra-estatutario tendrá de las finalidades de la institución en la que participa será inevitablemente parcial y limitada, debido precisamente a su finitud. Así tenemos que el conocimiento que cada uno de los actores posee sobre el campo de acción resulta concreto y parcial. Así como que respecto a la información relativa a lo que está más allá de la esfera de la experiencia directa, siempre dependerá de los Otros (conocimiento expresado por Otros).

Lo anterior se debe a la dificultad para el actor individual en medir la realización efectiva de la interacción y de acceder a dicho conocimiento; la dificultad para juzgar la realización de la finalidad formal en las realizaciones efectivas de la institución; y por último, la dificultad para comprender la importancia de la acción individual en la interacción, incluso para discernir más allá de la finalidad inmediata de la propia acción.

La incapacidad para aprehender el conjunto del hecho institucional y para preverlo marca una cierta impotencia por parte del actor en el hecho institucional. Así como no puede abstraerse de los posibles de la acción, tampoco puede conocer y aprehender el alcance último de su acción en la interacción, debido, precisamente, a su contingencia y a su finitud.

Agréguese a ello el efecto que causa el discurso de justificación de la propia institución. Justificación que, cuando estamos ante una institución legítima, se halla muy desarrollada, no tanto en un discurso propiamente dicho, sino más bien por la coherencia de su estructura. Coherencia entre el orden de los fines formales y de los medios. Coherencia también, que presenta la propia organización de la interacción en torno al objetivo que se ha marcado (finalidad de la institución). De tal guisa, estamos ante una racionalidad que se orienta primeramente *ad intra*. Mas como resulta de la interacción de un cierto número de personas, adquiere a nivel social un valor de ejemplo, corroborado por el comportamiento (coherente) de la gente que forma parte de ello. De tal modo, y respecto a la persona individualmente

considerada, toda institución posee un poder de convicción por el simple hecho de su “masa” –i.e.: “conformidad con el grupo” (Asch) y “estado de agencia” (Milgram)-.

La problemática reside, en sede de las instituciones de pecado, en que su finalidad efectiva, al ser inicua, resulta ser irracional, y desde allí, injustificable. Se trata de una dificultad interna, que se resume en la falta de racionalidad o coherencia interna de la institución, tal como indicáramos anteriormente. Se trata de instituciones que no podrían convencer por sí mismas, y de allí que requieran de un discurso que artificialmente genere la ilusión de que tal coherencia y racionalidad sí existen. Y para ello se echa mano de la herramienta más eficaz con que cuenta el hombre en su interacción social: el lenguaje (la palabra). Como se ha indicado, se trata de un discurso que se presta de un modo especial a la manipulación, ya que es esencialmente instrumental. No está sujeto a una norma porque busque la verdad, sino que todo lo más que pretende es verosimilitud.¹⁹¹

Es un discurso que no sólo no enuncia una interacción coherente con una finalidad (formal), sino que la “ejerce” sirviendo de máscara, de parapeto, escondiendo así la incoherencia y el carácter inicuo del campo de acción.¹⁹² En resumidas cuentas, dentro de una institución inicua, las finalidades efectiva y formal no pueden coincidir; ello fundamentalmente porque la primera no se puede publicitar a través del discurso. Bien por el contrario, se le ha de ocultar, y ello se hace a través de la finalidad formal que no es más que un puro artificio del lenguaje al servicio de los objetivos que se persiguen efectivamente. Se desarrolla de tal modo un discurso que cubre la iniquidad y la criminalidad de la finalidad efectiva. Al decir de Nebel, un discurso de mentira, desligado de la práctica y que solo sirve de pantalla del funcionamiento real.

Un ejemplo más que notable de estos asertos, lo hayamos en el “lenguaje” empleado por el Tercer Reich. Así se ha expresado de un modo insuperable: “El nazismo se introducía más bien en la carne y en la sangre de las masas a través de palabras aisladas, de expresiones, de formas sintácticas que imponía repitiéndolas millones de veces y que eran adoptadas de forma mecánica e inconsciente. El dístico de Schiller sobre ‘la lengua culta que crea y piensa por ti’ se suele interpretar de manera puramente estética y, por así decirlo, inofensiva. (...) el lenguaje no sólo crea y piensa por mí, sino que guía a la vez mis emociones, dirige mi personalidad

¹⁹¹ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 305.

¹⁹² Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 305.

psíquica, tanto más cuanto mayores son la naturalidad y la inconsciencia con que me entrego a él.(...)

Las palabras pueden actuar como dosis ínfimas de arsénico: uno las traga sin darse cuenta, parecen no surtir efecto alguno, y al cabo de un tiempo se produce el efecto tóxico. Si alguien dice una y otra vez 'fanático' en vez de 'heróico' y 'virtuoso', creará finalmente que, en efecto, un fanático es un héroe virtuoso y que sin fanatismo no se puede ser héroe. Las palabras 'fanático' y 'fanatismo' no fueron inventadas por el Tercer Reich; este sólo modificó su valor y las utilizaba más en un solo día que otras épocas en varios años. Son escasísimas las palabras acuñadas por el Tercer Reich que fueron creadas por él; quizá, incluso probablemente, ninguna. En muchos aspectos, el lenguaje nazi remite al extranjero, pero gran parte del resto proviene del alemán prehitleriano. No obstante, altera el valor y la frecuencia de las palabras, convierte en bien general lo que antes pertenecía a algún individuo o a un grupo minúsculo, y a todo esto impregna palabras, grupos de palabras y formas sintácticas con su veneno, pone el lenguaje al servicio de su terrorífico sistema y hace del lenguaje su medio de propaganda más potente, más público y secreto a la vez."¹⁹³ La finalidad formal pasa así a desempeñar un doble objetivo: por un lado, y direccionado al interior de la institución, trata de dotar a los actores de una justificación que haga aceptable a sus ojos el funcionamiento real de la misma. Funcionamiento real que ellos conocen, puesto que están implicados en ella. Por el otro lado, y direccionado al exterior de la institución, cumple una finalidad de propaganda y facilita el acceso de la institución a un número cada vez mayor de interacciones.

Como indicara Arendt respecto de la organización totalitaria, se trata de elaborar de manera consciente una mentira sistemática; generando mentiras y funcionando de manera compartimentada, con diferentes "verdades" y diferentes "justificaciones" según el público al que se enfrenta.¹⁹⁴ Pues bien, este discurso mendaz, como señaláramos, tiene efectos *ad intra*, concretamente el de facilitarles una coartada, a la vez de un convencimiento de no estar obrando mal, todo ello respecto de los que participan y experimentan diariamente la finalidad efectiva del campo de acción. Al conocimiento parcial de las finalidades, debido a la limitación humana, se añade aquí una auténtica *organización del desconocimiento*, porque ya no se trata –como en el caso anterior- de una incapacidad natural para conocer, sino

¹⁹³ Klemperer, Victor. "L.T.I. La lengua del Tercer Reich..." cit., págs. 31-32.

¹⁹⁴ Arendt, Hannah. "Los orígenes del totalitarismo", Alianza, Madrid, 2010, Cap. 3º.

de una incapacidad creada, cuyo agente es simultáneamente víctima y consentidor.¹⁹⁵

Uno se deja convencer cuando más desea ser convencido; mas no se trata de una ignorancia propiamente dicha, sino de una coartada: el sujeto acepta ser embaucado y se auto-embauca a sí mismo.¹⁹⁶ Pretendiendo así perder contacto con la realidad, puesto que se reniega de la finalidad efectiva, y se reafirma en una finalidad formal (imaginaria y artificiosa). El agente, así, termina refugiándose a nivel de la finalidad inmediata, la esfera de su responsabilidad *por el cumplimiento de su (específico) rol; contentándose con obedecer (i.e: estado de agencia)*.

Empero lo anterior, y a modo de principio general, debe hacerse hincapié en que *un participante en una institución inicua (sea tanto del personal infra-estatutario, como –sin dudas- del personal supra-estatutario) no resulta completamente ignorante respecto de la finalidad real de la interacción*. Por más deformado que esté ese conocimiento de la finalidad (real) de la institución -sea ello por las naturales limitaciones de los hombres, o sea ello el producto del discurso legitimante-, generalmente ha de tener un conocimiento, siquiera mínimo, como para poder delimitar los “posibles de su acción” a la hora de cumplimentar con su rol. Esto está en la misma naturaleza del poder-en-común, por ser un poder compartido, esencialmente frágil, aunque a su vez enorme, como fruto de la colaboración.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo antes expuesto, resulta cierto que las dinámicas de grupo propias de la fenomenología de estos delitos pueden afectar al individuo, tanto en el juicio acerca del injusto subjetivo (dolo o culpa), como en el juicio de imputación personal (culpabilidad). Ello ya que los extremos anteriormente indicados (y estudiados en profundidad en el Capítulo Segundo de la Primera Parte) afectan tanto *a la dimensión cognitiva, como a la conativa o volitiva* del sujeto. Extremos éstos que se verifican a través de una (posible) disminución de la capacidad de aprehender el significado social y normativo de su conducta individual inscrita dentro de una actividad colectiva; bien a través de una posible

¹⁹⁵ Bauman, Zygmunt. “Modernidad y Holocausto...” cit.; Capítulo VI. Nebel, Mathias. “La categoría moral de pecado estructural...” cit., pág. 306.

¹⁹⁶ Estos extremos, que bien podrían ser configurativos de una *willful blindness*, o de un *dolus eventualis*, presentan la problemática de no estar, en principio, tales categorías de tipicidad subjetiva recogidas en el estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 30).

eliminación de las inhibiciones y demás reacciones de consciencia, así como por una disminución del sentimiento de responsabilidad, respectivamente.

Atendamos en primer lugar a lo que se han denominado (aunque para otro ámbito del Derecho penal) los “*sesgos cognitivos*”.¹⁹⁷ En la especie los nucleamos en: i) la incapacidad natural de todo hombre para poder captar el funcionamiento y consecuencias totales de una determinada institución más o menos amplia; ii) la fuerte compartimentación del trabajo –fragmentación excesiva de las tareas/roles-; iii) la fuerte dependencia del conocimiento transmitido por terceros para colmar las lagunas de conocimiento provocadas por los extremos anteriores; y, finalmente, iv) los efectos del discurso legitimante –distorsionador de la realidad- propio de la finalidad formal de la institución inicua y de la propia voluntad del sujeto de “dejarse embaucar” por su propia conveniencia.

No hemos, sin embargo, de olvidar los efectos que generan –también en este ámbito y en gran medida reflejados en cada uno de los antedichos- los fenómenos de la conformidad con la mayoría (*in-group conformity*), la obediencia a la autoridad y el estado de agencia, y la interiorización del rol.

Todos los extremos anteriormente relevados pueden generar una confianza en el sujeto acerca de la no producción del resultado penalmente relevante, extremos éstos que constituirían –*prima facie*- el fundamento psicológico de la exclusión del dolo. Empero, al decir de Silva Sánchez, una *perspectiva normativista* de la atribución de responsabilidad penal puede centrarse en la cuestión atinente a si tales sesgos eran evitables por el propio agente de la conducta (o, eventualmente, por un tercero), así como si cabe entenderse que su neutralización le ha de incumbir al agente que los sufre (o a un determinado tercero que pudiera evitarlos). Sobre el respecto ya hemos de adelantar nuestro criterio: el deber de neutralización de estos sesgos cognitivos integra la posición organizativa originaria correspondiente a cualquier agente. Lo que es decir: *la posición de garante por uno mismo*. De allí que (como bien se indicara) la cuestión se concentre en el análisis de la posesión o no de una capacidad para la neutralización de dichos sesgos por parte del concreto individuo (agente de la conducta en análisis).

¹⁹⁷ Cfe. Silva Sánchez, Jesús-María. “*Fundamentos del Derecho penal de la empresa*”, B de F/ Edisofer, Madrid, 2013, págs. 234 y ss..

Pues bien, los sesgos cognitivos propios de los miembros del estamento infra-estatutario no se generan en el pensamiento intuitivo, sino en el reflexivo de cada uno de ellos. Si bien éste se construye sobre los mentados *ut-supra* “*marcos de referencia*”, que se aproximan al pensamiento intuitivo, éstos conllevan inevitablemente un grado mínimo de consciencia que permite sostener a su respecto una accesibilidad motivatoria conforme a las exigencias propias del juicio de tipicidad subjetiva.

En estos casos, se sostiene a los efectos de fundamentar la responsabilidad jurídico-penal del individuo la posibilidad de remontarse al momento en que el sujeto inició el proceso de razonamiento (por más “automático” que éste pueda llegar a ser), catalogándose tales errores como “*errores reflexivamente (y por ello evitablemente) sistematizados*”. Habiéndose señalado al respecto: “*(...) existen procesos mentales que inicialmente requieren un esfuerzo mental (como es el caso de la atención), pero que con el pasar del tiempo se automatizan como fruto de la repetición a la larga dejan de requerir el mismo tipo de esfuerzo mental que al inicio, e incluso no llegan a requerir ninguna clase de esfuerzo mental. Lo peligroso de este proceso de automatización es el haber automatizado la información de forma equivocada, de modo que luego ya no sea necesario emplear el esfuerzo mental que al inicio era requerido y ello impida, a su vez, que sea factible detectar el error (y corregirlo). En efecto, el sujeto realizará una serie de actividades que, aunque inicialmente fueron reflexionadas, debido a su continua y sistemática repetición se tornaron mecánicas pero erróneas y sobre las cuales ya no cabe, en principio, la oportunidad de un nuevo control.*”¹⁹⁸

Dentro de los errores reflexivamente sistematizados, el caso más paradigmático lo constituye el “*aprendizaje selectivo*” o también llamada “*imprudencia selectiva*”. Tal como esta última denominación acredita, la mayoría de estas situaciones suelen ser atribuidas por parte de la doctrina y de la Jurisprudencia a título de imprudencia. La doctrina del aprendizaje selectivo, empero, trata de afrontar las situaciones en las que el sujeto aprende determinados patrones de conducta que sólo operan en su (propio) beneficio. Concretamente, se trata de evitar conductas que supongan o comporten un riesgo de auto lesión; no observándose tal proceder, en cambio, cuando se traten de conductas que generen un riesgo de hetero lesión. Situación

¹⁹⁸ Silva Sánchez, Jesús-María. “*Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*” cit., pág. 223.

ésta en la que indudablemente se inscribe la fenomenología suscitada por el discurso legitimante de la finalidad formal de la institución inicua.

Sin embargo, en este proceso de automatización de la información, al concurrir tal interés del sujeto en evitar las situaciones que comporten riesgos de autolesión, cabe considerar que se traspasa la frontera de la imprudencia y se incurre en una actividad dolosa. Veamos:

Sin duda que uno de los puntos más complejos a resolver respecto de la situación de los integrantes del estamento infra-estatutario es justamente el que responde a la voluntaria adhesión al discurso legitimante de la finalidad formal de la institución inicua (que cubre así su finalidad real o efectiva). El sujeto sometido a la estructura, asimila tales discursos justificantes, dejándose convencer por ellos, y alejando sus pensamientos de los verdaderos efectos finales de la acción colectiva. Contribuyendo –además– a tal ceguera, la compartimentación (excesiva fragmentación) de la actividad colectiva (generando en muchos casos un distanciamiento físico respecto de la víctima, a la que no se ve, ni se la oye); así como el fenómeno de la deshumanización de los “otros” (de las víctimas), que pasan a ser cosificadas, carentes del estatuto legal propio de todo ser humano.

Ahora bien, está claro que el sujeto, para cumplimentar correctamente con su rol, ha de conocer su estatuto y el campo estructurado de la acción colectiva, cuestión ésta última que conlleva un conocimiento suficiente de la finalidad real/efectiva. Empero, una vez puesta en marcha su conducta cumplidora de su rol, el sujeto adolece de *un sesgo de tipo volitivo*: no desea saber nada acerca del resultado definitivo de la acción comunitaria; quiere ser ciego respecto de ciertos aspectos de sus quehaceres y de sus propios contextos. Estando claramente ante un aprendizaje voluntario, se presenta una característica especialísima: puesto que se trata de un sesgo volitivo que genera (o causa *ex post*) sesgos de orden cognitivo (las mentadas “cegueras”).¹⁹⁹ Esto último presenta tal especificidad, puesto que, en principio (y a diferencia del tratamiento que la dogmática suele darle a los sesgos volitivos o conativos), los sesgos o defectos cognitivos suelen derivar en la imputación a título

¹⁹⁹ Al decir de Jakobs, al sujeto sencillamente no le interesa, por lo que no piensa en absoluto en el ámbito en cuestión; no tratándose tanto de un proceso psíquico, cuanto en realidad de la ausencia de tal proceso, “ausencia de al menos una fidelidad latente al ordenamiento jurídico, susceptible de ser desencadenada.” Jakobs, Günther. “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*”, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 89.

de imprudencia o derechamente (en el caso de de defectos o errores inevitables) en la exoneración de responsabilidad jurídico penal.²⁰⁰

Hay que recordar que una de las razones por las que se sanciona penalmente a la imprudencia (si es que así se halla tipificado) es, justamente, el impedir que el sujeto aprenda de modo selectivo: atendiendo exclusivamente a evitar conductas o situaciones que conlleven riesgos para él (auto-lesión) o para sus intereses, y desatendiendo a aquellos que generen riesgos de lesión para terceros. Pero el tema aquí resulta especialmente espinoso ya que –como se sabe- los delitos de Derecho penal internacional sólo se imputan a título de dolo, por lo que, *prima facie*, habríamos de concluir en la atipicidad de estas conductas y en la exoneración de toda responsabilidad penal del sujeto por los efectos (resultados) generados por tales conductas.

Sin embargo, y como bien quedara de manifiesto *ut-supra*, esa no es la lectura correcta que se ha de realizar sobre estas situaciones. Por el contrario –y como bien se ha indicado- en caso de hacerse un uso selectivo del cuidado, la imprudencia se equipara al dolo eventual. Las razones de esto último se han sostenido tanto en base a la teoría del Siglo XVII del *dolo indirecto*, como en atención al instituto de raigambre anglosajona de *willful blindness* (ignorancia deliberada), como, en fin,

²⁰⁰ La razón de por qué los sesgos cognitivos influyen sobre la tipicidad subjetiva, a diferencia de los defectos conativos, la aporta contundentemente Jakobs: “*Si se inquiriere acerca de tal diferencia, en la mayoría de los casos se contesta que ésta es sencillamente la diferencia entre dolo e imprudencia; que el primer autor ha visto lo que hacía, mientras que el segundo no. Ahora bien, eso no es una respuesta, sino una mera reiteración del problema, a saber, de por qué un no-querer pesa más que un no-saber. La solución se muestra si se pregunta por las consecuencias generales de un no-querer y de un no-saber. Quien ve lo que hace, y asume la lesión de otro, e incluso la persigue, ha integrado esa lesión de tal modo en su cálculo de costes y beneficios que el saldo le convenga. Aunque la lesión no le resulte directamente útil, el riesgo de su producción pesa menos que el interés en la ejecución del comportamiento, como demuestra la ejecución realizada. Por lo tanto, el autor que actúa en conocimiento de lo que va a acontecer procede de modo racional de acuerdo con sus máximas de conducta. La situación es distinta cuando el autor no ve lo que hace: en tal caso, no es seguro que no se lesione a sí mismo, y si no resulta afectado él directamente, sí quizás otro cuya lesión no persigue, o, quizás, cuya incolumidad le importa mucho.*” Jakobs, Günther. “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...*” cit., págs.. 83-84.

atendiendo a una responsabilidad *in causa* del sujeto consistente en no neutralizar los referenciados sesgos.²⁰¹

Conforme a la *teoría del dolo indirecto*, la razón por la que se trasladan estos comportamientos desde el ámbito de la imprudencia hacia el del dolo, es nítida: no puede dársele por parte del Ordenamiento Jurídico-penal un mejor tratamiento al sujeto indiferente que a uno escrupuloso que infringe la prohibición entre dudas y atormentado por ello. Concretamente, el funcionamiento de este instituto del dolo indirecto consiste básicamente en que quien actúa con malicia contra otro (siendo indiferente al bienestar de éste último) no podrá ser penado de modo atenuado (ni a título de imprudencia) aunque no haya pensado en las consecuencias evidentes de su conducta.

Así, se cita la opinión de Benedict Carpozov, quien ya a mediados del Siglo XVII sostuviera que quien con malicia produce una lesión que –por sus características– forzosamente conducen hacia la muerte, observa un dolo de matar, aunque no haya reflexionado acerca de la consecuencia mortal de su acto.²⁰²

En la misma dirección se expresa Roxin, cuando al tratar sobre el error de prohibición vencible (desconocimiento vencible acerca de la antijuridicidad), sostiene que no procede ninguna atenuante, en la medida que tal desconocimiento o error se deba a la “*enemistad*” del sujeto con el Derecho.²⁰³

En sentido similar, pero fundándose en su análisis del instituto anglosajón de la *willful blindness* (y su posible ubicación en el Derecho continental europeo), encontramos la posición sostenida por Ragués i Vallés. Este autor parte del análisis de determinado tipo de conductas que, a nuestro juicio, encajan perfectamente con la especie fáctica aquí analizada. Tales conductas –sostiene– se ubican en principio entre aquellas en las que se verifica la ausencia, en el agente de la conducta, de una

²⁰¹ Cfe. Jakobs, Günther. “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...*” cit., pág. 86. Silva Sánchez, Jesús María. “*Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*” cit., pág. 224. Ragués i Vallés, Ramón. “*La ignorancia deliberada en Derecho penal*”, Atelier, Barcelona, 2008.

²⁰² Cfe. Jakobs, Günther. “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...*” cit., pág. 91. Asimismo, el citado autor cita a Aristóteles, quien en su *Ética Nicomaquea* distingue en función de cómo se conduce el autor después del hecho entre quienes actúan en desconocimiento y lo lamentan después del hecho –personas éstas, que han de ser tratadas con mayor condescendencia que aquellos otros que no sienten malestar alguno, es decir, que se muestran indiferentes e indolentes.

²⁰³ Roxin, Claus. “*Derecho penal, parte general. Iª parte...*” cit., pág. ... parágrafo 21, nal. 71.

representación suficiente de los elementos del tipo objetivo, propio ello de las conductas imprudentes. Ahora bien, dentro de estas conductas, cabe distinguir varios estados posibles, que van desde la ausencia completa de representación (de cualquier elemento relacionado con el tipo), hasta llegar a aquellas en las que se verifica la existencia de una sospecha previa. Sospecha ésta que, si bien no es suficiente para sustentar la concurrencia del dolo, *si debería haber llevado al sujeto, en caso de valorar el bien jurídico finalmente lesionado, a activar los medios oportunos para conocer con mayor exactitud los riesgos asociados a su conducta.*²⁰⁴

Es cierto que la mentada sospecha no alcanza para afirmar que se ha actuado con dolo, básicamente porque no se verifica un conocimiento preciso y suficiente sobre la concurrencia (o posible concurrencia) de los elementos típicos. Sin embargo, la circunstancia de que el sujeto no haya desistido de la conducta planificada determina un indicio relevante sobre la indiferencia del agente hacia el bien penalmente tutelado. Precisamente porque al actuar ha partido de la base de que lesionaría algún bien, aunque no tuviera interés en precisar cuál y de qué precisa manera.

Así, se concluye que determinados supuestos de falta de representación suscitan la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual; ello ya que expresan tal grado de indiferencia equiparable al que se observa en aquél. Así, concluye Ragués i Vallés: *“El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que éste.”*²⁰⁵

De lo anterior emergen las tres exigencias para que estos casos (de ignorancia deliberada) reciban el tratamiento propio del dolo eventual, siendo ellos: a) que el sujeto cuente con conocimientos previos que habrían llevado a abstenerse de su

²⁰⁴ Ragués i Vallés, Ramón. “La ignorancia deliberada en Derecho penal...” cit., pág. 184.

²⁰⁵ Ragués i Vallés, Ramón. “La ignorancia deliberada en Derecho penal...” cit., págs. 192-193.

comportamiento a cualquier persona decidida a no cometer ilicitud alguna; b) que la decisión se mantenga durante un tiempo significativo; c) y que el sujeto se beneficie de la situación sin asumir riesgos propios y cuente con una alegación en su descargo –la falta de conocimiento- para el caso de que le sean exigidas responsabilidades.

Es fundamental atender a la motivación por la cual el sujeto se ha mantenido en tal estado de ignorancia; ello por su relación directa con la función de la pena. Tal como se ampliará *ad infra*, cuando el sujeto persigue beneficiarse de su estado de ignorancia, no asumiendo con ello riesgo natural (riesgos propios) alguno, verifica una necesidad de pena idéntica al dolo eventual: en primer lugar, por lo ya expuesto anteriormente conforme a lo indicado por Jakobs sobre el dolo indirecto. Aquí el sujeto no asume riesgo alguno para sí, sino sólo respecto de terceros, situación ésta absolutamente distinta de la que genera un comportamiento imprudente. Pero además de ello, y como bien expone Ragués i Vallés, porque el darle a la especie fáctica de referencia el trato de la imprudencia (o de la atipicidad cuando no se halle el delito tipificado a título de culpa/imprudencia) significaría darle un tratamiento privilegiado que minaría la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico. Ello ya que estamos ante alguien que busca artificiosamente eludir la regulación jurídico penal. A lo anterior, agrega el citado el autor que, de quedar tales casos impunes, la pena no cumpliría con su función de provocar el fracaso del delincuente, enviando el mensaje al resto de la población, de que –en determinadas circunstancias peligrosas para terceros- es mejor inhibirse del tema, que preocuparse por ello.²⁰⁶

Ahora bien, aparte de la aplicación del instituto del dolo indirecto o de la *willful blindness* a la subespecie, cabe la aplicación del instituto del dolo eventual en sintonía con una *responsabilidad in causa*. Desde el momento en que –como señaláramos- se trata en gran medida de un método o recurso de auto-justificación (al sujeto se le embauca a la vez que agradece ser embaucado), el sujeto es conocedor de las instituciones profundas y desde allí de las relaciones naturales de la convivencia humana; no debiendo valerse ni aprovecharse de eventuales discursos o políticas contrarias a las mismas para argumentar un error de tipo o de prohibición. El sujeto conoce (puede que de forma incompleta, pero sí de forma

²⁰⁶ Ragués i Vallés, Ramón. “*La ignorancia deliberada en Derecho penal...*” cit., págs. 186-187.

suficiente) la finalidad ínicua de la institución a la que pertenece, por más que luego trate de distanciarse psicológicamente de ello (y en gran medida, lo logre). Pero por ser portador (*ab initio* al menos) de dicho conocimiento (y por más menguado que éste sea) tiene el deber y el poder de evitar los sesgos cognitivos y sus efectos. Lo último como consecuencia del deber de garante por uno mismo y su conducta, así como por los lazos de solidaridad y bien común mínimos, básicos y elementales, que se hallan universalmente reconocidos y codificados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en los Pactos Universales de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos y Sociales.

Claro que siempre estamos hablando de la generalidad de los casos, puesto que no seríamos fieles a nuestro planteo de un normativismo atemperado por la realidad empírica subyacente (tanto ontológica como deontológica-cultural) si planteáramos las soluciones en términos de un sistema cerrado. Así, y a vía de ejemplo (como excepción a la generalidad de los casos) podemos atender a la situación de aquellos sujetos que, a muy corta edad, son secuestrados y reclutados por la fuerza en ejércitos de guerrilleros en África. Está claro que dichos sujetos (que componen el fenómeno conocido como el de los “soldados niños”) crecen y se desarrollan mental y socialmente en un ambiente plagado de violencia y ajeno a los valores y a las relaciones naturales de toda sociedad humana civilizada. De allí que las eventuales conductas típicas de estas personas sí que pudieren configurar situaciones de error de tipo o de prohibición.

Por último, y dentro de este marco, cabe hacer nuevamente referencia a las mentadas acciones neutrales, puesto que en ellas el conocimiento verdadero, más o menos significativo, que se pueda tener sobre la finalidad efectiva de la institución resulta indiferente. Ello, por ser innecesaria a los efectos de la delimitación del marco de los posibles de la acción y el correcto desempeño del rol conforme a su estatuto institucional.

Ahora bien, hemos de atender ahora suscintamente (ya que desarrollaremos estas cuestiones en la tercera parte de esta obra) a los efectos que causan *los sesgos conativos o volitivos* sobre la conducta de los individuos pertenecientes al estamento infraestatutario.

Al respecto, primeramente debemos atender a los casos más extremos: cuando se trata de sujetos cuyos estatutos les limitan a tal grado, que ellos no se ven con oportunidades reales y sustantivas de optar por cómo ejecutar sus roles. La

autonomía individual se ve tan reducida por el campo estructurado de la acción, que el sujeto carece de esfera propia de iniciativa relevante alguna. No existe libertad alguna respecto del modo en que se ejecutan sus respectivos roles (conforme a su estatuto); ni posibilidad siquiera remota de que se produzca la interiorización del campo estructurado de la acción por parte de los ejecutores. Actúan no por convicción, sino por miedo; por la presión sufrida por las amenazas o por la violencia física. Son las amenazas y las coacciones recibidas (muchas de ellas emergentes del propio contexto fáctico en el que se hallan inmersos) las que restringen las capacidades de determinar la acción a realizarse (los posibles de la acción) e incluso el propio modo de ejecución del rol (la mimesis). Constituyendo estos extremos un modo de detectar si el sujeto actúa o no por efecto de la compulsión o *duress*; desplazándonos inevitablemente, para su tratamiento, al ámbito de la culpabilidad o imputación personal (concretamente: al ámbito del estado de necesidad disculpante).

Fuera de los casos de miedo insuperable o *duress*, existen otros sesgos volitivos o conativos que no llegan a anular la culpabilidad del sujeto, pero que sí pueden atenuar su responsabilidad. A diferencia de los sesgos cognitivos (si bien por lo general se hallan solapados con ellos), lo que aquí se afecta a través de las características propias de las estructuras de pecado, es la capacidad de querer, o la dimensión motivacional del sujeto. El sujeto que pertenece al estamento infraestatutario, si bien tiene aquel conocimiento (al menos en grado de sospecha) sobre la finalidad inicua de la conducta colectiva, así como de su valoración negativa por parte del Derecho (por oponerse a las instituciones profundas y a las relaciones sociales naturales), empero obra bajo la convicción de que su conducta se corresponde con el sentido de solidaridad para con el grupo al que pertenece. De tal modo, y como bien se ha indicado, el sujeto se halla altamente motivado para resistirse a pensar que la decisión adoptada no es la correcta.

A lo anterior hay que adicionar los efectos del fenómeno de la obediencia al superior, tal como estudiara Milgram, y su consabido *efecto de agencia* sobre el sujeto. Conforme a ello, aun siendo el sujeto consciente de las consecuencias verdaderas de su conducta, el mismo parte de la presunción de que será al superior a quien se imputará la responsabilidad jurídico penal por dichas consecuencias lesivas. Serán de extrema relevancia, a tales efectos, los factores socio-psicológicos y culturales que influyen sobre el juicio de imputación personal de los miembros

del estamento en cuestión: el distanciamiento para con las víctimas, los factores vinculantes, y la moralización de la tecnología y difusión de la responsabilidad (extremos, éstos, que se analizarán con profundidad en la Tercera Parte).

Concretando: como principio general, está en la naturaleza del campo de acción que uno sólo pueda moverse por él si se tiene un cierto conocimiento de sus finalidades reales, efectivas – conocimiento o sospecha que, por sus características y efectos sobre la función de la pena, amerita el tratamiento propio del dolo eventual-. Por tanto, existiría (de nuevo, en la generalidad de los casos) una responsabilidad personal de cada uno de los agentes que actualizan su rechazo interior en una ruptura institucionalizada. Pero esta responsabilidad personal no se puede separar nunca de las de los otros miembros de la interacción; debido, como siempre, al carácter compartido del poder-en-común. No se puede hacer recaer en uno sólo de los actores la totalidad de la responsabilidad y de la culpabilidad de la institución inicua. Esta responsabilidad recae en la comunidad de personas agrupadas en y por la interacción y sobre cada una de ellas. Se debe responder de lo que se ha cometido conjuntamente y de la parte personal que cada uno tiene en su cumplimiento.

SEGUNDA PARTE.

Capítulo Segundo: Las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales a la fenomenología de la criminalidad colectiva.

I.1) Los sistemas de injusto. Sistemas de injusto constituidos: la agrupación criminal, los Estados criminalmente pervertidos. El injusto de los sistemas sociales.

Acabamos el apartado anterior con una sentencia: “Se debe responder de lo que se ha cometido conjuntamente y de la parte personal que cada uno tiene en su cumplimiento”. Pues bien, estos extremos (la imputación individual de un hecho colectivo), que orientan teleológicamente el estudio de las categorías morales de las estructuras de pecado, asimismo han sido recogidos por la dogmática jurídico penal, particularmente a través de la teoría del sistema de injusto y de la teoría de la anticipación (o de la intervención a través de la organización).²⁰⁷

²⁰⁷ Respecto de los sistemas de injusto, vide: Aleo, Salvatore. “*Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*”, Milán, 2005. Cancio Meliá, Manuel. “*Comentarios a los delitos contra la Constitución y de terrorismo*” in “*Comentarios al Código Penal*” (Rodríguez Mourullo, Director); Madrid, 1997. Cancio Meliá, Manuel. “*¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa*”, en (Mir Puig, Corcoy Bidasolo, Directores) “*Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*”, Madrid, 2006, págs. 3 y ss. Cavaliere, Antonio. “*Effettività e criminalità organizzata, en Moccia*” en “*Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*”, Nápoles, 1999. Bassiouni, M. “*La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*”, Milán, 2005. De Francesco, Giovannangelo. “*Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*” en “(Giostra, Insolera, dirs.) “*Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*”; Milán, 1995. Fischer, Thomas. “*Comentario a los §§ 129, 129ª StGB*” en *StGB und Nebengesetze*, 53º ed, Munich, 2006. García-Pablos de Molina, Antonio. “*El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal*”, en *RGLJ*, LXXII, 1976, págs. 563 y ss. Gómez Jara Díez, Carlos. “*La culpabilidad penal de empresa*”, Marcial Pons,

En el presente apartado, estudiaremos las relaciones existentes entre las ya analizadas estructuras de pecado y las creaciones dogmáticas de los injustos sistémicos, o también, delitos de organización. Como se verá, existen muchos puntos de contacto entre ellos y la mentada teoría moral; ello tanto respecto de la concepción que ve en los referidos sistemas un injusto por su mera existencia²⁰⁸, como respecto de aquella concepción que ve en ellos un estado institucional de cosas favorecedor de los delitos concretos que se cometan conforme a su finalidad.²⁰⁹

Madrid, 2006. Grosso, Carlo Federico. “*Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*”, en (Moccia, ed.) “*Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*”, Nápoles, 1999. Hefendehl, Roland. “*Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*”, Köln, 2002. Heine, Günter. “*Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung*” en (Dölling, ed.) “*Jus Humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70*”, Geburtstag, Berlin, 2003, págs. 577 y ss. Jakobs, Günther. “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*”, en (Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez, coords.) “*Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*” Vol. 2º, Madrid, 2006, págs. 93 y ss. Khöller, Michael. “*Strafrecht AT*”, Berlin, 1997. Lampe, Ernst-Joachim. “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*” en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, tomo 106; 1994, págs. 683 y ss. Lenckner, Theodor. “*Comentario a los §§ 129 y ss. StGB*” en (Schönke, Schröder, eds.) “*Kommentar zum StGB*” 26º ed., Munich, 2001. Militello, Vincenzo. “*Participation in a criminal organisation as a model of european criminal offence*”, in (Militello, Huber; eds.) “*Towards a European criminal Law against organised crime*”; Friburgo, 2001. Moccia, Sergio. “*La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*”, 2ª edición, Nápoles, 1997. Pastor Muñoz, Nuria. “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación politico-criminal y dogmática*”; Atelier, Barcelona, 2005. Roxin, Claus. “*Derecho penal. Parte general*”, Civitas, Madrid, 1997. Rudolphi, Hans-Joachim. “*Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB*” en “(Frisch, Schmid, eds.) “*FS für Hans-Hürgen Bruns zum 70*” Köln, 1978, págs. 315 y ss. Silva Sánchez, Jesús-María. “*¿Pertinencia o intervención? Del delito de ‘pertinencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito*”, in (Octavio de Toledo, et Al. Coordinadores.) “*Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*”; Valencia, 2004, págs. 1069 y ss.

²⁰⁸ Por todos: Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto*”, en “*La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*” traducción al español al cuidado de Carlos Gómez-Jara Díez; Grijley, Lima, 2003.

²⁰⁹ Por todos: Rudolphi, Hans-Joachim. “*Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129a StGB*” en “*FS für H.J. Bruns zum 70*” (Frisch; Schmid, eds.); Geburtstag, Köln, 1978, págs. 315 y ss. También: Silva Sánchez, Jesús-

De hecho, consideramos que las estructuras de pecado (matizándolas acorde a los principios del Derecho penal) favorecen una síntesis superadora de las dos posiciones doctrinales señaladas respecto de los sistemas de injusto. Todo ello siempre en atención a una concepción normativista atemperada por la realidad ontológica y empírico-cultural subyacente, así como a los fines de la pena expuestos ya en la Primera Parte de este trabajo. No obstante todo lo anterior, debemos aclarar desde ya que estas estructuras de pecado o de injusto, dentro del ámbito propio del Derecho penal Internacional, observan una finalidad *estrictamente de instrumental dogmático interpretativo y valorativo de la responsabilidad de los individuos humanos*, y no como tipo de injusto *per se stante*.

Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina, la lógica de la noción de injusto sistémico se refiere a una responsabilidad colectiva y no a un modelo de la responsabilidad individual; todo ello en atención al ingreso voluntario en un sistema organizado con una finalidad asocial.²¹⁰ Al respecto, la doctrina suele remitirse a la siguiente opinión de Küper: “(...) *el actuar conjunto de varias personas en un hecho punible conduce abiertamente a dimensiones de injusto a las que no hace justicia el ‘paradigma del autor individual’ (conforme al cual cada partícipe infringe individualmente un deber de comportamiento)*”²¹¹; agregándose a ello el aserto de que la dogmática de las acciones de injusto precisa de un complemento a través de la dogmática de los sistemas de injusto.²¹²

María. “*La intervención a través de organización ¿Una forma moderna de participación en el delito?*” en “*Delitos de organización*” (Jesús-María Silva Sánchez, Manuel Cancio Meliá); B de F; Buenos Aires, 2008, págs. 87 y ss.

²¹⁰ Cfe. Heine, Günter. “*Kollektive Verantwortlichkeit*” en “*Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*”, Friburgo, 1998, págs. 95 y ss.

²¹¹ Küper, George. “*Der gemeinsame Tatenschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft*”, ZStW N° 105, 1993, págs. 445 y ss.

²¹² Indica al respecto Lampe: “(...) *hasta ahora, la dogmática penal ha reaccionado frente a todo tipo de delincuencia sistémica con un instrumental hecho a la medida del autor individual. Sus categorías fundamentales –acción individual, resultado social, y la causalidad que los vincula– resultan sumamente simplistas en relación con la complejidad de los supuestos de hecho a enjuiciar. Poniendo a la causalidad como ejemplo, ésta es mayormente entendida, en sentido físico-psicológico, como relación de efecto entre acción y resultado. Los cursos causales deben valorarse de manera equivalente (teoría de la equivalencia). Sin embargo, en lugar del principio ‘causa aequat effectum’, también debe regir que ‘pequeñas’ causas pueden tener ‘grandes’ efectos y conducir, en consecuencia, a una ‘mayor’ responsabilidad por el hecho. Por qué esto es así*

Definiéndose a tales “sistemas de injusto” como aquellos sistemas sociales (construcciones sociales) en los que las relaciones de sus elementos están organizadas hacia un fin asocial o inicuo. Dichos mentados elementos son individuos relacionados entre sí a través de la comunicación y la interacción constituidas conforme a modelos relativamente constantes que generan su organización. En lo referente a la finalidad, ella es considerada asocial ya que busca la configuración desintegradora de su relación con el entorno. Como se ha sentenciado, los sistemas de injusto jurídico-penales consisten en “relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos”.²¹³

A los efectos de nuestro análisis (comparativo respecto de las estructuras de pecado) nos importará tratar sobre los “sistemas de injusto constituidos”, y no sobre los “simples” (que se corresponden a las coautorías). Asimismo, y dentro de los *sistemas constituidos*, la doctrina distingue tres subespecies: i) los sistemas orientados criminalmente: las agrupaciones criminales; ii) los sistemas con tendencia criminal: empresas económicas con “actitud criminal”; iii) los sistemas pervertidos criminalmente: instituciones de injusto estatales o estructuras estatales criminalmente pervertidas.²¹⁴ Cabe advertir que, también ciñéndonos al objeto de

permanece en la oscuridad de un sentimiento valorativo (...) Existen divergencias en lo que respecta a la relación entre varios partícipes en el hecho, dado que la aceptada teoría de que todas las contribuciones causales tienen el mismo valor, dificulta que la medida de la responsabilidad se reparta debidamente entre los partícipes. Para el injusto de sistema, las acciones y los cursos causales lineales, así como la ficción de su equivalencia, no ofrecen criterio de imputación alguno. Ya en la coautoría se reconoce abiertamente que la distribución adecuada de la responsabilidad depende del peso social de las contribuciones ‘causales’ al hecho: cuanto mayor sea la contribución al hecho, mayor es la responsabilidad de aquel que la ha prestado. Las causas de estas reglas de Justicia son fácilmente comprensibles: al hombre se le imputa responsabilidad (sobre la base de un mecanismo psíquico de acoplamiento retroactivo [psychischen Rückkopplungmechanismus]) en la medida en que ha causado el resultado volitivamente. Con las causas volitivas se reproducen, por lo tanto, las responsabilidades. Si la totalidad del hecho se encuentra en una única relación sistémica, las causas y la responsabilidad se entremezclan entre sí formando una ‘red’. Tanto el peso social de una única contribución al hecho como la responsabilidad individual que de ahí se deriva, sólo pueden ser determinadas en relación con la ‘red’ que relaciona a los partícipes.” Lampe, Ernst-Joachim. “Injusto del sistema y sistemas de injusto...” cit., pág. 101 y ss..

²¹³ Lampe, Ernst-Joachim. “Injusto del sistema y sistemas de injusto...” cit., pág. 103.

²¹⁴ Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. “Injusto del sistema y sistemas de injusto...” cit., pág. 114.

nuestra investigación, prescindiremos del análisis pormenorizado de las empresas económicas con actitud criminal, concentrándonos en las otras dos subespecies.

Ahora bien, dentro del concepto de “sistema de injusto”, decíamos que nos interesan los llamados “sistemas de injusto constituidos”, esto es, aquellos que son más que la suma de sus partes, ya que como *institución* resultan independientes de cualquier cambio de dichas partes.²¹⁵ Se trata de sistemas formales, grupos formalmente organizados, o sistemas constituidos: aquellos en los cuales se verifica la existencia de una constitución (formal o informal) que determina tanto los objetivos, como los medios del sistema (y de allí: su injusto).

Conforme a lo anterior, hemos de reseñar que los sistemas de injusto constituidos se basan en elementos de pertenencia que son independientes de las distintas personas que las componen (de la identidad de sus miembros), razón por la cual –y respecto de dichas identidades- no se requiere más que un conocimiento reducido entre ellas. Dando lugar así a construcciones institucionales que congregan a un número mayor de personas (que las que nuclean los sistemas simples); coincidiendo ello con la observación de la psicología social que recabáramos en la Primera Parte, y que indica que en estos grupos mayores, sus miembros sólo se conocen conforme a criterios selectivos, así como se comunican mediante instancias intermedias (es decir, conforme a un organigrama estricto). Asimismo, son caracterizados por un mayor grado de complejidad. Como se ha indicado, comprende más subsistemas, respecto de los cuales no todos los miembros gozan del mismo acceso:

*“La comunicación y la interacción están planeadas y, de hecho, generalmente lo están de manera selectiva. Sin embargo, para asegurar la consistencia del todo existen entre los subsistemas canales de información. Dichos canales, por una parte, mandan órdenes del plano jerárquicamente superior (como instancia que emite las normas) a los planos ocupados con tareas inferiores y, de ahí, a las personas a las que se les confía la realización de las tareas elementales. Por otra parte, en dichos canales fluyen, en sentido contrario, comentarios de los planos inferiores. Existe, por lo tanto, un intercambio de información en forma de un círculo de reglas.”*²¹⁶

²¹⁵ En contraposición de lo que sucede con las co-autorías simples.

²¹⁶ Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 112.

Otro efecto a tomar en cuenta respecto de los sistemas constituidos es que la pertenencia a los mismos se fundamenta a través de actos formales; dándose así la condición formalizada de miembro, por ejemplo como funcionario público de determinada Administración pública. No obstante, cuando el sistema no posea un estatus propio (es decir, se trate de una agrupación criminal que carece de una institucionalización formal, como ocurre, por ejemplo, en la gran mayoría de los sistemas *bottom-up*) la condición de miembro se fundamenta en la medida en que el sujeto se sienta (subjektivamente) obligado a las concepciones fundamentales sobre los objetivos del sistema, así como respecto de los medios para conseguirlos; verificándose tales extremos mediante su participación efectiva en la interacción.

Hemos señalado anteriormente que los sistemas constituidos que atenderíamos a los efectos de nuestro análisis son dos: las agrupaciones criminales, por un lado, y los Estados o estructuras estatales pervertidos criminalmente, por el otro. Conviene, pues, hacer una breve descripción sobre ellos:

Las agrupaciones criminales, conforme a la jurisprudencia alemana, consisten en la *“agrupación de un número de personas, organizada y programada para tener una cierta duración, que, bajo el sometimiento de la voluntad del individuo a la voluntad de la generalidad, persiguen unos objetivos conjuntos, manteniéndose entre ellas tal relación, que se sienten recíprocamente como una asociación unitaria.”*²¹⁷ A estos extremos agrega Lampe el elemento técnico del sistema: *“La agrupación organizada y programada para tener una duración determinada afecta a tres ámbitos técnico-procedimentales: el ámbito humano; la integración de medios materiales; y la integración de los hombres y los medios materiales en un sistema técnico-social.”*²¹⁸

Por último, respecto de esta breve semblanza acerca de las agrupaciones criminales institucionalmente organizadas, hemos de atender a su finalidad: la

²¹⁷ BGH. *NJW* 1975, 985. Ibidem 1978, pág. 433. También: Rudolphi, Hans-Joachim. *“Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.s. der §§ 129 und 129^a StGB”* in (Frisch, Schmid, eds.) *“Festschrift für Bruns”*; Köln, 1978, pág. 315. Así expresa: *“(…) ha de ser determinante y vinculante una voluntad organizada y conjunta, que perdure y sea independiente de la voluntad actual del uno o de otro.”* También (aunque circunscripto al fenómeno de las bandas por oposición a organización institucional o agrupación criminal) vide: BGH. *NStZ* 1982, pág. 68.

²¹⁸ Lampe, Ernst-Joachim. *“Injusto del sistema y sistemas de injusto...”* cit., pág. 115.

comisión de hechos delictivos. Siendo la misma su característica principal a la vez que el elemento sobre el que se conforma todo el sistema (determinando tanto la creación interna de la organización, como su apariencia externa).²¹⁹

Con respecto a las estructuras estatales criminalmente pervertidas, se ha dicho que se configuran cuando sus funcionarios cometen delitos que son la expresión de la filosofía estatal. Así, tales Estados son sistemas externos fuertemente aislados respecto de las otras naciones, e interiormente (por lo general) se hallan organizados de forma totalitaria o anti-democrática.²²⁰ Observándose a su respecto, todos los extremos que releváramos oportunamente acerca de los modelos *Top-down* de violencia colectiva.

Estaremos ante un Estado criminal en la medida en que el mismo se constituya sobre bases antijurídicas, extendiéndose dicho espíritu a sus normas jurídicas y actos administrativos, sin que todo ello pueda ser remediado a través del propio sistema (como, v.gr., el recurrir a un Tribunal Constitucional, o a una Asamblea Constituyente, etc.). Se le adjetiva de “perverso”, puesto que el mismo se opone a la filosofía propia del Estado de Derecho; aquella que formula el ideal de la actividad estatal y, de tal guisa, fundamenta expectativas tanto respecto de las funciones legislativas, ejecutivas, y judiciales, como respecto de la conducta tipo que han de observar los distintos funcionarios estatales.²²¹

²¹⁹ Una de las derivaciones inmediatas de ello será el que las agrupaciones criminales estén influidas tanto por la estructura como por los valores y normas de la sociedad (instituciones profundas de la cultura, Estado y Mercado). De allí que estos casos (como dijéramos, más propios de un modelo bottom-up) no puedan ser aplicables a los grupos fanáticos, terroristas o sectas, en los que sólo se permiten las relaciones intra-grupales, provocando una fuerte densidad en los contactos ad intra, y de allí una consciencia fuerte de grupo. Vide al respecto: Lampe, Erns-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 116. Y muy especialmente: Staub, Ervin. “*Overcoming evil. Genocide, violent conflict and terrorism...*” cit., págs. 132 y ss..

²²⁰ Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 122.

²²¹ Indica Kaufmann al respecto: “(...) la confianza vulnerada es al mismo tiempo una parte de la confianza en el sistema; esto es, confianza en la capacidad de que una organización controla a sus miembros de tal manera que las prestaciones que de ellos se esperan, se llevarán a cabo conforme al sentido al objetivos garantizado y las funciones asignadas por la organización.” Kaufmann, F., in (Lampe, Ernst-Joachim) “*Verantwortlichkeit und Recht*”, 1989, pág. 213. Traducción al español al cuidado de Carlos Gómez-Jara Díez.

Con base en dicha filosofía propia del Estado de Derecho, se considera inaplicable a dichos extremos el principio de legalidad en lo que a su corolario *nullum crimen sine lege* respecta. Así, se señala que la voluntad estatal en la medida en que se halle viciada por dichas finalidades antijurídicas no puede pretender vigencia normativa/jurídica alguna; ello por oponerse a principios jurídicos elementales. Mas fundamentalmente porque “(...) *un pueblo entero puede reconocer normas jurídicas elementales que deben ser válidas para el comportamiento de todos, también cuando de manera transitoria el poder estatal no las realiza.*”²²² Siendo tales normas jurídicas elementales derivadas directamente del Derecho Natural, en la medida en que aún no se hallen expresamente recogidas por el Derecho positivo interno, o por el Derecho penal internacional. Lampe reconoce *tres* casos en los que deben ser aceptadas tales normas (y punidas las conductas dirigidas a su lesión), puesto que de lo contrario se pondría en juego la Justicia penal en su conjunto. Son ellos: a) los actos que sirvan a la destrucción de comunidades –genocidio-; b) los actos que ponen en peligro las condiciones de vida de los pueblos –graves delitos ecológicos-; c) los actos que extinguen mental o culturalmente la personalidad humana –tortura, lavado de cerebro-.²²³

Ahora bien, habiendo reseñado las características fundamentales de los sistemas de injusto constituidos que aquí atenderemos, cabe profundizar un poco acerca del injusto propio de estos sistemas sociales. Así, lo primero que hemos de decir es que estos delitos se presentan como portadores de un tipo de injusto específico, que se diferencia del “normal” o “básico” que se engloba en el llamado injusto de relación. Este “injusto de relación” se funda en el carácter de los procesos sociales, es decir, en las interacciones entre personas, así como en el carácter del Derecho, el cual conduce y vigila la estructura relacional de los procesos sociales. Así, agrega Lampe, los injustos “de acción y de resultado son componentes del injusto de relación: el injusto de relación tiene, frente a ellos, un significado propio, tanto

²²² Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 134.

²²³ Lampe, Ernst-Joachim. “*Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*”, Köln, 1993, págs. 15 y ss.. Asimismo, sostiene que aparte de este “ámbito central restringido” existe sólo una débil necesidad político-criminal contra los actos estatales antijurídicos, por lo que el resto de la punibilidad debe ser jurídico-positivamente co-constituída.” Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 136.

independiente como constitutivo; esto es, ni lo comprende completamente ni puede derivarse de ellos totalmente.”²²⁴

El injusto de sistema, por el contrario, es *limitativo* ya que no comprende los componentes del injusto de relación que especifican al autor (el injusto exclusivamente “personal”). Asimismo, el injusto de sistema no se agota en el injusto de relación de sus elementos, sino que por el contrario tiene un significado constitutivo en relación para con el otro. Pero lo más relevante, también en palabras de Lampe, reside en que “*el injusto del sistema contiene la cantidad de injusto que corresponde a las concretas diadas de relación por su vinculación en el sistema: el injusto de los objetivos que el sistema como un todo persigue y el injusto de la organización a través de la cual los persigue, ya sea, por ejemplo, dentro de una organización establecida con una finalidad duradera y fuertemente organizada, ya sea una comunidad con un fin formada para corto tiempo, o una asociación causal sin fin jurídico penalmente relevante alguno.*”²²⁵

Se concretan, de tal modo, en cuatro los factores que constituyen el contenido de injusto sistémico: primeramente, el potencial humano y técnico disponible para la planificación y la ejecución de delitos; en segundo lugar, la firme organización externa que somete dicho potencial al dominio de la voluntad común; en tercer lugar, el sometimiento de la comunidad en relación con la defectuosa conciencia de responsabilidad por parte de las personas vinculadas organizativamente en el sistema de injusto; finalmente, el sentimiento interno de “nosotros” en los partícipes (*in-out groups*).²²⁶

Respecto del primero de los factores reseñados, hemos de decir que tal potencial resulta de la sumatoria de personas preparadas y de medios técnicos (que pueden ser creados o utilizados mediante una división de trabajo para la distribución de conflictos). De esta sumatoria emergen efectos excedentes respecto del correspondiente a la estricta suma de los mentados elementos.²²⁷

²²⁴ Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 123.

²²⁵ Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 124.

²²⁶ Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto de sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 128.

²²⁷ Señala a su respecto Lampe: “(...) los miembros de una agrupación criminal pueden emplear bombas que no han producido ellos mismos sino otros miembros de la agrupación (...) el Estado, finalmente, dispone de fábricas de armamento cuyos productos no sólo pueden ser utilizados hacia fuera, como defensa, sino también en una guerra interna, por ejemplo, contra la parte de la

Sobre el segundo de los factores, cabe señalar que es dicha organización la que desarrolla el potencial de riesgo humano y técnico direccionado contra los bienes jurídicos; riesgo que conduce a peligros o lesiones concretas.

El tercer factor, conjuntamente con el cuarto, componen los factores subjetivos. En este caso, el sentimiento de comunidad en relación con la defectuosa conciencia de responsabilidad por parte de las personas vinculadas organizativamente en el sistema de injusto. Al respecto indica Lampe acerca del Estado criminalmente pervertido, que se verifica principalmente desde el grupo dominante, generalizándose a través de la propaganda. Y agrega: *“Para ello pueden servir referencias a la superioridad de la raza, origen o cultura comunes. Sin embargo, independientemente de si a través de ello surge un sentimiento de comunidad, todos sabemos y hemos experimentado parcialmente tras 1945, que el Estado representa para nosotros una comunidad de responsabilidad, dentro de la cual debemos responsabilizarnos por el actuar delictivo del grupo estatal, en tanto que nosotros (por ejemplo a través de elecciones políticas) podríamos y debiéramos haberlo conducido.”*²²⁸

El cuarto factor o lineamiento propio del injusto de sistema, también de naturaleza subjetiva, consiste en el sometimiento de la organización criminal o del Estado criminalmente pervertido, a un fin que contradice al ordenamiento jurídico; constituyendo un dolo dirigido a la ofensividad de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Con respecto a la objetividad jurídica tutelada en estos delitos, se ha sostenido que el injusto del sistema ataca directamente a un bien jurídico supraindividual autónomo que se ha denominado a veces como “paz interior”, “seguridad pública”²²⁹, “seguridad pública interior”²³⁰, e incluso haciendo hincapié en su

población que pertenece a la oposición.” Lampe, Ernst-Joachim. *“Injusto de sistema y sistemas de injusto...”* cit., pág. 137.

²²⁸ Cfe. Lampe, Ernst-Joachim. *“Injusto de sistema y sistemas de injusto...”* cit., pág. 138.

²²⁹ Lenckner, Theodor. *“Comentario a los §§ 129 y ss. StGB”* en (Schönke, Schröder, eds.) *“Kommentar zum StGB”* 26° ed., Munich, 2001. Lampe, Ernst-Joachim. *“Injusto de sistema y sistemas de injusto...”* cit. Schmidhäuser, Eberhard. *“Strafrecht Besonderer Teil”*, 2ª edición, 1983.

²³⁰ Kindhäuser, Urs. *“Strafrecht Besonderer Teil”* I, 2005, 4/1. García-Pablos de Molina. *“El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal”*, en *RGLJ*, LXXII, 1976, págs. 563 y ss.

vínculo con la organización del Estado (dirigido ello respecto a la agrupación criminal) “poder coactivo del Estado” o “auto-tutela del poder del Estado”²³¹. Intentando sintetizar estas posturas, ha sostenido Müssig²³² dos características fundamentales respecto de esta objetividad jurídica: primeramente, que se trata de una reacción jurídico-penal frente a la perturbación que estos delitos producirían sobre la percepción fáctica que tenga la sociedad sobre su propia seguridad (“sensación o sentimientos de inseguridad jurídica); en segundo lugar, se identifica bajo estos términos una situación objetivo-externa de seguridad pública en cuanto objeto de protección de los tipos penales de marras.²³³

Ahora bien, habiendo señalado la objetividad jurídica (supuestamente) tutelada a través de estas construcciones de injusto de sistema, observando la misma la naturaleza de bien jurídico supraindividual de difícil determinación; no es de extrañar que se sostenga que para la consumación del injusto no se requiera más que la constatación fáctica de los cuatro factores anteriormente reseñadas. Me explico: una vez se constate la existencia de un sistema de injusto (a través de la sumatoria de los cuatro factores), entonces se constata la ofensividad respecto del bien jurídico penalmente tutelado. De allí que se sentencie que el injusto del sistema es un *estado* de injusto en sí, que puede confirmarse en acciones, pero que no tiene necesariamente por qué.

Lampe explica esto, comparando nuevamente la dinámica propia de los injustos sistémicos respecto de los injustos de relación. Así, señala que la constitución de un sistema de injusto se corresponde con la predisposición al injusto de un autor individual. Empero, mientras que tal predisposición al injusto no constituye *per se stante*- un injusto (ya que tal sistema individual carece de una asocialidad

²³¹ Maurach, Reinhart. “Deutsches Strafrecht Besonderer Teil”, 5ª edición: Karlsruhe, 1969, pág. 670 y ss. Asimismo, Silva Sánchez señala: “(...) [para] los defensores de este punto de vista, se observa que la afectación de la paz pública se produce por la mera existencia de la organización criminal. Dicha existencia es, en efecto, el estado de cosas lesivo.” Silva Sánchez, Jesús María. “*La intervención a través de organización...*” cit., pág. 103.

²³² Müssig, . “*Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament- am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129^a und 324 StGB)*”, Frankfurt, 1994.

²³³ Cancio Meliá, Manuel. “*El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*” en (Jesús María Silva Sánchez, Manuel Cancio Meliá) “*Delitos de organización*”; B de F, Buenos Aires, 2008, pág. 43.

inmediata), la predisposición de un sistema de injusto a cometer delitos (conforme a su carácter asocial o inicuo) compone ya –inmediatamente- un injusto penal.²³⁴

De tal modo, para esta opinión (mayoritaria) el injusto sistémico de la organización criminal sería un injusto autónomo e independiente del propio de los delitos concretos que se pretendan cometer (y se acaben cometiendo) mediante ella: “(...) concretamente, se afirma que la mera existencia de la organización criminal, como sistema de injusto, como subsistema disfuncional al sistema social constituido en Estado, lesiona la seguridad general y la paz pública. A partir de ello, se afirma que la aportación institucionalizada del miembro activo (y del colaborador) debería contemplarse, básicamente, en su dimensión de conducta funcional al referido ‘injusto sistémico’”.²³⁵ Razones éstas que llevarán a Aleo a sostener la procedencia de un modelo de sanción autónoma respecto de todas las contribuciones al sistema social de injusto, consistente el mismo en un incremento de la pena hasta llegar a absorber la intervención del miembro de la organización en los delitos concretos realizados en el marco de ella.²³⁶

Sobre esta posición de Lampe, que considera como injusto a la propia organización criminal, señala Silva Sánchez: “(...) que este modelo ponga de relieve expresamente que la organización criminal conforma un injusto por su mera existencia, sin que tenga necesidad de manifestarse en acción alguna (...) constituye un estado de cosas antijurídicas: en términos literales, que la disposición para cometer delitos que muestra un sistema organizado, su carácter ‘asocial’, es, per se, constitutiva de ilícito.”²³⁷

²³⁴ Así, señala Lampe: “-en el caso del individuo, la predisposición a ello es la culpabilidad, cuyo resultado –la acción de injusto- es el injusto de acción, cuyo resultado –la lesión del bien jurídico- es el injusto de resultado.” Y agrega: “-en el caso del sistema de comunidad, la predisposición a ello es el injusto del sistema, cuyo resultado –las acciones de injusto por parte de los miembros del sistema (junto a sus consecuencias) –es el injusto de resultado.” Lampe, Ernst-Joachim. *“Injusto del sistema y sistemas de injustos...”* cit., págs. 139-140.

²³⁵ Cfe. Silva Sánchez, Jesús María. *“La intervención a través de organización...”* cit., pág. 96.

²³⁶ Aleo, Salvatore. *“Diritto penale e complessità. La problematica dell’organizzazione e il contributo dell’analisi funzionalistica”*; Torino, 1999, pág. 105.

²³⁷ Y agrega el referenciado autor que el considerar a las organizaciones criminales, por ejemplo, peligrosas en sí mismas, y de allí catalogables como “injustos”, resulta compartible. Ello puesto que tal injusto sistémico de las organizaciones ha constituido -conforme a la tradición en el Derecho comparado- el presupuesto de la adopción de la consecuencia jurídica de disolución para dichas

Pese a lo antedicho, hemos de advertir dentro del pensamiento concreto de Lampe que el injusto de sistema es un injusto *–per se stante–* punible; mas no por ello (necesariamente) *necesitado* de pena. Para que esto último suceda, se requerirá que el injusto del sistema concreto se oponga a los valores ético-sociales imperantes en la sociedad o en la comunidad internacional, así como acreditar su eficacia como factor de desestabilización social (que, recuérdese, es considerado el elemento determinante del bien jurídico supraindividual inmediatamente tutelado). Indica Lampe, respecto de las agrupaciones criminales, que ambos extremos se verifican a su respecto (citando como ejemplo la regulación que hace el § 129 StGB). Sobre el Estado criminalmente pervertido, señala Lampe que el mismo resulta merecedor de pena en cuanto se haya establecido; empero, no se verificaría una necesidad de pena hasta tanto sus funcionarios no se comporten criminalmente.²³⁸

I.2) La responsabilidad jurídico penal correspondiente a los sistemas de injusto constituidos.

Para comprender a cabalidad los argumentos dados por esta doctrina que sustenta la responsabilidad penal por el injusto de sistema, menester resulta que atendamos primeramente a la adscripción de responsabilidad jurídico-penal por el injusto de relación. En el mismo, la responsabilidad se atribuye en virtud de una relación de causalidad respecto de la acción, o en virtud de una relación de garantía asumida

asociaciones ilícitas. No obstante, cabe agregar a lo sostenido anteriormente, que en el ámbito del Derecho Internacional (no de los ordenamientos internos, que es a lo que obviamente se refiere Silva Sánchez) tal incriminación de las personas jurídicas o instituciones, se ha construido sobre la base de la *conspiracy theory* y no conforme a estos asertos.

En todo caso, lo objetable -o por decirlo más suavemente, lo discutible- de la posición de Lampe reside en considerar a tal injusto sistémico de la organización, como constitutivo de una imputación de responsabilidad penal sobre cada uno de los distintos miembros (personas físicas) de la organización. Cfe. Silva Sánchez, Jesús-María. “*La intervención a través de organización...*” cit., pág. 98.

²³⁸ Agrega Lampe al respecto: “Las sanciones en el ámbito internacional sólo se contemplan con motivo de las lesiones concretas de los derechos humanos o de las medidas contrarias a la paz; las personas individuales sólo son perseguidas penalmente cuando han lesionado efectivamente bienes jurídicos protegidos por el Derecho común.” Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 140.

anteriormente al resultado en el caso de la omisión. De concurrir varios intervinientes en el delito, se clasifican distintos niveles de actuación: se considera la causalidad de las distintas contribuciones como equivalentes (conforme a la teoría de la *condictio sine qua non*), empero se toma en cuenta la diferente cantidad de dominio del hecho que hayan tenido. Tal “cantidad” dependerá –a su vez- de la influencia en el hecho, esto es, bien del significado organizativo de la contribución para la planificación del hecho, bien del efecto físico de la contribución para la ejecución del hecho. Todo ello se determina conforme a la representación de tales contribuciones de conformidad con el juicio social de valor. Claro que en el caso de los delitos de omisión, donde faltan las contribuciones causales, el dominio del hecho es sustituido como medida de la responsabilidad jurídico-penal por el peso social de la responsabilidad por la protección de los otros.²³⁹

Ahora bien, al tratar de la responsabilidad en el seno de sistemas de injusto constituidos, Lampe parte de la observación de que si un sistema constituye un injusto, entonces la responsabilidad jurídico penal recae, primeramente, sobre el propio sistema como tal. Claro que frente a ello emergen tres excepciones, siendo ellas: el principio *societas delinquere non potest* y su recepción en el Derecho positivo de varios ordenamientos jurídicos y del Derecho penal internacional; el principio de que la pena ha de estar vinculada a una acción; y la desaprobación ético-social que subyace a la pena y que presupone la capacidad para responder personalmente.

Respecto de la primera de las excepciones, la correspondiente a la irresponsabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas (conforme al principio *societas delinquere non potest*) el mismo es recogido en muchos ordenamientos jurídicos y en disposiciones actuales de Derecho penal internacional, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, y el estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. El propio Lampe se lamenta del vuelco que al respecto ha dado el Derecho penal internacional, abandonando la responsabilidad de los Estados u otras instituciones

²³⁹ Cfe. Jakobs, Günther. “*Derecho penal. Parte general*”, Marcial Pons, Madrid, 1995.

en pos de la delimitación de la responsabilidad individual de las personas individuales.²⁴⁰ Así y respecto del estatuto de la Corte Penal Internacional, señala:

*“Este proyecto no prevé ni siquiera un delito de organización, sino que se conforma con la punibilidad jurídico-internacional de los delitos individuales. De manera contraria al proceso de Núremberg, no va a ser posible, en un futuro inmediato, denunciar públicamente (artículos 9 y 10 del Estatuto-IMT) a las organizaciones legalizadas estatalmente, pero criminalmente conforme al Derecho internacional (como las SS y la Gestapo). Tampoco va a ser posible que, en virtud del artículo 84 StGB, los que participan en ellas rindan cuentas jurídico-penalmente por su mera pertenencia a las mismas. Sin embargo, en mi opinión radica precisamente ahí, en la actualidad, una de las mejores oportunidades para una efectiva persecución jurídico-penal. Y ello debido a que resulta casi utópico exigir la prueba de un injusto de comportamiento individual en el seno de la red de criminalidad estatalmente organizada. Como única reacción a la vista de la dimensión de la criminalidad, resulta inadecuada.”*²⁴¹

Contestando al argumento ontológico que sostiene que la pena tiene que vincularse a una acción, cosa que no puede acreditarse respecto a las personas jurídicas ya que no tienen capacidad de acción, señala Lampe que adolece de una *petitio principii*. Ello ya que sólo una pena que deba prevenir o afectar a un comportamiento defectuoso presupone la capacidad de acción. Pero la cuestión radica en que la pena no siempre ha de prevenir o afectar a un comportamiento defectuoso, puesto que ello conllevaría que la pena sólo hallaría su lógica ante los injustos de acción; y como indica Lampe, aparte del injusto de acción, el injusto del sistema también resulta merecedor de pena (*“la categoría de la causalidad determinante para la atribución de responsabilidad no sólo vuelve la mirada al hombre que actúa, sino también a los sistemas sociales”*).²⁴² Todo ello puesto que, en definitiva, tanto respecto al hombre que actúa (individualmente considerado),

²⁴⁰ Sobre tal evolución de la responsabilidad colectiva a la individual, *vide*: Simpson, Gerry. “Men and abstract entities: individual responsibility and collective guilt in international criminal law” in (André Nollkaemper; Harmen van der Wilt, eds.) “System criminality in International Law”; Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2009.

²⁴¹ Lampe, Ernst-Joachim. “Injusto del sistema y sistemas de injusto...” cit., pág. 173.

²⁴² Así: Hirsch. “Die Frage nach der Straffähigkeit von Personenverbänden”, 1993. Brender. “Die Neueregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989.

como respecto a los sistemas sociales, les corresponde responsabilizarse por las mismas causas: por tener un carácter antijurídico. Siendo el mismo carácter tanto personal, como social. La pena busca la mejora de dicho/s carácter/es; pudiéndose ello lograr no sólo respecto de los individuos en cuanto a sus acciones, sino también en los sistemas sociales respecto a sus fines y a su organización.²⁴³

Sobre la objeción fundada en la carencia de responsabilidad personal de las asociaciones, se advierte que la cualidad de persona no ha de constituirse como premisa indispensable para la pena. De tal guisa, se sostiene que a toda unidad activa en lo social (ya sea persona física o institución u otra organización social), le corresponde una responsabilidad jurídico-penal. Ello, puesto que a través del Derecho penal se busca la tutela de bienes y valores ético-sociales, hasta donde resulte posible. El sistema social, como institución necesariamente humana o social, puede generar, aceptar y/o realizar *–per se stante–* determinados deberes éticos. Asimismo, como asociación con un fin racional, ha de subordinar sus objetivos a las referenciadas exigencias éticas, organizándose conforme a ellas.

De tal modo, la responsabilidad ético-social de los injustos del sistema no se delimita en torno a sus acciones u omisiones, sino a su organización para la consecución de sus fines: la desaprobación puede expresarse a través de una pena cuando no cumpla el sistema social con los referenciados requisitos ético-sociales.

Ahora bien, salvo por el argumento positivista acerca de la reglamentación en varias legislaciones internas y en la legislación penal internacional actual, acerca de la irresponsabilidad de las personas jurídicas (que resulta ser un argumento de *lege lata* insalvable), los otros argumentos de *lege ferenda* bien pueden ser rebatidos; dotando así de razones dogmáticas a los ordenamientos jurídicos que sí admiten la criminalización de las personas jurídicas (como viene sucediendo *in crescendo* en la Europa continental).

De allí que esta posición doctrinal sustente la responsabilidad penal del sistema social. Ahora bien, la incriminación del sistema social de injusto, en el caso de las agrupaciones criminales (propias del sistema *bottom-up* de violencia colectiva), dependerá de si el mismo cuenta o no con una forma institucional jurídicamente

²⁴³ Cfe. Ehrhardt, Anne. “*Unternehmens delinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, págs. 42 y ss., 156 y ss.

válida. Ello ya que de no contar con una forma institucional, o con una forma institucional jurídicamente válida (reconocida como tal por el Derecho), entonces no se diferenciaría de las relaciones sociales carentes de vinculación sistémica, y como tales, no duraderas e impasibles de poder adherir a ellas la/s responsabilidad/es jurídico-penales.²⁴⁴

Indica al respecto Lampe, que la agrupación criminal, como tal, nunca existe jurídicamente.²⁴⁵ Su fundación como agrupación criminal sería nula (cfe, por ejemplo, al § 134 BGB) no estando inscrita en ningún registro puesto que su actividad sería contraria a las leyes. De allí que contra una agrupación que para el Derecho nunca ha existido, el Derecho no puede tomar medida alguna. No puede ni liquidarla *de iure*, ni cancelarla por falta de inscripción registral. Y no puede sancionarla con una pena por la antijuridicidad de su fundación o de su actividad, ya que la pena carecería de cualquier tipo de fin: de nuevo, lo que no existe para el Derecho, no puede ser mejorado por el Derecho.²⁴⁶ De allí que en tales casos, la responsabilidad jurídico-penal se concentra en las personas de sus fundadores y miembros efectivos; ya que estos detentarían una responsabilidad por el sistema, puesto que la agrupación criminal desde un punto de vista ontológico, existe, y su actividad delictiva, también.

Los fundadores de una agrupación criminal, han de ser responsabilizados por ella puesto que ellos, en el acto fundacional, dotaron a la misma de su finalidad inicua, así como de su organización orientada a dichos fines. De allí que será fundador quien colabore orientando la dirección de la unión de personas y medios para un propósito delictivo y/o dotare o configurare a la misma de una organización dirigida a tales propósitos.²⁴⁷

²⁴⁴ Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 177.

²⁴⁵ De hecho, sólo existe jurídicamente conforme a su finalidad formal, no real o efectiva; como en los casos en que desde su génesis cubren con un velo su finalidad delictiva o modifican *a posteriori* su objetivo legítimo original por uno criminalmente orientado.

²⁴⁶ Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 152.

²⁴⁷ Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 153. Nosotros hallamos aquí una íntima relación con el llamado estamento supra-estatutario de las estructuras de pecado, sólo que para nosotros, lo relevante –del punto de vista penal- no estará (sólo) en la finalidad inicua, sino (fundamentalmente) en la organización dirigida a tal fin (inicuo): la conformación de los distintos estatutos pertenecientes a cada uno de sus miembros.

También, y siempre de conformidad con esta posición doctrinal, la actividad de pertenecer a la agrupación criminal, fundamenta –asimismo- la responsabilidad jurídico-penal por el sistema. Indicándose al respecto que resulta a estos menesteres “(...) *la confirmación vinculante de participar de manera punible, esto es, como autor o partícipe, en los delitos planeados por la agrupación*” y agrega: “*Si se cometen los delitos planeados, éstos no consumen el injusto del sistema de la participación de los miembros. Más bien, este injusto de sistema constituye, como injusto de resultado, la base para dicha participación. En otras palabras, tiene un significado autónomo.*”²⁴⁸

Esto último es lo que, por la doctrina, ha dado en llamarse “*modelo de la transferencia*” (en contraposición al modelo de responsabilidad por el hecho propio) como modo de imputación individual de un fenómeno colectivo. Conforme al mismo, la fundamentación dogmática de la responsabilidad jurídico-penal de los miembros de la organización reside no en sus respectivas aportaciones a las comisiones de los (concretos) delitos-fin, sino en el peligro permanente para la paz y la seguridad pública que se atribuye a la organización en sí. De allí que se haya sostenido que –conforme a este modelo de imputación-, el delito imputado a un miembro consistiría en la asunción estable por su parte, de un rol o competencia (de una función del sistema de injusto) respecto a la hipotética comisión de delitos. Concluyéndose en que se trataría de un delito de mera adhesión, o de pertenencia en sentido estricto; ya que se verificaría la responsabilidad jurídico-penal por el mero hecho de declararse dispuesto a participar (intervenir) en los delitos-fin de la institución.²⁴⁹

Así se ha expresado: “(...) *Con independencia de la reacción contra la propia organización, mediante su disolución, se produce también una transferencia de responsabilidad (a cada uno de) sus miembros por el ‘ser’ de la organización. Ello constituye un expediente de imputación individual de un hecho colectivo no fácil de*

²⁴⁸ Rudolphi, Hans-Joachim.; Stein, Ulrich. *Comentario al § 129 num. 14*, en “*Systematischer Kommentar zum StGB*”, 7ª edición, 1979. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 153.

²⁴⁹ Cfe. Silva Sánchez, Jesús-María. “*La intervención a través de organización...*” cit., pág. 102. Y agrega que no se requiere que se realicen conductas activas sino la mera asunción de la condición de miembro: lo decisivo es el aspecto simbólico de pertenecer a la institución, la autoexclusión del sistema jurídico, la condición de enemigo.

*fundamentar, puesto que el miembro concreto de la organización (a diferencia de sus directores) en absoluto domina la peligrosidad de ésta (sino, en todo caso, a la inversa).*²⁵⁰

De allí que la fundamentación de este criterio de imputación individual de un hecho colectivo, se constituye en torno al bien jurídico supraindividual seguridad pública. Tal bien jurídico se ve afectado por la existencia de la institución criminal (por su mera existencia); y de allí que se considera que la adhesión de cada miembro a la mentada institución, amerita la transferencia de la responsabilidad. Siendo tal transferencia, como bien se ha advertido, significativamente simbólica frente a las formas convencionales de intervención en el delito.

Así pues, y recapitulando, tenemos por un lado una responsabilidad jurídico penal perteneciente al sistema social (como tal), y fundamentada en la finalidad y organización contrarios a las exigencias ético-sociales. En adición a lo anterior, se fundamenta (también) tal responsabilidad del sistema, por las acciones desplegadas por sus miembros, las que se hallan basadas por su filosofía o ideología, o favorecidas por su organización defectuosa. Y aquí es donde se da uno de los puntos más trascendentes de esta posición doctrinal, en la medida en que sostiene que estas acciones desplegadas por los miembros no necesitan ser en sí mismas reprochables para ser imputadas al sistema social como injusto de resultado –ello en la medida en que puedan ser unidas al injusto del sistema mediante una relación de antijuridicidad-. Haciendo, de tal manera, “desaparecer” las dificultades de la producción y aportación de prueba a su respecto.²⁵¹

²⁵⁰ Silva Sánchez, Jesús-María. “*La intervención a través de organización...*” cit., pág. 103.

²⁵¹ Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 178. Señala Lampe, respecto del Estado criminalmente pervertido y criticando la racionalidad del régimen de responsabilidad individual: “En los casos de exclusiva responsabilidad individual, debemos contar además con una doble selección: por un lado, sólo pueden investigarse un pequeño número de los crímenes ordenados o exigidos estatalmente. La mayoría de ellos se llevan a cabo en secreto, se protegen con un bloqueo informativo hacia el exterior y, con el paso de los años, apenas pueden aclararse eficazmente. Por otro lado, las personas que colaboran en los delitos conocidos pueden indentificarse posteriormente sólo con grandes dificultades e inseguridades ya que el Estado, por regla general, hace todo lo posible para borrar sus huellas. Por ejemplo, en los partidos que conducen la guerra, permanece durante mucho tiempo sin aclararse y, algunas veces, permanece para siempre sin aclararse, cuál de los partidos ha asesinado, saqueado o robado. La Justicia sólo se realiza en los casos más extraordinarios y, generalmente, demasiado tarde. Tampoco se puede

Ahora bien, conforme a esta posición doctrinal, conjunta y concomitantemente a la ya vista responsabilidad del sistema (o de los fundadores y miembros en el caso de sistemas de injusto que no cuentan con una forma jurídica válida) tanto los miembros como los fundadores han de cargar con responsabilidad por el injusto. Tal responsabilidad se vincula por un lado al propio injusto del sistema (a la dirección criminal del fin o a la organización del sistema), y por otro lado, al injusto de resultado, es decir, a los delitos motivados o favorecidos por el sistema.

Así, en el caso de una agrupación criminal institucionalizada (propio de un sistema *bottom-up*), sus miembros y fundadores han de responder, por un lado, por su participación en las acciones concretas del sistema, y por otro lado, por su participación activa en el sistema. O sea que responden tanto por los delitos por ellos cometidos desde el sistema, y por el sistema como tal.

En el caso de un Estado criminalmente pervertido (propio de un sistema *top-down*), sus miembros serán responsables por los delitos cometidos por orden o interés estatal, en la medida en que tuvieran la competencia de preparar ideológicamente u organizar los delitos.²⁵²

En todo caso, todos los miembros del sistema cargan con la responsabilidad por su propio injusto; ello aunque lo hayan cometido en interés del sistema social o aprovechándose de las posibilidades proveídas por él. Así se ha señalado que este injusto no sustituye al injusto del sistema cometido simultáneamente, ni éste es sustituido por aquél.

comprobar, generalmente, la culpabilidad del individuo, su estado de motivación o la expresión externa de la acción. ¿A quién le sirve que, tras varios años, se logre desenmascarar y sentenciar al menos a uno –o a unos pocos– de los partícipes? De cualquier manera, quizá se trate de encontrar a una cabeza de turco y que sirva de ejemplo.” En el mismo sentido que el esgrimido por Lampe respecto de la facilitación sobre el *onus probandi*, vide: Jung, Heike. “*Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer*”, en Eser/Huber/Cornils (eds), “*Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*”, Friburgo, 1998, pág. 176. Dicho autor sostiene que para la imputación individual basta con la participación efectiva en la organización criminal; justificando tales extremos en la extremada dificultad de la producción de la prueba respecto de la relación causal y/o dominio sobre el hecho de cada individuo.

²⁵² Agrega al respecto Lampe, que a falta de una criminalización en el Derecho penal estatal, les corresponde, no obstante, una cierta responsabilidad por los delitos que infringen el Derecho penal internacional o el Derecho natural. Lampe, Ernst-Joachim. “*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*” cit., pág. 179.

I.3) Los sistemas de injusto (*system criminality*) en el Derecho penal Internacional.

I.3.a) Los orígenes: La teoría de la criminalidad colectiva de Bernays.

Cuando se hace referencia a la criminalidad sistémica (*system criminality*) dentro del Derecho penal Internacional, se hace referencia a un fenómeno que se caracteriza por dos extremos. Primeramente, la existencia de un contexto particular en el que se desarrolla tal factor organizacional y en el que se perfeccionan los delitos; así se habla de un “sistema”, o de un “clima delincencial propiciado por un sistema estatal”.²⁵³ Se trata de gobiernos que ordenan, fomentan, favorecen, o toleran la comisión de delitos internacionales; sirviendo así al sistema, lo que es lógico puesto que son –a su vez- generados o causados por el propio sistema.²⁵⁴ También se ha ampliado el concepto de sistema criminal a otras instituciones no estatales, tales como grupos armados, partidos políticos, e incluso organizaciones internacionales (como la OTAN, o los Cascos Azules de las NN.UU). Siendo dentro de este marco situacional o contextual donde se ubican los extremos ya indicados en la Parte Primera acerca de los delitos de obediencia conforme a la Psicología social (Milgram, Zimbardo).²⁵⁵

El otro extremo que caracteriza a este fenómeno de la criminalidad sistémica, reside en la naturaleza colectiva de los delitos y se refiere a la manera en que estos delitos son cometidos. Así, estos delitos son cometidos por varias personas (grupos, bandas, facciones, etc.). También estos delitos, por lo general, presuponen la

²⁵³ Röling, Bert V. “*Aspects of the criminal responsibility for violations of the Laws of war*” en (Antonio Cassese, ed.) “*The new Humanitarian Law of armed conflict*”, Ed. Scientifica, Nápoles, 1979.

²⁵⁴ Röling, Bert V. “*Aspects of the criminal responsibility for violations of the Laws of war...*” cit., pág. 138.

²⁵⁵ Al respecto indica van Sliedregt: “Social psychologists and criminologists contrast system criminality to ordinary criminality, which generally connotes deviant behaviour, and characterize it as ‘crimes of obedience’. According to Kelman and Hamilton a crime of obedience is an act performed in response to orders from authority that is considered illegal or immoral by the larger community”. Van Sliedregt, Elies. “*Individual criminal responsibility in International Law*”, Oxford University Press, Croydon, 2012, pág. 21.

existencia de un autor intelectual que maneja los hilos del funcionamiento del sistema; pudiendo (a la vez) tal autor intelectual ser varias personas físicas agrupadas en una estructura militar o política.

A partir de este último extremo se reconoce la existencia de dos niveles dentro de la criminalidad sistémica: el nivel de liderazgo correspondiente a dichos autores intelectuales; y el nivel de ejecutores o perpetradores, correspondiente a los ejecutores o colaboradores (facilitadores) de la ejecución material del delito. Sobre dichos dos niveles se ha de construir un instituto de imputación (que nuclea a ambos); ello puesto que los criterios de imputación propios del Derecho penal tradicional (e incluso del Derecho penal económico) se presentan insuficientes e imperfectos al respecto (así la comisión directa, la instigación, la complicidad - *aiding and abetting*-, etc.). De allí que hayan emergido una serie de criterios o instituciones (muchas de ellas, no obstante lo dicho, con orígenes claramente de Derecho penal interno y aplicados a delitos tradicionales) que comprenden la perpetración/ejecución mediata mediante el dominio funcional del hecho, la ejecución indirecta, las empresas criminales conjuntas (*Joint Criminal Enterprise*), y la responsabilidad del superior. Pues bien, resulta menester en este estadio del análisis, el acotar los planteos primigenios del Derecho penal Internacional contemporáneo (IMT, IMTFE, y los juicios de Núremberg) a los efectos de ir ya perfilando las relaciones entre dichos planteos y los sostenidos en la actualidad.

El problema que se planteó originalmente (como ahora) era el de encontrar un criterio que nucleara tanto al nivel de los autores intelectuales, como al nivel de los ejecutores materiales. Ello se vislumbró en la etapa preparatoria de los juicios de Núremberg al finalizar la II Guerra Mundial por parte del Coronel del Ejército norteamericano Murray Bernays. Habiendo el mismo construido, a tales efectos, un criterio de imputación de responsabilidad jurídico-penal basado tanto en las teorías anglosajonas de la *Conspiracy*, como de la *Membership of a criminal organisation*.²⁵⁶

²⁵⁶ Así decía Bernays en un memorando ("*Trial of European war criminals*") elevado a sus superiores del Departamento de Defensa de los EE.UU.: "The basic difficulty with the suggestions heretofore considered is in the approach. It will never be possible to catch and convict every Axis war criminal, or even any great number of them, under the old concepts and procedures. Even if this could be done it would not, of itself, be enough. The ultimate offence, for example, in the case of [the village of] Lidice, is not alone the obliteration of the village, but even more, the assertion of the

La construcción de Bernays (teoría de la criminalidad colectiva) se apoyaba en dos pilares: la teoría de la *conspiracy* de raigambre anglo-americana y la noción de organización criminal. A la vez se trataba de un plan a dos velocidades: primeramente, una Corte Internacional (el que terminara siendo el Tribunal Militar Internacional) imputaría responsabilidad jurídico-penal por los delitos de guerra de agresión, delitos contra la humanidad –crímenes contra la paz- a los mayores jerarcas del derrotado régimen nazi, y ello sobre las bases del régimen de la *conspiracy*: un grupo de personas que voluntariamente acuerdan unirse a los efectos de perpetrar una serie de acciones delictivas. Ello tanto como finalidad última, cuanto como medio para la consecución de otros fines.²⁵⁷

El estatuto del IMT no contuvo una definición acerca de lo que habría de entenderse por “*conspiracy*”, ello empero hacer dos expresas menciones del instituto, aunque (por lo que se dirá) con alcances diferentes.

Así en el art. 6 lit. A, se señala: “*Crímenes contra la Paz: comprende el planeamiento; preparación o inicio; o ejecución de una guerra de agresión o en violación de Tratados internacionales, acuerdos o pactos; o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de las acciones precedentes.*”

En el literal C *in fine*, señala el mismo artículo: “*Los líderes, organizadores, instigadores y cómplices partícipes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos,*

right to do it. The ordinary thug does not defend in the ground that thuggery is noble; he only contends that the police have arrested the wrong man. Behind each Axis war criminal, however, lies the basic criminal instigation of the Nazi doctrine and policy. It is the guilty nature of this instigation that must be established, for only thus will the conviction and punishment of the individuals concerned achieve their moral and juristic significance. In turn, this approach throws light on the nature of the individual's guilt, which is not dependent on the commission of specific criminal acts, but follows inevitably from the mere fact of voluntary membership in organisations devised solely to commit such acts.” Citado por Smith, B. F. “*The American road to Nuremberg. The documentary record 1944-1945*”, Stanford Hoover Institution Press, 1982, pág. 35.

²⁵⁷ “*Conspiracy is the agreement of two or more persons to effect any unlawful purpose, whether as their ultimate aim or only as a means to it*” Kenny, C. “*Outlines of Criminal Law*”, Cambridge University Press, 1966, pág. 335. También sobre el tema, vide: Ashworth, Andrew; Horder, Jeremy. “*Principles of criminal law*” 7ª edición; Oxford University Press, Gosport, 2013, págs. 422 y ss..

son responsables de todos los actos realizados por cualquiera de las personas en la ejecución de tales planes.”

Véase que mientras en el literal A) se relaciona su concepto con el de “plan común” y se delimita como un crimen o delito *per se stante*; en el literal C), por el contrario, la conspiración se incorpora como forma o modalidad de intervención en el delito (como modo de participación delictiva) relacionándose (si no fusionándose) con nuestro concepto (continental europeo) de complicidad.²⁵⁸

Pese a la confusa regulación dada por el estatuto, el IMT alcanzó un criterio uniforme acerca de la *conspiracy*, aunque lo limitara únicamente al campo de los delitos contra la paz: enfatizándose así su relación con la planificación de una guerra de agresión, a la vez que previniendo toda interpretación acerca de una referencia sobre una conspiración general, o desligada de cualquiera de los delitos elencados en el estatuto.²⁵⁹

También el Tribunal internacional indicó que el contenido propio de la *conspiracy* debía atender a determinados requisitos específicos (amén de los propios pertenecientes a toda *conspiracy*) siendo ellos: primeramente, un claro e inequívoco propósito criminal (referido ello a delitos de Derecho penal internacional); asimismo, no habría de existir un lapso temporal demasiado amplio entre la toma

²⁵⁸ Así, van Sliedregt rescata las declaraciones vertidas por el Juez francés ante el IMT, Donnedieu de Vabres, quien a este respecto –la identificación entre *conspiracy* y complicidad conforme a la regulación del literal C) del art. 6º del estatuto del IMT- señalaba: “*Cette disposition n’a pas pour objet de prévoir un crime distinct, ce qui serait en contradiction avec l’énumération précédente. Son seul but est de déterminer les personnes qui sont responsables, en qualité de participants principaux ou accessoires, des crimes précédemment énumérés. En visant les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices, elle se réfère au droit commun de la participation criminelle. Les chefs, les organisations sont des auteurs moraux ou des complices par fourniture des moyens, suivant le degré de leur participation. Les instigateurs ou provocateurs sont, en droit français les complices, et forment dans d’autres législations continentales, une catégorie distincte de participants. Le seule particularité du texte consiste à rattacher la participation au complot, au lieu de la relier directement à chacun des crimes que le complot a pour objet de commettre... En somme, c’est la notion française de la complicité que consacre la disposition finale de l’article 6.*” Van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., pág. 24.

²⁵⁹ Heller, Kevin Jon. “*The Nuremberg Military Tribunals and the origins of International criminal Law*”, Oxford University Press, Chippenham (UK), 2011. Van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., pág. 25.

de decisión individual en integrar la organización y la realización de sus acciones o prestaciones. De tal guisa es que se indicase que el planeamiento, para ser delictivo, no habría de recaer sólo sobre las declaraciones del programa del partido (“los veinticinco puntos del Partido nazi”) anunciado en 1920; o en las manifestaciones vertidas en el texto del “*Mein Kampf*” de Hitler. Lo expuesto se debe a que el tribunal debía de examinar tanto la existencia de un concreto plan para hacer la guerra, como determinar los distintos intervinientes en el mentado plan.

Los líderes que fueron seleccionados por la fiscalía, eran fundamentalmente miembros del gabinete de Hitler (que pudieron ser atrapados vivos), a cuyo respecto resultaba más sencillo acreditar (vía indiciaria) la existencia de un *pactum scaeleris* conforme a los presupuestos de la *conspiracy*. Asimismo, y una vez determinada judicialmente la finalidad criminal del régimen nazi, habría de declarar criminales a los medios empleados por dichos individuos; concretamente las instituciones: partido nazi, SS, SA, SD, Gestapo y el propio gabinete ejecutivo del Reich Alemán (de las que el IMT solamente declarara criminales a la Gestapo, SS y SD).

En un segundo momento, los tribunales nacionales de las potencias aliadas, habrían de proceder a imputarles responsabilidad jurídico-penal a todos aquellos sujetos (sitos en los territorios ocupados y/o administrados por tal Potencia aliada) miembros de aquellas organizaciones o instituciones declaradas criminales por el IMT; no requiriéndose para ello más prueba que la propia membresía respecto de aquella.

De tal manera, el sistema pergeñado por Bernays sorteaba el principal escollo que se le presentaba a la teoría de la *conspiracy* (en su versión pura) para incriminar jurídico-penalmente a los mandos medios o partícipes de “segundo nivel”, es decir, aquellos que ni detentaban formalmente (al menos) el poder gubernamental, ni resultarían ser ejecutores directos o perpetradores materiales de los delitos. Siendo tal escollo la imposibilidad de acreditar la existencia de un acuerdo voluntario previo a la ejecución de las conductas criminales entre todos los miembros, así como la acreditación *ex post facto* de las concretas conductas que cada uno hiciera. Todo lo contrario, para esta “teoría de la criminalidad colectiva” (en su formación pura) de Bernays, todo lo que se requería era la declaración de “criminal” respecto

de la organización y la acreditación mediante prueba suficiente, de que el reo fuere miembro de tal organización.²⁶⁰

La razón de todo esto, como hemos dicho, radicaba en la necesidad de responsabilizar penalmente a los miembros del régimen nazi que habían intervenido en los delitos de lesa humanidad, pero que no pertenecían a las altas esferas del poder, y por ende, difícil resultaba adjudicarles un *pactum scaeleris* propio de la *conspiracy crime*.²⁶¹

Como señala van Sliedregt, a través de la noción de organización criminal, derivada del concepto de *conspiracy* resultó posible el procesamiento de cientos de nazis de “segundo nivel” que estuvieron involucrados en la comisión de delitos durante la II Guerra Mundial; ello en la medida en que conocieran los actos criminales de sus compañeros (co-miembros) y líderes de partido, y hubieran prestado su asentimiento respecto a los mismos.²⁶²

Esta idea de imputar la responsabilidad jurídico penal sobre la base de la membresía o pertenencia a una organización, empero haber sido formulada dentro de una estrategia procesal específica por el representante de los EEUU, fue originalmente propuesta por la delegación francesa en atención al instituto de *association de malfaiteurs*. Así, se hizo referencia a la masacre realizada por las *Waffen-SS* a los poblados de Lidice y de Oradour a pocas horas de realizado el desembarco de Normandía por las tropas aliadas (en 1944), eventos en los que casi no quedaron testigos, y sobre los que resultaba cuanto menos imposible acreditar la

²⁶⁰ Así, se ha señalado: “The judgement should adjudicate... that every member of the Government and organisations on trial is guilty of the same offence. Such adjudication of guilt would require no proof that the individual affected participated (‘affected participation’) in any overt act other than membership in the conspiracy.” Smith, Bradley F. “*Reaching judgement at Nuremberg*”, Basic Books, New York, 1977, pág. 36.

²⁶¹ Tal como indican Leventhal et Al.: “*Punishment of war criminals necessarily involved more than the trial of a handful of Nazi leaders. The few men at the head of the regime were not alone responsible for such crimes as the mass extermination of Jews and the deportation of some 5.000.000 persons for forced labour. Not did guilt rest only upon the concentration camp guards, operators of gas vans, and lynchers of Allied aviators who committed murders with their own hands. A multitude of enthusiastic collaborators, at all levels of the Nazi hierarchy, had cooperated in organizing and executing the systematic criminal program.*” Leventhal, H., et Al. “*The Nuremberg verdict*”, Harvard Law Review, 1947, pág. 884.

²⁶² Van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., pág. 26.

participación concreta de cada uno de los miembros de dichas unidades nazis en los mismos. Concretamente, la Delegación francesa manifestó que, de ser aplicados a la especie fáctica los principios generales de Derecho penal (francés), la criminalidad colectiva de referencia no podría ser punida.

Ahora bien, la propuesta francesa, presentada como solución al problema de imputar individualmente un delito colectivo, conllevaba dos extremos fundamentales: primeramente, establecer una presunción de culpabilidad, revirtiendo el *onus probandi* y haciéndolo recaer sobre el imputado. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el instituto de la *association de malfaiteurs*, radicaba en hacer penalmente responsables a los individuos que fueren miembros (parte) de la organización criminal; lo último en la medida en que su incorporación o membresía a la organización criminal hubiese sido voluntaria, y que la mentada organización tuviese, como inequívoco propósito, el de cometer delitos.²⁶³

Tal como adelantáramos, el IMT siguió los lineamientos del plan de Bernays, reflejándose dichos extremos en los arts. 9 a 11 del estatuto del referenciado tribunal.²⁶⁴ Así se verifica en los mismos una división de labores entre la jurisdicción internacional: encargada de condenar a los jefes nazis y de declarar

²⁶³ UNWCC. “*History of the UN War Crimes Commission and the development of the Law of war*”; His Majesty’s stationary Office, Londres, 1948, pág. 294. Sobre el instituto de la *association de malfaiteurs*, regula el art. 265 del Código penal francés: “*Toute association formée, quelle que soit sa durée, ou le nombre de ses membres, toute entente établie dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés, constituent un crime contre la paix publique*”; art. 266: “*Sera puni de la peine de travaux forcés à temps, quiconque se sera affilié à une association formée ou aura participé à une entente établie dans le but spécifié à l’article précédent...*”. Art. 267: “*Sera puni de réclusion quiconque aura sciemment et volontairement favorisé les auteurs des crimes prévus à l’article 265, en leur fournissant des instruments de crime, moyens de correspondance, logement ou lieu de réunion...*”.

²⁶⁴ Art. 9: At the Trial of any individual member of any group or organisation the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organisation of which the individual was a member of a criminal organisation.

After 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 if the organisation will be entitled to apply to the Tribunal for leave to be Heard by the Tribunal upon the question of the criminal carácter of the organisation. 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.

criminales a las distintas organizaciones nacional-socialistas; y la jurisdicción nacional: encargada de perseguir y condenar a los miembros de las organizaciones nazis declaradas criminales. Tal es la razón por la que el art. 9º del estatuto del IMT establecía que la declaración de organización criminal sólo podía realizarse por el IMT, en la medida en que alguno de los imputados (personas físicas) ante el mismo, fuese miembro de aquella (claro que, en los hechos, los condenados por el IMT pertenecían cada uno de ellos a varias organizaciones nazis).

La declaración de organización criminal alcanzaba -desde el punto de vista de sus efectos legales- a la criminalidad colectiva o grupal, y no a los individuos (personas físicas individualmente consideradas). No obstante, dejaba abierta la puerta a las jurisdicciones penales nacionales, respecto a la posibilidad de perseguir a los miembros de tales organizaciones declaradas criminales; no pudiendo en ningún caso replantearse o revisarse la cuestión acerca de la declaración de criminalidad de la mentada institución. Es decir que, respecto a la criminalidad de la organización (conforme al Derecho penal internacional), declarada así por el IMT, recaía un efecto de cosa juzgada formal que vinculaba (en todos estos extremos y efectos) a las jurisdicciones nacionales.

Todo lo que habría de investigar y resolver la jurisdicción nacional era si el sujeto había sido (o no) miembro de una (declarada por el IMT) organización criminal.

Empero lo anterior, y a la hora de interpretar las pre-citadas disposiciones, el Jefe de la Delegación norteamericana ante la Fiscalía del IMT, el Juez Jackson, sostuvo que la declaración de organización criminal generaba una modificación del régimen del *onus probandi* en los juicios posteriores a los miembros de las mismas; todo ello en línea con los parámetros de la *association de malfaiteurs* del Derecho francés, así como respecto de la *criminal conspiracy*. Así, una vez determinada judicialmente la existencia de la organización y su finalidad criminal, todo miembro de ella pasaba a ser considerado responsable por los actos de los otros miembros (al igual que en la regulación tradicional de la *conspiracy* respecto a sus efectos).²⁶⁵

Conforme al planteo de Jackson, lo esencial que, de hecho, había de ser atendido y juzgado por la instancia judicial nacional, radicaba en la voluntariedad o no de la membresía. Es decir: si el individuo pasó a integrar a la organización criminal libre

²⁶⁵ van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., pág. 280.

y voluntariamente o si, por el contrario, ello fue por obra de coerción (o directamente de coacción) por parte del Estado, u otro grupo de presión social. Estos asertos emergen de lo que el referido jurista sostenía en su llamado “test de los cinco elementos” a los efectos de fundamentar la requisitoria fiscal (*indictment*). Indicaba tal test:

Primeramente, el grupo u organización debía consistir en un conjunto de personas asociadas en relación a un determinado propósito o interés colectivo o respecto de un plan común de acción (*collective purpose, or, common plan of action*).

En segundo lugar, la membresía debía de ser libre y voluntaria; entendiéndose ello como opuesta a la compulsiva u obligada por disposición legal.

En tercer lugar, *la organización criminal* no es tal por el hecho de tener como finalidad (efectiva) la comisión de delitos tipificados en el art. 6° del estatuto del IMT (crímenes contra la paz, crímenes de guerra, o crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad). Adquiere tal carácter de criminal [*la organización criminal*] por su participación directa y efectiva en la consecución de tales fines criminales y por la comisión efectiva de los delitos tipificados en el mentado art. 6°.

El cuarto elemento consistía en que tanto las finalidades (efectivas), como los métodos empleados, como los actos realizados por la organización, han de observar una naturaleza tal, que sus miembros –en general- hubieran de tener conocimiento de ellos.

El quinto elemento se refería a que cada individuo imputado debía ser miembro de la organización criminal y se le habría de imputar la comisión de actos relacionados con aquellos en virtud de los cuales haya sido declarada criminal la organización (a la que pertenecía).²⁶⁶

Ahora bien, los jueces que integraran el IMT fueron más comedidos que el Fiscal jefe norteamericano, mostrando una elogiabile prudencia ante lo que podría significar la declaración de determinada organización como criminal respecto de futuras incriminaciones de personas físicas así como de la vigencia del principio de culpabilidad (a su respecto). Proponiéndose a tales efectos: “(...) realizar tales declaraciones solamente en la medida en que se asegure que ninguna persona

²⁶⁶ Heller, Kevin Jon. “*The Nuremberg Military Tribunals and the origins of International Criminal Law...*” cit., pág. 139 y ss.

inocente sería [por ello] penada.”²⁶⁷ De tal guisa, indicó que para responsabilizar jurídico-penalmente al miembro de una organización criminal (declarada judicialmente como tal) habría de probarse que: (i) tenía conocimiento acerca de los propósitos criminales de la organización; (ii) asimismo que su incorporación a la misma fue plenamente voluntaria y libre (no forzada, ni como producto de un error); (iii) así como que se implicó personalmente en la comisión de actos correspondientes a los tipos penales catalogados en el art. 6º del estatuto del IMT.²⁶⁸

De lo anterior surge que el Tribunal aplicó un concepto más garantista respecto de la responsabilidad de los miembros de una organización criminal, exigiendo a su respecto no solamente el conocimiento y la voluntad propia de toda actividad dolosa, sino incluso una actuación favorecedora respecto de la finalidad delictiva de la organización (*rectius*: no bastando con la mera membresía). Asimismo, y pese a que sobre su respecto no existen pronunciamientos concretos y explícitos, el criterio acerca de la modificación del régimen de la carga de la prueba no fue recepcionado por el Tribunal.

I.3.b) Las derivaciones conforme a la Ley del Consejo de Control Aliado nº 10: *membership liability y common design*.

²⁶⁷ Friedman, L. “*The Law of war. A documentary history*” Vol. II; Random House, New York, 1972, pág. 963. Traducción es nuestra. V.o.: “(...) *make such declaration only in a manner to insure that innocent persons will not be punished.*”

²⁶⁸ Así indicó el Tribunal: “*A criminal organisation is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is co-operation for criminal purposes. There must be a group bound together and organized for a common purpose. The group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter. Since the declaration with respect to the organisations and groups will, as has been pointed out, fix the criminality of its members, that definition should exclude persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organisation and those who were drafted by the state for membership unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organisation. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations.*” Friedman, L. “*The Law of war. A documentary history*” Vol. II; Random House, New York, 1972, págs. 962-3.

El plan diseñado por Bernays acerca de la teoría de la criminalidad colectiva resultó triunfante en el marco de los juicios conducidos en Núremberg por las potencias ocupantes (aplicando su propio derecho interno, y fundamentalmente – como ley marco- la Ley del Consejo de Control Aliado n° 10). Asimismo en aquellos juicios conducidos en países que fueran ocupados por los nazis y en cuyos territorios se cometieran por éstos delitos de guerra o de lesa humanidad (como por ejemplo: Dinamarca, Noruega, Holanda, Bélgica, Austria, Polonia –en donde se llegaron a declarar criminales de conformidad con el art. 6° del estatuto del IMT a otras organizaciones nazis que las así declaradas por dicho tribunal internacional-, Hungría, Grecia, etc.). Dicho triunfo de la doctrina de Bernays enraizada en la *conspiracy*, se verificó a su vez, en dos modalidades –aunque presentando características casi idénticas- la *membership liability* y la *common design* (plan común) de creación británica.

La *membership liability*, fue empleada en los juicios conducidos por los EEUU en Núremberg: “*United States of America vs. Josef Altstötter et al.*” (Caso de los jueces); “*United States of America vs. Oswald Pohl et al.*” (Caso Pohl); “*United States of America vs. Karl Brandt et al.*” (Caso de los médicos); y en el caso del “Campo de Concentración de Mauthausen”^{269 270}.

La Corte Militar norteamericana partió de un criterio de imputación individual de la responsabilidad jurídico-penal de un resultado colectivo como producto de una división de tareas en una organización criminal. De tal guisa, todo miembro perteneciente al aparato burocrático, aunque no hubiese perpetuado físicamente los delitos, desde el momento en que se involucrara funcionalmente en la consecución de la finalidad criminal de la organización, era considerado penalmente responsable como interviniente (*accomplice*).

Lo último expuesto, que pudiere llamar la atención ya que por lo general el término inglés “*accomplice*” se relaciona con el término continental europeo “*cómplice*”, se explica por lo siguiente: en estos procesos y conforme a esta teoría, tanto los autores como los cómplices (así como los partícipes necesarios, o los

²⁶⁹ “*US vs. Altstötter et al.*” *TWC*, Vol. III, Nuremberg-Washington, 1949-1953. pág. 954 a 1201; “*US. Vs. Karl Brandt et al.*” *TWC*, Vol. II, pág. 171-300; “*US vs. Oswald Pohl et al.*” *TWC*, Vol. V, pág. 958 y ss.; “*Mauthausen Concentration Camp case*” *TWC*, Vol. V, pág. 15.

²⁷⁰ Heller, Kevin Jon. “*The Nuremberg Military Tribunals and the origins of International Criminal Law...*” cit.; pág. 275 y ss..

instigadores) no eran distinguidos ni en la requisitoria fiscal, ni en la acusación, ni tampoco así en la fundamentación de la sentencia. Por ello, entiendo que la referencia “*accomplices*” se identifica mejor con nuestra noción de “interviniente en el delito”. Así podemos citar la siguiente opinión del Tribunal Militar norteamericano referida por van Sliedregt: “(...) *la persona que instiga a otra a consumir un asesinato, la persona que carga un arma letal con el propósito de consumir tal delito, y la persona que dispara dicha arma contra la víctima, todos ellos, son principales y accesorios respecto del delito.*”²⁷¹ De allí que, por ejemplo, en el juicio contra *Pohl*, el Tribunal Militar norteamericano fundamentara su fallo en atención a la analogía de cuatro hombres que roban un banco: donde el acto de cualquiera de ellos, conforme a la finalidad del plan, se convierte en el acto de los cuatro. Pudiéndose observar en dicha argumentación una clara presencia de los postulados fundamentales de la *conspiracy theory*.

Durante todo el desarrollo de los juicios, como en las etapas posteriores de revisión, toda intervención en el delito fue tratada de manera idéntica (como portadora de un mismo grado de antijuricidad material). Sólo en la etapa de individualización de la pena (etapa estrictamente judicial, sin participación relevante de la Defensa) se evaluaba y graduaba la magnitud, relevancia o grado de tal intervención. Y ello, como advirtiéramos, conforme a una fundamentación (en caso de haberla) que no admitía contra argumentación por parte de la Defensa.

Pero, además, el considerar a toda conducta de intervención en el delito como idéntica e igual respecto a las demás, conllevaba que lo relevante fuese la acreditación de su membresía o pertenencia a una organización criminal. Así, en el caso de *Altstötter et al*, *Brandt et al*, y *Pohl et al*, las condenas se fundamentaron en el conocimiento que tuvieran de las finalidades y acciones criminales de la organización (en la especie fáctica: la SS), así como de su voluntaria pertenencia a la misma.²⁷²

También, y respecto del conocimiento sobre la finalidad delictiva de la organización, se sustentó una presunción simple de conocimiento en la medida en que el sujeto cumpliera funciones dentro de un campo de concentración o de un

²⁷¹ Van Sliedregt, Ellies. “Individual Criminal responsibility in International Law...” cit., pág. 47. Asimismo *vide*: “*TWC*, Volumen III”; Nuremberg-Washington, 1949-1953, pág. 1063.

²⁷² *TWC* Volumen V; Nuremberg-Washington, 1949-1953, págs. 958 y ss., 1173 y ss..

centro de detenciones; llegando a alcanzar dicha presunción un rango propio de una *praesumptio iuris et de iure* cuando el sujeto ocupase una posición jerárquica dentro de tales organizaciones.²⁷³

La *common design theory* (teoría del plan común) surgió de parte de los miembros de la fiscalía ante el Tribunal Militar Norteamericano en el caso del Asilo Hadamar²⁷⁴ y fundamentalmente por parte de la fiscalía británica ante el homólogo tribunal británico en el caso del campo de concentración y exterminio de Bergen-Belsen²⁷⁵. Asimismo, y con posterioridad, fue adoptada por el fiscal norteamericano William Denson para fundamentar la requisitoria fiscal en el caso (ante el Tribunal Militar norteamericano) del campo de concentración y exterminio de Dachau²⁷⁶. En este juicio (“*United States of America vs. Martin Gottfried Weiss & thirty nine others*”) todos fueron imputados en su calidad de miembros del staff del campo de concentración por haber actuado para la consecución de un plan o diseño criminal perteneciente a dicha organización criminal (derivada, a su vez, de la organización criminal SS, declarada tal por el IMT).

²⁷³ *TWC* Volúmen V”, pág. 15. En dicho sentido es que concluye van Sliedregt: “*The concept of criminal organisations was (explicitly) applied in the Mauthausen Concentration Camp case. The US Military Court judged that membership of the staff of a concentration camp was regarded as membership of a criminal organization where a position high up in the hierarchy implied a rebuttable presumption of knowledge of atrocities. Every official who was engaged un the operation of running a camp was presumed to have had knowledge of the criminal practices therein.*” Van Sliedregt, Ellies. “*Individual Criminal Responsibility in International Law...*” cit., pág. 33.

²⁷⁴ “*United Stets of America vs. Alfons Klein, et al.*” Vide en: Heberer, Patricia. “Early postwar justice in the American zone: The ‘Hadamard Murder Factory’ Trial” en (Jürgen Mattháus y Patricia Heberer, eds.) “Atrocities on Trial. Historical perspectives on the politics of prosecuting war crimes”, University of Nebraska Press, Lincoln, 2008, pág. 25 y ss. También vide: Jardim, Tomaz. “The Mauthausen trial...” cit., pág. 40 y ss., y 171 y ss. De Mildt, Dick. “In the name of the people: perpetrators of genocide in the reflection of their Post-war prosecution in West Germany. The ‘Euthanasia’ and ‘Aktion Reinhard’ trial cases”, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1996, pág. 190 y ss.

²⁷⁵ Sentencia de 25 de mayo de 1948, Sts 1/48, en OGHBrZ 1, pág. 6 y ss.. Las piezas más relevantes de este proceso pueden ser consultadas en: http://www.stephen-stratford.co.uk/belsen_trial.htm. 15/04/2012.

²⁷⁶ *United States of America vs. Martin Gottfried Weiss & thirty nine others*”, “*TWC* Volumen IX”; Nuremberg-Washington, 1949-1953, págs. 5 y ss.

En dicho caso, y respecto de la *mens rea* (elementos subjetivos del injusto), se sostuvo que resultaba imposible el haber sido parte de dicho staff por un período de tiempo sustancial, y no haber sido consciente del sistema de mal trato allí existente. En lo referente al *actus reus* (elementos objetivos del injusto), se aplicó un régimen por el que se interpretó la intervención en el delito con base en dos extremos: Primeramente, que las funciones desarrolladas por el sujeto dentro del campo fuesen de una naturaleza (*per se stante*) delictiva, esto es, de administración o ejecución del sistema (es decir: del campo de concentración Dachau). Como ejemplo de estos asertos, podemos ver el caso de un oficial ubicado en la comandancia del campo de concentración, o el de los médicos de la SS que se encargaban de la selección de personas aptas para el trabajo esclavo, o destinadas a las cámaras de gas, todo ello en el andén del tren en el que llegaban las víctimas (la llamada “rampa”). En segundo lugar, y a diferencia del caso anterior, se ubicaban aquellos miembros del staff de Dachau cuyas funciones dentro del campo no eran en sí mismas delictivas, pero que, sin embargo, se hubiesen cumplido o desempeñado de manera antijurídica. Ejemplo de esto, es el caso de un guardia o administrativo del campo, que se aprovechara de su puesto y funciones para practicar actos ilícitos sobre los prisioneros.

En el primer caso, a los efectos de probar el injusto o el *actus reus*, bastaba con acreditar la posición o *status* del reo dentro del campo de concentración (organización criminal). En el segundo caso, sin embargo, se requería un elemento adicional: la acreditación por parte de la fiscalía del aprovechamiento de su posición para maltratar a los prisioneros. Es decir, que tratándose de un guardia raso destinado a la vigilancia del perímetro del campo, la fiscalía debía aportar prueba suficiente acerca del maltrato (colaboración material directa a ello) al que hubiera sometido a los prisioneros. Es decir, de la ilicitud en el modo de cumplimentar su rol.²⁷⁷

Ahora bien, dado que todo este tema presenta una evolución jurisprudencial (fundamentalmente entre las jurisdicciones militares norteamericanas y británicas en Núremberg), así como matices diferentes según se tratase de la fundamentación

²⁷⁷ Cfe. Meyrowitz, H. “*La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de l’appartenance à une organisation criminelle en application de la loi N° 10 du Conseil de Contrôle Allié*”; Pinchin et Durand Auzias, Paris, 1960, pág. 417 y ss..

de requisitorias fiscales o de la fundamentación de condenas judiciales, menester resulta que retrocedamos a juicios anteriores al precitado de Dachau para poder terminar este apartado con un análisis más pormenorizado del antedicho juicio.

Como indicáramos *ut-supra*, fueron los tribunales de la zona de ocupación británica los que hicieron primeramente uso de la doctrina del *common design* para resolver los casos de imputación de múltiples intervinientes. Así, y conforme a la misma, se consideró penalmente responsables a todos aquellos miembros de una organización criminal (declarada tal por el IMT: SS, SD, Gestapo) que estuvieren involucrados en (“*concerned in*”) la comisión de delitos de guerra o contra la humanidad (lesa-humanidad). Así se procedió, entre otros, en las causas: “*Otto Sandrock and three others*”²⁷⁸, “*Werner Rhode and eight others*”²⁷⁹, “*Karl Adam Golkel and thirteen others*”²⁸⁰.

En el primero de los casos citados, se sostuvo en la sentencia: “(…) *si las personas estuvieron todas juntas, presentes en el mismo lugar y tiempo, tomando parte en una empresa común de naturaleza ilícita; cada uno, a su manera, están asistiendo al propósito común, compartido por todos, y por ello igualmente culpables ante la ley.*” Agregándose, por parte de la Fiscalía, que el caso se asemeja al de un crimen cometido por una banda: “*Cada miembro de la banda, es igualmente responsable que aquel que –efectivamente- dispara el arma.*”²⁸¹

En el caso “*Werner Rhode and eight others*”, uno de los jueces justificó la responsabilidad jurídico penal de aquellos que no se hallaban presentes en la escena del crimen, de la siguiente manera: “*Si dos o más personas acuerdan en cometer un homicidio, si uno de ellos se halla a media milla del lugar en donde efectivamente se perfecciona el homicidio, aunque él no se halle presente en el momento y lugar en que el delito se consumó (por ejemplo, a los efectos de montar guardia, al haber tomado parte en el plan con el otro individuo, con conocimiento de que aquel iba a perpetrar el homicidio, le vuelve tan culpable de tal resultado, como aquel que disparó el arma de fuego o provocó la explosión.*”²⁸²

²⁷⁸UNWCC, “*Law Reports of trials of War Criminals Vol IV*”, pág. 43.

²⁷⁹UNWCC, “*Law Reports of trials of War Criminals Vol. V*”, pág. 56.

²⁸⁰UNWCC, “*Law Reports of trials of War Criminals* , Vol. I”, pág. 46

²⁸¹ UNWCC, “*Law Reports of trials of War Criminals*, Vol IV”, pág. 43.

²⁸² UNWCC, “*Law Reports of trials of War Criminals*, Vol. I.”, pág. 46.

Para ser responsables jurídico-penalmente, los miembros de las organizaciones criminales debían hallarse involucrados en (“*concerned in*”) un delito, y ello se acreditaba a través de dos extremos: primeramente, el conocimiento que tuvieran acerca del delito; y en segundo lugar, que la conducta hubiese alcanzado un grado de participación mínima en el delito, sin requerirse para ello una necesaria asistencia material o tangible respecto del resultado.

Así, y respecto del conocimiento acerca del delito, en el juicio “*Bruno Tesch et al.*” (caso del Zyklon B), se sostuvo expresamente la necesidad de acreditar suficientemente el conocimiento por parte de los proveedores del gas zyklon-B, de que el mismo sería empleado con fines de matar a seres humanos (recuérdese al respecto que la finalidad primigenia de la fabricación de este mortal producto era la de ser empleado como fungicida para las plantaciones agrícolas).²⁸³

Respecto del segundo de los extremos relacionados *ut supra*, esto es, el grado de participación mínima en el delito, éste se refiere a que el acto tenga una verdadera incidencia sobre el resultado; ello desde un punto de vista causal. Es decir (y como si de una clonación de la teoría de *la condicio sine qua non*, se tratase) la actuación debía repercutir sobre el resultado de un modo tal que, sin su verificación causal, aquel no se hubiese producido de la misma manera: ni en el mismo tiempo y lugar, ni con la misma eficacia, ni con la misma gravedad. Una mayor depuración de estos asertos se puede extraer de las siguientes palabras de la sentencia del caso “*Max Wielen et al.*” (caso Stalag Luft III)²⁸⁴: “(...) *los imputados debieron haber tomado parte en la maquinaria, cumpliendo con ciertos deberes, desarrollando alguna actividad dirigida directamente a lograr los homicidios. Actividad que ha de tener una influencia real sobre el homicidio, no habiendo resultado éste tan efectivo, o no habiéndose realizado de un modo tan expeditivo, si el reo no hubiese contribuido con su colaboración voluntaria.*”²⁸⁵

²⁸³ Bruno Tesch et al. (“Zyklon B Trial”). Corte Militar Británica en Hamburgo, sentencia de 8 de marzo de 1946, en: UNWCC, “*Law Reports of trials of War Criminals*. Vol. I”, págs. 93 y ss.

²⁸⁴ Caso éste en el que se juzgara el fusilamiento de más de cincuenta oficiales de la RAF y de la US Air Force, como represalia por haberse fugado de dicho campo de detención de prisioneros de guerra. Habiendo sido ello llevado a la gran pantalla en la película “La gran evasión” (“*The great escape*”).

²⁸⁵ UNWCC, “*Law reports of trials of War Criminals*”, Vol. XI”, pág. 46.

A todos los imputados, dentro de la fundamentación de la sentencia que los hallara culpables se los trataba como iguales, siendo distinguido su grado de participación a la hora de individualizar la pena; tal como sucede en la regulación clásica de la *conspiracy*. Así, en el caso Stalag Luft III se condenó a pena de muerte a todos los que participaron en los fusilamientos de los oficiales aéreos fugados (que, mediante dicha fuga no habían hecho otra cosa más que cumplir con su deber conforme a las Convenciones de Ginebra, concretamente el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra de 1929); y a una pena de diez años de prisión a los soldados que actuaron como chóferes de los camiones en los que se transportaron a las víctimas a los sitios de su ejecución.

La relación de esta modalidad de imputación, la *common design*, así como la *membership liability*, son –indiscutiblemente– construcciones normativas que se desprenden de la *conspiracy theory*. La razón por la que (a la inversa de lo que sucediera en Núremberg) no se aplicara derechamente tal teoría anglosajona, se debe a dos motivos: primeramente (y conforme a las razones esgrimidas en la planificación realizada por Murray Bernays) resultaba extremadamente difícil probar siquiera indiciariamente la participación de los imputados en la confección y aprobación del plan criminal (*pactum scaeleris*) tal como la *conspiracy theory* exige. Es decir: no era descabellada (aunque el tiempo ha demostrado que resultara empíricamente incierta) la teoría de que los miembros del Gabinete de Hitler y muchos de los otros llamados “principales criminales de guerra nazis” en el juicio ante el IMT, habrían acordado un plan de guerra de agresión contra los países de Europa ya en los primeros años de la década del treinta. De igual modo (aunque mucho más detallada la fundamentación del fallo en relación con el acervo probatorio producido durante el juicio) se procedió en el juicio ante el IMTFE respecto de los miembros del gabinete del gobierno del Imperio del Japón. Pero está más que claro, que mucho más difícil (cuando no imposible) resultaba vincular a personajes de segunda categoría del régimen nazi o japonés con dicho supuesto acuerdo o macro-acuerdo de llevar adelante una guerra de agresión y delitos contra la humanidad; y ni qué decir tiene cuando se trataba de imputar responsabilidad jurídico-penal a guardias o personal administrativo de los campos de concentración y exterminio. Dentro de dicho marco, sería plausible imputar responsabilidades jurídico-penales individuales en la medida en que existieran suficientes medios de prueba que vinculasen a determinada persona (por ejemplo, un guardia del campo

de concentración) con determinada o determinadas lesiones o muertes. Claro que ello conlleva el que muchos delitos quedaran sin imputársele a nadie (por falta de prueba respecto a la mentada relación causal). Extremos éstos últimos que el Consejo Aliado no estaba dispuesto a aceptar.

El segundo motivo por el cual no se aplicaran derechamente los postulados (puros) de la *conspiracy crime*, se debe a la propia redacción que se le diera a la Ley del Consejo de Control Aliado nº 10 por parte de la Comisión de Crímenes de Guerra. Esta norma carecía de una disposición como la del art. 6º del Estatuto del IMT (en su literal a) que preveía a la *conspiracy crime* como un delito independiente y no como una modalidad de complicidad (tal como fuere tratada por los tribunales de la Zona de ocupación francesa, así como se halla regulada en el actual estatuto de la Corte Penal Internacional). De allí que, en principio, parecía que debía de acreditarse la participación del reo en particular, interviniendo causalmente en la producción del resultado, e imposibilitando cualquier tipo de responsabilidad objetiva o vicarial.

Sin embargo, y como se ha visto en los casos revisados anteriormente, esto, que parecería limitar considerablemente la aplicabilidad de la *conspiracy*, resultó empero neutralizado. Ello, debido en parte a la morigeración de los postulados normativos de la mentada teoría, y en parte debido a una desatención del claro tenor literal de la legislación pre-citada. Ello ya puede ser verificado en el caso del campo de concentración Bergen-Belsen. En él, los británicos seleccionaron imputados que habían participado en la operativa del campo: funcionarios gracias a cuya labor el campo funcionaba como un “*verdadero régimen de abusos, hambre, y trabajo esclavo*” (muriendo más de cincuenta mil personas). Así, se seleccionaron dieciséis hombres y dieciséis mujeres de las SS, entre los que se hallaban el comandante del campo (Josef Kramer), el segundo al mando (Franz Hössler), el médico jefe del campo (Dr. Fritz Klein), personal subordinado que trabajaban en la administración, en la cocina, o que supervisaban las labores de los detenidos/detenidas, y doce *kapos*, es decir, funcionarios prisioneros de varias nacionalidades. A la hora de determinar la responsabilidad jurídico-penal individual de tan dispares personas, la fiscalía británica aportó dos importantes criterios (que sirvieran a los efectos de futuras imputaciones en los demás procesos conducidos ante los tribunales militares tanto norteamericanos como británicos). Tales aportes fueron, por un lado, el considerar que los acusados habían ayudado a la consecución del plan (objeto de la

conspiración) para cometer crímenes de guerra, y ello no obstante no haber ayudado a planificar, o siquiera haber tenido contacto personal con aquellos que habían creado el sistema de los campos de concentración y exterminio. Esto es: se flexibilizó el concepto normativo de *pactum scaeleris* propio de la *conspiracy*, asimilándose a los casos de acuerdos tácitos posteriores que se verificarían por el hecho de desarrollar conductas de colaboración con la organización criminal.

El segundo aporte consistió en considerar al campo de Bergen-Belsen una empresa criminal, haciendo a cada uno de sus miembros vicarialmente responsable por todos los crímenes allí cometidos. El acusado no era imputado por haber causado directamente una muerte (aunque en muchos casos ello estaba probado), sino que era imputado por haber sido miembro del staff del campo y haber actuado como tal. Fundamento, éste, básico de la *vicarious liability*; a pesar de no hallar una mención legal meridianamente clara para ello en la referida Ley nº 10.

Otro importante momento en la construcción de estos institutos lo constituye el juicio del “Asilo Hadamar”. Dicha institución médica, participó del programa T4 (Programa de eutanasia del Tercer Reich), en donde se asesinaron a más de quince mil niños y jóvenes alemanes discapacitados, y a unos quinientos setenta soldados o disidentes polacos y rusos. En el juicio se trató la responsabilidad jurídico-penal sólo respecto de la muerte de los ciudadanos polacos y rusos, debido a que carecía de competencia el tribunal militar para juzgar las muertes de ciudadanos alemanes.

Ahora bien, en este juicio se introdujo el concepto de “intención conjunta” (*common intent*) como modo de imputar responsabilidad individual jurídico-penal por crímenes colectivos. De tal modo, los reos fueron acusados de perseguir una finalidad común (*common intent*) consistente en matar a ciudadanos de los países aliados. De tal guisa, los fiscales americanos adaptaron las tesis británicas sobre el plan común (*common design*), y de la empresa criminal que habían utilizado en los juicios de Bergen-Belsen.

Por último, cerraremos este breve análisis con el caso que refiriéramos en primer término: el del campo de concentración de Dachau, como la expresión más acabada de todas estas modalidades de imputación. En este juicio, que fuera tramitado ante el Tribunal Militar norteamericano en Núremberg y bajo la precitada Ley nº 10, los defendidos representaban un grupo diverso, cuyas edades iban desde los dieciocho a los setenta y cuatro años, y cuyas ocupaciones iban desde *kapos* a las principales autoridades del campo (comandantes). Asimismo, los cargos que afrontaban se

reducían a dos (alcanzando ellos a todos los defendidos): “*Haber actuado de conformidad con un plan común (common design), diseñado para la comisión de los actos previamente alegados, realizados dentro, o en las proximidades de Dachau y de Landsberg, Alemania, entre aproximadamente el primero de enero de 1942 y aproximadamente el veintinueve de abril de 1945. Actos estos cometidos voluntaria, deliberada e injustamente; incitando, ayudando, colaborando, participando, en la subyugación de civiles nacionales de las naciones entonces en guerra con el Reich alemán, a crueldades y maltratos, incluyéndose muertes, golpizas y torturas.*” Así como: “*Haber actuado de conformidad con un plan común (common design), diseñado para la comisión de los actos previamente alegados, realizados dentro, o en las proximidades de Dachau y de Landsberg, Alemania, entre aproximadamente el primero de enero de 1942 y aproximadamente el veintinueve de abril de 1945. Actos esto cometidos voluntaria, deliberada e injustamente; incitando, ayudando, colaborando, participando, en la subyugación de militares nacionales de las naciones entonces en guerra con el Reich alemán, a crueldades y maltratos, incluyéndose muertes, golpizas y torturas.*”

El concepto del plan o diseño común dirigido a la comisión de crímenes de guerra pasó a ser el cargo esencialmente imputado por la Fiscalía. Similar a la *conspiracy* empleada en el juicio ante el IMT, se distinguía de ésta en que no requería probarse la existencia de un plan previamente concebido; o siquiera de un previo acuerdo en cometer los delitos en cuestión.

Ante el cargo de *conspiracy* ante el IMT, la Fiscalía debió acreditar (con prueba suficiente) que los acusados habían planeado, preparado, o incitado el crimen de iniciar una guerra de agresión. En Dachau, sin embargo, el cargo de *common design* requería de la Fiscalía la sola prueba de que los acusados habían participado en el mantenimiento de una empresa criminal, que resultara en la muerte de los internados (en el campo). Tal como en el caso de Hadamar, el principio subyacente era el de la responsabilidad vicarial. No era necesario probar que las acciones de cada imputado hubieran resultado en la muerte de determinada persona, sino tan sólo que los acusados eran conscientes (tenían conocimiento) del propósito final (finalidad efectiva) o del producto de la empresa a cuyo mantenimiento colaboraran.

Como bien se ha sostenido, atento a esta posición, *sin ninguna matización*, el cocinero del campo resultaba tan responsable como el verdugo, y podían ser (todos

ellos) atrapados jurídico-penalmente en la misma red judicial.²⁸⁶ Dentro de esta tesitura, si atendemos a las palabras del fiscal norteamericano en dicho caso, Teniente Coronel William Denson, tres eran los puntos que debían ser acreditados para determinar la responsabilidad jurídico-penal individual:

Primeramente, la fiscalía debía probar la existencia de un sistema de mal trato a los prisioneros y de comisión de delitos de Derecho penal internacional (conforme al elenco tipificado por la Ley del Consejo de Control Aliado nº 10); siendo tal sistema el campo de concentración de Dachau.

En segundo lugar, la fiscalía debía acreditar suficientemente que el reo tenía conocimiento (era consciente) de la existencia y naturaleza de tal sistema.

En tercer y último lugar, resultaba esencial el probar que cada uno de los individuos enjuiciados habían cooperado, colaborado, o participado, reforzando de tal modo dicho sistema. Es decir, que la conducta se evaluaba no conforme a su lesividad directa o indirecta respecto del bien jurídico penalmente tutelado, sino en atención a su colaboración o no para con respecto al sistema criminal (en la especie: el funcionamiento del campo de concentración de Dachau).

Así y respecto a los dos últimos puntos relevados *ut supra*, se ha señalado que en dicho juicio se fundamentó por la fiscalía que incluso los guardias que permanecieron en las torres de control situadas fuera del perímetro del campamento, habían colaborado y ayudado al plan común (*common design*) puesto que habían evitado que los prisioneros pudieran huir. Y sobre los elementos subjetivos del injusto, la fiscalía sostuvo a su respecto que resultaba imposible que alguien hubiese trabajado en el campo, y permaneciere ignorante del régimen de tortura y muerte que reinaba diariamente allí “*where emancipated inmates were an everyday part of the landscape of the camp.*”²⁸⁷

No obstante lo anteriormente expuesto, la diferente redacción de la Ley del Consejo de Control Aliado nº 10 respecto del art. 6º literal a) del estatuto del IMT, sí que se hizo sentir en la fundamentación de los jueces del Tribunal Militar norteamericano, que se separaron del criterio sostenido por la fiscalía. Ello en la medida en que (tal como señaláramos al inicio de este análisis sobre la *Criminality*

²⁸⁶ Jardim, Tomaz. “*The Mauthausen trial. American military justice in Germany*”; Harvard University Press, Cambridge, 2012, pág. 47.

²⁸⁷ Van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., pág. 48.

System theory) en la sentencia del juicio de Dachau se distinguió entre aquellos reos cuyas ocupaciones o funciones dentro del campo eran *per se stante* delictivas, y aquellos cuyas funciones u ocupaciones no eran, *per se stante*, delictivas, sino que así resultaban por el modo en que habían desempeñado sus funciones. De tal guisa, y respecto de éstos últimos, no se partía de una suerte de presunción absoluta acerca de su conocimiento y voluntad en participar de una organización delictiva y de su plan común delictivo, sino que se requería la acreditación (mediante prueba, por lo general testimonial) de que el sujeto había abusado de sus funciones o posición (estatus) en el campo para cometer actos de maltrato, lesiones, o muerte sobre los prisioneros. Distanciándose así, aunque fuere un poco, de la lógica dogmática y procesal de la *conspiracy*, así como de las tesis sostenidas por la fiscalía.

I.3.c) Puntos de conexión: *membership liability*, *common design theory*, e injusto de sistema.

Como hemos señalado anteriormente, tanto la *membership liability*, como la *common design theory*, se hallan irremediamente fundadas en la *conspiracy*: la diferencia está en que en la última se debe probar la existencia de un acuerdo expreso o tácito entre los creadores originales del plan común, mientras que en las dos primeras, no. Generándose así una importante distorsión dogmática del instituto normativo de la conspiración; puesto que -no ha de olvidarse- la fundamentación del mismo se construye sobre la base de un adelantamiento de la punibilidad a un momento anterior a la ejecución de las conductas: la del acuerdo o *pactum scaeleris*.²⁸⁸ De allí que la relación individual de cada uno de los pactantes respecto de los resultados típicos pierda relevancia, y el análisis de la imputación se centre en el momento del acuerdo y en la incorporación efectiva del reo al marco común, empresa común, o plan conjunto, etc.

Pero, de todos modos, tanto la una como la otra se dirigen teleológicamente al mismo punto que el injusto de sistema formulado por Lampe (entre otros): superar las dificultades de prueba y determinación de la responsabilidad individual empíricamente existente, y fundamentar un régimen de responsabilidad vicarial u

²⁸⁸ Cfe. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal internacional...*” cit., pág. 372.

objetiva, sin que ello parezca así. *Rectius*: cubriéndolo de un manto de fundamentaciones dogmáticas que generen la apariencia de una correcta atribución de justicia para quienes suscriben las tesis retribucionistas (en el sentido de dar a cada quien lo que le corresponde), o que dé una supuesta razón de ser a la necesidad de la pena (para quienes suscriben una finalidad preventivista respecto de la pena). Ello por lo que se dirá.

Tal como hemos señalado al analizar la posición doctrinal de Lampe respecto de los injustos de sistema, dentro del elenco de tres casos que describe tal doctrina, sólo tomamos dos: las organizaciones criminales y los Estados criminalmente pervertidos. Empero en esta instancia hemos de desechar esta última categoría (la de los Estados criminales) puesto que nunca en la historia del Derecho penal internacional se ha declarado criminal a un Estado; es más, ni siquiera ello se ha declarado formalmente por parte de un tribunal internacional respecto de todo un gobierno. Por ejemplo, en el caso del IMT, y pese a la requisitoria fiscal a su respecto, no se declaró organización criminal ni al gabinete de Hitler, ni al partido nazi. Esto se explica por el propio Lampe en un ejercicio de *realpolitik*, por el hecho de que difícilmente los Estados acepten unas reglas de imputación que pudieren serles aplicadas en el futuro a ellos mismos; así como por el manejo de estas cuestiones en el ámbito estrictamente político. Tal como se puede acreditar en las sanciones económicas y políticas que -fundadas en la existencia de gobiernos considerados riesgosos para la paz regional o mundial- puede imponer el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas conforme a su Carta fundacional.

De allí que el concepto aportado por Lampe que nos interesa analizar en relación con los institutos de la *membership* y de la *common design theory*, sea el de *organización criminal*.

Así, esta es vista como un delito autónomo, donde lo relevante desde el punto de vista de la responsabilidad jurídico-penal individual, resulta ser: por un lado, el ser miembro de la organización criminal; y por otra parte, el tener conocimiento de la finalidad delictiva o criminal de la organización. Siendo de estos asertos, así como de la argumentación de que se lesiona a su través un bien jurídico supraindividual (paz pública o seguridad pública), de donde se extrae la *ratio* de que el injusto sistémico de la organización criminal es un injusto autónomo, independiente del propio de los delitos concretos que se cometieran por medio de ella.

Se pueden identificar claramente las teorías de imputación empleadas en Núremberg con el modelo de la *transferecia* antes referenciado (como modelo de imputación individual de un fenómeno colectivo). Recuérdese que, conforme al mismo, la responsabilidad jurídico-penal de los miembros de la organización reside no en sus acciones concretas (y en sus respectivas consecuencias) respecto de los (concretos) delitos-fin de la organización, sino en un peligro para la paz y la seguridad pública que se le atribuye (*iuris et de iure*) a la organización en sí. La fundamentación de la antijuridicidad material del delito imputado a cada reo, consiste en la asunción libre de un estatus de miembro o asociado de la organización.

Si se observa el marco de la *common design* (y en la medida en que se tratase de un miembro del staff del campo de concentración de cierta jerarquía) lo que se hizo fue transferir la responsabilidad de toda la organización criminal (v.gr. el campo de concentración) a dichos jefes máximos y medianos dentro del organigrama funcional (formal). Es decir, que la transferencia de responsabilidad se efectúa en atención (sólo) de sus respectivos estatus. Sin atender a su rol específico, ni a cómo es que cumplimentó dicho rol.

Empero, y como viéramos, ello sí fue realizado por el Tribunal Militar norteamericano (en el caso del campo de concentración de Dachau) respecto de aquellos que cumplían tareas u ocupaciones que no eran *per se stante* “*delictivas*”. Así, los guardias, los que hacían traslados, los que se apostaban en el perímetro, etc. no estaban realizando una conducta penalmente ilícita, salvo en la medida – obviamente- de que se excedieran en sus funciones y actuaran en contra de la integridad física, moral o la vida de los reclusos. Sin perjuicio de ello, hemos también visto cómo para la justicia militar británica así como para la norteamericana, en varios casos estas diferenciaciones no fueron de recibo, delimitando la responsabilidad por la sola membresía y actuación, fuese cual fuese el estatus y el rol del reo dentro de la organización criminal; y sólo limitando tal imputación en atención al grado de conocimiento que se tuviere sobre la iniquidad de la institución y a la incorporación voluntaria del sujeto, a la misma.

Ahora bien, también es cierto que no todos los tribunales militares de las fuerzas aliadas que ocuparan a la derrotada Alemania aplicaran estas modalidades de la *conspiracy crime (membership responsibility, common design theory)* como *inchoate crimes*. Ello en clara referencia a lo que realizaron los tribunales militares

franceses, los que, alejándose de su propuesta de recepcionar el instituto de la *association de malfaiteurs* en el texto de la Ley del Consejo de Control Aliado N° 10, procedieron a aplicar un criterio fundado en el instituto de la complicidad como modalidad o grado de intervención en un delito.

Al abandonar la fórmula del adelantamiento de la punibilidad (*inchoate crimes*), propia de la *conspiracy* y sus derivadas, los Tribunales franceses se vieron obligados a atender a la relación entre las conductas de los distintos reos y los resultados típicos (crímenes de guerra, delitos contra la humanidad/lesa humanidad) tal como se hallaban redactados en la precitada Ley N° 10. Asimismo, debieron proceder en la fundamentación de la condena (dentro del análisis de la conducta injusta) a determinar el grado de intervención en los delitos de referencia: si como principal, o si como accesorio.

Al respecto se ha ilustrado con los casos “*Robert Wagner and six others*”²⁸⁹ y “*Franz Holster and twenty-three others*.”²⁹⁰ En el primero de los casos, el principal acusado fue hallado penalmente responsable como autor de los delitos, mientras que los demás fueron imputados en grado de cómplices. En el segundo de los casos, se les condenó por crímenes contra la resistencia francesa, distinguiendo entre: instigadores (aquellos que estaban al mando de los soldados); perpetradores directos o autores (aquellos soldados que ejecutaron las matanzas y los malos tratos); y cómplices (aquellos que no ejecutaron directamente los delitos, ni tampoco pudieron ser catalogados como instigadores, sino que facilitaron, ayudaron, o colaboraron antes de la ejecución de los delitos; o colaboraron o suministraron los medios, durante la ejecución de los mentados delitos).

De hecho, el criterio acerca de la complicidad manejado por los tribunales militares franceses y otros tribunales continentales (europeos) que juzgaron los crímenes de los nazis (como es el caso de Noruega y Dinamarca) fue uno mucho más amplio que el correspondiente a la dogmática jurídico-penal alemana y española. Me explico: el concepto de complicidad como cualquier actividad previa, concomitante (y a veces hasta incluso posterior) a la ejecución del delito, fue muchas veces imputado conglobando situaciones correspondientes a la instigación

²⁸⁹ Vide: UNWCC. “*Digest of Laws and cases Vol. III*”, His Majesty’s Stationary Office, London, 1947, pág. 24.

²⁹⁰ Vide: UNWCC. “*Digest of Laws and cases Vol. VII*”, His Majesty’s Stationary Office, London, 1947, pág. 26.

y a la cooperación necesaria. Véase al respecto la siguiente manifestación del tribunal del caso “*Franz Holstein*”: “*Es un principio universalmente reconocido por el Derecho penal moderno, el que los cómplices que actúan antes o durante el hecho, son responsables de la misma manera que los perpetradores o ejecutores inmediatos, o que los instigadores, perteneciendo (éstos últimos) a la categoría de cómplices anteriores al hecho.*”²⁹¹

Como se puede ver, en la cita *ut-supra* construye una categoría de complicidad que abarca hasta la instigación (ello pese a haberse realizado previamente una distinción entre esta modalidad de intervención y la complicidad). En suma: la complicidad pasó a ser una mega categoría, que abarcaba de tal modo a toda forma de intervención en el delito salvo a la ejecución directa (es decir, conglobante de la instigación, de la cooperación necesaria, y de la complicidad propiamente dicha). Esto último no debería llamarnos particularmente la atención puesto que, conforme a las legislaciones internas anglosajonas y francesa, el régimen de intervención en el delito reconocía dos categorías: la principal y la secundaria o accesoria (también denominada: complicity, complicidad). Ello, desde la óptica de un modelo netamente naturalista que atendía a la distinción en atención a la realización material (física) o no del delito. A diferencia de modelos basados en el alemán que, desde una óptica normativista, atienden a la mayor o menor influencia en la comisión del delito sin resultar menester, para ello, el cometerlo físicamente. Es decir: modelos que responden a la pregunta de quién es más responsable por el delito; o a quien (éste) le pertenece más.²⁹²

No obstante lo dicho, es cierto que la jurisprudencia alemana (de la entonces República Federal Alemana) hasta entrado en vigencia el Código penal de 1975, utilizó el criterio de la complicidad a los efectos de determinar la responsabilidad jurídico penal de los criminales nazis que fueran enjuiciados con posterioridad a los juicios de Núremberg. Mas ello se debió no a un enfoque naturalista (como el anglo-americano) entre principales y accesorios del delito; sino a un concepto normativo muy criticable como resulta ser la teoría subjetiva de autoría. Conforme a la misma, quien hubiese hecho la parte de una mera “ruedecilla” en la maquinaria de exterminio nazi, sin perseguir un interés personal o propio en la comisión del delito, no resultaba ser autor sino cómplice. Ello aunque hubiese consumado de propia mano el injusto penal. Sólo aquellos con respecto a los cuales se hubiese demostrado un interés

²⁹¹ UNWCC. “*Digest of Laws and cases Vol. VII*”... cit., pág. 32.

²⁹² Al respecto vide: Vogel, J. “*How to determine individual criminal responsibility in systematic contexts: twelve models*” en “*Cahiers de Défense Sociale*; Paris, 2002, págs. 154 y ss.

especial (un celo especial), o hubiesen cumplido las órdenes con exceso o actuado sin órdenes, eran considerados autores principales, en vez de accesorios (cómplices). Como se ha indicado al respecto: “Este encuadre se aplicaba tanto al custodio que colaboró en la rampa de Auschwitz en la sección de las víctimas, como al autor de escritorio de la Oficina Central de Seguridad del Reich, que había organizado el transporte a los centros de exterminio. También fueron calificados de cómplices los acusados que mataron a sus víctimas con un tiro de gracia o abrieron la llave del gas de los cuartos de exterminio.” Asimismo, y como *buscada consecuencia* de esto: “La complicidad con los asesinatos sólo podía ser castigada con prisión temporal, y las penas fueron, a menudo, asombrosamente leves. Balear o gasear de propia mano a varios cientos o miles de víctimas indefensas resultó, frecuentemente, castigado con penas de prisión de cuatro a cinco años; penas, en suma, que apenas se movían del mínimo de tres años de prisión.”²⁹³

Lo dicho anteriormente supuso una modificación de las legislaciones internas seguidoras del *Civil law* que preveían (como en las legislaciones más modernas) un baremo punitivo menor para la imputación de delito a título de complicidad. Así sucedió en Holanda, en donde se debió adoptar un estatuto legal especial para suspender temporalmente las reglas ordinarias sobre la participación criminal (concurso de delincuentes) que preveían una mitigación o atenuante general a favor de los cómplices (facilitadores).²⁹⁴

La posición francesa, en definitiva, abandonaba toda construcción fundada en un delito autónomo de pertenencia a un sistema criminal; manteniéndose así fiel al texto de la Ley n° 10 que no preveía a la conspiración como un delito autónomo (a diferencia del Estatuto del IMT), sino como una modalidad de participación en el delito que se relacionaba entonces con el concepto de participación secundaria (*secondary party*) y de allí con la complicidad.²⁹⁵

²⁹³ Werle, Gerhard. “*Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 50 y ss..

²⁹⁴ Vide: van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility and International criminal Law...* cit.”, pág. 36. Y agrega: “Art. 12 of the decree of 22 December 1943 encapsulates, the rule that facilitators are liable to the same penalties as those prescribed for the crime itself. It is left to the court to decide whether the same penalty will actually be imposed. This rule deviates from art. 45 and 49 of the Dutch Penal Code, where the maximum penalty for complicity is reduced by one third of the punishment prescribed for the crime. A similar adaptation was made in Netherlands East Indies legislation with article 5 of the Statute Book Decree n° 45 of 1946.”

²⁹⁵ Cabe señalar que en el marco del IMT, y con posterioridad a los Juicios de Núremberg, ha existido en el Derecho penal internacional una gran confusión entre la conspiración y la complicidad. Ello ya se advertía en los análisis que hiciera el juez francés ante el IMT (de Vabres)

Al no atenderse a una estructura de delito intentado, la delimitación del grado de intervención en el delito no se podía desatender en la fundamentación jurídica de las sentencias, ni se podía ésta diferir para un momento posterior –y sin estructura procesal de contradictorio- como resulta ser el de la individualización de la pena conforme al Derecho Anglo-americano. Pero fundamentalmente esta postura se aleja también de la del *injusto de sistema* sustentado por Lampe, así como de todas aquellas que propician un régimen de transferencia de la responsabilidad del colectivo a todos los miembros o partes del plan común u organización delictiva.²⁹⁶

I.4) La Joint Criminal Enterprise.

I.4.a) Preliminares. Orígenes del Instituto. Modalidades de Empresa criminal conjunta.

La *Joint Criminal Enterprise* (en adelante JCE) es una teoría de imputación de la responsabilidad penal desarrollada principalmente a través de la Jurisprudencia de los Tribunales ad-hoc del Sistema Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, particularmente del Tribunal Internacional para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia (ICTY). Sin perjuicio de ello, ésta –al igual que las vistas ya

en los que señalaba (respecto de la disposición contenida en el art. 6 a) del Estatuto del IMT) que por “conspiración” debía entenderse, no un delito autónomo, sino solamente el determinar las personas que serían responsables, en calidad de partícipes principales o accesorios de los delitos enumerados en el propio estatuto. Así indicaba el citado Juez: “*Cette disposition n’a pas pour objet de prévoir un crime distinct, ce qui serait en contradiction avec l’énumération précédente. Son seul but est de déterminer les personnes qui sont responsables, en qualité de participants principaux ou accessoires, des crimes précédemment énumérés. En visant les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices, elle se réfère au droit commun de la participation criminelle. Les chefs, les organisations sont des auteurs moraux ou des complices par fourniture des moyens, suivant le degré de leur participation. Les instigateurs ou provocateurs sont, en droit français les complices, et forment dans d’autres législations continentales, une catégorie distincte de participants. La seule particularité du texte consiste à rattacher la participation au complot, au lieu de la elier directement à chacun des crimes que le complot a pour objet de commettre (...) En somme, c’est la notion française de la complicité que consacre la disposition finale de l’article 6.*” Citado en van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit.; pág. 24.

²⁹⁶ Ello nos acerca a los postulados de la *teoría de la anticipación* que surgiera para fundamentar la categoría de los *delitos de organización*, y que analizaremos seguidamente: la organización criminal vista como estado institucional de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos.

anteriormente- también hallan sus orígenes en los meses previos al final de la II Guerra Mundial. Tal origen se cristalizó en la propuesta al Presidente norteamericano Franklin D. Roosevelt por parte del Departamento de Guerra (actual Departamento de Defensa) fechada el 15 de septiembre de 1944 y redactada por el Coronel Murray Bernays. En la misma, recuérdese, se establecían las dificultades que el enjuiciamiento de los criminales de guerra nazis conllevaría tanto respecto de los altos mandos (*Superiors and Military Leaders –major war criminals-*), como –sobre todo- de los mandos medios y soldados rasos (*men at the field –little fishes-*). Así, se hacía referencia a la existencia de miles de criminales de guerra que deberían ser objeto de pesquisas y procedimientos judiciales a lo largo y ancho de Europa; siendo algunos de ellos principales y otros meros accesorios al hecho criminal. Asimismo, los testigos cuando no muertos, se hallarían la mayoría de ellos renuentes a testificar en su contra; resultando extremadamente difícil el acarrear el suficiente caudal probatorio a los efectos de determinar responsabilidades personales (concretas) sobre los hechos.²⁹⁷

²⁹⁷ Sobre la Joint Criminal Enterprise, vide: Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, traducción al español al cuidado de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer Stiftung/Temis, Bogotá, 2005, págs.. 175 y ss.. Ambos, Kai. “*Principios e imputación en el Derecho penal internacional*”, Atelier, Barcelona, 2008, págs.. 65 y ss.. Ambos, Kai. “*Joint Criminal Enterprise and command responsibility*” in “*Journal of International Criminal Justice*” n° 5, Oxford University Press, 2007, págs.. 159 y ss.. Boas, Gideon; Bischoff, James; Reid, Natalie. “*International criminal law practitioner library, vol. 1º: forms of responsibility in International criminal law*”, Cambridge University Press, New York, 2007. Cassese, Antonio. “*International criminal law*” 2ª edición, Oxford University Press, Gosport (Hampshire), 2008. Cassese, Antonio. “*Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine*”, in “*Prosecutor vs. Kaing Guek Eav, alias ‘Duch’*”, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-24 (27 Oct 08). Cassese, Antonio. “*The proper limits of individual responsibility under the doctrine of Joint Criminal Enterprise*” in “*Journal of International Criminal Justice*” n° 5, Oxford University Press, 2007 págs. 109 y ss.. Bassiouni, Mahmoud. “*Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*”, Cambridge University Press, New York, 2011. Damgaard, Ciara. “*Individual criminal responsibility for core international crimes. Selected pertinent issues*”, Springer, Würzburg, 2008. Gustafson, Katrina. “*The requirement of an ‘express agreement’ for Joint Criminal Enterprise liability: a critique of Brdanin*” in “*Journal of International Criminal Justice*” n° 5, Oxford University Press, 2007, págs.. 134 y ss.. Gutiérrez Rodríguez, María. “*Joint Criminal Enterprise: ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho penal internacional?*” in “*Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la*

De allí que Bernays propusiera la ya comentada conjunción de las doctrinas del *Conspiracy Crime* (delito por conspiración de raigambre británica, poco utilizado hasta ese entonces en los EE.UU.) y de la *Membership of Criminal Organisations*.²⁹⁸

responsabilidad en crímenes internacionales” (Alicia Gil Gil, directora; Elena Maculan, coordinadora), Dykinson, Madrid, 2013, págs.. 413 y ss.. Manacorda, Stefano; Meloni, Chantal. “*Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring approaches in the practice of International Criminal Law?*” in “*Journal of International Criminal Justice*” n° 9, Oxford University Press, 2011, págs.. 159-178. Ohlin, Jens. “*Three conceptual problems with the doctrine of Joint Criminal Enterprise*” in “*Journal of International Criminal Justice*” n° 5, Oxford University Press, 2007, págs.. 69 y ss. Olásolo Alonso, Héctor. “*Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*”, Instituto Iberoamericano de La Haya/ Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional. En homenaje al Profesor Augusto Ramírez Ocampo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Scharf, Michael P. “*Seizing the ‘Grotian Moment’: application of Joint Criminal Enterprise liability to the proceedings of the Cambodia genocide tribunal*” in “*Collective violence and International Criminal justice. An interdisciplinary approach*” (Alette Smeulers, ed.), Interesentia, Amberes, 2010. Shahabuddeen, Mohamed. “*Judicial creativity and Joint Criminal Enterprise*” in “*Judicial creativity at the International Tribunals*” (Shane Darcy, Joseph Powderly, edits.), Oxford University Press, New York, 2010, pág. 185. Van Der Wilt, Harmen. “*Joint Criminal Enterprise: possibilities and limitations*” in “*Journal of International Criminal Justice*” n° 5, Oxford University Press, 2007, págs.. 91 y ss.. Van Sliedregt, Elies. “*Individual criminal responsibility in International Law*”, Oxford University Press, New York, 2012. Werle, Gerhard, “*Tratado de Derecho penal internacional*” 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

²⁹⁸ Así es que argumentara: “*The Nazi Government and its Party and State agencies, including the SA, SS, and the GESTAPO, should be charged before an appropriately constituted international court with conspiracy to commit murder, terrorism, and the destruction of peaceful populations in violation of the laws of war.*

For the purposes of trial (...) the prosecuting Nations should bring to the bar only such individual defendants, considered to be representative of the defendant organizations, as they elect (...)

d. The judgment should adjudicate:

1) That the Nazi Government and its mentioned agencies are guilty as charged [i.e. of conspiracy to commit murder, terrorism, and the destruction of peaceful populations in violation of the laws of war]. That every member of the Government and organizations on trial is guilty of the same offence. Such adjudication of guilt would require no proof that the individuals affected [participation] in any overt act other than membership in the conspiracy (...)

f. Thereafter, every member of the mentioned Government and organizations would be subject to arrest, trial and punishment in the national courts of several United Nations. Proof of membership, without more, would establish guilt of participation in the mentioned conspiracy, and the individual

De este modo, y en principio, toda persona por el sólo hecho de pertenecer o haber pertenecido al Partido Nazi, o a las SS, o a las SA, o a la GESTAPO, sería penalmente responsable por los delitos cometidos por cualquier miembro de ellas (hasta aquí y parcialmente los postulados de la *Membership of criminal organisations*); y ello porque, al momento de pasar a integrar tal organización de naturaleza criminal, previó (es decir: conoció) o era previsible (pudo y debió conocer) la finalidad o plan delictivo de la misma (hasta aquí: parcialmente los postulados de la *Conspiracy Crime Doctrine*).

Ahora bien, similar a la situación que debieran afrontar los juristas aliados al final de la IIª Guerra Mundial, fue el panorama que debieron afrontar los juristas de Naciones Unidas tras el conflicto de los Balcanes que tuviera lugar en la década de los noventa del Siglo pasado, así como respecto del sangriento conflicto ocurrido en Ruanda en aquella misma década. Ante ello, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas resolvió la creación de dos Tribunales Internacionales *ad hoc* (que como tales, contaron con sus respectivos estatutos) de naturaleza similar a los Tribunales Militares de Núremberg y para el Lejano Oriente, creados al fin de la IIª Guerra Mundial. Así surgieron, respectivamente, el Tribunal Internacional Penal para los crímenes ocurridos en la exYugoslavia (ICTY), y el Tribunal Internacional Penal para los crímenes ocurridos en Ruanda (ICTR).

Ambos Tribunales ad-hoc del ámbito de Naciones Unidas, tal como indicáramos, debieron enfrentarse a una serie de problemas de corte jurídico similares a los que en su día tuvieran el IMT y el IMTFE. La problemática se concentra en la carencia del instrumental dogmático jurídico-penal disponible (en los derechos positivos nacionales) a los efectos de cumplimentar la política criminal impresa en los mentados Tribunales consistente en perseguir criminalmente a los altos puestos y líderes políticos y militares.

A tales efectos, se vislumbraba (aún) la dificultad de perfeccionar mecanismos de imputación de la responsabilidad jurídico penal que permitieran llevar ante la

would be punished in the discretion of the court. Proof of the commission of other criminal acts would subject the individual to additional punishments conformably to local law (...)

10.b. That once the conspiracy is established, each act of every member thereof during its continuance and in furtherance of its purposes would be imputable to all other members thereof."

Extraído de: Smith, Bradley F. *"The American road to Nuremberg: The documentary record 1944-1945"*; Hoover Institution Press, Stanford, 1982, págs. 33 a 37.

Justicia, con argumentos sólidos, a los líderes políticos y militares responsables de los delitos de genocidio o de lesa humanidad. Problemática, ésta, en parte generada por el hecho –por demás incontrastable- de que los institutos de imputación de responsabilidad jurídico penal individual empleados, consistían en instrumentos propios de una casuística tradicional y clásica no preparada para enfrentarse a los desafíos propios que plantea la macro-criminalidad propia de los delitos del Derecho penal internacional.²⁹⁹

Desde un punto de vista criminológico, tanto los redactores de los estatutos de los referenciados Tribunales ad-hoc, como los Jueces que integraran las distintas Salas y Cámaras de los mismos, partieron de determinada constatación: dada su dimensión macro, los delitos del Derecho penal internacional normalmente envuelven a un gran número de personas, actuando dentro del marco de un plan común. Dentro de tal contexto, consideraron que los perpetradores o ejecutores directos (aquellos que llevan adelante los actos ejecutivos y consumativos del delito) por lo general suelen ser quienes ocupan los puestos más bajos dentro de la organización criminal, mientras que, concomitantemente, aquellos que planifican u orquestan la comisión sistemática de los delitos, o aquellos que organizan su ejecución –los líderes-, por lo general suelen hallarse muy lejos de la escena del crimen.

De allí que concluyeran que, de conformidad con las reglas de la imputación penal basada en un enfoque *objetivo-formal* dirigido a la comisión del delito, los líderes no podían ser responsabilizados ni por la comisión directa del resultado, ni por colaborar directamente en el mismo acto de la consumación. Ello, ya que ni se habían comprometido físicamente a la comisión del delito, ni cumplimentaban siquiera parcialmente la acción descrita en el tipo objetivo (la conducta descrita a través del verbo nuclear).

Ante dicho panorama, y ante la apelación por un sector de la doctrina a los mecanismos amplificativos del tipo penal (curso de delincuentes) a los efectos

²⁹⁹ Al respecto vide: Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., págs. 189 y ss.. Damgaard, Ciara. “*Individual criminal responsibility for core international crimes...*” cit., págs. 127 y ss.. Gaetano, Marini. “*La responsabilité pénale individuelle devant les juridictions pénales internationales: aspects introductifs*” in “*La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Études des Law Clinics en Droit pénal international*” (Emanuela Fronza, Stefano Manacorda, directores), Dalloz- Giuffrè editore, Milán, 2003, págs. 123 y ss..

de responsabilizar a los líderes, los redactores de los estatutos, así como los Jueces, se negaron a realizar tales imputaciones a títulos de instigación o complicidad (*ordering, planning, instigating, aiding and abetting*). Ello se debió a dos argumentos fundamentales: por un lado (a), que al ser considerados partícipes o cómplices no se estampaba con ello la verdadera magnitud (desde el punto de vista empírico) de la responsabilidad jurídico penal de tales líderes; y en segundo lugar (b), porque estas modalidades de concurso de delincuentes conllevaban la aplicación de penas menores a las correspondientes a una intervención en el delito a título de autor/coautor. De tal modo, nos hallaríamos ante casos en que los ejecutores directos, en general simples soldados o tropas auxiliares, sufrirían penas mucho mayores que los altos líderes políticos y militares.

A lo anterior se incorporó un análisis de la casuística orientado hacia la macrocriminalidad. Así, se argumentó que tanto los crímenes de guerra, como los de lesa humanidad, como el genocidio y el terrorismo, comparten una característica: la de ser la expresión de un colectivo criminal, ya que son perpetrados por una multitud de personas actuando al unísono, o en atención a una política o plan común. Asimismo, se entendió que (al igual que sucede en la categoría de “los delitos de muchedumbre”) resulta extremadamente difícil (si no imposible) determinar la contribución que cada sujeto interviniente haya realizado en pos de la organización o colectividad delictiva. Ello por dos razones: (i) primero, porque no todos ellos actúan de la misma manera, sino que cada uno de ellos cumple un rol distinto y complementario entre ellos: planificar, organizar, instigar, coordinar, contribuir, ejecutar.³⁰⁰ En segundo lugar (ii), porque la prueba acerca de la intervención de cada sujeto se vuelve, asimismo, las más de las veces imposible de obtener. Habiéndose indicado al respecto que constituiría una “*inmoralidad*” y “*contrario al propósito general del Derecho penal de proteger al interés general*”

³⁰⁰ Cfe. Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 189 y 190. Así, ilustrando mediante un caso de tortura, señala: “(...) *For instance, in the case of torture one person may order the crime, another may physically execute it, yet another may watch to check whether the victim discloses any significant information, a medical doctor may be in attendance to verify whether the measures for inflicting pain or suffering are likely to cause death, so as to stop the torture just before the measures become lethal, another person may carry food for the executioners, and so on. The question arises as to whether all these participants are equally responsible for the same crime, torture.*”

de la comunidad de aquellas conductas desviadas de sus miembros que les pudieren generar graves daños” el que estas conductas quedaran impunes por tales dificultades.³⁰¹

Ante estas circunstancias, se echó mano de la ante citada jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg y del Lejano Oriente (IMT e IMTFE) hasta entonces sumamente criticada por la Doctrina –especialmente por la doctrina continental europea-. Así emergió la figura de la JCE, que si bien tiene sus orígenes en tales institutos de imputación de la jurisprudencia post-Núremberg, empero se perfiló con caracteres propios, derivados de su naturaleza eminentemente subjetiva (ello a los efectos de la delimitación de los conceptos de autoría y participación).³⁰²

Concretamente, en el ICTY surgió tal figura de JCE delimitada por primera vez en forma detallada en la sentencia de apelación del *Caso Tadic*.³⁰³ En ella se verifica un concepto conglobante (de JCE) de naturaleza tripartita. La Sala de Apelaciones de dicho Tribunal, en tal ocasión, procedió a fijar una tipología de JCE destacando tres variantes de la misma y fijando las bases de sus características fundamentales –tanto objetivas, como subjetivas-. Éstas serían:

La JCE I, o básica, en la que los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un “designio común” o “iniciativa común” (hace referencia, asimismo a una “intención común” mas siendo ello propio del elemento subjetivo del instituto de imputación de referencia).

³⁰¹ Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 190. En el mismo sentido: Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal Internacional...*” cit. Un análisis circunstanciado sobre el tema se puede consultar en: Marchuk, Iryna. “*The fundamental concept of crime in International Criminal Law. A comparative Law Analysis*”, Springer, La Haya, 2013, págs. 166 y ss..

³⁰² Cfe. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 294. Ambos, Kai. “*Joint Criminal Enterprise y la responsabilidad del superior...*” cit., págs.. 65 y ss.. Asimismo, Cassese indica que el antecedente del instituto de la JCE I se ubicará en el caso *Ponzano*, caso que se refería al asesinato de cuatro prisioneros de guerra británicos a manos de las tropas alemanas. En el mismo sentido en *Georg Otto Sandrock et Al*, en el cual tres alemanes dieron muerte a un prisionero de guerra británico, observando los tres la intención de darle muerte, aunque cumpliendo cada uno de ellos un rol diferente. La Corte Británica los halló penalmente responsables de dicha muerte, utilizando para ello la doctrina de empresa criminal conjunta (*common enterprise*). Vide: Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 192.

³⁰³ *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY -94-1-A, de 15 de julio de 1999

La JCE II, o sistémica, referente a los casos de los campos de concentración y/o exterminio donde los crímenes son cometidos por miembros de cuerpos militares o personal administrativo, acorde, todo ello, a un “plan” o “propósito común”.

La JCE III, o extendida, en la que alguno de los autores materiales toma parte en hechos que exceden del marco del “plan” o “propósito común” del grupo, pero que, sin embargo, constituyen consecuencias “naturales y previsibles” de la implementación y ejecución del mentado “plan”.

Estas tres variantes han sido recogidas (como Derecho internacional consuetudinario) por otros tribunales internacionales *ad-hoc* como es el caso de la Corte Especial de Sierra Leona (en los casos *Brima, Kamara, Kenu, Sesay, Kallon y Gbao*); de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (en los casos *Ieng Sary, Ieng Thirith, Khieu Samphan*); y del Tribunal Especial para el Líbano.

Todo interviniente en una empresa criminal colectiva como las referidas, es responsable en la misma medida que los demás integrantes de la misma, ya que: (i) ha intervenido en la interacción colectiva (cualquiera que sea su posición y la relevancia de su concreta contribución); y (ii) ha tenido la intención de unirse a la acción criminal común, compartiendo el fin común que nuclea a todos los intervinientes. De allí que todos sean tratados (mejor dicho: tenidos como) principales del delito (co-autores); ello, sin perjuicio de que el mayor o menor grado de culpabilidad de cada interviniente sea contemplado por el Tribunal a la hora de individualizar la pena.³⁰⁴ La lógica de este instituto de JCE radica en que todos aquellos que desempeñan un rol o cumplen un papel dentro de la acción criminal común, resultan ser conscientes del propósito y del carácter criminal de la acción, y comparten la intención criminal requerida por el tipo penal concreto; han de compartir forzosamente la misma responsabilidad criminal, cualquiera que haya sido la posición o el rol que hayan desempeñado en la comisión del delito. La razón de ello radica en que: (i) cada uno de ellos resulta indispensable para alcanzar el resultado final, y (ii) por su parte, resultaría sumamente difícil distinguir el grado concreto de responsabilidad delictiva o criminal (excepto en la etapa de

³⁰⁴ Ambos, Kai. “*Joint Criminal Enterprise y la responsabilidad del superior...*” cit., págs. 65 y ss.. Bassiouni, Mahmoud . “*Crimes against humanity...*” cit., págs. 560 y ss.. Daamgard, Ciara. “*Individual criminal responsibility for core international crimes...*” cit., págs. 136 y ss. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal Internacional...*” cit., págs. 294-295. Olásolo Alonso, Héctor. “*Ensayos de Derecho penal y procesal penal...*” cit., págs. 211 y ss..

individualización de la pena, en donde no necesariamente será la magnitud lesiva de la conducta imputable al sujeto un elemento a tenerse en cuenta, sino únicamente razones de prevención general).³⁰⁵

La JCE I y II (básica y sistémica) se construyen sobre los delitos centrales de la misma: aquellos que constituyen la parte esencial (el cerne) del plan común, esto es, aquello cuya comisión es el fin último o el medio menester para alcanzarlo. La variante sistémica, concretamente, emerge como una subcategoría de la JCE I, en la medida en que sólo resulta aplicable cuando el plan común consiste en la creación de un sistema organizado de maltrato (como centros de detención y tortura, campos de concentración, etc.).³⁰⁶ En lo que respecta a la forma extendida (o también llamada variante amplia) de JCE (III) la misma sólo resulta aplicable a los delitos tenidos como adicionales en la medida en que ellos -que son cometidos fuera del marco delineado por el plan común- sean objetivamente una consecuencia natural y previsible de la ejecución del mentado plan común.³⁰⁷

³⁰⁵ Así ha señalado Cassese: “(...) *As in national legal systems, the rationale behind this legal regulation is clear: if all those who take part in a common criminal action are aware of the purpose and character of the criminal action and share the requisite criminal intent, they must perforce share criminal liability, whatever the role and position they may have played in the commission of the crime. This is the case because: (i) each of them is indispensable for the commission of the final result; and on the other hand (ii) it would be difficult to distinguish between the degree of criminal liability, except for sentencing purposes.*” Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 191.

³⁰⁶ Cfe. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 317. Jurisprudencialmente este criterio quedó afirmado en la Sentencia de Primera Instancia del caso *Prosecutor vs. Krnojelac* ICTY -97-25-T, de 15 de marzo de 2002, en cuyo párrafo 78 dispuso: “[I]a Sala de Juicio está convencida de que el único motivo para la distinción entre estas dos categorías hecha por la Sala de Apelaciones en *Tadic* es la materia que esos casos tratan, esto es, campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial.” En el mismo sentido, vide: *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY -94-1-A, de 15 de julio de 1999, párrafos 202 a 228; *Prosecutor vs. Krnojelac*. Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-T, párrafo 89; *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-00-39-T de 27 de septiembre de 2006, párrafo 80.

³⁰⁷ Ambos, Kai. “*Principios e imputación en el Derecho penal internacional...*” cit., pág. 81 y ss. Daamgard, Ciara. “*International criminal responsibility for core international crimes...*” cit., págs. 212 y ss.. Shahabuddeen, Mohamed. “*Judicial creativity and Joint Criminal Enterprise...*” cit., págs. 190 y ss.. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 296.

I.4.b) Sobre los elementos objetivos de la Joint Criminal Enterprise.

Respecto de los elementos objetivos, en cualquiera de las tres modalidades se exige la presencia de tres elementos: i) una pluralidad de personas; ii) un plan, designio o propósito común; y iii) una participación –de cada individuo concreto- a través de “cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución del propósito común” (*form of assistance in, or contribution to, the execution of the common purpose*).³⁰⁸ Veamos los mismos más detalladamente:

Respecto de la *pluralidad de personas*, desde el momento en que la JCE se construye como una modalidad de coautoría, resulta obvio que se requiere la existencia de dos o más personas involucradas en la comisión del delito. No obstante lo anterior, cabe señalar que jurisprudencialmente se ha sostenido la innecesariedad de identificación plena de los sujetos integrantes de la JCE. Bien por el contrario, se ha sostenido que basta con una identificación del grupo u organización al que pertenecen (por ejemplo: al Estado Mayor del Ejército de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia, una Unidad del HVO –Fuerzas Armadas Bosnio-Croatas-; funcionarios del Centro de detención de KP Dom; etc).³⁰⁹

Asimismo, ha sostenido de manera constante tanto el ICTY como el ICTR que no se requiere que la pluralidad de personas físicas que componen a la JCE se hallen asociadas en una estructura piramidal o jerárquica, propia ella de una estructura militar, empresarial o administrativa.

³⁰⁸ Delimitando los elementos objetivos y subjetivos de las distintas modalidades o variaciones de JCE, también *vide: Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY -94-1-A, de 15 de julio de 1999

³⁰⁹ *Vide: Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY -94-1-A, de 15 de julio de 1999, par. 227; *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY -97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, par. 31; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, par.100; *Prosecutor vs. Kovcka et. Al.*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, par.81; *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, par.64; *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, par. 364; *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de marzo de 2009, par. 709 ; *Prosecutor vs. Gotovina*, Sentencia de Primera Instancia, ICTYIT-06-90-T, de 15 de abril de 2011, par. 1953.

Más discutido, empero, resulta el determinar si los delitos planificados por la JCE han de ser materialmente consumados por parte de los miembros de la misma. Conforme a lo que se ha dado en llamar la posición “tradicional” de JCE, al tratarse de una modalidad de co-autoría, menester resultaría que los delitos planificados sean ejecutados (materialmente) por los miembros de tal empresa criminal conjunta. No obstante, existe una posición jurisprudencial y doctrinal que sostiene la existencia de JCE a nivel solamente de quienes ejercen el liderazgo (*v.gr.* líderes políticos y/o jefes militares), quienes se valen de sus subordinados para la ejecución material de los delitos (subordinados, que no son miembros de la JCE, puesto que no han de compartir, y a veces ni siquiera conocen, los planes delictivos de la anterior). Se habla, pues, de una mixtura de co-autoría fundada en una empresa criminal común a nivel de liderazgo y de una autoría mediata respecto de los subordinados no miembros de la JCE.

Respecto del *plan o propósito común que promueve delitos internacionales*, cabe señalar, primeramente, que toda JCE ha de contar con un acuerdo o plan común entre los distintos integrantes de la misma. Dicho acuerdo o plan común ha de consistir en la comisión de un delito internacional o, al menos, considerar la comisión del delito internacional como el medio necesario para alcanzar un fin (último).³¹⁰

Acerca del *plan común*, cabe señalar de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales emanados de los Tribunales Internacionales *Ad-Hoc* que el mismo bien puede acordarse entre los miembros de la JCE, *ex ante o durante* la ejecución

³¹⁰ Así, véase: *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, par. 227; *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 31; *Prosecutor vs. Kvočka*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005, par. 81; *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006, par. 64; *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007, par. 364; *Prosecutor vs. Simic*, Juicio de la 1ª Instancia, ICTY-95-9-T, de 17 de Octubre de 2003, par. 158; *Prosecutor vs. Gotovina et. al.*, Juicio de 1ª Instancia, IT-06-90-T, de 15 de Abril de 2011, par. 1953; *Prosecutor vs. Brima. Kamara & Kanu*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, SCSL 04-16-A de 22 de Febrero de 2008, par. 80; *Prosecutor vs. Sesay, Kallon & Gbao*, Juicio de 1ª Instancia, SCSL-04-15-T, de 35 de Febrero de 2009, par. 258; *Prosecutor vs. Kaing Guek Eov alias “Duch”*, Juicio de 1ª Instancia, oo1/18-07-2007/ECCC/TC, de 26 de Julio de 2010, par. 508.

de los distintos delitos concertados. Asimismo, el acuerdo puede ser tanto expreso como tácito, conformándose esto último con que tal plan pueda ser probado del hecho de que varias personas actúen de modo concertado a los efectos de ponerlo en marcha. Así, se ha sostenido en sendos lineamientos jurisprudenciales que del hecho de que dos o más personas participen coordinadamente en la comisión de un delito, puede (ello) ser suficiente para establecer la existencia de un entendimiento o acuerdo tácito entre ellas para llevarlo a cabo.³¹¹ Así, en el caso *Furundzija*, se presentó la situación de un Comandante local del HVO (Ejército Bosnio-Croata) (el propio Furundzija) quien, junto a otro sujeto, detuvo a una mujer bosnio musulmana sometiéndola a un interrogatorio dirigido por el primero, mientras que el otro sujeto la agredía físicamente y la violaba, teniendo lugar ello en distintos salones de una misma casa (que hacía las veces de cuartel o centro de detenciones).

La defensa de Furundzija alegó respecto de tales hechos la inexistencia de un acuerdo previo entre los dos sujetos respecto de la tortura y la violación (señalando que el acuerdo alcanzaba, a lo más, al interrogatorio). Empero lo alegado por la Defensa, la Cámara de Apelaciones sostuvo la existencia de una JCE y, por ende, de un acuerdo o plan común; fundándose ello en que tal acuerdo puede darse *concomitantemente* a la realización de la actividad delictiva. Así sostuvo: “*Cuando el acto de un acusado contribuye al propósito de otro, y ambos actúan simultáneamente en el mismo lugar y a la vista del otro durante un cierto período de tiempo, el argumento de que no había un propósito común es claramente insostenible.*”³¹²

En la medida en que el plan común adquiera una estructura propia de un sistema institucionalizado, se convierte en un “sistema de maltrato” (*ill-treatment system*), tales como los campos de concentración o detención, hospitales de reclusión, etc.

³¹¹ Así: *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, par. 227; *Prosecutor vs. Furundzija*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-17/1-A, de 21 de Julio de 2000, par. 114; *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 97; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, par. 109; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-32-T, de 29 de Noviembre de 2002, par. 66; *Prosecutor vs. Gotovina et. al.*, Juicio de 1ª Instancia, IT-06-90-T, de 15 de Abril de 2011, par. 1953.

³¹² *Prosecutor vs. Furundzija*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-17/1-A, de 21 de Julio de 2000, par. 120.

En definitiva, se trata de sistemas que observan una doble característica: por un lado, la existencia de una institución u organización, y por el otro, que el fin último de la misma sea la comisión de delitos o al menos que los medios utilizados por la misma sean delictivos.

En tal sentido podemos indicar las consideraciones vertidas por el ICTY en el *caso Kvočka*, por las que consideró que el Campo de Omarska funcionó como una JCE II, dirigida a perseguir y subyugar a los reclusos no serbios, y ello a través de la comisión de asesinatos, torturas, violaciones, violencia física o mental, y demás condiciones inhumanas de detención.³¹³ Los delitos cometidos en Omarska eran cometidos intencional, maliciosa y selectivamente, e incluso en algunos casos con sadismo contra los detenidos no serbios. Solamente pudieron haber sido llevados a cabo por una pluralidad de personas, puesto que el establecimiento, la organización, y el funcionamiento del campo requería la intervención de varios individuos desplegando una variedad de funciones de mayor o menor grado de importancia.³¹⁴

Dentro del marco de la JCE II, la Sala de 1ª Instancia del ICTY en el *caso Krnojelac* entendió que –amén del plan común- debía verificarse (y por ende probarse) un acuerdo específico para cada tipo de delito cometido en el centro de detenciones entre el acusado (Director del centro KP Dom) y los autores materiales (funcionarios del centro).³¹⁵ Empero, este criterio fue rechazado por la Cámara de Apelaciones, la que consideró suficiente el constatar que el sujeto tuviese conocimiento de la existencia de un sistema de maltrato, así como el que estuviese de acuerdo con el mismo, sin que fuese menester constatar la existencia de ningún tipo de arreglo o entendimiento común con los autores materiales. Agregando a los anteriores asertos (en una confusa mezcla de cuestiones de fondo y de prueba): “(...) *es menos importante probar que había un acuerdo más o menos formal entre todos los participantes que probar que se estaba involucrado en el sistema.*”

En este sentido, indica Cassese que para esta modalidad de imputación no se requiere de la existencia de un previo plan o acuerdo por parte del reo. Ello se debe

³¹³ *Prosecutor vs. Kvočka*. Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-30-1-T de 2 de Noviembre de 2001, par. 320.

³¹⁴ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit.; pág. 323.

³¹⁵ *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de 1ª Instancia, ICTY-97-25-T, de 15 de Marzo de 2002, pars. 170 y 187.

a que resulta perfectamente sostenible que cada participante en dicho sistema criminal institucional, no sólo es perfectamente consciente (tiene amplio conocimiento) del tipo de delitos que se perpetran en su seno, sino que también (implícita o explícitamente) comparte la intención criminal del grupo. No pudiendo, ello, ser de otra manera, puesto que toda persona que desempeña una tarea de relevancia en una institución, bien puede negarse a participar en la actividad criminal, o bien puede retirarse. Pero sí se requiere que la actividad realizada por el sujeto haya de significar una contribución sustancial para la *empresa criminal conjunta*. Concretamente señala que de allí emerge que aquel que tan solo barre las calles, o trabaja en la lavandería, no incurriría en una conducta merecedora de imputación de responsabilidad penal, ello a pesar de conocer perfectamente la finalidad criminal perseguida por la institución a la que pertenece, e incluso más: así sería incluso en caso de compartir (personalmente) tal finalidad inícuca.³¹⁶

Analizando ahora el tercer elemento objetivo común a toda JCE, *la contribución a la ejecución del plan común*, hemos de señalar que ha sido constante la exigencia jurisprudencial y doctrinal al respecto: a los efectos de incurrir en responsabilidad penal como co-autor de una JCE es menester contribuir en la ejecución del plan o propósito común. Ello puede efectuarse a través de la realización de los elementos objetivos del delito, aunque ello no es necesario, bastando en principio cualquier contribución, mediante acciones u omisiones, se esté o no presente en el lugar y momento en que los autores materiales cometen el delito.³¹⁷

Todo lo anterior nos conduce hacia el interrogante acerca de cuál ha de ser la magnitud o relevancia de la conducta para ser considerada como de colaboración con la JCE; es decir: ¿cuál ha de ser el grado necesario de colaboración de la conducta individual para ser considerada una contribución en la ejecución del plan

³¹⁶ *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de 1ª Instancia, ICTY-97-25-T, de 15 de Marzo de 2002, par. 187. Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 196. Cabe indicar que, para nosotros, las actividades que indica Cassese (lavandería, barrer las calles) son aquellas que pertenecen al marco de las conductas neutrales.

³¹⁷ Así, vide: *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, par.192; *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par.81; *Prosecutor vs. Kvočka*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005, pars.. 112 y 187; *Prosecutor vs. Mpambara*, Juicio de 1ª Instancia, ICTR-01-65-T, de 11 de Septiembre de 2006, par. 24.

común? Pues bien, esta pregunta fue contestada por la Cámara de Apelaciones del ICTY en el caso *Tadic*, en cuya sentencia expresara: “*El cooperador realiza actos específicamente dirigidos a asistir, estimular o brindar apoyo moral en la comisión de un cierto delito (asesinato, exterminio, violación, tortura, destrucción arbitraria de la propiedad civil, etc.) y este apoyo tiene un efecto sustancial en la realización del mismo. Por el contrario, en el caso en que se actúa de conformidad con el propósito o plan común es suficiente con que el interviniente realice actos que de alguna forma se encuentren dirigidos a desarrollar el plan o propósito común.*”³¹⁸

De lo anterior emerge con contundente claridad, primeramente, el bajo nivel de contribución requerido para ser co-autor en una JCE; y, en segundo lugar, que el fundamento de la autoría (co-autoría) se construye de conformidad con la teoría subjetiva. El elemento subjetivo con el que se realiza la contribución es lo que determina la distinción entre co-autores y cómplices.

Empero lo anterior, y a diferencia de lo que sucede en la *membership* y en la *common purpose theory* (además de que estas dos modalidades no conforman una responsabilidad penal en grado de co-autoría, sino de complicidad –*aiding and abetting*–) no basta con la mera membresía para incurrir en responsabilidad penal (aunque se conozca y comparta el plan delictivo) sino que se requiere además un cierto nivel de contribución a la ejecución del plan común, significativa o relevante aunque sin llegar a ser sustancial, ni esencial.³¹⁹

³¹⁸ *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, par.229.

³¹⁹ Así vide: *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, par. 229; *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007, par.. 430; *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de marzo de 2009, par.. 215; *Prosecutor vs. Popovic*, Juicio de 1ª Instancia, ICTY-05-88-T de 10 de Junio de 2010, par.. 1027; *Prosecutor vs. Djordjevic*, Juicio de Primera Instancia, IT-05-87/1-T, de 23 de Febrero de 2011, par. 1863; *Prosecutor vs. Gotovina et. al.*, Juicio de 1ª Instancia, IT-06-90-T, de 15 de Abril de 2011, par.. 1953; *Prosecutor vs. Kanyarukiga*, Juicio de 1ª Instancia, ICTR-02-78-T, de 1 de Noviembre de 2010, par.. 624; *Prosecutor vs. Gatete*, Juicio de 1ª Instancia, ICTR-00-61-T, de 31 de Marzo de 2011, par. 577. En sentido opuesto a la jurisprudencia, sosteniendo de *lege ferenda* que se ha de exigir una contribución sustancial e indispensable a los efectos de imputar una responsabilidad penal de co-autoría en una JCE, vide: Ohlin, John D. “*Three conceptual problems with the doctrine of Joint Criminal Enterprise*” en “*5 Journal of International Criminal Justice*”, Oxford, 2007 (se puede consultar en el sitio web: <http://jicj.oxfordjournals.org/content/5/4.toc>).

A nuestro juicio, el esquema de imputación que plantearan las sentencias *Tadic-Vasiljevic* fundamenta la responsabilidad penal individual sobre la base de la teoría subjetiva de autoría. Concretamente, y conforme a las mismas, se es co-autor de JCE en la medida en que se actúa –sea cuál sea la magnitud o relevancia de la contribución realizada- compartiendo la finalidad delictiva de la empresa criminal conjunta. No obstante ello, todos estos fallos judiciales (y los que les siguieron) inmediatamente estipulaban una suerte de regla probatoria respecto de dicha intencionalidad del reo, consistente en verificar si el sujeto había actuado dentro de la JCE, o no. Admitiendo, a los efectos de la verificación de tal actuación, tanto una conducta comisiva (cualquiera fuese), como omisiva.³²⁰

Ahora bien, en los hechos, el marco probatorio exigido por el ICTY y el ICTR conforme a estos lineamientos jurisprudenciales, no se alejaba demasiado (en los hechos, en nada) respecto de la *membership theory*; ello ya que la contribución exigida podía ser meramente simbólica o marginal, así como el elemento subjetivo relativo a la conformidad con el plan común se derivaba automáticamente de tal comportamiento. De allí que en no pocas ocasiones lo realmente relevante fuese únicamente el haber integrado determinados cuadros administrativos o cuerpos militares.³²¹ Esta situación quedó en evidencia respecto de los casos de JCE II, en

³²⁰ Al respecto vide: Olásolo Alonso, Héctor. “Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...” cit., págs.. 329 y ss.. Cassese, Antonio. “International Criminal Law...” cit., pág. 196. Conforme a este último autor, el hecho de que se exija (para configurarse la responsabilidad conforme a una JCE II) que el sujeto haya realizado una contribución sustancial a la institución criminal, es lo que distingue a esta modalidad de imputación jurídico penal de su predecesora la *membership of criminal organizations* aplicada en los juicios de Nüremberg. En ambas modalidades de imputación, se requiere que el sujeto tenga conocimiento suficiente de los actos criminales que se realizaran dentro de la institución, así como estar personalmente implicado en la comisión de tales actos delictivos. La diferencia radica en que, para la *membership* cualquier tipo de actividad que el sujeto realice será suficiente a los efectos de determinar su responsabilidad, por el hecho de que el grado de intervención que reconocía la imputación por *membership* es siempre secundaria/accesoria: complicidad, o *aiding and abetting*. Distinto es el caso de la JCE II, ya que allí se trata de imputar una intervención a grado de co-autor. Además, y a diferencia de la *membership* que parte de la asociación a una institución intrínsecamente criminal, en el caso de la JCE II estamos refiriéndonos a instituciones que intrínsecamente no son de naturaleza delictiva (como, v.gr., un hospital, un centro de reclusión) pero que, no obstante, incidentalmente se desnaturalizan hacia una función criminal.

³²¹ Combs, Nancy. “*Fact-findings without facts. The uncertain evidentiary foundations of international criminal convictions*”, Cambridge University Press, New York, 2010. Especialmente

donde sujetos que habían actuado como guardias de los perímetros de los campos de detención y mal-trato se vieron de pronto con imputaciones a título de co-autores de una JCE sistémica.

De tal guisa, en la sentencia de primera instancia del *caso Kvočka* (de 2 de Septiembre de 2001) el ICTY enmendó sus líneas jurisprudenciales al respecto y sostuvo que en el marco propio de una JCE II (como el Centro de detención de Omarska) no todos los que trabajaban o cumplían funciones dentro del centro/institución se convierten automáticamente en responsables a título de co-autores en una JCE. Para que ello sí sea posible, sostuvo el ICTY que el reo debió haber desplegado una conducta de contribución *significativa* respecto del plan común. Así, indicó: “*Un acto u omisión que hace a la empresa eficiente o efectiva; por ejemplo, una participación que permite al sistema funcionar con más facilidad o sin trastornos.*”³²² En la sentencia de primera instancia en el *caso Simic* (de 17 de Octubre de 2003), el ICTY extendió la exigencia de una conducta de contribución significativa para todas las variantes de JCE, reiterando el concepto de “*significativa*” como aquel que hace que la “*empresa común sea más eficiente o efectiva*”.³²³

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la jurisprudencia del ICTY a este respecto se ha mostrado bastante errática. Al respecto hallamos un fallo contrario a estos últimos asertos, como fuere el de la Cámara de Apelaciones del ICTY en el *caso Kvočka*, en el cual se volvió a insistir con los lineamientos de la sentencia del *caso Tadic*. Lineamientos, éstos, que exigen solamente una contribución de cualquier tipo a la consumación de los delitos y que se comparta el plan común delictivo. Es cierto que la sentencia de referencia matiza sus puntos de vista, para ciertos casos, y a los sólo efectos de la *prueba* de ciertos elementos subjetivos: el que compartía la intención de perseguir el propósito común de la empresa inícuca. En tales casos se podría requerir una contribución *sustancial* del acusado para determinar su intervención en la empresa criminal común. Sentenciando: “*En la*

véase el capítulo octavo: “*Organizational liability revisited: the pro-conviction bias explained*”, págs.. 224 y ss..

³²² *Prosecutor vs. Kvočka*. Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-30-1-T de 2 de Noviembre de 2001, pars. 308 y 309.

³²³ *Prosecutor vs. Simic*, Juicio de 1ª Instancia, ICTY-95-9-T, de 17 de Octubre de 2003, par.159.

práctica, el significado de la contribución del acusado será relevante para demostrar que compartía la intención de perseguir el propósito común.”³²⁴

Por tanto, la comentada sentencia de la Cámara de Apelaciones del ICTY en el caso *Kvočka*, como también con posterioridad lo hiciera en el caso *Brdanin*, recuperan los lineamientos de la *sentencia Tadic* -en el sentido de no exigir ningún requisito de corte objetivo respecto de la conducta de contribución al plan común-, pasando a ser, a lo sumo, una cuestión únicamente probatoria el exigir una relevancia especial a dicha conducta cuando no se pudiera acreditar por otra vía la voluntad del reo de compartir el plan común de la institución criminal.

En el caso *Prosecutor vs. Kvočka et al.*, se juzgaron los hechos de cinco sujetos que ocuparon puestos diferentes dentro del campo de detención de Omarska, en donde se ejecutaron diversos delitos contra los detenidos (persecución, asesinato y tortura). Entre los imputados se hallaban Kvočka (quien era la mano derecha del comandante del campo), Kor y Radic (quienes eran comandantes subalternos y cumplían también funciones de guardias), Zigic (quien era un taxista que contaba con autorización para ingresar al campo y abusar, golpear, torturar, y asesinar a los prisioneros), y Prac (quien desempeñaba *de facto* las funciones de Comandancia del campo). Conforme a la Sala de Primera Instancia del ICTY, el campo de Omarska fue una JCE II, una institución utilizada para interrogar, discriminar, y abusar de la población no serbia del área de Prijedor, y que funcionó como un medio para deshacer o para subyugar de su territorio (Prijedor) a los no-serbios.³²⁵

La Sala entendió que la continua ejecución de delitos en el campo era del conocimiento de todos los que allí vivían, por lo que los acusados formaron parte de tal JCE; siendo por ello condenados. Pero, además, tal condena se fundamentó en que la participación de los reos dentro de la institución había sido “*significativa*”: a través de un acto u omisión que hace a la empresa común más eficiente o efectiva, por ejemplo, haciendo que el sistema fluyera con mayor comodidad o sin complicaciones.³²⁶ La relevancia de cada contribución, por su

³²⁴ *Prosecutor vs. Kvočka*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005, pars. 97 y 98.

³²⁵ Vide: *Prosecutor vs. Kvočka*. Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-30-1-T de 2 de Noviembre de 2001, par. 323.

³²⁶ Vide: *Prosecutor vs. Kvočka*. Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-30-1-T de 2 de Noviembre de 2001, pars. 309.

parte, se habría de determinar –conforme a la Sala de Primera Instancia- caso a caso, teniendo (para ello) en cuenta una variedad de factores.³²⁷

La Cámara de Apelaciones del ICTY en este caso se apartó de los fundamentos de la Sala de Primera Instancia (así como del entendimiento de la mayor parte de la doctrina) indicando que, en general, no existe un requerimiento legal específico de que el reo haya hecho una contribución esencial a la JCE, siendo ello solamente requerido en determinados casos especiales. Casos que la Cámara no indicó cuáles serían. Señaló, empero, que desde el punto de vista práctico la significancia sustantiva del aporte del sujeto resulta relevante para probar que compartía la intención de alcanzar el propósito o plan común.³²⁸

Mas, sin perjuicio de estos dos fallos, la posición del ICTY ha venido dirigiéndose en sentido opuesto, esto es, de establecer un estándar o nivel mínimo de gravosidad de la conducta contributiva al plan común consistente en el grado “*significativo*” ya visto. Estándar objetivo, éste, que no guarda relación con el cumplimiento por parte del reo de los elementos subjetivos de conformidad con el plan común.

Según la nueva interpretación del ICTY, seguiría siendo innecesario que las contribuciones al plan común consistieren en la realización de un elemento objetivo del tipo penal o que observaren una cualidad esencial o sustancial respecto de la consumación del delito. No obstante, dejarían de ser penalmente relevantes aquellas contribuciones que no alcancen ni tan siquiera el grado de “*significativas*”, en el sentido de poder hacer, de alguna manera, más efectiva o eficiente la ejecución del plan común. Así, se ha sostenido al respecto: “*(...) la más reciente jurisprudencia del TPIY [ICTY] ha adoptado el requisito de la contribución ‘significativa’ a la ejecución del plan común, el cual sólo se cumple con aquellas aportaciones que pueden ser calificadas como relevantes en cuanto que, de alguna manera, hacen más eficaz o eficiente la ejecución del plan común.*”³²⁹

Estos extremos se traslucen de la fundamentación de la sentencia de la Cámara de Apelaciones del ICTY en el *caso Krajisnik* y del Tribunal de Primera Instancia en

³²⁷ *Prosecutor vs. Kvočka*. Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-30-1-T de 2 de Noviembre de 2001, pars. 311.

³²⁸ *Prosecutor vs. Kvočka*. Juicio de 1ª Instancia, ICTY-98-30-1-T de 2 de Noviembre de 2001, par. 599.

³²⁹ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 332.

el caso *Djordjevic*, en donde se expresara: “La contribución del acusado no precisa ser necesaria, en el sentido de ser un sine qua non para la consecución del propósito criminal común; de hecho, desde una perspectiva jurídica, la contribución del acusado al propósito común no precisa ser ni siquiera sustancial. Sin embargo, la contribución del acusado al plan común debería ser al menos significativa, y no cualquier tipo de conducta puede considerarse como una contribución lo suficientemente significativa al propósito común como para que se atribuya responsabilidad penal al acusado por los delitos cometidos.”³³⁰

La exigencia de que la contribución propia de un co-autor en una JCE observe la cualidad de “significativa” atempera (siquiera en un grado mínimo) al régimen de autoría y participación construido sobre las bases de la teoría subjetiva. Se trata indudablemente de la aplicación de un correctivo normativo a los efectos generados por la pre-citada teoría subjetiva. Así, su finalidad es la de excluir del ámbito de la JCE a todas aquellas acciones que (con la intención plena de ejecutar el plan común) realizan contribuciones de nimia magnitud o relevancia, esto es: que no tienen siquiera un mínimo impacto en términos de incrementar la eficacia o eficiencia en la realización del plan común.

I.4.c) Sobre los elementos subjetivos de la Joint Criminal Enterprise.

De conformidad con los fundamentos del caso *Tadic*, el ICTY determinó los elementos subjetivos propios de cada una de las distintas modalidades de JCE. Así, respecto de la variante básica (JCE I), se exige que todos los integrantes observen una misma intención de perfeccionar los delitos correspondientes al plan común. Respecto de la variante sistémica (JCE II), se exige que los integrantes de la misma tengan conocimiento del sistema organizado de maltrato, así como que compartan la intención de perfeccionar el plan común (esto es: el desarrollo del propio sistema). En lo que respecta a la variante amplia (JCE III), se exige a cada sujeto integrante de la misma que observe una intervención en una variante básica (JCE I) o sistémica (JCE II), así como también: (i) que tenga conocimiento de que es

³³⁰ *Prosecutor vs. Djordjevic*, Juicio de Primera Instancia, IT-05-87/1-T, de 23 de Febrero de 2011, par. 1863; *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de marzo de 2009, par.215; *Prosecutor vs. Gotovina et. al.*, Juicio de 1ª Instancia, IT-06-90-T, de 15 de Abril de 2011, par. 1953.

previsible que se puedan cometer delitos adicionales por parte de alguno o algunos de los miembros de la empresa criminal común con ocasión de la ejecución del plan común; y (ii) la voluntaria asunción por parte de dicho sujeto de dicho riesgo (extremo éste que se verifica al unirse o seguir participando en la JCE básica o sistémica).³³¹ Pero veamos más detenidamente estos extremos:

1.4.c.i) Sobre los elementos subjetivos de la JCE I, hemos de señalar que todos los intervinientes han de tener el propósito de que se causen todos los elementos objetivos de los delitos (centrales) de la empresa criminal. Asimismo, y en el caso de que tales delitos requieran un dolo específico (es decir: otros elementos subjetivos distintos del dolo) también los intervinientes de la empresa criminal conjunta deben actuar motivados por ellos. Estos extremos emergen tanto de la Sentencia de segunda instancia del *Caso Tadic* (ante el ICTY), como de las sentencias de primera y de segunda instancia del *Caso Furundzija* (también dictadas por el ICTY). Así se expresa en las mismas:

*“(...) lo que se requiere es la intención de cometer un cierto delito (esto es, la intención compartida por parte de todos los coautores).”*³³²

*“Para distinguir un coautor de un cómplice es crucial determinar si el individuo que tome parte en el proceso de tortura también participa del propósito subyacente la tortura (esto es, actos con la intención de obtener información o una confesión, o castigar, intimidar, humillar o coercionar a la víctima o a una tercera persona, o discriminar, por cualquier motivo, a la víctima o a una tercera persona).”*³³³

³³¹ Cfe. *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, pars. 202, y 228; *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 32; *Prosecutor vs. Simic*, Juicio de 1ª Instancia, ICTY-95-9-T, de 17 de Octubre de 2003, par. 157; *Prosecutor vs. Kvočka*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005, par. 82. Un análisis pormenorizado de la evolución jurisprudencial al respecto se puede ver en: Olásolo Alonso, Héctor. *“Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...”* cit.; págs.. 334 y ss. Ambos, Kai. *“Principios e imputación en el Derecho penal internacional”*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 81 y ss. Cassese, Antonio. *“International Criminal Law...”* cit., pág. 189 y ss.

³³² *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, párrs 228.

³³³ *Prosecutor vs. Furundzija*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-17/1-A, de 21 de Julio de 2000, par. 257.

Conforme, pues, a la jurisprudencia consolidada tanto del ICTY como del ICTR, la finalidad de causar específicamente los elementos objetivos de los delitos centrales de la empresa criminal conjunta, tiene que ser –forzosamente- compartida por todos los intervinientes de la misma. Dicho requisito subjetivo se funda en su íntima relación con el requisito objetivo de la existencia del plan o propósito criminal común (que, en definitiva, viene a ser el resultado de un acuerdo o entendimiento entre todos los intervinientes en la JCE). Siendo más específicos al respecto, hemos de decir que este requisito subjetivo de que todos los intervinientes en una JCE I han de compartir la intención de cometer los delitos centrales de aquella resulta esencial, ya que las contribuciones hechas por un interviniente (en la JCE) sólo se pueden atribuir a los demás intervinientes en la medida en que todos actúen con la intención compartida de ejecutar el plan o propósito común (viéndose aquí su naturaleza derivada de la *conspiracy crime*).³³⁴

Respecto al modo de acreditar (probar) dicha intención por parte del interviniente en una JCE I, tanto el ICTY como el ICTR, han seguido el método deductivo con base en indicios, atendiendo para ello: a la función desarrollada por el sujeto dentro de la empresa criminal común (su estatus y rol); al conocimiento del plan común; y a la continua participación en la empresa criminal conjunta. Así, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones del ICTY en el Caso *Krajisnik* sostuvo: “*La Sala de Apelaciones no está convencida de que la Sala de Primera Instancia eliminara la distinción entre los objetivos políticos en sentido amplio y el propósito criminal común de la Empresa Criminal Conjunta, o que errase al basarse en las declaraciones políticas de Krajisnik para deducir la existencia de una Empresa*

³³⁴ Así se ha indicado: “El sentido y significado del requisito ‘compartido’ permanece confuso en la mayoría de las sentencias puesto que hay una discrepancia entre la interpretación teórica y la aplicación práctica del término ‘intención compartida’ en el caso específico. En un plano teórico, las Salas han adoptado unánimemente la postura de que el acusado tiene que haber compartido el elemento subjetivo con la persona que personalmente cometió el delito. En consecuencia, alguien que personalmente no haya cometido un delito pero haya intervenido indirectamente en la empresa criminal común puede ser sólo responsable de los delitos que los autores materiales hayan efectivamente tenido la intención de cometer. Así, el interviniente (indirecto) puede ser responsable del delito de persecución a título de coautor sólo si él mismo y los autores materiales han actuado con intención discriminatoria.” Haan, V. “*The development of the concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*”, in “*International Criminal Law Review*” N° 5, 2005, pág. 185.

Criminal Conjunta y la intención de cometer determinados delitos. El amicus curiae solo se refiere a una de las declaraciones de Krajisnik –el llamamiento de Krajisnik a los diputados para ‘[ejecutar] lo que han acordado, la división étnica del terreno’- pero no explica las razones por las que no se debería haber dado valor probatorio a esta declaración, ni las razones por las que esto invalida las conclusiones de la Sala de Primera Instancia, las cuales se basaron en un amplio abanico de elementos de prueba. La Sala de Apelaciones considera que la Sala de Primera Instancia podía, de manera razonable, basarse en dicha declaración, junto con otros elementos de prueba, para concluir: (i) la existencia de un objetivo común de remover por la fuerza a los bosnio-musulmanes y a los bosnio-croatas de amplias partes de Bosnia-Herzegovina; y (ii) la intención de Krajisnik de cometer varios delitos dirigidos a la consecución de este objetivo. (...)

Por lo tanto, al afirmar que ‘con el consentimiento de que se lleven a cabo nuevos tipos de delitos y el mantenimiento de la contribución al propósito común, viene la intención’, la Sala de Primera Instancia no estaba introduciendo un nuevo elemento subjetivo, sino que simplemente estaba describiendo los fundamentos de hecho de los cuales iba a deducir la intención de Krajisnik y de los otros miembros de la Empresa Criminal Común en relación con los delitos adicionales. Esto no constituye ningún error de derecho.”³³⁵

1.4.c.ii) Sobre los elementos subjetivos de la JCE II: conforme a los lineamientos expuestos en la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones del ICTY en el *Caso Tadic*, respecto de la variante sistémica de JCE: “*Se exige el conocimiento personal del sistema de maltrato (ya sea acreditado mediante un testimonio expreso, ya sea deducido de manera razonable de la posición de autoridad del acusado), y la intención de promover este sistema concertado de maltrato.*”³³⁶

Esta “intención de promover el sistema concertado de maltrato” se refiere a la intención de cometer los delitos planificados en la JCE (el propósito criminal común) que en la subespecie se concreta en el propio sistema de maltrato. De allí

³³⁵ *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de marzo de 2009, pars. 192 y 200.

³³⁶ *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, párrs 228.

que no se verifiquen diferencias sustantivas entre esta modalidad de JCE y la JCE I, respecto de los elementos subjetivos. En ambas modalidades, todos los intervinientes han de observar la intención (dolo) de perfeccionar los delitos que son el fin último (o los medios para alcanzar tal fin) del plan o propósito común.³³⁷ Lo mismo sucede respecto de los elementos subjetivos distintos del dolo (dolo específico), de modo que el interviniente será coautor de JCE II, en la medida en que actúe motivado por dichas referencias subjetivas o dolo específico.³³⁸ Se desprende, asimismo, del precitado fallo del Caso Tadic, la importancia de la contribución que cada sujeto presta mediante su conducta al sistema de maltrato, resultando un indicio importantísimo a los efectos de probar la intención de promover el mentado sistema.

A diferencia de la JCE I, en la que la intención de cometer los delitos y así co-participar del plan o diseño común se deduce de todas las circunstancias del caso, aquí tal intencionalidad del sujeto se deduce de manera automática desde la contribución significativa o relevante al sistema de maltrato. Así, la sentencia de Primera Instancia del ICTY en el *Caso Kvočka*, estableció que el conocimiento sobre el carácter de sistema de maltrato de un determinado campo de prisioneros, se puede deducir del período de tiempo (más o menos extenso) en que el sujeto haya – efectivamente- trabajado en el mismo. La intención, por su parte, de promover al sistema, conforme a la anterior sentencia, se deduce del conocimiento sobre el sistema y de la intervención significativa en el mismo.

Si atendemos al hecho de que el conocimiento, *per se stante*, se deduce del hecho de haber trabajado u ocupado una posición (significativa) en el campo por un determinado lapso temporal, todo lo anterior se reduce a un único término. Es decir, pues, que el elemento subjetivo de esta modalidad de JCE es deducido por el ICTY de forma directa (automática) del hecho de haber desempeñado un cargo u oficio en el campo de detención (de maltrato, *ill treatment*) por un período de tiempo meridiano; y además de que tal función laboral sea significativa, atendiendo para

³³⁷ Cfe. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit.; pág. 341.

³³⁸ *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 111; *Prosecutor vs. Kvočka*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005, par. 110.

ello a la posición del acusado y al impacto de la conducta –de sus efectos- dentro del sistema.³³⁹

Así, la Cámara de Apelaciones en el *Caso Krnojelac* dedujo la intencionalidad (dolo) de promover el sistema de maltrato del campo de concentración de KP Dom, de los siguientes extremos: las funciones del reo como Director de KP Dom; el período más o menos prolongado de tiempo durante el cual desempeñó tal cargo; su conocimiento respecto del régimen de maltrato a los prisioneros allí imperante; sus conocimientos tanto respecto de los delitos allí cometidos, como de su naturaleza discriminatoria. Siendo materialmente probadas las dos primeras, y deducidas de ellas las otras tres. Así, señaló la mentada Cámara que el ostentar una posición de autoridad de hecho o de derecho, o ser trabajador dentro de un centro de detención, son algunos de los ‘factores contextuales’ que pueden ser relevantes para poder deducir el conocimiento y/o la intención de promover un sistema de maltrato.³⁴⁰

La explicación de lo anterior reside en que –y a diferencia de lo que sucede en la JCE I- en la JCE II el plan o propósito común alcanza un grado estructural e institucional tal, que el acuerdo entre todos los intervinientes en la empresa criminal conjunta resulta inherente a la aceptación del sistema de maltrato en su conjunto (esto es: organización, funcionamiento y resultados).³⁴¹ De tal modo se comprende la sentencia de la Cámara de Apelaciones del ICTY en el *Caso Krnojelac*, cuando indica: “(...) es menos importante probar que había un acuerdo más o menos formal entre todos los intervinientes, que probar que estaban involucrados en el sistema.”³⁴²

³³⁹ *Prosecutor vs. Kvočka*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005, par. 284.

³⁴⁰ *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 111.

³⁴¹ Cfe. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit.; pág. 344.

³⁴² *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 96.

1.4.c.iii) Sobre los elementos subjetivos en una JCE III, menester resulta que primeramente analicemos, para su comprensión, la problemática que debió afrontar la sentencia de segunda instancia dictada por el ICTY en el *Caso Tadic*.

En el *Caso Tadic*, la Fiscalía se hallaba en la imposibilidad de ofrecer pruebas acerca de la participación directa de Tadic en el asesinato de cinco serbio-musulmanes en la aldea de Jaskici. Todo lo que se pudo comprobar, más allá de toda duda razonable, era que había participado en los ataques a las aldeas de Jaskici y de Sivci, el 14 de Junio de 1992, pero en ningún caso se recogió evidencia alguna de su participación en los asesinatos. De allí que la Sala de Primera Instancia indicó que ante la posibilidad de que las cinco víctimas de Jaskici pudieran haber sido asesinadas por otra persona distinta del reo (e incluso ello por parte de un grupo armado distinto al que perteneciere aquel), y ante la constatación de que nada (a tales efectos) se sabía acerca de las circunstancias y manera en que las víctimas fueran ejecutadas, encontró al acusado inocente de tales cargos.

La Fiscalía recurrió la sentencia del *a quo* sosteniendo (al igual que hiciera en su acusación) que Tadic era penalmente responsable conforme a la teoría de *common purpose* por dichos asesinatos (ello, independientemente de la específica actuación individual que hubiera asumido respecto de dichas muertes). La Cámara de Apelaciones dio lugar al mentado agravio de la Fiscalía, mas para ello se fundó en la teoría de la *Joint Criminal Enterprise* (inaugurando así su utilización por parte del ICTY). Concretamente, en el caso de marras entendió que Tadic era co-autor de las muertes en virtud de una JCE III; ya que al tomar parte de un plan común para cometer actos de lesa humanidad contra la población no serbia en la región de Prijedor en 1992, debió haber advertido que tales acciones del grupo (del que él formaba parte, y que constituía una JCE I) podían derivar en asesinatos, aunque no fuera ésta última su intención.³⁴³

³⁴³ *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones...” cit., par. 232. La sentencia de segunda instancia del caso Tadic ante el ICTY, podría decirse que constituye un “*momento grotiano*”, dado que constituye a partir de su emisión la conformación de una rápida y muy recepcionada costumbre internacional (o mejor dicho: una reinterpretación de institutos de Derecho consuetudinario y positivo de Derecho penal Internacional).

No obstante lo anterior, cabe señalar que parte de la doctrina sostiene que el *momento grotiano* de marras se ha de ubicar en los fallos posteriores al Juicio de los máximos jefes nazis ante el Tribunal Penal Militar de Nüremberg, reconociendo en la JCE a los mismos institutos de la

Atendiendo a la fundamentación de la sentencia de referencia, esta variante amplia de JCE III, requiere: “(...) *la intención de intervenir y promover la actividad o el propósito criminal de un grupo, y de contribuir a la empresa criminal común o, en todo caso, a la comisión de algún delito por parte del grupo. Además, sólo habrá responsabilidad por un delito distinto del acordado en el plan común sí, bajo las circunstancias del caso: (i) era previsible que el mismo pudiera ser cometido por alguno de los miembros del grupo, y (ii) el acusado asumió ese riesgo voluntariamente.*”³⁴⁴

Como se desprende de la definición judicial, presupuesto necesario para ser responsabilizado por JCE III es haber sido interviniente en una JCE I o II. Como bien se ha indicado, sólo una vez que se haya probado la calidad de coautor de los delitos centrales de una JCE (I o II), se podrá indagar sobre su calidad de coautor de delitos que, si bien no formaban parte del plan criminal común, resultaban ser la consecuencia natural y previsible de la ejecución de aquél.

Ahora bien, un primer problema que se plantea sobre esta modalidad de JCE amplia o extensa radica en la posición sustentada por parte de la doctrina (sobre todo angloamericana) seguidora de las tesis de Cassese, para quien más que una imputación de coautoría, se trataría de un instituto de *strict liability* o responsabilidad objetiva. Empero, bien leídas las apreciaciones de Cassese (y de sus seguidores) bajo el prisma del *Statute Law*, se ha de concluir que lo que dichos

membership in criminal association y de *common purpose* (como por otra parte, sostuviera el propio ICTY en los fundamentos de la sentencia en segunda instancia del caso “*Prosecutor vs Multinovic*, Juicio de la Cámara de apelaciones...” cit., par. 36). Al respecto sosteniendo esta posición *vide*: Scharf. Michael P. “*Seizing the ‘Grotian moment’: application of Joint Criminal Enterprise liability to the proceedings of the Cambodia Genocide Tribunal...*” cit., págs.. 131 y ss..

Nosotros no consideramos correcta esa identidad que se le atribuye a las mentadas teorías entre sí, puesto que, tal como hemos visto *ut-supra*, conforme los juicios celebrados al amparo del estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional y de la Ley del Consejo Aliado n° 10, atribuyó a la *membership* y a la *common design (plan) theories* distintos alcances, a veces identificándolos como teorías de imputación, y otras veces como modalidades delictivas *per se stante* (conforme a la *conspiracy crime theory* de las cuales, indudablemente, provienen). En todo caso, y como hemos insistido en el ocurrir de esta argumentación, en ningún caso tales sentencias atribuyeron, bajo el empleo de las teorías de referencia, la calidad de coautores a los imputados, sino de participes secundarios o accesorios.

³⁴⁴ *Prosecutor vs. Tadic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999, par.. 228.

autores sostienen es una responsabilidad subjetiva a título de imprudencia inconsciente. Veamos: estos autores sostienen que el interviniente en una JCE III no ha de observar conocimiento actual alguno, esto es, consciencia en el momento de la ejecución del o de los delitos, de que la comisión de delitos adicionales fuera una consecuencia natural o segura de la ejecución del plan común. La referencia es a la previsión, pero no a la previsibilidad; extremo éste último que sí podría conducir a una modalidad de responsabilidad objetiva.

De hecho, el propio Cassese establece la carga de la prueba por parte de la Fiscalía de que un hombre de prudencia razonable, ubicado en la situación del reo, hubiese podido prever (léase: ser consciente) de que la comisión de los delitos centrales de la JCE I o II traería como consecuencia natural o posible la comisión de delitos adicionales por alguno/s de los miembros de la empresa criminal conjunta.³⁴⁵

De allí que la conclusión a la que arriba Olásolo Alonso, de que: “*Algunos autores como Cassese entienden que la variante amplia de Empresa Criminal Conjunta no requiere de elemento subjetivo alguno (...)*” no sea de recibo; puesto que la tipicidad subjetiva no se agota (en la teoría general) en los estados de consciencia acerca de la ocurrencia del peligro y posterior daño al bien jurídico penalmente tutelado, sino que abarca las modalidades de inconsciencia en la medida en que dicho estado sea provocado por negligencia, impericia, imprudencia (esto es: por la violación del deber de cuidado).

Este autor (Olásolo Alonso) señala que la postura de Cassese conlleva la formulación de un estándar que no alcanza siquiera al nivel de temeridad inconsciente (a la que equipara al concepto romano-germánico de la imprudencia temeraria). Ahora bien, más allá de la formulación dogmática en la cual se haya basado dicho autor para delimitar el concepto de imprudencia inconsciente – aparentemente los fundamentos jurídicos del caso Lubanga por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI-, lo cierto es que no logro advertir que la posición defendida por Cassese y sus seguidores no se fundamente en el concepto –

³⁴⁵ Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit.; págs.. 189 y ss.. Cassese, Antonio. “*Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine*”, in “*Prosecutor vs. Kaing Guek Eav, alias ‘Duch’*”, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-24 (27 Oct 08), par. 27.

generalmente admitido por la doctrina continental europea desde el finalismo en adelante- del tipo culposo.³⁴⁶ Es más, ni siquiera advierto la diferencia entre dicho planteo y el del mentado autor, que dice (en tesis que comparto) que la JCE III conlleva un elemento subjetivo, configurándose (en principio, y no atendiendo a la práctica jurisprudencial de los Tribunales Internacionales *Ad Hoc*) en la mera imprudencia: “porque la responsabilidad por los delitos adicionales surge del incumplimiento del deber de diligencia debida a la hora de evaluar las posibles consecuencias de la ejecución del plan común antes de unirse al mismo.”³⁴⁷

Si bien en este análisis sostenemos una posición sumamente crítica (de rechazo) a este instituto de imputación de delitos (JCE III), no podemos caer en el error de sostener que el mismo (conforme a su planteo dogmático) conlleve forzosamente una responsabilidad de corte objetivo. Así es que rechazamos los planteos que ven en la sentencia de segunda instancia del caso Tadic la fundamentación de un instituto similar al de *felony-murder* del Derecho angloamericano, cuyos orígenes se remontan a los enunciados de Edward Coke en 1797. Dicho instituto, que se aproxima demasiado al instituto del *versari in re illicita*, sostiene que todas las consecuencias lesivas que se derivan de un hecho ilícito (aunque fuere éste de naturaleza administrativo-penal) han de ser imputadas al autor de éste. Sea que dichos resultados fueren previsibles o *imprevisibles* (de allí que se sostenga se trate de una responsabilidad de naturaleza objetiva).

El ejemplo que aportaba Coke consistía en un sujeto (A) que disparaba desde su propiedad a la propiedad de otro (B) a los efectos de cazar un ciervo que, al no hallarse en sus fundos, no le pertenecía. Empero, (A) falla en el disparo y da de lleno en un arbusto cercano al animal, en donde se hallaba escondido un niño, el que resulta muerto por dicho disparo. De tal guisa y conforme a los parámetros del instituto referenciado, A debía responder por el resultado muerte del niño, aunque el mismo fuere –más allá de toda duda razonable- imprevisible para todo sujeto ubicado en dicho contexto fáctico.

Como bien indica Cassese, a los efectos de delimitar las diferencias entre este instituto y el de JCE III: “(...) *en el caso de felonía, el agente no sabe (no se ha*

³⁴⁶ Por todos: Welzel, Hans. “*Derecho penal alemán*”, 4ª edición, traducción al alemán al cuidado de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

³⁴⁷ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit.; pág.346

podido representar de ningún modo) la posibilidad de dar muerte a una persona como resultado de haber emprendido una acción ilícita como robar o hurtar. Por el contrario, en la categoría de JCE III el agente está al tanto (o al menos está en plenas condiciones de constatar) que un delito puede ser cometido por otra persona, y él deliberadamente omite tomar medidas al respecto (bien deteniendo o previniendo al otro para que no cometa el delito; bien apartándose de la conducta criminal conjunta).”³⁴⁸

Todos los extremos referenciados anteriormente resultan plenamente acordes con la letra de la definición aportada en los fundamentos de la Sentencia de Segunda Instancia en el *Caso Tadic*, que se refiere claramente a una responsabilidad a título, como mínimo, de imprudencia inconsciente. Esto es: como mínimo ha de existir imprudencia inconsciente; si la comisión de delitos adicionales por miembros de una JCE I o II no fuere previsible (esto es, no existiere previsibilidad conforme al patrón del hombre medio, o diligente) entonces no existiría responsabilidad por estos delitos adicionales para los miembros de tal empresa criminal conjunta (I o II), siempre, claro está, que no fueren los autores o partícipes *materiales* en tales delitos adicionales.

Empero lo anterior, surge un claro problema entre lo expuesto y la postura que han asumido los Tribunales Internacionales *Ad-Hoc*. Concretamente, tanto el ICTY como el ICTR han rechazado siempre la aplicabilidad de un estándar de imprudencia inconsciente.³⁴⁹ Razón ésta por la que, -en los hechos- la imputación

³⁴⁸ Cassese, Antonio. “*International Criminal Law*” ..., cit., pág. 202, nota al pie de página 14.

³⁴⁹ Así: *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003, par. 587; *Prosecutor vs. Galic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-98-29-T, de 5 de Diciembre de 2003, pars.54 y 55; *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007, par.386; *Prosecutor vs. Martić*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-95-11-T, de 12 de junio de 2007, par. 60; *Prosecutor vs. Ignace Bagilishema*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-95-1^a-A, de 3 de julio de 2002, parrs. 35-42; *Prosecutor vs. Zejnil Delalic, et al.*, Jucio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-96-21-A, de 20 de febrero de 2001, par. 241; *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 151; *Prosecutor vs. Galic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-29-A, de 30 de Noviembre de 2006, par.. 184; *Prosecutor vs. Hadzihasanovic & Kubura*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-01-47-A, de 22 de Abril de 2008. Pars. 26 a 29; *Prosecutor vs. Oric*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-03-68-A, de 3 de Julio de 2008, par.. 51; *Prosecutor vs. Strugar*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-01-42-A, de 17 de Julio de 2008, par.. 297.

por JCE III –para que prospere judicialmente- se ha de hacer a título bien de dolo eventual, bien de imprudencia consciente o culpa con representación. Así, por ejemplo, Olásolo Alonso ha sostenido: “*Esto supone que la variante amplia de empresa criminal conjunta exige que el acusado (i) sea consciente de que la comisión de los delitos adicionales es una consecuencia posible de la ejecución del plan común, y (ii) asuma voluntariamente el riesgo al unirse a la empresa criminal conjunta, o al continuar interviniendo en la misma.*”³⁵⁰ Donde la referencia que hace a la “conciencia” del reo nos ubica ineludiblemente en el ámbito del dolo eventual.

Asimismo, estos extremos fueron expresamente analizados por la Sala de Primera Instancia del ICTY, en ocasión de dictar sentencia en el *caso Gotovina*, señalando al respecto: “*El elemento objetivo no depende del conocimiento y la intención del acusado. Consiste en que el delito resultante constituya una consecuencia natural y previsible de la ejecución de la JCE. Tiene que ser distinguido del elemento subjetivo consistente en que el acusado sea consciente de que el delito resultante es una consecuencia posible de la ejecución de la JCE e intervenga en esta última con dicho conocimiento.*” La argumentación que aporta la Sala de Primera Instancia del ICTY, a nuestro entender, trata de compatibilizar la exigencia de dolo eventual (como mínimo) y la definición que hiciera con ocasión de resolver el *caso Tadic* la Cámara de Apelaciones de dicho Tribunal. Empero la misma no convence. Véase que la definición en el *caso Tadic* de la JCE III contiene elementos de corte objetivo y elementos de corte subjetivo, perteneciendo a éstos últimos los extremos exigidos de que “(i) era previsible que el mismo pudiera ser cometido por alguno de los miembros del grupo”. Como dijera anteriormente, la previsibilidad es la base normativa sobre la que se construye el juicio de violación de la norma de cuidado, y desde allí marca el límite (también normativo) sobre el que se puede imputar imprudencia penal. Más allá de la previsibilidad, el resultado es fortuito, no siendo imputable el mismo a nadie. Ahora bien, señalar que el tipo objetivo se conforma (a los efectos de determinar la violación de la norma penal) con la exigencia de “previsibilidad” del resultado adicional, pero que, concomitantemente, el tipo

³⁵⁰ Olásolo Alonso, Héctor. “Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...” cit.; pág. 347. En el mismo sentido, vide Van Der Wilt, Harmen. “*Joint Criminal Enterprise: possibilities and limitations*” in “*Journal of International Criminal Justice*” nº 5, Oxford University Press, 2007, pág. 96.

subjetivo debe interpretarse en el sentido de que el sujeto sea consciente (es decir, que haya tenido efectiva “previsión”), sencillamente no se entiende. Si la intención de la Cámara de Apelaciones del ICTY hubiese sido la de eliminar toda responsabilidad penal por JCE III a título de imprudencia le hubiese bastado con emplear el término “previsto” en vez de “previsible”.

No obstante lo anterior, lo que –quizás- sí debió haber señalado el ICTY, es que más allá de la definición del instituto de la JCE III dada por la Cámara de Apelaciones en el *caso Tadic*, lo cierto es que dicha sentencia ha de ser vista, interpretada, y aplicada dentro del contexto normativo de todo un Estatuto (el del ICTY en su caso, como el del ICTR en el suyo), que no contiene ninguna definición de las especies subjetivas de dolo, dolo eventual, imprudencia consciente e inconsciente, etc. Amén de que dicho Estatuto se inscribe dentro de una costumbre internacional que se remonta a los Juicios de Núremberg, en cuyo caso jamás se imputó responsabilidad por estos delitos (Genocidio y Lesa humanidad) a título de culpa sin representación, o imprudencia inconsciente; sino que siempre se exigió consciencia de los elementos objetivos del tipo y del resultado por parte del reo. Es más, atendiendo a la codificación más acabada que jamás se haya hecho sobre el Derecho penal Internacional (luego de los Principios del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg, dictados por la Asamblea de Naciones Unidas) que resulta ser el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma), está más que claro que estos delitos no se imputan subjetivamente a título de culpa inconsciente. De allí que la mentada responsabilidad por JCE III haya de ser imputada a título de imprudencia consciente (culpa con representación) o dolo eventual.

Pero es que hay más: conforme al mentado Tratado de Roma, no cabe la responsabilidad subjetiva ni siquiera a título de dolo eventual; razón por la cuál tanto esta modalidad típica subjetiva como la de la imprudencia consciente o culpa con representación, tampoco serían de recibo. Esta es la razón principal por la que la JCE III ya no tiene cabida en el marco de la regulación de la imputación de responsabilidad penal dentro de tal marco jurídico. Empero, estas regulaciones no serían extrapolables al marco de los Estatutos del ICTY o del ICTR, por ser estos anteriores, y por existir –siendo ésta la razón principal- precedentes jurisdiccionales en Núremberg y en Tokio en los que la imputación se fundó en la “consciencia” del sujeto respecto de los elementos (objetivos) del delito y del resultado, sin requerirse

la intención directa o finalidad última de la obtención de tal resultado típico; dando cabida entonces a las formas de dolo eventual y de culpa con representación.³⁵¹

Estos últimos asertos (aunque sin la anterior fundamentación) se desprenden del mentado fallo del *caso Gotovina*, en la medida en que exige para ser responsabilizado por la variante amplia de JCE III que se sea consciente de que la comisión de los delitos adicionales es una consecuencia posible de la ejecución del plan común de la empresa criminal conjunta I o II a la que se pertenece, así como que se asuma voluntariamente el riesgo, verificándose ello en la resolución de continuar interviniendo en aquella. Esta cuestión que se volvió a recoger en la fundamentación de la sentencia de segunda instancia del ICTY en el *caso Blaskic*, donde expresara –no sin cierta confusión, de nuevo, respecto del alcance del término “previsibilidad”- que tal responsabilidad se imputa a título de dolo eventual o de imprudencia consciente (puesto que ha de haber en el sujeto consciencia y conocimiento del posible acaecimiento de los delitos adicionales: “*En relación con la responsabilidad por un delito distinto de aquél que integraba el plan común, el estándar más bajo de previsibilidad –esto es, la consciencia de que ese delito era una consecuencia posible de la ejecución del plan común- fue aplicado por la Sala de Apelaciones. Sin embargo, la variante amplia de empresa criminal común es un situación en donde el agente ya posee la intención de intervenir y promover el propósito criminal común de un grupo. Por lo tanto, se puede atribuir responsabilidad penal a un agente por un delito que se encontraba fuera de la empresa originalmente contemplada, incluso si él sólo sabía que la realización de ese delito era simplemente una consecuencia posible, y que no había por tanto una probabilidad sustancial de que ocurriera, y a pesar de eso intervino en la empresa.*”³⁵²

Asimismo, y con posterioridad, en la sentencia de la Cámara de Apelaciones del ICTY del *caso Stakic*, expresamente se señaló que la responsabilidad por una JCE III se imputa a título de dolo eventual o de imprudencia consciente.³⁵³

³⁵¹ Al respecto *vide*: Heller, Kevin Jon. “*The Nuremberg Military Tribunals and the origins of International Criminal Law*”, Oxford University Press, Oxford, 2011, págs.. 283 y ss..

³⁵² *Prosecutor vs. Blaskic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-14-A, de 29 de Julio de 2004, par. 34.

³⁵³ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, pars. 99 a 101.

Ahora bien, puestos a considerar el tipo subjetivo propio de esta modalidad de JCE, ello en atención a la propia jurisprudencia emitida por el ICTY y por el ICTR, surgen dos problemas intra-dogmáticos de gran entidad. El primero de ellos se refiere a la compatibilidad de esta modalidad de coautoría respecto a delitos que exigen dolo directo o dolo específico (elementos subjetivos del tipo distintos del dolo), mientras que el segundo (insoluble a mi entender) dice relación para con las propias bases dogmáticas sobre las que se construye toda la teoría de JCE.

El primer problema fue puesto en evidencia por la Defensa en el juicio de segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones del ICTY en el *caso Stakic*. En dicha oportunidad, se sostuvo que a través de la JCE III se estaría recurriendo indebidamente al concepto de coautoría, puesto que se estaría ampliando de manera no permitida el tipo subjetivo tal como se halla definido en los tipos penales del Estatuto del ICTY que requieren dolo directo. De tal modo, sostuvo la Defensa, se estaba incurriendo en una manifiesta violación del principio de legalidad.³⁵⁴ A estos asertos contestó la Cámara de Apelaciones que, dado que el instituto de la JCE III (perteneciente a la teoría de la JCE) había sido reconocida por la costumbre internacional (ello ya que la vinculan directamente con la teoría del “*Common design*”, o del “*Common purpose*”), dicha teoría y sus correspondientes modalidades subjetivas de ninguna manera podrían resultar violatorias del principio de legalidad.³⁵⁵ Resolución ésta que, como se puede advertir, nada aporta a los efectos de resolver el conflicto intradogmático que la propia definición de la Cámara en el *caso Tadic* (y no la “costumbre internacional”) había creado.

También se ha planteado la misma situación pero ante casos en donde el tipo penal establece referencias subjetivas distintas del dolo o dolo específico. Ello ocurrió concretamente en el Juicio de Primera Instancia en el *caso Brdanin* respecto de la imputación de un delito de genocidio. Recuérdese que, conforme al art. 4 del Estatuto del ICTY, el genocidio además del dolo requiere una intención específica de parte del autor o coautores de “destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”.

³⁵⁴ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, par. 116.

³⁵⁵ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, par. 100.

En atención a dicho tipo penal, la Sala de Primera Instancia en el mentado caso entendió que no podía imputarse una coautoría a título de JCE III, puesto que la responsabilidad subjetiva propia de dicho instituto es de culpa consciente o, como mucho, de dolo eventual. Está claro que si el sujeto hubiese actuado respecto del delito adicional (en el caso: genocidio) con intención directa (dolo directo o de primer grado) entonces ya no estaríamos hablando de una JCE III, sino de una JCE I. Asimismo, la Sala entendió que la variante amplia (JCE III), en cuanto que da lugar a una responsabilidad principal (a título de coautor), no podía ser aplicada al caso, ya que el genocidio exige un dolo específico que el reo no tuvo. La aplicación de la variante amplia de JCE permitiría, pues, que el acusado fuese condenado como coautor de un genocidio aun cuando no actuara con dicho propósito; recurriéndose para ello a una construcción del concepto de coautoría que elude (de manera indebida) el dolo específico requerido por la definición del delito de genocidio.³⁵⁶

En definitiva, la Sala de Primera Instancia en el *caso Brdanin* entendió que, si se aplicaba la variante amplia de JCE al genocidio, cualquier acusado que interviniera en una variante básica (JCE I) podría convertirse en coautor del delito de genocidio por el mero hecho de ser consciente de la posibilidad de que cualquier otro miembro de la empresa criminal conjunta pudiera observar la intención genocida (es decir, tener la intención de cometer un asesinato con la finalidad última de *destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*). Así como por asumir tal riesgo, al unirse o continuar interviniendo en la JCE I (pese a tener tales conocimientos). De nuevo, y en palabras de la propia Sala: se estaría recurriendo de manera indebida a una modalidad del concepto de coautoría, para eludir –de modo no permitido– el dolo específico requerido por la definición del delito de genocidio (art. 4º del Estatuto del ICTY).³⁵⁷

La Cámara de Apelaciones del ICTY en el mismo *caso Brdanin* revocó la sentencia de la Sala de Primera Instancia, sosteniendo que el tribunal *a quo* había confundido los elementos subjetivos del delito de genocidio con los elementos

³⁵⁶ *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004, pars. 55 a 57.

³⁵⁷ *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004, par.57.

subjetivos de la forma de responsabilidad imputada por la Fiscalía, es decir, de la JCE III.

Las razones esgrimidas por la Cámara de Apelaciones fueron básicamente las siguientes: *“La tercera categoría de responsabilidad por empresa criminal común no es, al igual que otras formas de responsabilidad penal, como la responsabilidad del superior o la cooperación, un elemento de un delito específico. Es una forma de responsabilidad a través de la cual un acusado puede ser penalmente responsable de manera individual a pesar de no ser el autor material del delito. Para condenar a un acusado por un delito bajo la tercera categoría de empresa criminal común no es necesario demostrar que haya pretendido cometer el delito o incluso que haya tenido un conocimiento cierto de que el delito iba a ser cometido. Antes bien, es suficiente con que ese acusado haya ingresado a una empresa criminal común para cometer un delito distinto con el conocimiento de que la comisión del delito sobre el cual prestó el acuerdo haga razonablemente previsible la comisión del delito imputado por otros miembros de la empresa criminal común, y que este último sea cometido. (...) Por ejemplo, un acusado que ingresa en una empresa criminal común para cometer el delito de desplazamiento forzado comparte la intención de los autores materiales de cometer ese delito. Sin embargo, si la Fiscalía puede establecer que los autores materiales cometieron un delito distinto, y que el acusado tenía conocimiento de que dicho delito era una consecuencia natural y previsible del acuerdo para el desplazamiento forzado, entonces el acusado puede ser condenado por ese delito distinto. Cuando dicho delito sea el de genocidio, a la Fiscalía se le requerirá que establezca que era razonablemente previsible para el acusado que alguno de los actos especificados en el artículo 4(2) sería cometido, y que sería cometido con intención genocida (...)”*³⁵⁸

De ello se desprende expresamente que, para el ICTY, la JCE III consiste en una forma de responsabilidad principal en grado de co-autoría, y resulta perfectamente aplicable a delitos que exigen en sus tipos un dolo específico (como el genocidio) aunque el sujeto (subjetivamente) actúe sin tal intención; incluso sin que observara dolo directo respecto de los elementos objetivos del tipo (bastando la imprudencia consciente, o el dolo eventual).

³⁵⁸ *Prosecutor vs. Brdanin*. Decision in interlocutory appeal, ICTY-99-36-A, 19 de Marzo de 2004, pars. 5 y ss..

La argumentación de la Cámara es confusa. No se alcanza a entender esa dicotomía que se pretende hacer entre el tipo subjetivo y las llamadas “*formas de responsabilidad penal*”, puesto que en definitiva de lo que se trata es de valorar las conductas y luego de ello imputarles un resultado, conllevando ambos extremos tanto elementos objetivos como subjetivos. Más aún, la aplicación de una JCE III, que consiste en una imputación de intervención en un delito, no puede desconocer un elemento fundamental o especial de un tipo penal, puesto que esto último constituye el substrato normativo sobre el cuál se hará (entre otras cosas) la previa desvaloración de la conducta. Las formas de imputación de responsabilidad no pueden desconocer la formulación legal del delito y como bien ha señalado la Sala de Primera Instancia del ICTY en el *caso Stakic*, combinar la tercera variante de JCE con el delito de genocidio *diluiría de tal modo al dolo específico, que lo extinguiría*. De allí que “(...) *a fin de consumar un genocidio se deben de cumplir todos los elementos del tipo, inclusive el dolo específico o referencia subjetiva del tipo distinta del dolo. Los conceptos de escalada al genocidio o genocidio como consecuencia natural y previsible de una empresa que no estaba dirigida específicamente al genocidio no son compatibles con la definición de genocidio según el art. 4(3) (a)*.”³⁵⁹

Como bien se ha dicho a este respecto, la definición de un delito contiene, amén de los elementos objetivos, el elemento subjetivo con el que el sujeto ha de actuar para incurrir en responsabilidad principal a *título de autor*. De allí que “(...) *si la definición de un delito exige que sus elementos objetivos sean realizados con el propósito de ser causados (dolo directo de primer grado), el acusado sólo podrá ser considerado autor si lleva a cabo su conducta con dicho propósito. Del mismo modo, si la definición de genocidio requiere un dolo especial de destruir en todo, o en parte, el grupo nacional, étnico, racial o religioso al cual pertenece la víctima, el acusado sólo podrá ser considerado autor de genocidio si ha realizado su conducta con esa finalidad específica*.”³⁶⁰

Por ello se ha concluir que, en la medida que el sujeto tenga conocimiento sobre la intención genocida del o de los autores materiales, pero que sin embargo no

³⁵⁹ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003, par. 530.

³⁶⁰ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 357.

comparta tal intención, entonces jamás podrá ser considerado co-autor, sino a lo *sumo cómplice*.

Esto último coincide con lo que ha puesto de relieve Van Sliedregt, respecto a las fuentes u orígenes del instituto de la Joint Criminal Enterprise, conforme a lo postulado permanentemente por el propio ICTY. Concretamente, el instituto de referencia se halla construido sobre la *common purpose* y la *common design theories*. De tal guisa, y conforme a lo postulado por tales institutos -que como viéramos se fundan a su vez en la *conspiracy crime theory*-, los intervinientes en la misma sólo pueden ser penalmente responsabilizados a título de cómplices (responsabilidad accesoria) y jamás de coautoría. Empero, y esto constituye el nudo gordiano del asunto de marras, la postura tanto del ICTY (desde el fallo Multinovic) y del ICTR ha sido radical: todo interviniente en una JCE (I, II, o III) ha de responder a título de co-autor.³⁶¹

En una posición similar se halla el ex-Presidente del ICTY, Cassese, quien sostuviera que en el caso de existir un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo (como v.gr., en el tipo penal del genocidio), un sujeto no podría ser imputado conforme a la teoría de JCE III. Ello lo fundamenta en dos razones: Primeramente (i) por una imposibilidad de corte lógico: uno no puede ser responsabilizado por haber cometido un delito que requiere de una intención o motivación especial (amen de la propia intención requerida por el tipo subjetivo) a no ser que tal intención especial pueda ser probada. Esta imposibilidad desaparece cuando se trate de imputar una responsabilidad en grado de complicidad, ya que –sostiene- para ello sólo se requeriría de conocimiento –acerca de los elementos del tipo objetivo y de la intención especial por parte del autor- y de haber prestado voluntariamente su asistencia para que se perpetre el delito; no requiriéndose entonces, a su respecto la verificación de intencionalidad especial (dolo específico o especial) alguna.³⁶² En

³⁶¹ Van Sliedregt, Elies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., pág. 61 y ss..

³⁶² De allí que no resulte extraño el hecho de que Cassese, al igual que otros autores, haya sostenido que en estos casos la JCE sólo podría conllevar la imputación de responsabilidad penal en grado de complicidad (*aiding and abetting*): “*For such crimes ‘the secondary offender’ could only be charged –it is submitted- with aiding and abetting the main crime (needless to say, subject to the condition that the requirements of aiding or abetting the commission of one of the three classes of*

segundo lugar (ii) Cassese ha sostenido que se verificaría una “distancia drástica” entre la intencionalidad del delincuente primario (aquel que consuma materialmente el o los delitos adicionales) y el delincuente secundario (aquel que es imputado responsable en virtud de una JCE III). Así, mientras que el primero observará dolo directo y dolo específico, el segundo sólo observará dolo eventual o culpa consciente respecto del tipo objetivo del delito adicional (sin contar con la referencia subjetiva del tipo distinta del dolo). Todo ello conllevaría, en palabras del mentado Juez, *a destruir en pedazos las nociones cruciales de culpa personal y de causación*.³⁶³

Empero, como dijéramos y no obstante la autoridad de quien sostuviera esta posición, tanto el ICTY como el ICTR han sido constantes en su jurisprudencia, acerca de que en las tres modalidades de JCE, la responsabilidad jurídico penal individual derivada de ellas es de co-autoría.

Pero lo que viene a complicar aún más dicho panorama jurisprudencial, radica en la firme postura del ICTY de entender probado el dolo eventual o la culpa consciente del reo de JCE III en dos extremos: (i) por el hecho de haberse unido a una JCE I; y (ii) por el hecho de continuar interviniendo en la misma pese a haber podido (conforme al baremo del hombre medio) tomar conocimiento de la posible comisión de delitos adicionales. De lo anterior emerge –más allá de la retórica- que todo interviene en la JCE I pasa a ser responsable a título de co-autor del delito adicional generado por cualquiera de ellos (en virtud de la JCE III), sin atenderse para tal imputación a si el sujeto concreto –realmente- observó un dolo eventual o una culpa consciente a su respecto. Ello ya que el –supuesto- conocimiento de la intencionalidad o finalidad delictiva adicional del co-miembro de la JCE I se deduce de la sola participación y permanencia en la misma. Así, en la práctica judicial del ICTY este instituto (JCE III) ha pasado a ser –en los hechos- uno que opera a modo de responsabilidad objetiva (*strict liability*).

Pero es que, además, ¿cómo se define en estos casos el estándar del hombre medio? ¿bajo qué parámetros se determina normativamente esa “posibilidad” de prever que un codelincuente de una JCE I actúe con un plus de intención, o con la

the aforementioned crimes are met.” Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 206.

³⁶³ Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 206.

intención de cometer otra figura típica penal? En la mayoría de las veces, se construye una imputación injusta y despegada de la realidad empírica, máxime teniendo en cuenta que no se trata de una construcción que tome en cuenta los sesgos cognitivos y volitivos consustanciales a estas modalidades de delitos grupales como sí lo hace la teoría sustentada aquí, de las estructuras de pecado.

En adición a lo anterior, la argumentación criticada deja siempre una cuestión fundamental sin respuesta (al menos razonable): concretamente, por qué razón un sujeto que se representa mentalmente la posibilidad (esto es: no la certeza, menos aún la certidumbre, sino una mera posibilidad) del acaecimiento de un resultado concomitante o adicional en el cual no participa, ha de tener la obligación jurídico-penal de cesar en su actividad. Actividad, que, por otra parte, ya viene desvalorada *per se stante* por ser delictiva.

Ahora bien, otro problema que presenta la JCE III (y que a nuestro juicio no tiene solución), es el que refiere a la propia lógica del instituto que (más allá de que se comparta o no por el intérprete) en el caso de la JCE III entra en una contradicción insalvable. Como se ha expresado, la razón por la que los seguidores de la JCE sostienen que todos los miembros de la misma han de responder como co-autores (pese a que la mayoría de ellos se hayan abstenido de actuar materialmente en la ejecución del delito) radica en una atribución normativa de las acciones u omisiones de todos a cada uno de ellos, y ello por: (i) el hecho de haber actuado de manera coordinada conforme a un plan común, y (ii) por haber compartido conjuntamente la intención de que se cometan tales delitos.³⁶⁴

Mas hete aquí que esos dos extremos en virtud de los cuales se valora la conducta de cada uno de los miembros de la JCE como una de (co)autoría, faltan irremediabilmente en la modalidad amplia o JCE III. Véase que a su respecto: (i) no existe plan común alguno respecto del delito adicional, como (ii) tampoco existe una intención común compartida, sino tan sólo –y por solamente alguno de ellos-

³⁶⁴ Sobre el particular vide: Shahabuddeen, Mohamed. “*Judicial creativity and JCE...*” cit., págs. 190 y ss.. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 296. Daamgard, Ciara. “*Individual criminal responsibility for core international crimes...*” cit., págs. 212 y ss..

un conocimiento sobre la calidad de “*natural consecuencia*” del delito perseguido por la JCE I que tendría el delito adicional.³⁶⁵

Es cierto que los defensores de esta subcategoría de JCE III argumentan en contra de los anteriores asertos, sosteniendo la existencia de un nexo causal entre el delito planeado y ejecutado en la JCE I y el delito adicional. Empero (y sin entrar a juzgar esa relación de causalidad a la vista de la prohibición de regreso) sin embargo siguen sin argumentar -en atención a una estricta observancia del principio de culpabilidad- de qué modo justifican –o en atención a qué elemento suplen- el déficit de culpabilidad que conlleva la eliminación de un principio general del instituto de la coautoría como resulta ser el acuerdo o plan previo (como base de atribución recíproca).

No es de extrañar que, ante tamañas falencias que presenta el instituto referido, tanto las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (ECCC)³⁶⁶, como la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial del Líbano³⁶⁷, hayan rechazado la aplicación de esta subespecie de empresa criminal conjunta (JCE III), y hayan preferido utilizar el instituto de la responsabilidad accesoria por complicidad. Así, el último tribunal arriba señalado ha manifestado: “*Por lo tanto, mientras la jurisprudencia del ICTY permite condenas bajo la JCE III (variante amplia de empresa criminal conjunta) por el delito de genocidio y por el delito de lesa humanidad de persecución, a pesar de ser delitos que requieren un dolo especial (...) una posición más correcta conforme al Derecho penal internacional es la de no permitir condenas por JCE III en relación con los delitos de dolo especial como el terrorismo. Debe haber tenido el dolo específico requerido para el terrorismo; debe específicamente pretender causar pánico o coaccionar a una autoridad nacional o internacional. En tal caso, el ‘delincuente secundario’ no debería ser*

³⁶⁵ Cfe. Ambos, Kai. “*Joint criminal Enterprise y la responsabilidad del superior...*” cit., págs.. 81 y ss. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 352.

³⁶⁶ *Prosecutor vs. Ieng Sary, Ieng Thirith & Khieu Samphan*, Decision on the appeals against co-investigative Judges order on Joint Criminal Enterprise, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), de 20 de Mayo de 2010, pars. 35 a 50. *Prosecutor vs. Kaing Guek Eav, alias “Duch”*, Juicio de Primera Instancia, 001/18-07-2007-ECCC/TC, de 26 de Julio de 2010, pars. 504 a 511.

³⁶⁷ *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, STL-11-01/1, de 16 de Febrero de 2011, pars. 236 a 249.

acusado de la comisión del delito de terrorismo, sino, como mucho, de una forma de complicidad, puesto que previó la posibilidad de que otro participante en la empresa criminal pudiera cometer un acto terrorista, y voluntariamente aceptó el riesgo al no retirarse de la empresa ni prevenir la comisión del delito. La actitud de esta persona debería por tanto ser valorada como una forma de colaboración con un acto de terrorismo, y no como una forma de autoría, siempre y cuando, por supuesto, todas las demás condiciones se cumplan. La diferencia entre la clasificación de ambas formas de responsabilidad debería ser clara. La JCE III hace del ‘delincuente secundario’ un autor, mientras que la cooperación es evidentemente una forma de responsabilidad más leve: se puede ser responsable aunque no se tenga el dolo específico porque el sistema no pretende colocar el estigma de la autoría, sino más bien aquel de una forma de responsabilidad menos seria.”³⁶⁸

I.4.d) La distorsión de los fundamentos de la teoría de *Joint Criminal Enterprise*: la *Joint Criminal Enterprise* al nivel del liderazgo.

Si bien es cierto que la JCE III ya significa –conforme a lo analizado *ut supra*- una distorsión de los fundamentos de la JCE, en líneas generales la jurisprudencia del ICTY y del ICTR siguió sosteniendo como características de tal modalidad de imputación las siguientes: (i) primeramente (como toda teoría que imputa responsabilidad penal en grado de coautoría) menester resulta que la realización de los elementos objetivos del tipo penal sea el resultado de la suma de las contribuciones coordinadas de un conjunto determinado de personas (los miembros de la empresa criminal conjunta). En segundo lugar (ii), y como consecuencia de lo anterior, se adiciona que la responsabilidad principal del acusado por los delitos cometidos durante la ejecución del plan criminal común solamente sea el resultado de atribuirle las contribuciones realizadas por los otros intervinientes en la JCE.³⁶⁹

³⁶⁸ *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, STL-11-01/1, de 16 de Febrero de 2011, par. 249.

³⁶⁹ Cfe. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 362. Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 211.

Concretando lo anterior, la intención (común) de los miembros de una JCE de cometer los-delitos-fin nucleados en el plan común, es lo que hace que las acciones de todos ellos les sean atribuidas como propias –y de allí que deba responder en grado de co-autoría-.³⁷⁰

De lo anterior emerge la necesidad de constatar a efectos de la imputación de responsabilidad individual: (i) el alcance y contenido del plan común; (ii) la adhesión del individuo a dicho plan; (iii) quiénes han sido los integrantes de la JCE y qué han hecho, esto es, quienes han sido los otros integrantes de la empresa criminal conjunta, en especial, quiénes han sido los autores materiales. Lo último, puesto que (por lógica deductiva) sólo en el caso de que los autores materiales del delito hayan sido parte/miembros de la JCE, podrán tales hechos (en atención al plan o acuerdo) ser atribuidos a los otros miembros (que no hayan participado materialmente en la consumación del delito).

En sintonía con lo anterior, la jurisprudencia del ICTY y del ICTR inmediatamente posterior al fallo en segunda instancia del *Caso Tadic* exigió de manera constante que los autores materiales de los delitos fueran parte de la misma JCE, así como que todos los miembros de la misma actuaran de acuerdo al plan común, compartiendo la intencionalidad o voluntad de perfeccionar los delitos centrales. Concretando: todos los miembros de la JCE (en cualquiera de sus modalidades) sean tanto intervinientes materiales o no, debían –obligatoriamente- observar los siguientes extremos: (i) actuar conforme a un plan; (ii) compartir una motivación o intención de perfeccionar los delitos emergentes del ante-citado plan; y (iii) compartir todo dolo específico o especial (elementos subjetivos del tipo distintos del dolo).

Ahora bien, si analizamos el tipo de casuística a la que debieron hacer frente tanto el ICTY como el ICTR en sus inicios, se verifica el hecho de que la mayoría de los casos se refirió a lo que se suele denominar por la doctrina angloamericana “*little fishes*”, es decir, individuos que ostentaban cargos de rango inferior o que eran derechamente soldados rasos, policías, o bien ejecutores directos e inmediatos de los hechos típicos. Asimismo, dichos casos obedecían a hechos específicos (*v.gr.*

³⁷⁰ Véase que la acción colectiva (inter-acción) no se reconoce como propia (como intrínsecamente perteneciente al individuo, tal como sucede conforme a la teoría de las estructuras de pecado), sino que se “atribuye” otorgándole así una naturaleza exógena al individuo.

ciertos fusilamientos, mujeres que eran torturadas y violadas por dos o tres soldados, etc.) que se desarrollaban –por lo general- en espacios geográficos bien delimitados y no demasiado vastos, que se ejecutaban en un espacio temporal breve, y que involucraban a relativamente pocos intervinientes.

Respecto de tal casuística se perfiló la teoría de la JCE por el ICTY (depurándose dichos conceptos en la multi-citada sentencia de segunda instancia del *caso Tadic*), matizándose a su través las precedentes teorías de *membership* y *common purpose* del modo que ya indicáramos *ut supra*.

Empero, y como adelantáramos, una vez que los Tribunales *Ad Hoc* debieron hacer frente al procesamiento de los “*big fishes*”, aquellos extremos que caracterizaban a la JCE respecto de sus predecesoras empezaron a presentarse como verdaderos impedimentos dogmáticos para fundamentar las condenas de esos individuos. Ello se presentó como una profunda contradicción con respecto a las finalidades que se había planteado el Consejo de Seguridad de la ONU a la hora de resolver la creación de dichos tribunales y de dotarles de sus respectivos estatutos. Porque, ha de recordarse, la finalidad primordial de dichos tribunales era la de perseguir y enjuiciar justamente a los *peces gordos*, por encima de los individuos jerárquicamente inferiores y carentes de todo liderazgo político y de mando militar (es decir: carentes de poder).

Así, pues, veremos *ad infra* cómo poco a poco, y en la medida en que comienza a enjuiciarse a personalidades que ostentaban el poder político o militar en la guerra de los Balcanes, o en la Ruanda de comienzos de la década de los noventa del Siglo pasado, se empieza –concomitantemente- a resquebrajar la coherencia interna de la teoría de JCE, acercándose a los institutos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, o emparentándose con la teoría de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, y con la de la autoría funcional. “Acercamiento” que consistirá en una “relajación” del concepto de co-autoría fundada en la atribución de los hechos de los demás miembros realizadas de conformidad al plan o propósito común, por una mayor atención a criterios de corte (aparentemente) funcional o de dominio del hecho, cuando no en atención a la mera membresía o asociación en una organización con finalidad delictiva.

Pero procedamos a un análisis más depurado de esta involución del instituto referido. Para ello atenderemos primero a verificar el estado de situación existente al respecto tras la sentencia en Segunda Instancia en el *Caso Tadic*, para después

mostrar el estado de situación de la subespecie una vez que empezaron a enjuiciarse a los líderes políticos y jefes militares.

I.4.d.i) Estado de situación tras la sentencia de Segunda Instancia del ICTY en el caso Tadic: la configuración de la JCE y sus diferencias con el régimen de Núremberg y Tokio.

Del fallo en segunda instancia del *caso Tadic*, se evidencia que la JCE no era un equivalente perfecto de la unión de la *Conspiracy* y de la *Membership of criminal organisations doctrines* tal como afloraran en los juicios de Núremberg.

Tanto la JCE como la *Conspiracy doctrine* constituían dos modos distintos de imputación: la *Conspiracy* requería la demostración de que varios individuos han acordado la comisión de determinado delito o delitos; mientras que la JCE requería, además de lo anterior, que los individuos hubieran *actuado* efectivamente en pos de alcanzar tales metas criminales (esto es, que se llegara al menos a la etapa de comienzo de ejecución en el *iter criminis*, y que la actividad de cada uno de ellos fuere una contribución *sustancial* respecto del delito planificado).

En lo que a la imputación subjetiva se refiere, la JCE exige conocimiento del plan común y de su finalidad delictiva, así como la voluntad de perfeccionar tal plan, y todo dolo específico o especial (referencias subjetivas del tipo distinto del dolo) que se indicase en el tipo penal (del delito planeado). Empero, en la *conspiracy*, sólo basta con tener conocimiento de la actividad delictiva o de la naturaleza delictiva del plan, así como del hecho de que su conducta facilitaba el perfeccionamiento del referenciado plan.

De lo anterior surge la diferencia fundamental entre ambos institutos: mientras en la JCE es vital la verificación de un acuerdo entre los miembros respecto del plan criminal, en el régimen anglosajón resulta irrelevante la verificación de tal acuerdo o manifestación de intención ya que no se trataba de argumentar una coautoría sino una participación (mejor: una intervención) secundaria o accesoría.

Respecto de la *Membership of a criminal organisation*, y siempre conforme a lo que postulara la propia Carta de constitución del Tribunal Militar Internacional (IMT) de Núremberg, se le brindó el carácter de delito internacional. Delito en virtud del cual el Tribunal (el IMT) podía declarar a ciertas organizaciones como criminales, para que posteriormente las distintas Salas en lo penal, así como los

Tribunales correspondientes a las zonas de ocupación Norteamericana e Inglesa, pudieren establecer las –eventuales- responsabilidades penales individuales de aquellos alemanes que las hubiesen integrado.

El fundamento, entonces, de la responsabilidad individual devenía del hecho de haber sido miembro –consciente y voluntario- de una organización criminal. En el caso de la JCE, por el contrario, la *ratio* de la responsabilidad individual se deriva del plan común, en virtud del cual (por haber se adherido libre y voluntariamente al mismo) se le atribuye a cada miembro la responsabilidad por los hechos cometidos por los demás.

Ya hemos indicado cómo el IMT en sus fallos intentó limitar los vastos alcances que la declaración de “criminal” (respecto de alguna organización correspondiente al Estado Nazi o a sus gobiernos satélites) podía acarrear respecto de posteriores imputaciones personales sobre miembros o ex miembros de las mismas. Estableciendo: “*Desde el momento en que la declaración [de criminal] respecto de las organizaciones y grupos, fijará la [propia] criminalidad de sus miembros, tal definición debería excluir a aquellas personas que no tengan conocimiento del propósito criminal o de los actos de la organización, así como a aquellos que fueron obligados a ser miembros por el Estado. Lo último, salvo que ellos hayan estado personalmente implicados en la comisión de los actos criminales determinados por el artículo 6° de la Carta. La mera membresía no resulta suficiente para ser alcanzado por los efectos de la declaración [de organización criminal].*”³⁷¹ Huelga decir que la intención del IMT era la de limitar, como dijéramos, los extensísimos alcances de la Carta del referenciado Tribunal Internacional respecto de eventuales imputaciones personales por parte de tribunales inferiores. De allí que sean claras las diferencias entre esta figura típica conforme a la Carta constitutiva del IMT y las JCE: estas últimas no son un tipo delictivo, sino modos de imputación de responsabilidad jurídico-penal por la comisión de un delito internacional (si bien se considere para ello, entre otras cosas, su pertenencia a una organización delictiva).

³⁷¹Al respecto vide: *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, 14/XI/1945-X/1946 (IMT Judgment). En: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judgen.htm>.

Ahora bien, y centrándonos en la JCE, es también cierto que los Tribunales Internacionales han hecho un profundo esfuerzo en sus fallos, a los efectos de limitar los vastísimos alcances que el instituto de la JCE tenía en sus orígenes.

Entre tales límites, se verifica el correspondiente a los casos de mandos medios o ejecutores materiales que actúan (materialmente) en un determinado delito perpetrado dentro del universo más amplio de delitos que persigue el plan común de la JCE. Así, ha sido constante la postura del ICTY de reconocer en tales casos varias JCE, siendo una de ellas la correspondiente al delito donde tales reos efectivamente participaron (materialmente). Construyéndose una ficción (puramente normativa) sobre la existencia de un plan común que contendría (solamente) la finalidad de cometer tal –concreto- delito. Limitaciones éstas que claramente distorsionan la naturaleza eminentemente subjetiva de este instituto, en donde la voluntaria adhesión del sujeto al plan común es lo que determinaría su responsabilidad penal. Ello aunque su contribución material se reduzca a un solo delito de los muchos que integraran (o se proyectaran) en el plan.³⁷²

Pese a tales esfuerzos, el reconocimiento de la modalidad extendida de JCE (III), los echa por tierra. Lo dicho, puesto que por el solo hecho de haber tomado parte en una organización que tuviere un propósito criminal, se pasa automáticamente a ser responsable por los delitos cometidos (por los otros miembros) que excedan del marco de aquel propósito común, y ello siempre en la medida en que fuere “previsible”. Mas, ¿previsible para quién? ¿Para el sujeto concreto? Pues no. Las distintas Salas del ICTY hablan de una previsibilidad para *el hombre medio*... Piénsese la vaguedad que semejante construcción normativa podría acarrear en la medida en que no existe un canon legal específico –v.gr. normas civiles, o estatutarias- que delimiten dicho marco (puesto que en definitiva estaríamos hablando de un “hombre medio delincuente”).

Más aún, en cualquiera de las tres modalidades de JCE construídas conforme al fallo en segunda instancia del *Caso Tadic*, se verifica una misma teleología: responsabilizar a la persona por el solo hecho de pertenecer a una determinada colectividad que se considera delictiva. No importa a fin de cuentas (más allá de las bucólicas expresiones jurisprudenciales de exigir una participación relevante) quién

³⁷² Al respecto vide: *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-98-32/T, de 29/11/2002, pars. 206 a 210.

hizo qué: todos los miembros de la empresa criminal caen en una suerte de “bolsa común” facilitando así la tarea de la fiscalía (que muchas veces se ve imposibilitada de recabar suficiente prueba para incriminar por cada hecho delictivo a determinada persona o personas). De allí que el concepto de “contribución significativa” o “participación relevante” se vea reducido, la más de las veces, a un análisis jerárquico-formal: siendo relevante o significativo el puesto o cargo que cada sujeto desempeñaba dentro de la empresa criminal (gobierno, partido, organización mafiosa, etc.), y perdiendo relevancia su verdadera contribución respecto de cada hecho delictivo concreto (matanzas, violaciones, expolios, etc.). Mucho menos se verifica un análisis acerca de los efectos que la empresa criminal hubiera generado sobre la conducta de cada uno de sus miembros (*sesgos cognitivos y volitivos*). Todo lo que hay es un reconocimiento a la empresa criminal como causante de todos los delitos, y una redistribución de tal responsabilidad (de naturaleza política conforme a la clasificación arendtiana) conforme a parámetros formales, o el de mayor preferencia del tribunal; mas siempre diverso de la realidad empírica subyacente al delito (concretamente: a lo que cada sujeto concretamente hizo, dejó de hacer, o pudo hacer).

Por lo que, y a modo de colofón, vemos cómo –al final de cuentas y como efecto ineludible de la recepción de la modalidad amplia de JCE (III)- las distancias entre el instituto de JCE y las que emergieron de la Jurisprudencia de Nüremberg, quedan enormemente matizadas y reducidas. Ello, básicamente por la pérdida de la coherencia del discurso legitimante y original del instituto de la empresa criminal conjunta.

I.4.d.ii) Estado de situación de la teoría de Joint Criminal Enterprise tras el fallo en Segunda Instancia en el caso Stakic (ICTY).

La situación de la teoría de JCE, pese a que ya era criticable bajo la plena vigencia del precedente *Tadic*, se vió aún más comprometida (sobre todo en lo que respecta a su coherencia intra-sistemática), en la medida en que se verificara la oportunidad de procesar ante el ICTY, y ante el ICTR, a los llamados “peces gordos”. Esto es, aquellos individuos que habían diseñado el plan (o las líneas maestras del mismo) así como pergeñado la organización estructural que llevaría a cabo la ejecución material de los delitos centrales, pero que, a su vez, no participaban en dichas ejecuciones materiales. Es más, ni siquiera observaban un contacto –siquiera

cercano- con tales ejecutores, hallándose por lo general a grandes distancias geográficas y –especialmente- estatutarias de tales individuos. Para ser gráficos, se trata de aquellos individuos que verifican una relación de tipo vertical respecto de los ejecutores materiales, y no del tipo horizontal (como era la que se evidenciaba en el caso *Tadic*). Pero veamos las particularidades del referenciado caso *Stakic*.³⁷³

Milomir Stakic, desde abril a noviembre de 1992, desempeñó funciones como Presidente del Comité de Crisis y Guerra, siendo a la vez la máxima autoridad civil dentro del Municipio de Prijedor en la República Sprska (República Serbo-Bosnia). Como tal, la Fiscalía le acusó de haber integrado una JCE cuya finalidad (plan común) fuera la de perseguir y expulsar a la población musulmana y croata de tal municipio.

El caso citado, pues, se inscribe dentro de una JCE integrada por líderes y altos funcionarios serbios, habiéndose delineado una vez que fracasara el proyecto de recentralizar Yugoslavia a favor del gobierno Serbio. Así, consistió en una segunda parte del programa nacionalista serbio: la de anexionar a Serbia, en detrimento de las otras repúblicas, todos los territorios presuntamente poblados por serbios; todo ello con la finalidad de agrupar a todos los serbios en un solo Estado (poblado y gobernado sólo por ellos).

La guerra de conquista que llevarán adelante los serbios se basaba en un plan llamado ‘Ram’ (marco), concebido en 1990 por un grupo de oficiales nacionalistas y que preveía dos formas de toma del poder en los territorios codiciados, según los serbios constituyeran la mayoría de la población local (variante A) o no (variante B). Conforme a lo anterior -y como se ha denunciado- la limpieza étnica practicada en Bosnia fue un proceso de violencia acumulativa que comportó una serie de etapas en la realización del objetivo último: la ‘desaparición’ de un grupo preciso (los musulmanes) y de todo rastro histórico-cultural del mismo en un territorio dado. El proceso comenzó con una política de exclusión social que privó a la población minoritaria (y estigmatizada) del acceso a ciertas profesiones, a la escuela y a las garantías sociales/seguridad social, así como del ejercicio de ciertas

³⁷³ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003, par. 823; *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006, par. 62.

libertades (reunión, asociación, manifestación).³⁷⁴ *A posteriori*, se le concedía a dichas minorías la autorización para abandonar el territorio ocupado, mas ello contra la firma de una cesión de los derechos de propiedad a favor de las fuerzas serbias. Concomitantemente -y respecto de aquellos que no optaban voluntariamente por la vía antedicha- se llevaron adelante operaciones militares contra las localidades de mayoría musulmana o croata, todo ello con la finalidad de obligar compulsivamente a abandonar el territorio, o bien lograr ello mediante su eliminación por inanición o por vía directa de ejecuciones, o bien por su reclusión en campos de concentración.

Respecto al caso concreto de Stakic, sostuvo la Fiscalía del ICTY al fundamentar la acusación de que integraba una JCE I: “*Muchos individuos han intervenido en la JCE, incluyendo a Milomar Stakic, Milan Kovocevic, Simo Drljaca, los miembros del Comité de Crisis de Prijedor, los miembros de la Asamblea del Pueblo Serbio en el Municipio de Prijedor y su Comité Ejecutivo integrado por Radoslav Brdnanin, Gral. Momir Talic, y Stojam Zupljamin, otros miembros del Comité de Crisis de la ARK, la dirigencia de la República Serbia de Bosnia Herzegovina y del SDS, incluyendo a Radovan Karadzic, Momcilo Krajisnic, Biljana Plavsic, miembros de la Asamblea de la ARK, miembros del URS, fuerzas paramilitares serbo-bosnias y otros.*”³⁷⁵ Ahora bien, el problema se suscitaba en el hecho de que quienes figuraban en esa JCE (descrita anteriormente) no incluían a los ejecutores materiales del delito o delitos; lo que resultó del hecho de no poder individualizar a éstos últimos, y de allí, no poder verificar acuerdo o adhesión expresa al plan común de parte de ellos. Asimismo, tampoco se pudo acreditar que los sujetos que ejecutaron los delitos tuvieron conocimiento acerca del plan común (de los líderes), ni que hubieran obrado con dolo específico (respecto de la imputación del delito de genocidio).

Lo anterior explica que la Sala de Primera Instancia haya recurrido al concepto de autoría funcional y de autoría mediata para justificar la imputación de los líderes y superiores políticos y militares (entre los que se hallaba Stakic) así como para descartar toda imputación a los ejecutores materiales por considerarles “*meros*

³⁷⁴ Bruneteau, Bernard. “*El siglo de los genocidios. Violencia, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda*”, Alianza, Madrid, 2006, págs. 217 y 218.

³⁷⁵ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003, par. 75.

*instrumentos” de aquellos. Así, se sostuvo: “(...) hay que subrayar que la Sala de Primera Instancia concluyó que los coautores de los delitos (quienes compartieron el dominio funcional de los delitos imputados) fueron los dirigentes que estaban al frente de las tres estructuras organizadas de poder (la administración civil, la policía civil y el ejército) que existían en la Municipalidad de Prijedor en la primavera y el verano de 1992. Los autores materiales (superiores de menor rango y miembros rasos de la administración civil, la policía y el ejército) no fueron incluidos entre los coautores por no tener el dominio de los hechos, ya que fueron utilizados por sus superiores como meros instrumentos para la comisión de los delitos.”*³⁷⁶

No obstante la fundamentación de la Sala de Primera Instancia, la Cámara de Apelaciones del ICTY rechazó la posibilidad de aplicar a la especie fáctica la teoría de la autoría mediata y funcional, y procedió –asumiendo los hechos del mismo modo en que lo hiciera la recurrida por el *a quo*- a condenar a Stakic sobre la base de la teoría de JCE I y III.

Así, la Cámara de Apelaciones, entendió que hubo una JCE I cuyo propósito común consistía en limpiar étnicamente la municipalidad de Prijedor de todo poblador no serbio.³⁷⁷ Tal propósito se verificó en un plan común consistente en la comisión de delitos centrales de: persecución, deportación y desplazamiento forzoso de los no serbios. De tales delitos, y por ser consecuencias previsibles y

³⁷⁶ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 414. Asimismo, agrega el citado autor: “(...) la principal razón por la que la Sala de Primera Instancia decidió recurrir a la coautoría por dominio funcional fue limitar el grupo de coautores a los principales dirigentes de la administración civil, la policía civil y el ejército, que compartieron el dominio sobre los hechos cometidos en la Municipalidad de Prijedor (esta fue la única solución que la Sala de Primera Instancia encontró para superar los problemas presentados por la aplicación del concepto tradicional de empresa criminal común [JCE] a la máxima autoridad civil en la Municipalidad de Prijedor). Es precisamente por ello que la Sala de Primera Instancia repetidamente utilizó la expresión ‘persona detrás del autor/actor para indicar que el elemento subjetivo de los autores materiales era completamente irrelevante, puesto que sus superiores los utilizaron como meros ‘instrumentos’ para la comisión de los delitos.”

³⁷⁷ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006, par. 73.

naturales de los mismos, debieron de responder los miembros no ejecutores de los delitos de abusos, violaciones, y homicidios, en atención a la teoría de JCE III.³⁷⁸

En el concreto caso de Stakic, amén de compartir el propósito y plan común, contribuyó significativamente a la consecución del mismo a través de sus tareas de coordinación entre la administración civil, la policía civil y el ejército, y por su dirección sobre la administración civil en pos del referenciado plan.³⁷⁹ En concreto, la Cámara de Apelaciones afirmó que Stakic tuvo la intención propia de los delitos centrales de la JCE (esto es: dolo directo y el dolo específico de discriminación, tal como lo exige el tipo penal de persecución conforme al Estatuto del ICTY); así como que también previó la posibilidad de que se consumaran delitos de violación y homicidio, aceptando tales resultados adicionales aunque no los quisiese directamente (dolo eventual).³⁸⁰

Ahora bien, el problema que presenta la fundamentación de la mentada sentencia del *ad quem* radica en el requisito de la intención compartida por todos los miembros de la JCE, entre quienes forzosamente habrían de considerarse los ejecutores materiales. La sentencia entendió probados tales extremos conforme a los siguientes fundamentos de la recurrida sentencia de Primera Instancia: “*La prueba apoya la conclusión de que las autoridades civiles, de policía y del ejército colaboraron a un mismo nivel dentro de la Municipalidad de Prijedor, a fin de alcanzar a cualquier costo sus objetivos comunes antes mencionados.*”³⁸¹ Así como que existía “*un acuerdo entre los miembros del Comité de Crisis para usar las fuerzas armadas contra los civiles, estableciendo los centros de concentración de Omarska, Keraterm, y Trnopolje.*”³⁸²

Empero, estos extremos no resultan para nada suficientes (de hecho, se muestran claramente inconducentes) para acreditar la existencia de una actuación conjunta

³⁷⁸ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006, par. 78.

³⁷⁹ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006, par. 76.

³⁸⁰ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006, par. 83.

³⁸¹ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003, par. 364.

³⁸² *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003, par. 477.

direccionada a la ejecución del plan o propósito común, entre los miembros de la referenciada JCE (y no solamente entre aquellos que conformaban el gabinete o los colaboradores inmediatos a Stakic). Como tampoco sirven para probar que todos los supuestos miembros de tal JCE I (círculo íntimo de Stakic y ejecutores directos o materiales) compartieran la intención (dolo y dolo específico o referencias subjetivas del tipo distintas del dolo) exigida por los delitos centrales.³⁸³

El caso Stakic puso en evidencia las limitaciones de la teoría de la JCE para perseguir a los altos mandos y líderes políticos, a quienes difícilmente se pueden vincular con los ejecutores materiales a través del común acuerdo entre ellos respecto del plan delictivo, y de observar una misma intencionalidad. En concreto: la exigencia de que todos los miembros compartan el propósito delictivo (plan común) y observen la misma motivabilidad o intencionalidad sobre la que se construye la teoría de JCE, en estos casos se torna insostenible.

La postura recalcitrante de la Cámara de Apelaciones del ICTY, consistente en seguir sosteniendo la aplicabilidad de la teoría pura de JCE en estos casos, y omitiendo toda fundamentación al respecto en el cuerpo de sus sentencias, pronto dio paso a una serie de posicionamientos doctrinarios que fueron con posterioridad recogidos en la propia jurisprudencia del mentado tribunal.

I.4.d.ii.a) Las posiciones doctrinarias.

Doctrinariamente la cuestión se planteó en términos correctos: ¿deben necesariamente ser los ejecutores materiales de los delitos centrales, miembros de la JCE? Al respecto resumiremos las (a nuestro juicio) tres principales posturas (que luego se reflejaran en sendos fallos del ICTY): la de Cassese, la de Gustaffson, y la de Van Der Wildt. Veamos:

³⁸³ En el mismo sentido vide: Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 417. Olásolo Alonso, Héctor. “*Reflections on the treatment of the notions of control of the crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakic appeal judgment*” in “*International Criminal Law Review*” N° 7, 2007, págs. 148 y 149.

I.4.d.ii.a.i) La posición de Cassese.³⁸⁴

Cassese, primeramente, se ha opuesto a la posibilidad de aplicar la teoría de JCE (en cualquiera de sus tres modalidades) cuando los ejecutores materiales no se hallen completamente identificados y no se haya determinado –a su respecto- su adhesión al plan común y su intención directa de perpetrar los delitos –ello como ejecución y consecución del referenciado plan-. De allí que haya sostenido la inaplicabilidad del instituto de imputación referido cuando los sujetos que intervienen materialmente en los delitos se encuentren estructural, temporal, y geográficamente alejados de aquellos líderes o jerarcas que delinearan el plan criminal; puesto que en tales casos no sería posible constatar la existencia de acuerdo común alguno entre todas las partes.

Posteriormente, el precitado autor matizó su posición al respecto, aunque siguió sosteniendo claramente que la situación normal o propia de JCE es aquella en la que se nuclea un grupo no muy extenso de personas, operando –sí bien en cumplimiento de distintas funciones- a un mismo nivel. En dichas circunstancias –sostiene- no surgen mayores problemas puesto que cada uno será responsable en grado de co-autor por las acciones que hubiesen sido concertadas en el plan común, y ello aunque solamente uno de ellos sea el ejecutor material de las mismas.

No obstante lo anterior, Cassese admite la existencia de casos en los que tales grupos nucleados alrededor de un plan o propósito común, observan sin embargo una distinta configuración jerárquica: es decir, que verifican una relación de estructura vertical. Dicha situación es la que especifica a las JCE II, siendo también por ello que –a los efectos de la responsabilidad individual- se requiere que el miembro actúe con conocimiento y contribuyendo substancialmente con el propósito o plan criminal común (de la que, además, se deducirá su intención dolosa).

Al concreto caso de la JCE II agrega Cassese la situación consistente en un plan criminal acordado por un determinado número de líderes políticos y/o altos mandos militares, y respecto del cual uno o algunos de ellos llevan adelante dicho propósito

³⁸⁴ Vide: Cassese, Antonio: “*International Criminal Law...*” cit., págs. 207 y ss.. “*The proper limits of individual responsibility under the doctrine of Joint Criminal Enterprise*” in “*Journal of International Criminal Justice*” N° 5, 2007, págs.. 130 y ss. (descargado del sitio: www.jicj.oxfordjournals.org).

criminal a través de la emisión de órdenes o mediante la instigación o inducción a sujetos a ellos subordinados, quienes no pertenecen a la mentada empresa criminal conjunta, y quienes son –en definitiva- quienes terminan ejecutando materialmente los ilícitos internacionales.

En dichos casos, considera que se debe de distinguir la situación propia (i) de aquel miembro de la JCE que ordena o instiga a sus subordinados (no miembros de la JCE, *outsiders*) a cometer los delitos; de la de aquellos (ii) otros miembros de la JCE (el resto de líderes políticos y/o altos mandos militares).

En el caso del líder político o militar que, perteneciendo a la JCE, ordena o instiga a sus subordinados (*outsiders*) a perpetrar los delitos de marras, sostiene que ha de ser responsabilizado personalmente (a) como co-autor de una JCE I respecto de los delitos ejecutados o consumados materialmente por él mismo o por otro u otros miembros de la empresa criminal conjunta; y (b) como inductor o instigador, o bien por la modalidad de participación consistente en “ordenar” (*ordering*, conforme a los Estatutos del ICTY, ICTR, ICC) los delitos ejecutados y/o consumados por sus subordinados (*outsiders* de la JCE). Respecto de estos últimos, en la medida en que no comparten la intencionalidad de los miembros de la JCE I, sólo responderán a título personal conforme a su contribución (material) en la ejecución o consumación de los puntuales delitos en los que hayan intervenido.

En lo que respecta a los otros miembros de la JCE I (individualizados con el ordinal ii *ut supra*), conforme al principio de la responsabilidad penal individual o personal, entiende Cassese que sólo podrán ser responsabilizados en la medida en que: (a) o bien hayan expresamente pactado dentro del marco del plan o propósito común de la JCE que los delitos fuesen ejecutados materialmente por *outsiders* que se hallaran sujetos a la jerarquía, o fuesen pasibles de instigación o inducción, por parte de uno de ellos (i.e: de uno de los miembros de la JCE); o bien (b) hayan podido prever el riesgo de que alguno de los miembros de la JCE pudiera ordenar o instigar a *outsiders* a ejecutar los delitos de marras, aceptando de tal guisa el riesgo (lo que nos ubicaría dentro del discutido marco de una JCE III).

A ello indica el mentado autor: “No sería coherente el imputar a los mentados miembros [responsabilidad penal alguna] cuando dicho acuerdo expreso (o consentimiento), o bien la previsión y voluntaria asunción del riesgo [de comisión de delitos adicionales por parte de *outsiders*] falten. En tales casos, el presupuesto básico de imputabilidad personal por JCE estaría faltando, razón por la cual el

hacer (o intentar hacer) responsables a tales sujetos por los delitos cometidos por los ejecutores materiales resultaría contrario al principio de la responsabilidad penal personal.³⁸⁵

I.4.d.ii.a.ii) La posición de Gustafson.³⁸⁶

Esta autora parte de la crítica al fallo en Primera Instancia del ICTY en el *caso Brdanin* formulando a su respecto una propuesta: descartar, para los casos en que resulten imputados altos jerarcas políticos o militares, la aplicación de una JCE amplia u omnicomprendiva, y aplicar a tal respecto, dos o más JCEs subsidiarias o interconectadas entre sí. Es decir: imputar las responsabilidades individuales sobre la base de JCEs separadas, pero a su vez vinculadas entre sí. Veamos:

A tales efectos parte de un análisis de la teoría de JCE y sus presupuestos, concretando a estos últimos en: i) que todo miembro es responsabilizado en grado de coautoría; y ello ii) porque se le atribuyen las contribuciones o acciones de los demás miembros en la medida en que fueren llevados a cabo en cumplimiento de un plan criminal común que contara (además) con la intención compartida (por todos ellos) de ejecutarlo.

Conforme a los precitados presupuestos (y utilizándolos como parámetros), pasa a analizar determinado tipo de casuística que se puede expresar graficamente de la siguiente forma:

Así tenemos por un lado a A, B, C, D, E...X; que ostentan una posición jerárquica superior (líderes políticos, altos mandos militares, etc.) que constituyen una JCE (que llamaremos primera JCE). Todos ellos son considerados co-autores, ya que se atribuyen entre sí sus distintas contribuciones direccionadas al desarrollo del plan común conforme a una intención (compartida) de ejecutarlo.

³⁸⁵ Cassese, Antonio. "International Criminal Law..." cit., pág. 211. Traducción es nuestra. V.O.: "It would not be sound to hold the member at issue liable even when the agreement (or consent) or the anticipation and deliberate taking of risk are lacking. In such case the basic pre condition of liability for JCE would be lacking, and to hold the member responsible for the crimes committed by the physical perpetrator would be contrary to the principle of personal criminal liability."

³⁸⁶ Gustafson, Katrina. "The requirements of an 'express agreements' for Joint Criminal Enterprise liability: a critique of Brdanin" in "Journal of International Criminal Justice" N° 5, Oxford University Press/Oxford Journals of Law, 2007, descargado del sitio: www.jicj.oxfordjournals.org.

Por otro lado, tenemos a un grupo constituido por los ejecutores materiales del delito (que pueden ser decenas, o centenas de personas), y por (al menos) uno de los jefes (líder político o alto mando militar) integrante a su vez de la JCE reseñada antes y que llamáramos X. Esta segunda JCE observaría las mismas características o presupuestos de toda empresa criminal conjunta. Todos serían considerados co-autores, y a todos ellos se les atribuirían las contribuciones de los otros miembros, ello en la medida en que se hallan intencionalmente direccionadas a la consecución del plan o propósito común. Siendo el propósito común (plan común) la ejecución material del plan diseñado por la primera empresa criminal conjunta; extremos éstos que se cumplen por los ejecutores materiales, generalmente subordinados militares o policiales de X.

Ahora bien, a X, como miembro de la segunda JCE, se le atribuyen las ejecuciones materiales de los delitos, ya que (haya él o no ejecutado materialmente alguno de ellos) observa la calidad de co-autor de aquella. Al mismo tiempo, al ser miembro de la primera JCE, extiende tal calidad (de co-autor de la segunda JCE) a los miembros de la primera. Es decir, X actúa como puente o nexo, que interconecta ambas JCEs, haciendo que los miembros de la primera JCE hayan de responder también por la ejecución material de los delitos diseñados en el plan común.

A tales efectos, y como dijéramos anteriormente, no resulta *condicio sine qua non* que el sujeto X resulte ejecutor directo o material de los delitos de la segunda JCE. Lo verdaderamente relevante -en atención a la teoría subjetiva de la autoría y participación en la que se basa la JCE- es que comparta -con los demás miembros de la segunda JCE- el propósito común de cometer los delitos; puesto que solamente de tal modo le serán atribuidas las contribuciones (materiales) de estos últimos. Como se ha indicado: “(...) cuando una persona (el comandante de un grupo paramilitar) no ha realizado materialmente ninguno de los elementos objetivos del delito, puede convertirse en coautor de los mismos si interviene, junto con sus autores materiales (los miembros de su grupo paramilitar), en una empresa criminal común dirigida a la comisión del mismo. Asimismo, también puede intervenir simultáneamente, junto con los dirigentes políticos y militares con competencia en su área de operaciones, en una segunda empresa criminal común

que tiene el propósito de adoptar las medidas necesarias para garantizar la comisión del delito.”³⁸⁷

De tal guisa es que se sostuviera que la posición sustentada por la referenciada autora es la que mejor compatibiliza la imputación de los jerarcas con el concepto clásico o tradicional de JCE; tanto por la pertenencia a la misma de los ejecutores materiales (por extensión de la JCE interconectada o subsidiaria), como por la fundamentación eminentemente subjetiva para distinguir entre autoría y participación. Por ende, serían co-autores por JCE tanto aquellos que intervengan en una empresa criminal común conjuntamente con los ejecutores materiales, como aquellos que intervengan conjuntamente con alguien que, aunque no haya sido ejecutor material, sí haya intervenido en una JCE subsidiaria con los ejecutores materiales.

Estos extremos fueron así expresamente reconocidos en la Sentencia en Primera Instancia (ICTY) del *Caso Kvočka*, en la medida en que señaló que por intermedio de la doctrina de JCE se podría incriminar a todo el régimen nacionalsocialista alemán, más ello a través del reconocimiento de una serie de pequeñas JCEs subsidiarias las unas a las otras, y portando cada una de ellas una finalidad o meta criminal específica. En palabras del ICTY: mediante el expediente de “trocear” o “parcelar” la JCE omnicompreensiva (esto es: el Tercer Reich) en varias JCEs subsidiarias (Partido Nazi, SS, GESTAPO, SA, Campos de exterminio, etc).

No obstante lo expuesto, esta posición sustentada por Gustafson no está exenta de críticas por parte de la Doctrina especializada, las que podemos aquí sintetizar en dos: la construcción de largas cadenas de JCE subsidiarias y la enorme dificultad que ello conllevaría desde el punto de vista probatorio; y su mayor compatibilidad para con las interrelaciones de tipo horizontal. Veamos:

Respecto de *las largas cadenas de JCE subsidiarias y de las dificultades probatorias que ello conllevaría*, se ha ejemplificado a través del caso del ex Presidente de Serbia Solovodan Milosevic. Así, para poder imputar responsabilidad penal personal a Milosevic por los delitos de lesa humanidad perpetrados en el territorio de la Región Autónoma de la Krajina (ARK), se requerirían al menos cuatro JCEs subsidiarias e interconectadas : (i) aquella que contuviera como

³⁸⁷ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 382.

miembros a los ejecutores materiales y a los Jefes de Unidad de los distintos batallones o comandos; (ii) aquella que contuviera a los mentados Jefes de Unidad y a los miembros del Comité de Crisis de la ARK; (iii) aquella que contuviera a los miembros del Comité de Crisis y a la Dirigencia político-militar de la República Sprska (República Serbo-Bosnia); y (iv) finalmente, aquella que nucleara a la Dirigencia político-militar de la República Sprska y a los miembros del gobierno de la República de Serbia y de la Federación de Montenegro (entre los que se ubicaba, en el vértice superior, Milosevic).

Claro que a lo anterior se le agrega otra dificultad: dependiendo de la región en donde se haya cometido el delito (Srebrenica, Sarajevo, Prijedor, Pale, Foca, Visegrad, etc) los resortes físicos de las instituciones mencionadas en las JCE (ii) y (iii) *ut-supra*, así como los ejecutores materiales (i) necesariamente son distintos. Razón esta última por la cuál tendremos a los efectos de imputar la responsabilidad de Milosevic como coautor de los delitos internacionales cometidos en el territorio de la exYugoslavia más de una veintena de JCE subsidiarias. Piénsese en la enorme dificultad que tales extremos conllevarían para la Fiscalía a los efectos de probar suficientemente los distintos elementos o presupuestos necesarios de cada una de esas JCEs (ya que la merma de prueba respecto de alguna de ellas pondría en seria dificultad la acreditación –efectiva- de la responsabilidad individual del referenciado Dictador).

Atendiendo ahora a *su mayor compatibilidad para con las interrelaciones de tipo horizontal*, e íntimamente vinculado a lo anterior, se ha indicado que si bien la posición de Gustafson resulta la más coherente respecto de la concepción subjetiva de autor, empero la necesidad de un número indefinido de JCEs interconectadas la torna inapropiada para la persecución penal de los altos jefes políticos y militares. Esos extremos se deben a que el concepto de coautoría por JCE (como, en definitiva, todo concepto de coautoría) resulta un medio apropiado para reflejar relaciones horizontales, siendo menos efectiva a la hora de reflejar relaciones verticales o jerárquicas (especialmente en lo que dice relación con el presupuesto de un grupo de personas trabajando en conjunto para desarrollar un propósito o plan común).³⁸⁸

³⁸⁸ Cfe. Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 384.

La JCE, por sus características derivadas de sus mismos presupuestos, está direccionada a situaciones propias de relaciones horizontales, es decir, aquellas en las que los sujetos se hallan en pie de igualdad entre ellos, sin que existan (al menos grandes) diferencias de jerarquía funcional. Son las relaciones de solidaridad intra-grupales, y de identidad entre pares, las que definen al tipo de macro-criminalidad propio de estas modalidades de imputación; y no las relaciones basadas en sistemas organizados de poder, burocratizados o no, pero cuya constante es la existencia de estrictos escalafones estatutarios jerarquizados. Es fundamentalmente en las primeras en donde se podrán verificar los extremos de una actuación mancomunada en atención a un plan común y, lo más trascendental, la constatación de un expreso acuerdo de partes de cada uno de los miembros respecto del propósito o plan común.

Considerando que es de lo últimamente expuesto de donde emergen las dos carencias más relevantes de la posición sustentada por la autora de marras. Concretamente, y atendiendo a la casuística propia del *caso Brdanin* sobre la cual expusiera su tesis, en realidad no se verificó la existencia de ninguna JCE entre al menos un integrante de los mandos intermedios o paramilitares (que llamáramos “X”) y los ejecutores materiales (es decir que la que arriba identificáramos como segunda JCE, en los hechos del caso *Brdanin*, nunca existió). En las relaciones entre dichos integrantes de los mandos intermedios y los soldados rasos y los policías no se advertía la existencia de ningún propósito común ni acuerdo entre partes; sino de una clara relación de dependencia o subordinación de los últimos respecto de los primeros. Extremos éstos que, como se verá, se explican mucho mejor a través del llamado estamento infra-estatutario de una estructura de pecado; a la par de resultar ontológicamente incompatible con el concepto puro de JCE que exige la verificación efectiva de un acuerdo *inter-partes* expreso.

Lo anterior nos deriva a la segunda carencia que se advierte desde la mismísima concepción sesgada que la autora toma acerca de los presupuestos de la JCE, y es la omisión del requisito del acuerdo expreso *inter partes* en toda su argumentación. Ello fue expresamente argumentado por la autora a la hora de criticar la postura de la Sala de Primera Instancia del ICTY en el *caso Brdanin* cuando afirma: “*En mi opinión las conclusiones sobre los hechos efectuadas por la Sala de Primera Instancia resultarían suficientes para la fundamentación de la responsabilidad del reo, conforme ello al concepto de JCE, si la Sala no hubiese insistido en el*

*requisito de la existencia de un acuerdo explícito entre aquél y los ejecutores materiales (...)*³⁸⁹

Ahora bien, la pregunta que al respecto nos debemos formular es la de si es posible descartar el presupuesto del acuerdo expreso *inter-partes*, sin desvirtuar con ello toda la coherencia intrasistemática e intradogmática de la JCE. Y la respuesta es, claramente, que no. La existencia del acuerdo (intención compartida de ejecutar el plan común) no es una cuestión baladí, sino que por el contrario resulta fundamental para acreditar la voluntad de intervenir en grado de autor; y ello siempre dentro del contexto de una responsabilidad determinada conforme a los parámetros de la teoría subjetiva de autoría y participación. No se trata, entonces, de un mero apéndice, o de un capricho doctrinal, sino de la clave de bóveda de toda la construcción teórica o normativa de JCE que se funda en la coautoría.

Podría llegarse a admitir (y en lo personal, admitimos) la deducción de tal acuerdo a través de fuertes indicios, como los que emergen de la conducta que conlleva una contribución substantiva dentro del marco de un centro de detenciones o de un campo de concentración (tal como ocurre en el marco de la JCE II). Pero la falta de todo indicio claro, significativo y coherente (en el sentido de que permita elaborar una cadena deductiva sólida y sin contradicciones), acerca de la verificación de tal acuerdo *inter-partes*, tal como sucede en el caso de las relaciones jerárquicas (verticales) entre los ejecutores materiales y los líderes políticos y militares, hace imposible fundamentar –de nuevo desde la óptica de la teoría subjetiva- la cualidad de co-autor.

I.4.d.ii.a.iii) La posición de van der Wildt:

Van der Wildt parte en su análisis (acerca de la aplicabilidad de la teoría de JCE a los casos que nucleen tanto a superiores jerárquicos como a los ejecutores materiales) de la gran relevancia que tiene –en dicha teoría- la existencia de un acuerdo expreso *inter-partes*. Empero, no lo hace –como nosotros- atendiendo a la relevancia que tiene a los efectos de constatar la voluntad de co-autoría del reo,

³⁸⁹ Gustafson, Katrina. “The requirements of an ‘express agreement’ for Joint Criminal Enterprise liability: a critique of Brdanin” in “Journal of International Criminal Justice” Nº5, Oxford University Press/Oxford University Journals, 2007, pág. 147. Descargado del sitio web: www.jicj.oxfordjournals.org.

sino en atención a los efectos ontológico-empíricos que dichos acuerdos producen sobre los demás miembros del grupo criminal. Concretamente: el refuerzo de la voluntad criminal del grupo, y el estrechamiento de los lazos de solidaridad y fidelidad entre tales individuos (respecto del propósito común). Así, indica: “*El elemento más positivo de la doctrina del propósito común es el asumir que sus miembros, por haber previamente celebrado un acuerdo, han demostrado estar capacitados y preparados psicológicamente para cometer los delitos. [Dichos extremos] sugieren que se han negado –ellos mismos- la posibilidad de dar marcha atrás y por ello han de resultar responsabilizados por la situación en la que se hallan. Esa es, precisamente, la razón por la cual un acuerdo previo y explícito resulta ser un elemento crucial, puesto que es el único vínculo que une a los miembros del grupo entre sí (...)*”³⁹⁰

La razón de lo anterior la extrae el citado autor de los estudios de Vetlesen³⁹¹, quien explica los crímenes de genocidio y de lesa humanidad perpetrados en la Guerra de los Balcanes conforme al criterio de la “*proximidad*”. En atención al mismo, entiende que la causa de la violencia colectiva se genera por los temores que determinado colectivo padece en los tiempos de crisis política y/o económica, y en el miedo a perder sus particularismos socio-culturales (tal como ocurriera en la ex Yugoslavia con la caída del “*telón de hierro*” y con el fenómeno de la “*globalización*”). De tal modo, a la par que se refuerzan aquellos conceptos que

³⁹⁰ van der Wildt, Harmen. “*Joint Criminal Enterprise: possibilities and limitations*” in “*Journal of International Criminal Justice*” N° 5, Oxford University Press/Oxford University Journals, 2007, pág. 96. Descargado del sitio web: www.jicj.oxfordjournals.org. Asimismo, ha señalado: “*Criminal responsibility is largely predicated in the reproach that the accused has not dissociated himself from the group, although –admittedly- it may not always be easy to leave a group, once one has joined its ranks. The strong element in the JCE doctrine is that it assumes that the members, by entering into a prior agreement, have proved to be psychologically capable and prepared to commit those crimes. It suggests that they have incapacitated themselves to withdraw and therefore have only themselves to blame for this predicament. This is precisely the reason why a prior agreement is such a crucial element, because it is the essential link that binds the group members together.*” Van der Wildt, Harmen. “*Joint Criminal Enterprise and functional perpetration*” in “*System criminality in International criminal Law*” (André Nollkaemper & Harmen van der Wildt, eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pág. 181.

³⁹¹ Vetlesen, Arne Johan. “*Evil and human agency: understanding collective evildoing*”, Cambridge University Press/Cambridge Cultural Social Studies, Cambridge, 2005.

hacen a la “identidad nacional” (muchas veces inventados o falseados), se verifica una profunda prédica hacia la segregación de aquellos que no pertenecen al grupo por intermedio de las políticas de ingeniería social que se fundan en una constante distinción entre “*nosotros*” y “*ellos*”. Así, quienes hasta hacía pocos días atrás eran sus vecinos, o los compañeros de trabajo, estudio, ocio, etc., ahora pasan a ser “los otros”, los “enemigos”, aquellos que no sólo no comparten nada de nuestra identidad socio-cultural, sino que también significan un gran riesgo para su pervivencia.³⁹² Extremos todos estos que guardan una plena recepción en los extremos sociológicos relevados en la Parte Primera (págs. 41 y ss.).

Pero también esa “proximidad” a la que hace referencia la tesis de Vetlesen, repercute sobre la relación entre los propios ejecutores materiales de los delitos. Así se estrechan los lazos entre sí, forjándose relacionamientos más estrechos, y todo ello a los efectos de confirmar su identidad común, y para descargar su culpa individual sobre todo el colectivo. Así indica el mentado autor: “(...) *tales individuos se hallan ‘pegados’ entre sí, por intermedio de su interés común en negar la naturaleza criminal y punible de sus actos. [De allí que] la mejor manera de alcanzar tales efectos sea el impedimento de que el ‘goteo de sangre’ se detenga y seque: refrescando así –periódica o continuamente- la memoria sobre el crimen y el miedo a ser penados, y superponiendo [por ello] nuevos delitos sobre los viejos.*”³⁹³ Estos extremos son los que fundamentarían tanto el propósito o plan común, como el expreso acuerdo entre los miembros (que se ven a sí mismos como

³⁹² Al respecto indica van der Wildt: “*This explains why the neighbour became the prime target, the ‘surrogate victim’ of a ritual of purification. Radically different from the assumptions of Arendt and Bauman, ethnic cleansing thrives on proximity, rather than on ‘distantiation’. Ethnic cleansing was a diabolic device to perpetuate the stain and to prevent the prospect of forgiving and reconciliation.*” Van der Wildt, Harmen. “*Joint Criminal Enterprise and functional perpetration...*” cit., pág. 169. El error en el que incurren –a nuestro juicio- tanto van der Wildt, como Vetlesen, radica en considerar que la tesis de distanciamiento de la víctima sustentada por Bauman se refiere (solamente) a una distancia física, cuando en realidad (y fundamentalmente) se refiere también a un distanciamiento moral en virtud del cual el “otro” pasa a ser divisado (y sentido) como una cosa, un infra-humano, una alimaña que no merece ningún tipo de conmiseración ni misericordia, y todo ello con independencia de su proximidad o no geográfica espacial. Extremos éstos que se analizarán en detalle en la Tercera Parte de esta obra.

³⁹³ Vetlesen, Arne Johan. “*Evil and human agency: understanding collective evildoing...*” cit., pág. 195.

iguales o pares, y que actúan de modo mancomunado) y que caracterizan a la doctrina de JCE.

Por lo expuesto, van der Wildt comprende que la doctrina de JCE sólo podrá ser aplicada en aquellos casos referidos a grupos humanos que observen un relacionamiento de *corte horizontal* entre ellos, propio de una relación de co-autoría. De tal guisa, indica que la JCE es la doctrina que más se ajusta a los casos de delitos de grupo o bandas; y ello puesto que atiende –o mejor- concuerda con la ontología propia de la dinámica de tales grupos. Así, estos delitos (grupales) se perfeccionan en virtud de un esfuerzo colectivo, en el cual cuentan todas y cada una de las contribuciones aportadas, a la par de que cada miembro se ve fortificado (a la vez que reconfortado psicológicamente) en la presencia y cooperación de los otros miembros.

En el caso de las relaciones de *tipo vertical* (jerarquizadas), considera menester recurrir a los conceptos de co-autoría funcional y de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Conforme a estos criterios, un dirigente no necesita ejecutar materialmente los elementos objetivos del delito para cometerlo, siendo suficiente que tales elementos sean realizados por la persona empleada como instrumento para ejecutarlo materialmente.³⁹⁴

Por ello, y tal como se ha razonado por la Cámara de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional, siempre que un dirigente controle la voluntad de quien realiza los elementos objetivos del delito, de manera que conserve el poder de decidir si el delito ha de ser cometido y cómo ha de ser cometido, se considera que (en última instancia) dicho dirigente es quien realmente comete el delito. La persona que realiza materialmente los elementos objetivos es utilizada como un mero instrumento a través del cual se ejecuta la decisión del dirigente de llevar a cabo tal delito.³⁹⁵

Como se puede apreciar, la posición de van der Wildt respecto de la imputación de los altos dirigentes, se dirige a la aplicación de un criterio objetivo material fundado en el dominio del hecho. Así, serán autores aquellos que dominan la comisión del delito, ya que se hallan en una posición tal, en la que pueden decidir si

³⁹⁴ Cfe. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal internacional...*” cit., pág. 217.

³⁹⁵ Cfe. “*Katanga & Ngudjolo Case*”, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber I/ICC-01/04-01/07-717, de 1 de Octubre de 2008, par. 495.

el delito será llevado a cabo y cómo será ejecutado. De tal guisa, entran en dicha categoría tanto aquellos que cometen materialmente el delito –autores materiales-, aquellos que utilizan a los ejecutores materiales como meros instrumentos –autores mediatos-³⁹⁶, y aquellos que desarrollan una función esencial en la ejecución del plan común (co-autoría por dominio funcional).³⁹⁷ Acoplándose en esta última situación la del autor mediato a través de aparatos organizados de poder: es decir, aquel que desarrolla la función de ordenar y controlar la ejecución del plan común a través de sus subordinados (extremos éstos que se verifican en la sentencia del ICTY en el *caso Karjitsnik*).³⁹⁸

Tal como señala el reseñado autor, tanto el concepto de co-autoría funcional, como el de la *Organisationsherrschaft*, permiten a los Tribunales desentrañar las complejas relaciones estructurales que caracterizan a los casos en los que se hallan altos dirigentes civiles o militares. Asimismo –agrega- permiten identificar con la mayor precisión cada una de las distintas contribuciones hechas al sistema criminal. Ello puesto que reconocen que los funcionarios y sus respectivas contribuciones se hallan inter-relacionadas, pudiéndose a través de su análisis obtener una comprensión coherente y completa de la criminalidad sistémica.

³⁹⁶ Fundándose en los parámetros de la teoría de *Organisationsherrschaft*, ha indicado van der Wildt: “(...) essentially conveys the idea that political or military leaders at the apex of state power apparatus may take advantage of their dominant position to procure others to commit (international) crimes. The control over the physical perpetrators is not exercised directly, but rather by virtue of the organization which serves the auctor intellectualis as an instrument. A characteristic feature of this legal doctrine of criminal responsibility is that the physical perpetrators are dispensable, as the leaders can recruit from a sheer inexhaustible supply. Some German scholars have openly propagated the concept of *Organisationsherrschaft* as a splendid instrument to confront the complexities in assessing criminal responsibility of political and military leaders for system criminality.” Van der Wildt, Harmen. “Joint Criminal Enterprise and functional perpetration...” cit., pág. 177.

³⁹⁷ Olásolo Alonso, Héctor. “Tratado de autoría y participación en Derecho penal Internacional...” cit., pág. 381. Así, y respecto de la autoría funcional, indica van der Wildt –atendiendo para ello al concepto vertido por la legislación y la jurisprudencia danesas-: “(...) he or she should have had some measure of control on their occurrence, in the sense that it was in his or her power whether the crimes were committed or not.” Van der Wildt, Harmen. “Joint Criminal Enterprise and functional perpetration...” cit., pág. 176.

³⁹⁸ *Prosecutor vs. Krajitsnik, Consolidated amended indictment*, ICTY-00-39, de 7 de Marzo de 2002, pars. 4 y ss.

De tal modo los Tribunales han de distinguir las diferentes maneras de intervención en el delito; graduando la responsabilidad y la correspondiente pena conforme a la posición que ostenta cada individuo dentro del sistema y su concreta contribución.³⁹⁹

Parte de la doctrina concuerda con van der Wildt en que la responsabilidad penal de los jefes o máximos dirigentes se refleja mejor a través del concepto del dominio del hecho (autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, co-autoría por dominio funcional); empero critican que el mentado autor mantenga la aplicabilidad de la doctrina de JCE para ciertas situaciones fácticas (relacionamientos horizontales). Crítica que se centra en que la distinción entre autores y partícipes en el Derecho penal Internacional no debería basarse en criterios diferentes dependiendo de la situación fáctica de cada caso: así un criterio subjetivo (JCE) cuando se trate de relacionamiento de tipo horizontal, y un criterio objetivo material (dominio del hecho) cuando se trate de relacionamientos verticales.⁴⁰⁰

Ahora bien (y por lo que se dirá *ad infra*) nosotros no consideramos que exista ese trato desigual, porque la verdadera esencia del instituto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no se halla en un dominio sobre la voluntad de los ejecutores materiales, sino en una voluntad de dominio -de tales jefes- respecto de la voluntad de sus subordinados. Lo que, lejos de ser un juego

³⁹⁹ Van der Wildt, Harmen. “*Joint Criminal Enterprise and functional perpetration...*” cit., pág. 179. Y agrega: “*After all, system criminality hosts a wide variety of functional perpetrators: the bookkeeper who makes up the list of family eligible for being evicted from their homes; the doctor in a detention camp who approves and selects the ‘patients’ qualifying for medical experiments; the propagandist who constantly bangs the drums of historical deprecation and in no uncertain terms calls for revenge. Such functional activities give a clue as to how these people are related to the crimes. (...) The concepts of functional perpetration and Organisationsherrschaft are perfectly capable of serving as tools in the hands of courts to make such refined distinctions.*” Descripción ésta que, por lo que se verá, se encuentra mucho más cercana al modelo propuesto en este trabajo sobre la base de las estructuras de pecado, que de la co-autoría funcional fundada –a su vez- en la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tal como se acreditará *ad infra* al tratar tal modalidad de autoría mediata.

⁴⁰⁰ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 387.

de palabras, denota la verdadera naturaleza netamente subjetiva del instituto de marras.

I.4.d.ii.b) Las respuestas jurisprudenciales.

I.4.d.ii.b.i) La recepción de la posición de Cassese: la sentencia en Primera Instancia del Caso Brdanin.

La posición vista *ut supra* de Antonio Cassese acerca de la incompatibilidad del régimen de JCE respecto de los altos mandos militares y jerarcas civiles, puede verse reflejada en la Sentencia de Primera Instancia del ICTY sobre el *caso Brdanin*.

Radoslav Brdanin desempeñó durante los años 1991 a 1995 el cargo de Presidente del Comité de Crisis y de Guerra de la región autónoma de la Krajina. Durante ese tiempo, se produjo en dicha región una campaña de persecución cuyo objetivo era expulsar por la fuerza del territorio de la Krajina a la población de origen musulmán o croata. Tal campaña obedecía a un plan estratégico consistente en: (i) la ampliación y unificación de las áreas pobladas por población serbia en el territorio de Bosnia-Herzegovina; (ii) la toma de control sobre dicho territorio; y (iii) la posterior creación sobre el mentado espacio de un Estado serbio-bosnio independiente.

Tal plan estratégico se materializó en homicidios, torturas, lesiones graves, violaciones y otros abusos sexuales, mal trato moral y físico, destrucción de propiedad privada así como del patrimonio público histórico-cultural y religioso, deportaciones ilegales, desplazamientos forzados, y desconocimiento de los derechos fundamentales de las víctimas.⁴⁰¹

Al respecto, la Fiscalía acusó a Brdanin por coautoría en los delitos referenciados arriba, dentro de una JCE I (por haberse adherido al Plan estratégico señalado anteriormente y haber promovido su ejecución hasta el año 1995) y dentro de varias JCE III. Habiendo sido integrantes de la JCE I –además de Brdanin– los miembros del Comité de Crisis, dirigentes de la República Serbia de Bosnia (Radovan Karadzic, Momcilo Krajisnik, Biljana Plavsic), miembros de la Asamblea de la

⁴⁰¹ *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004, par. 1.050.

Krajina y de su Comité Ejecutivo, Miembros de los Comités de Crisis serbios de la Krajina, del ejército de la República Serbia de Bosnia, y de las fuerzas paramilitares serbias.⁴⁰²

Empero, la Sala de Primera Instancia del ICTY entendió que en el caso ninguno de los integrantes de la referenciada JCE I (aquella que urdiera el Plan estratégico) fue ejecutor material de los mentados delitos. Concretamente, señaló que los ejecutores materiales (*perpetrators*) no eran identificables (individualmente), siendo solamente susceptibles de identificar los grupos en los que actuaron: las Fuerzas Armadas, la Policía Serbo-bosnia, grupos paramilitares y pogromos de civiles serbo-bosnios armados. Extremos éstos que ponían en duda la aplicabilidad misma de la teoría de JCE, dada la imposibilidad de identificar un acuerdo expreso entre los altos mandos militares y dirigentes políticos por un lado, y los ejecutores materiales por el otro.⁴⁰³

De tal guisa, sentenció: “*La Fiscalía en ningún momento alega que el Acusado haya ejecutado físicamente ninguno de los delitos denunciados en la Acusación. A los efectos de sostener la responsabilidad jurídico-penal del acusado por los delitos imputados en la acusación, de conformidad [ello] con la primera categoría de JCE, la Fiscalía ha de establecer, inter alia, que entre la persona que comete materialmente el delito y el acusado hubo un entendimiento o acuerdo para la comisión de dicho delito concreto. A los efectos de sostener la responsabilidad conforme a la tercera categoría de JCE, la Fiscalía ha de probar que el acusado perfeccionó un acuerdo con otra persona para cometer un determinado delito (en*

⁴⁰² *Prosecutor vs. Brdanin*, Sixth Amended Indictment, ICTY-99-36-R77, de 9 de Diciembre de 2003, par. 27. Así, señala: “*27.1 Radoslav Brdanin participated in a joint criminal Enterprise, in his role as set out in paragraphs 17-26 above. The purpose of the joint criminal Enterprise was the permanent forcible removal of bosnian muslim and bosnian croat inhabitants from the territory of the planned Serbian State by the commission of the crimes alleged in Conts 1 through 12. The accused, Radoslav Brdanin, and the other members of the JCE, shares the state of mind required for the commission of each of these offences, more particularly, each, while aware that his or her conduct occurred in the context of an armed conflict and was part of a widespread and systematic attack directed against a civilian population.*”

⁴⁰³ Todo ello de conformidad con lo determinado por el propio Tribunal Internacional en los precedentes *Prosecutor vs. Krnojelac*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003, par. 84, y *Prosecutor vs. Simic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-95-9-T, de 17 de Octubre de 2003, par. 160.

el caso de marras, los delitos de deportación y desplazamiento forzado) y que dicha persona es la que ejecutó materialmente un tercer delito que era consecuencia natural y previsible de la ejecución de aquel al que habían acordado [cometer].”⁴⁰⁴

Como se puede apreciar, para la Sala de Primera Instancia, por más que se hallaba probada la adhesión, así como la promoción, del Plan estratégico por parte del acusado Brdanin, empero no se hallaban probados ni la ejecución material de ninguno de los delitos (indicados en el auto acusatorio), ni la existencia de un expreso acuerdo entre él y los ejecutores materiales. Y, en lo que respecta a la adhesión al Plan estratégico –concretamente–, indicó que la misma no alcanza para acreditar (*per se stante*) que el sujeto haya acordado ello expresamente con los ejecutores materiales.

Así, indicó que la mera adhesión al plan por parte del acusado por una parte, y de varios de los ejecutores materiales, por el otro, no equivale a un acuerdo entre ellos para la comisión de los delitos. Agregando al respecto que tanto Brdanin como los ejecutores materiales pudieron adherirse al plan, conformando así la intención delictiva de cometer tales delitos con el objetivo de cumplimentar la finalidad criminal. Mas todo ello con independencia el uno de los otros (no existiendo ni acuerdo, ni entendimiento expreso alguno entre todos ellos). Reafirmando, asimismo, la posición acerca de que para que haya un acuerdo para cometer un delito entre dos (o más) personas se requiere un entendimiento expreso o acuerdo mutuo para la comisión del mismo.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ *Prosecution vs. Brdanin*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004, par. 344.

⁴⁰⁵ *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004, pars. 351 y 352. “351. *However, the Trial Chamber is of the view that the mere espousal of the Strategic Plan by the Accused on the one hand and many of the Relevant Physical Perpetrators on the other hand is not equivalent to an arrangement between them to commit a concrete crime. Indeed, the Accused and the Relevant Physical Perpetrators could espouse the Strategic Plan and form a criminal intent to commit crimes with the aim of implementing the Strategic Plan independently from each other and without having an understanding or entering into any agreement between them to commit a crime.*

De lo expuesto, no debe sorprender que la Sala haya concluido (en plena sintonía con la opinión de Cassese) que la JCE no resulta una modalidad de imputación apropiada en los casos en que la persona se halle (estructuralmente) lejana de la comisión de los delitos imputados. E indica: “*Aunque la JCE resulte aplicable a los casos que se refieran a limpiezas étnicas tal como surge de la sentencia de apelación en Tadic, no obstante, surge de cuando la Cámara de Apelaciones definió a la JCE, que se tenía en mente a una empresa más pequeña que aquella invocada en el caso de autos. Un examen de los casos juzgados ante este Tribunal, en donde la JCE ha resultado aplicada, confirma la anterior apreciación.*”⁴⁰⁶

I.4.d.ii.b.ii) La recepción (parcial) de la posición de Gustafson: la sentencia en Segunda Instancia del caso Brdanin.

Es cierto que la Cámara de Apelaciones del ICTY no condenó por el art. 7(3) – *comisión del delito a través de un subordinado, JCE y/o responsabilidad del superior-* del estatuto a Brdanin por ninguno de los delitos que se le imputaran. Ello se debió a que las partes acordaron que procederían a argumentar sus agravios bajo el entendimiento de que los autores materiales de los delitos debían ser miembros de la JCE (de allí que la Fiscalía no solicitara a la Cámara que condenara a Brdanin como interviniente –coautor- de una JCE de la que no formaran parte los autores materiales de los delitos). Sí se le condenó en atención al art. 7(1) –*planear, instigar u ordenar-* por los delitos de lesa humanidad (en la modalidad de persecución, tortura, y de deportación forzada) y por destrucción de instituciones dedicadas al culto o religión.

No obstante lo anteriormente dicho, la Cámara de Apelaciones aprovechó la oportunidad para –sin perjuicio del veredicto- pronunciarse acerca de la aplicabilidad –o no- de la doctrina de JCE en los casos que se refieran tanto a los

352. *Moreover, the fact that the acts and conduct of an accused facilitated or contributed to the commission of a crime by another person and/or assisted in the formation of that person’s criminal intent is not sufficient to establish beyond reasonable doubt that there was an understanding or an agreement between the two to commit that particular crime. An agreement between two.”*

⁴⁰⁶ *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004, par.355.

ejecutores materiales, como a los altos mandos civiles y militares que no participasen materialmente en los delitos. A su respecto, sostuvo la aplicabilidad de la JCE I en estos casos, mas limitando el número de intervinientes en la misma: concretándolos en los dirigentes civiles y/o militares que diseñaran el plan estratégico y que a su vez indujeran o dirigieran a sus subordinados hacia la ejecución de los delitos (conforme al referenciado plan).

Específicamente, la Cámara de Apelaciones del ICTY rechazó las consideraciones del Tribunal *a quo* acerca de que los ejecutores materiales debían siempre ser parte de la JCE. Ello tanto por el hecho de compartir el propósito común o plan estratégico, cuanto por haber –expresamente- acordado la promoción del mentado plan con todos los otros miembros.

De tal guisa, el órgano *ad quem* sostuvo que lo realmente relevante –en estos casos- no es si la persona que materialmente ejecutó el delito era o no miembro de la JCE, sino si el delito cometido era o no parte del propósito común o del plan estratégico perteneciente a la empresa criminal conjunta. Asimismo, el acusado o cualquier otro miembro de la JCE debería estar vinculado con tales ejecutores materiales (i.e.: por haber colaborado próximamente con ellos), y todo ello, siempre con el fin de impulsar el propósito criminal común.⁴⁰⁷

Sostuvo *ad quem*, que cuando el acusado (miembro de una JCE) a los efectos de impulsar el propósito criminal, utiliza a un tercero (miembro o no de la JCE) que,

⁴⁰⁷ *Prosecutor vs. Brdanin*. Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007, par. 410. “410.- *In light of the above discussion of relevant jurisprudence, persuasive as to the ascertainment of the contours of joint criminal enterprise liability in customary international law, the Appeals Chamber is of the view that what matters in a first category JCE is not whether the person who carried out the actus reus of a particular crime is a member of the JCE, but whether the crime in question forms part of the common purpose. In cases where the principal perpetrator of a particular crime is not a member of the JCE, this essential requirement may be inferred from various circumstances, including the fact that the accused or any other member of the JCE closely cooperated with the principal perpetrator in order to further the common criminal purpose. In this respect, when a member of the JCE uses a person outside the JCE to carry out the actus reus of a crime, the fact that the person in question knows of the existence of the JCE – without it being established that he or she shares the mens rea necessary to become a member of the JCE – may be a factor to be taken into account when determining whether the crime forms part of the common criminal purpose. However, this is not a sine qua non for imputing liability for the crime to that member of the JCE.*”

además de ejecutar los elementos objetivos del tipo penal de los delitos planificados por la JCE, perfecciona otros delitos adicionales (que escapan a dicho propósito o plan común), puede en todo caso ser también responsabilizado por estos últimos. Ello siempre que se observen las condiciones de: i) la previsión de que el delito pudiera ser cometido por una o más personas (de nuevo: miembros o no de la JCE) utilizadas por él mismo a fin de realizar los elementos objetivos de los delitos que formaban parte del propósito común; y ii) que el acusado voluntariamente haya asumido tal riesgo. En definitiva: que el acusado, con conocimiento de que tales delitos adicionales eran una consecuencia posible de la ejecución de la empresa criminal conjunta, decidió tomar parte –de todos modos- en la misma sin modificar los medios escogidos (i.e.: las personas encargadas de ejecutar materialmente el/los delito/s).⁴⁰⁸

A los efectos de fundamentar sus asertos, la Cámara hizo suyas las apreciaciones de la Fiscalía en el sentido de que la satisfacción del objetivo y propósito del Derecho penal Internacional requerían de la persecución jurídico-penal de los altos jefes y mandos, políticos y militares, más que de los subordinados (“*little fishes*”); así como (en consonancia con lo anterior) considerarles autores (coautores) de los delitos, y ello pese a que puedan aplicárseles a su respecto otras formas de responsabilidad (como las de “ordenar, planificar, instigar, o cooperar”).

En definitiva, consideró que la JCE era una herramienta propicia para alcanzar dichos objetivos (de persecución penal y punición) dado que la misma podría delimitarse enteramente a nivel del liderazgo civil o militar, puesto que los dirigentes que intervienen en ella utilizan a los autores materiales para asegurar la

⁴⁰⁸ *Prosecutor vs. Brdanin*. Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007, par. 411. “411.- *When the accused, or any other member of the JCE, in order to further the common criminal purpose, uses persons who, in addition to (or instead of) carrying out the actus reus of the crimes forming part of the common purpose, commit crimes going beyond that purpose, the accused may be found responsible for such crimes provided that he participated in the common criminal purpose with the requisite intent and that, in the circumstances of the case, (i) it was foreseeable that such a crime might be perpetrated by one or more of the persons used by him (or by any other member of the JCE) in order to carry out the actus reus of the crimes forming part of the common purpose; and*
(ii) the accused willingly took that risk – that is the accused, with the awareness that such a crime was a possible consequence of the implementation of that enterprise, decided to participate in that enterprise.”

comisión de los delitos.⁴⁰⁹ Siendo dicha “utilización” de los ejecutores materiales por parte de uno de los miembros de la JCE, el *nexo* o *vínculo* que extiende la cualidad de coautor a todos ellos [*a todos los miembros*].

La posición de la Cámara, pues, se alinea –parcialmente- con la posición doctrinal suscrita por Gustafson, en la medida en que no considera menester la verificación de un acuerdo entre los ejecutores materiales de los delitos y los miembros de la JCE, ya que, de hecho, los primeros no tienen que por qué integrar (como miembros) a la empresa criminal compuesta por los altos mandos y dirigentes político y militares. También (y en sintonía con tal teoría) a los efectos de que la cualidad de coautor se extienda a los miembros de la JCE, se requiere la verificación de que uno de ellos utilice como herramientas, o bien ordene, o bien instigue, a los ejecutores materiales a consumir los mentados delitos de Derecho penal internacional.

Sin embargo la recepción de la teoría de las JCE vinculadas o subsidiarias no se realiza plenamente (en la fundamentación de la sentencia de marras) ya que en ninguna parte exige el ICTY que los ejecutores materiales (*per se stantes*) compongan una JCE conjuntamente con su superior jerárquico (miembro a su vez, de la JCE perteneciente a los altos mandos militares y/o civiles). De tal modo, la composición del “traslado” de la cualidad de coautor de la JCE que nuclea a los ejecutores materiales, a la JCE que nuclea a los altos jerarcas, no se verifica en la sentencia de la misma manera que se delinea y justificara en la teoría. De hecho, parecería que en el mentado fallo, ya se empezaban a reflejar las opiniones de quienes –como van der Wildt- entendían aplicable a la especie fáctica los postulados de la teoría del dominio del hecho. Ello por la calificación de “utilización” que da a la relación del superior jerárquico respecto a los ejecutores materiales; así como por el hecho que ningún “traslado” de calidad de co-autor de una JCE donde se actúe con los ejecutores materiales, se verifica aquí (puesto que tal JCE a nivel de ejecución resulta inexistente).

⁴⁰⁹ *Prosecutor vs. Brdanin*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007, par. 367. Asimismo, la Cámara de Apelaciones consideró que sus asertos se inscribían dentro de la Jurisprudencia posterior al IMT de Núremberg, concretamente en los casos *Justice* y *RuSHA*.

I.4.d.ii.b.iii) La recepción de la posición de van der Wildt: la sentencia en Segunda Instancia del caso Krajisnik.

Aquellos aspectos propios de la teoría del dominio del hecho que tímidamente se vislumbraran en la sentencia de segunda instancia del caso Brdanin prontamente pasaron a conformar en mayor medida la fundamentación de las sentencias del ICTY (así como del ICTR) que condenaran a líderes políticos y/o militares como co-autores integrantes de una JCE I o III. Mas quizás ninguna sentencia deje tan manifiestamente asentados los fundamentos de la (híbrida) teoría de la co-autoría mediata como las sentencias en primera y en segunda instancia del caso Krajisnik.⁴¹⁰

Momcilo Krajisnik ostentó el cargo de Presidente del Congreso de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina (República Sprska) durante los sucesos de la llamada Guerra de los Balcanes en la década del noventa del Siglo pasado. A su respecto, la Fiscalía acusó a Krajisnik de integrar una JCE I cuya finalidad era la de unir a toda la población serbia ubicada en el territorio de Bosnia-Herzegovina y constituir –a su respecto- un nuevo Estado. Asimismo, y como medio para lograr tal propósito, dispuso la deportación y desplazamiento forzoso de los bosnio-croatas y de los bosnio-musulmanes que vivieran en lo que sería el nuevo territorio del novel Estado de etnia exclusivamente serbia (y que ocuparía las dos terceras partes del territorio soberano de Bosnia-Herzegovina).

Como se puede apreciar, la casuística de este caso es similar a la del caso Brdanin. Tenemos, por un lado, a un grupo de individuos que ostentaban los más altos cargos civiles y/o militares, que diseñaron un plan estratégico (propósito común). Por otro lado, tenemos a los ejecutores materiales, que no eran susceptibles de ser identificados en su totalidad, que no acordaron expresamente con los jefes la comisión de los delitos-fin (conforme al propósito común), y que –en el mejor de los casos- si apenas compartían la finalidad delictiva.

Pues bien, para resolver esta casuística, el ICTY echó mano a una nueva teoría: la *coautoría mediata*; consistente en la identificación de una JCE I formada entre los individuos que pertenecieran a las altas jerarquías, y que –al menos- uno de ellos

⁴¹⁰ *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio en Primera Instancia, ICTY-00-39-T, de 27 de Septiembre de 2006; *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de Marzo de 2009.

utilizare a una (o varias personas) no pertenecientes a la JCE para cometer los delitos.

Así, indicó la Cámara de Apelaciones: *“La propia existencia del vínculo entre el delito –en concreto- y un miembro de la JCE, es una cuestión que debe de ser valorada caso a caso. Como factores indicativos de tal vínculo, se tienen aquellos elementos de prueba que demuestren que un miembro de la JCE expresa o tácitamente requiere de quien no es miembro de la empresa criminal conjunta la comisión del delito; o bien le instigó, ordenó, alentó, o de otra manera se valió del mismo para cometer el delito. Por el contrario, no resulta determinante el hecho de que quien no era miembro de la JCE compartiese el elemento subjetivo del miembro de la JCE, o conociese la existencia de la misma. Lo que importa en una JCE I (variante amplia) es si el miembro de la JCE utilizó a quien no era miembro de la misma para la comisión de los elementos objetivos de un delito que era parte del propósito común (plan estratégico).”*⁴¹¹

Como se ha indicado, y a diferencia de la sentencia de Segunda Instancia en el caso Brdanin, aquí la Cámara de Apelaciones del ICTY no utilizó el término *“instrumento”* al referirse a la *“utilización de quienes no son miembros de la JCE para cometer los delitos.”* De tal modo, la Cámara parecería estar extendiendo el concepto de JCE (al nivel del liderazgo) más allá de sus *“fronteras originales”*, abriendo la puerta a la *“posibilidad de deducir la existencia del vínculo requerido entre el autor material que no es miembro de la JCE y el miembro de la JCE que lo utilizó para cometer los delitos, a partir de acciones u omisiones que no den lugar a responsabilidad principal a título de autor, tales como ‘instigar’, ‘ordenar’, ‘alentar’, ‘valerse de él de otra manera’.*⁴¹²

El problema con este planteo del Tribunal es que tales actos (*instigar, ordenar, alentar, valerse de cualquier forma*) no alcanzan la categoría de supuestos de coautoría o de autoría mediata; dan lugar a formas de responsabilidad secundaria o accesoria (participación). De allí que no sirvan para atribuir responsabilidad principal a título de coautoría a los otros miembros de la JCE. Como se ha señalado al respecto, no sería posible atribuir al resto de miembros de la JCE lo que el

⁴¹¹ *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de Marzo de 2009, pág. 226.

⁴¹² Olásolo Alonso, Héctor. *“Tratado de autoría y participación en Derecho penal Internacional...”* cit., págs. 398-399.

miembro de la JCE vinculado a los autores materiales no posee (la condición de coautor).⁴¹³ En todo caso, se trataría de una disfunción generada dentro de un ámbito que, ya de por sí, distorsiona al concepto “puro” o tradicional de JCE; y respecto de la cual habrá que ver la evolución que toma dentro de la jurisprudencia del ICTY.

De todos modos, lo fundamental de las sentencias tanto de primera como de segunda instancia en el caso *Krajisnik*, radica en los siguientes postulados: i) primeramente en que puede existir una JCE pese a que ningún ejecutor material sea parte/miembro de la misma; ii) de hecho, tales ejecutores materiales bien pueden carecer del conocimiento sobre la existencia y objetivos de la JCE, como también pueden ser utilizados por los integrantes de la JCE para ejecutar los delitos conforme al plan estratégico o propósito común⁴¹⁴; iii) para el Tribunal, es el objetivo común lo que hace que una pluralidad de personas pasen a ser un grupo o JCE. Empero, con el objetivo compartido o común solamente no alcanza para determinar un grupo, ya que bien puede suceder que grupos diferentes e independientes entre sí observen objetivos idénticos (sobre todo en situaciones de violencia colectiva *bottom-up*). De allí que se requiera un elemento más, siendo el mismo la interacción o cooperación entre los sujetos –la acción conjunta-. Por lo expuesto, para el Tribunal, a los efectos de determinar si alguien ha de contestar como co-autor de JCE ha de verificarse que los sujetos actuaron conjuntamente (en concierto los unos con los otros) en la ejecución de un objetivo criminal común.

El Tribunal entendió que existió una JCE integrada por la dirigencia serbio-bosnia con base en Pale, integrada por Momcilo Krajisnik, Radovan Karadzic, Biljana Plavsic, Nikola Koljevic, Momcilo Mandic, Velibor Ostojic, Mico Stanisic, y Ratko Mladic. Asimismo, consideró que integraron tal JCE I los mandos políticos locales, comandantes militares, jefes policiales, y jefes paramilitares. No así los autores materiales, quienes no compartían el plan estratégico ni habían actuado mancomunadamente (interactuando) conforme a lazos de integración y solidaridad inter-partes con los pre-mencionados jefes. De hecho (y siempre conforme a la valoración hecha por el Tribunal) los mismos habrían sido “herramientas” o

⁴¹³ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 399

⁴¹⁴ *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio en Primera Instancia, ICTY-00-39-T, de 27 de Septiembre de 2006, par. 883.

“instrumentos” empleados por los miembros de la JCE a los efectos de asegurar la comisión del mismo.

De tal guisa, indicó la Cámara de Apelaciones: “(...) *la Cámara de Apelaciones recuerda que no se requiere desde el punto de vista jurídico, que los autores materiales contribuyan o compartan el propósito o designio común de la JCE. Krajisnik podría ser considerado responsable de los delitos con tal de que los mismos pudieran ser atribuidos a un miembro de la JCE que hubiera usado a los ejecutores materiales no miembros, de conformidad con el propósito o plan común.*”⁴¹⁵

La decisión del ICTY se funda, entonces, en la teoría del dominio funcional del hecho. Es decir que siempre que un dirigente (en el caso, Krajisnik o cualquier otro miembro de la JCE) controle la voluntad de aquellos que ejecutan los elementos objetivos del delito -extremos éstos que se verifican en los hechos de conservar el poder de decisión sobre el sí y sobre el cómo de la ejecución del delito- será considerado autor del mismo. La persona que realiza materialmente los elementos objetivos del tipo, se considera que es utilizada como un mero instrumento, a través del cual se ejecuta la voluntad de los altos jefes o dirigentes civiles y/o militares.

De lo anterior surge el vínculo que se exige (conforme a esta construcción teórica) entre los ejecutores materiales y los altos mandos o dirigentes: el que al menos uno de éstos últimos ostente un dominio funcional sobre el delito, extremo éste que se subsume en el concepto de la autoría mediata. Esto último emerge de la insistencia en que los subordinados sean utilizados, por tal o tales sujeto/s, como meras herramientas.

Dicha calidad de autor mediato se extiende a los demás miembros de la JCE. Ello, fundado en la horizontalidad de las relaciones entre dichos sujetos (jefes, altos mandos, altos dirigentes) fundadas en lazos de solidaridad y estrecha colaboración, conforme al propósito común o plan estratégico que los nuclea y a la manifiesta intención de contribuir –a través de sus respectivas conductas- a dicha finalidad delictiva.

Como se puede apreciar, este concepto (que se ha denominado por la doctrina especializada “*coautoría funcional*”) no requiere que los ejecutores materiales

⁴¹⁵ *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de Marzo de 2009, par. 714.

integren una JCE subordinada o vinculada a otra (que a su vez, también integre) compuesta por los altos mandos o jerarcas civiles y/o militares; sino que pasan a ser considerados como “*meros instrumentos*”, “*herramientas*”, “*elementos*”, en definitiva: “*cosas*” en manos de (al menos) uno de los miembros de la única JCE existente: la de los superiores jerarcas.

Asimismo, se aprecia la naturaleza híbrida de esta construcción y ello a un doble nivel: (i) primeramente mediante el discutible solapamiento del concepto de autoría funcional con el de la construcción de la autoría mediata por intermedio de estructuras organizadas de poder; y (ii) por la vinculación de la teoría del dominio del hecho que determinaría la responsabilidad jurídica del sujeto (superior o jerarca) que utiliza a los ejecutores materiales como herramientas, con la teoría de JCE que determinaría la responsabilidad (en grado de co-autoría) de los otros jerarcas o líderes políticos que ninguna relación directa –objetiva o subjetiva– observan respecto de aquellos ejecutores materiales.

Pero, independientemente de lo antedicho (que será objeto de análisis en el próximo apartado *ad infra*), lo más criticable de esta posición es la desconsideración de la antijuridicidad (y de allí del merecimiento de pena) de los ejecutores materiales que –pese a su dolo y autonomía de voluntad al momento de actuar– son considerados como meros objetos o herramientas en manos de los jerarcas que integran la JCE. Declinando –de tal modo– la persecución judicial de dichos sujetos, y adoptando una construcción normativa que atenta contra la verdad empírica subyacente.

I.5) La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder: el desarrollo dogmático de Claus Roxin desde los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann.

I.5.a) El caso Eichmann.

Adolf Eichmann desempeñó el cargo de Teniente Coronel de la SS y como tal fue miembro del SD, habiendo sido desde 1941 el Jefe de la Oficina IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich (RSHA), y habiendo adquirido notoriedad como “especialista en la cuestión judía”. Esto último se debió más a su conocimiento personal de ciertos rabinos y prohombres judíos en Austria y Alemania, así como a un manejo –aunque precario– del yiddish, que al hecho de

poseer conocimientos profundos sobre religión, historia o cuestiones políticas atinentes a dicho grupo social. Empero, una vez que la SS resolvió poner en marcha el plan de evacuación de todo judío del continente europeo, este oscuro personaje – que sirviera de secretario de Heydrich en la tristemente célebre conferencia de Wansee- demostró una gran “eficiencia” a la hora de confeccionar los distintos trayectos, horarios y “carga” (léase: prisioneros pasajeros) de los trenes que, por toda la Europa central, condujeron a los judíos a los distintos campos de exterminio.

Una vez terminada la guerra, y derrotada la Alemania nazi, se fugó a la República Argentina, en donde vivió como un simple empleado de una industria de piezas de automóviles. Ello, hasta que a principios de la década del sesenta del Siglo pasado, un comando clandestino del Mossad israelí lo secuestró para posteriormente conducirlo (también de modo clandestino) por avión a Jerusalén en donde fue sometido a juicio. Dicho proceso fue desarrollado con una intensísima cobertura mediática, así como empleado por el gobierno israelí como señal de la justicia que tanto habían añorado (especialmente de parte de los Tribunales internacionales de Núremberg) y nunca habían obtenido: el que se declarara con contundencia que había sido, el judío, el pueblo objeto de las principales atrocidades perpetradas por el régimen de Hitler. De allí los cargos que se le imputaran (y por los que lo condenaran): delitos contra el pueblo judío con ánimo de destruir su pueblo (cargos: primero al cuarto), delitos contra la humanidad (cargos: quinto al séptimo, y noveno al décimo segundo), crímenes de guerra (cargo octavo), pertenencia a organizaciones criminales que atentaren contra el Pueblo Judío (cargos del décimo tercero al décimo quinto).

El problema se suscitaba por el hecho de que, por más que Eichmann era presentado por el Premier Menachem Begin como el criminal más monstruoso del Siglo XX, la verdad era que se trataba de un oscuro mando medio, muy por debajo de Hitler, Himmler y de Heydrich. De hecho no se podía aventurar ni que fuera él ideólogo de los campos de concentración ni de los de exterminio (como lo fueran Himmler y Globotnick), ni de la solución final (como lo fueran Goering y Heydrich), como así tampoco que participara él directamente en ningún homicidio, lesión, tortura, etc. de ningún judío.

De allí que su abogado defensor en el proceso de marras, Servatius, sostuvo la tesis de que su defendido había sido no otra cosa más que una “*mera ruedecilla*

intercambiable” en una maquinaria de muerte, como era el Estado nacionalsocialista. Eichmann recibía órdenes y las cumplía, trasladando las mismas a sus subordinados. Si él no lo hubiese hecho, es decir, si se hubiese negado a transmitir las órdenes a sus subordinados, así como organizar los convoyes de prisioneros, otro u otros gustosamente hubiesen ocupado su lugar y hubiesen cumplimentado tales extremos.

Empero lo anterior, la tesis política de que se trataba del mayor criminal del Holocausto, terminó imponiéndose. Así, se consideró que si bien la mera planificación y el acuerdo para cometer un delito no constituyen *–per se stante–* una responsabilidad a título de autoría, dadas las características especialísimas del crimen de la “solución final”, todas las acciones realizadas a su respecto *–con consciencia y voluntad–* debían ser valoradas como una unidad, independientemente del lugar que el reo ocupara en la jerarquía de mando. En conclusión: toda persona individual que conoció el plan de la “solución final” y colaboró en el exterminio judío, pasó a considerarse autor principal.⁴¹⁶ A los efectos de fundamentar tales asertos, se procedió a fundamentar la sentencia de condena a muerte de la siguiente manera:

“(…) en un delito tan enorme y complicado como el que nos ocupa, en el que participan muchos individuos, situados a distintos niveles, y en actividades de muy diversa naturaleza –planificadores, organizadores y ejecutores, cada cual según su rango–, de poco sirve emplear los conceptos comunes de instigación y consejo en la comisión de un delito. Estos delitos fueron cometidos en masa, no sólo en cuanto se refiere a las víctimas, sino también en lo concerniente al número de quienes perpetraron el delito, y la situación más o menos remota de muchos criminales en relación al que materialmente da muerte a la víctima nada significa, en cuanto a la medida de su responsabilidad. Por el contrario, en general, el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal.”⁴¹⁷

Ahora bien, tanto el precitado argumento defensorista esgrimido por Servatius acerca de la “*ruedecilla intercambiable*”, que justifica una fungibilidad del ejecutor

⁴¹⁶ Al respecto *vide*: Fernández Ibáñez, Eva. “*La autoría mediata en aparatos organizados de poder*”, Comares, Granada, 2006, págs.. 161 y ss.

⁴¹⁷ Sentencia del Tribunal de Distrito 1 de Jerusalén, 1962, par. 184. Al respecto *vide*: Arendt, Hannah. “Eichmann en Jerusalén...” cit., pág. 357.

material, como el concepto vertido por el Tribunal de Jerusalén, al fundamentar la responsabilidad de Eichmann como autor de los delitos imputados en atención al dominio que se tiene sobre una organización (siendo el mismo mayor a medida que más alejado se halle del ejecutor material), fueron objeto de un intenso debate en la doctrina alemana. Siendo la tesis sustentada por Claus Roxin, de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, la que obtuviera mayor prestigio y adeptos tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia.

I.5.b) La teoría de Roxin de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Planteo.

Roxin, siguiendo los primeros pasos dados por Baumann⁴¹⁸ y Peters⁴¹⁹, recalibró los fundamentos vertidos por el Tribunal de Jerusalén, ajustándolos a la doctrina del dominio del hecho en lo que a la imputación de los hechos delictivos y a la calificación del grado de intervención en el delito, respecta.⁴²⁰

⁴¹⁸ Baumann, J.. “*Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung*” in *NJW*, 1963, págs.. 561 y ss..

⁴¹⁹ Peters, Karl. “*Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess*” in *Eckart-Jr 1961/1962*, Berlin, 1961, págs. 229 y ss..

⁴²⁰ Sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, *vide*: Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*” in “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010. Bacigalupo Zapater, Enrique. “*La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo Código penal alemán*” in “*Estudios penales, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*”, editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982. Baumann, J.. “*Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung*” in *NJW*, 1963. Berruero, Rafael. “*Autoría y participación, desde una visión normativista*”, B de F, Buenos Aires, 2012. Bolea Bardón, Carolina. “*Autoría mediata en derecho penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Donna, Edgardo. “*El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin*” in “*Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*”, UNED, Madrid, 2001. Fernández Ibáñez, Eva. “*La autoría mediata en aparatos organizados de poder*”, Comares, Granada, 2006. García Caveró, Percy. “*La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso Alberto Fujimori Fujimori*” in “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010. García Vitor, E. “*La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder*” in “*Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*”, Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001. Geerds, F. “*Täterschaft und Teilnahme –Zu den Kriterien einer normativen Abgrenzung*”, Jura, 1990. Gil Gil, Alicia.

Para ello utilizó el instituto de la autoría mediata, que obviamente debió reconfigurar, puesto que está claro que el ejecutor o autor material de los delitos propios de la casuística de maras, no actúan ni en estado de necesidad, ni por miedo insuperable, ni como víctima de un error. De hecho, lo que para Roxin fundamentará dicha autoría mediata será la propia naturaleza funcional de las organizaciones delictivas, capaces de desarrollar una vida independiente de la

“Derecho penal internacional”, Tecnos, Madrid, 2000. Gimbernat Ordeig, Enrique. *“Autor y cómplice en Derecho penal”*, B de F, Montevideo, 2006. Heine, G. *“Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik”* in *“Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtsdag von Albin Eser”*, Edition iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1995, págs. 52-77. Hernández Plasencia, J. *“La autoría mediata en Derecho penal”*, Comares, Granada, 1996. Herzberg, Rolf. *“Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”* in *“La autoría mediata”* (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010. Hirsch, H. J. *“Acerca de los límites de la autoría mediata”* in *“Derecho penal, Obras completas, Tomo II”*, Rubinzal Culzoni, 2000. Jakobs, Günther. *“Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”* in *“La autoría mediata”* (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010. Lascano, Julio. *“Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”* in *“Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin”*, ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001. Manacorda, Stefano. *“Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi nel Diritto penale Internazionale”*, Giappichelli Editore, Torino, 2008. Mir Puig, Santiago. *“Derecho penal. Parte general”*, Reppertor, 8ª edición, Barcelona, 2012. Olásolo Alonso, Héctor. *“Ensayos de derecho penal y procesal internacional”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Olásolo Alonso, Héctor. *“Tratado de autoría y participación en Derecho penal Internacional. En homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Osiel, Mark. *“Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder”* in *“Collective violence and International criminal justice. An interdisciplinary approach”*, Intersentia, Amberes, 2010. Peñaranda Ramos, Enrique. *“La participación en el delito y el principio de accesoriedad”*, Tecnos, Madrid, 1990. Robles Planas, Ricardo. *“La participación en el delito: fundamento y límites”*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Roxin, Claus. *“Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú”* in *“La autoría mediata”* (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010. Roxin, Claus. *“Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”*, Marial Pons, Madrid, 1998. Roxin, Claus. *“Sobre la autoría y la participación en el Derecho penal”* in *“Problemas actuales de las Ciencias penales y de la Filosofía del Derecho”*, Pannedille, Buenos Aires, 1970. Peters, Karl. *“Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess”* in *Eckart-Jr 1961/1962*, Berlin, 1961. Schroeder, Friedrich-Christian. *“Disposición al hecho versus fungibilidad”* in *“La autoría mediata”* (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010.

(cambiante) composición de sus miembros; funcionando de un modo automático, sin depender de ninguna persona individual que la componga (como potencial ejecutor).

Se parte, pues, de un supuesto que extrae el citado autor de la observación de la casuística de los delitos internacionales⁴²¹: situaciones en donde un régimen dictatorial estatal instala un sistema o aparato burocrático destinado a la eliminación de determinado grupo de personas (opositores, o “enemigos”). En dicho marco, el que “desde atrás”, ubicado en una posición que verifique cierta jerarquía funcional (esto es: que pueda emitir órdenes al personal a él subordinado) “aprieta el botón” –es decir- ordena o requiere que se asesine, lesione, viole, etc., puede tener plena certeza de que dicha orden se cumplirá, sin que a tales efectos resulte menester siquiera conocer la identidad del ejecutor material.

No se requerirá para que se verifiquen dichos extremos, que emplee a tales efectos ni la coacción, ni el engaño: es que él sabe que si el sujeto que ha de cumplimentar materialmente la orden –y por la razón que fuere- se niega, otro cualquiera (que a su vez integre la organización) súbitamente le reemplazará, ejecutando la mentada orden, sin que se frustre el plan o designio criminal. El factor fundamental de esta construcción normativa pasa a ser, entonces, la fungibilidad del ejecutor. Al decir del propio autor: *“Si uno medita cómo puede dirigir, de modo decisivo y sin actuar por propia mano, el acontecimiento efectuado por otros, son imaginables sólo, si no me equivoco, tres medios: se puede coaccionar al agente; se le puede hacer intervenir, respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como factor causal ciego, o, si el ejecutor no es engañado ni coaccionado, tiene que ser intercambiable a discreción.”*⁴²² Aquí no estamos ante un ejecutor material de los elementos objetivos de un tipo penal que carezca de libertad ni de responsabilidad penal; por lo que el mismo ha de ser penado como autor doloso directo e inmediato del delito.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de ello, analizada la casuística desde el punto de vista del jerarca que se sitúa detrás del ejecutor material, éste último no se

⁴²¹ Diríamos nosotros que ello sería consustancial a todo tipo o caso de violencia colectiva *top-down*, y en algunos casos de violencia colectiva *bottom-up* –concretamente: los que observen la existencia de un aparato burocratizado jerárquicamente-.

⁴²² Roxin, Claus. *“Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 271.

vislumbra como una persona libre y autónoma, sino como una “ruedecilla” o “engranaje” determinado e intercambiable. *“El ejecutor es, a pesar de que no se puede dudar de su dominio de la acción, no obstante –y al mismo tiempo-, únicamente una ruedecilla en el engranaje del aparato, que puede ser sustituida en cualquier momento; esta doble perspectiva eleva al que actúa desde atrás, junto al autor inmediato, al centro del acontecimiento.”*⁴²³

Ahora bien, ¿y qué sucede con casos como los *Eichmann* que se ubican en medio de la línea de mando? Veamos: Roxin construye su sistema de imputación siguiendo una estructura (ideal) piramidal que representaría al aparato jerárquico de poder. En el vértice superior de tal pirámide se hallaría el superior jerárquico: es decir, aquel sujeto o grupo de sujetos que pueden emitir órdenes sabiendo de antemano que serán ejecutadas por un subordinado y que, a su vez, no se halla o hallan sometido a la jerarquía de nadie. En los escalones intermedios de dicha pirámide, se ubican los mandos medios (como *Eichmann*): sujetos que están sometidos a la jerarquía de otro u otros pero que a su vez tienen personal subalterno sometidos a su –propia- jerarquía. Finalmente, hallamos a los ejecutores materiales de las órdenes (delictivas) que se ubican en la base de la pirámide. Estos últimos están jerárquicamente sometidos y no tienen subordinados bajo sus órdenes.

Atendiendo a dicho modelo, Roxin determina la situación de aquellos sitios en los mandos medios: *“El que se halla intercalado en cualquier lugar del aparato de la organización, de tal forma que puede dictar órdenes a personas a él subordinadas, es, en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde, autor mediato si emplea sus facultades para la realización de hechos punibles. Es irrelevante el que actúe por propia iniciativa o en interés y por encargo de instancias superiores. Pues lo único decisivo para su autoría, es que puede maniobrar la parte de la organización que le está subordinada, sin tener que dejar, al criterio de otros, el que se realice el delito (...) No existe, pues, ningún reparo en afirmar el dominio del hecho, aunque, como correctamente resalta Servatius, el acusado no ha cooperado ‘ni al principio ni al final del hecho’, limitándose su participación al ‘sector que se encuentra situado en medio’.”*⁴²⁴

⁴²³ Roxin, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...” cit., pág. 275.

⁴²⁴ Roxin, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...” cit., pág. 273.

La precitada concepción de Roxin conlleva que acciones que en principio serían neutrales (como levantar un teléfono y retransmitir una orden, o confeccionar una listado con el número de pasajeros que debía cargar cada tren, etc. puedan ser acciones merecedoras de pena; es decir: puedan ser antijurídicas. Concretamente, y como se indicara respecto del Derecho penal alemán vigente, *una acción que consista en la firma de un documento o en una llamada telefónica, bien puede ser constitutiva de asesinato*. Se trata, pues, de la construcción normativa del “*criminal de escritorio*”, o “*el asesino de despacho*”, quien comete el genocidio dando o mandando órdenes por escrito, convirtiendo así a su bolígrafo o a las teclas de su máquina de escribir en armas. El prototipo de genocida de la modernidad, que asume que el papel (igual que quien lo administra) está limpio y no se mancha de sangre; cumple su deber oficial y, mientras ordena la muerte de decenas de miles de personas, se auto-convence de que sigue siendo un hombre decente, civilizado e inocente de tales crímenes.⁴²⁵

Esta construcción normativa, pues, lo que viene a proponer es una doble valoración de un mismo hecho, atendiendo para ello al sujeto cuya responsabilidad se analice. Veamos:

Respecto del ejecutor material o inmediato de la conducta antijurídica, lo considera autor, y ello porque el mismo ostenta un dominio sobre el hecho, sobre el curso causal que desembocará en la causación del resultado típico.

Respecto de los jefes que emiten las órdenes consistentes en la ejecución de los actos antijurídicos, tanto se trate de aquellos que se sitúan en el atalaya del organigrama funcional del aparato, o de aquellos que se ubican en los peldaños intermedios, les imputa una responsabilidad a título de autor, pero por autoría mediata. Ello puesto que, para tales jefes, los sujetos que cumplen las órdenes son meros brazos ejecutores de sus voluntades [de los jefes]. Verificándose ello en el hecho empírico de que, en caso de negarse alguno de los subordinados a cumplimentar tales órdenes, serán inmediatamente sustituidos por otros que sí las cumplirán. Siendo esto último el fundamento del concepto de la “*fungibilidad*”, verdadero cerne sobre el que se construye este tipo de dominio que fundamenta la

⁴²⁵ Cfe. Lower, Wendy. “*Las arpías de Hitler. La participación de las mujeres en los crímenes nazis*”, Crítica, Barcelona, 2013, pág. 118.

autoría: el dominio de la voluntad de alguien que, pese a ello, sigue siendo capaz, consciente de sus actos y autodeterminable.

Conforme al punto de vista de los jerarcas, sostiene Roxin, la autonomía y responsabilidad individual del ejecutor directo pierde toda relevancia; pasando a ser visualizado como una suerte de objeto o cosa sometida al dominio del autor mediato. Un dominio sobre la voluntad de dichos ejecutores materiales subordinados que se deduce (conforme a Roxin) del dominio o control que aquellos jerarcas tienen sobre toda la estructura de poder y sobre su funcionamiento.

Ahora bien, en la construcción de Roxin no sólo hay una determinación de responsabilidad individual a título de autoría, mediata o inmediata, sino que también cabe la atribución tan sólo de participación. Así, toda actividad que no se desarrolle con independencia del aparato, coadyuvando o colaborando conscientemente con la actividad delictiva, pero que el sujeto que la realice no ostente dominio sobre el hecho o sobre la voluntad de los ejecutores materiales; entiende Roxin que puede incurrir en complicidad. Así se expone a vía de ejemplo de conductas de complicidad: el que toma parte sólo con una función asesora; el que, sin autoridad para dar órdenes, proyecta planes de exterminio; el que proporciona instrumentos para cometer asesinatos, etc.⁴²⁶

I.5.c) La recepción de la teoría de Roxin por Tribunales nacionales: el caso de las Juntas Militares argentinas, y de los tiradores del muro de Berlín.

Muchos han sido los casos, dentro de las jurisdicciones nacionales, en que se ha recurrido a la teoría de Roxin de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a la hora de fundamentar sendos fallos de condena tanto contra ex integrantes de gobiernos *de facto*, como de elementos pertenecientes a grupos terroristas.⁴²⁷

⁴²⁶ Al respecto *vide*: Gimbernat Ordeig, Enrique. “*Autor y cómplice en Derecho penal...*” cit., pág.155.

⁴²⁷ Sin la pretensión de ser exhaustivos, podemos citar los siguientes casos: juicio a las Juntas Militares Argentinas, y casos relacionados con desaparecidos y niños robados por militares durante la última dictadura (Argentina); juicio a los miembros del Consejo Nacional de Defensa por los tiradores del Muro de Berlín (Alemania); caso contra el ex Director de la Dirección Nacional de

No obstante, a continuación centraremos nuestra atención en dos casos que resultan paradigmáticos para el estudio de esta teoría de imputación de autoría mediata: el caso contra los Jefes de las Juntas Militares Argentinas –que constituyere la primera vez que se aplicase la teoría - y el caso contra ex miembros del Consejo Nacional de Defensa de la ex República Democrática de Alemania por los tiradores del Muro de Berlín. Veamos:

I.5.c.i) El juicio a las Juntas Militares Argentinas por la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, de 9 de Diciembre de 1985.

Durante el último de los tantos gobiernos *de facto* a manos de los militares que se vivieron en la República Federal Argentina durante el Siglo XX, sucedió lo que se dio en llamar como la “guerra sucia”, lucha del Estado contra un abanico tan amplio de personas que abarcaba desde supuestos elementos subversivos pertenecientes a grupos terroristas como los Montoneros, hasta objetores de conciencia al régimen –como militantes de izquierda y comunistas, liberales demócratas, hasta simples estudiantes que reivindicaban mejoras en el sistema educativo público-.

Así, durante el período de tiempo que transcurriera entre los años 1976 y 1983, el gobierno militar dividió el país en zonas o regiones militarizadas, en las cuales se puso al frente (de cada una de ellas) a comandantes regionales, quienes ostentaban plena autoridad sobre los oficiales de rango medio de cada una de las tres fuerzas del orden militar (Marina, Fuerzas Aéreas, Ejército). Dichos comandantes contaban con plenas potestades y autonomía para dirigir la lucha contra “la subversión” dentro de sus respectivas zonas, mas teniendo instrucciones de conducir tal lucha de manera clandestina. Así se estableció una red de centros de detención clandestinos, en donde personas detenidas (sin contar para ello con orden judicial alguna, ni con identificación previa por parte de los captores) eran sometidos a interrogatorios bajo tortura, malos tratos, y –en no pocos casos- vejaciones sexuales.

Inteligencia chilena Gral. Contreras (Chile); casos contra comandantes paramilitares y contra congresistas nacionales por sus vínculos con los anteriores (Colombia); caso contra Abimael Guzmán, caso contra el exPresidente Alberto Fujimori (Perú).

Si bien algunos de los detenidos clandestinamente fueron puestos en libertad, muchos murieron durante los interrogatorios o fueron sumariamente ejecutados y sus cuerpos arrojados a alta mar (incluso en algunos casos estando ellos aún con vida) o incinerados, para no dejar rastros a su respecto. De allí que –si bien más que probablemente han fallecido- se categorizó a tales víctimas como “desaparecidos”, víctimas de delitos de desaparición forzada o privación ilegítima y forzada de la libertad.

La autoría mediata respecto de los Jefes de las Juntas Militares se fundamentó por la Cámara en una serie de extremos que relacionaremos a continuación. Primeramente, se sostuvo que si bien resultó probado que ninguno de los acusados participó materialmente en los delitos y que los mismos fueron ejecutados exclusivamente por funcionarios subordinados a ellos, también resultó probado que aquellos fueron quienes dieron las órdenes e instrucciones generales en donde exigían la toma de medidas extraordinarias y clandestinas contra los subversivos.

Asimismo, sostuvo la Cámara que los acusados observaron en todo momento un conocimiento pleno acerca de lo que sus subordinados hacían (extremos que –sostuvieron- emergen de la notoriedad de los hechos dentro de la Argentina en aquellos tiempos, como de los informes diplomáticos extranjeros de la época).

Los Jefes de las Juntas –argumentó la Cámara- tenían un dominio sobre los delitos cometidos por sus subordinados, puesto que dirigían la maquinaria de personas e infraestructuras que permitieron su ejecución. *“Los acontecimientos en cuestión no fueron el resultado de decisiones erráticas, solitarias e individuales de quienes los llevaron a cabo, sino parte de una estrategia global diseñada por los miembros de las tres Juntas Militares con el fin de combatir la subversión. Los actos se realizaron a través de un complejo grupo de elementos (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que participaron en cada operación militar. (...) la intervención de los acusados no se limitó a ordenar las actividades ilícitas, sino que también contribuyeron activamente en la comisión de los delitos. Así, los centros de detención fueron financiados y provistos de personal de manera centralizada, por lo que no resultaba posible que los comandantes en jefe del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea no conociesen de su existencia y actividades. En consecuencia, los autores materiales de los delitos no hubieran podido cometerlos si no hubiesen contado con los medios necesarios (uniformes,*

vehículos, combustible, armas y municiones, centros de detención, comida, etc.) que fueron puestos a disposición por orden de los acusados.”⁴²⁸

En adición a lo anterior, sostuvo la Cámara que los acusados no sólo ostentaban el mando sobre las fuerzas a ellos sometidas, sino también sobre las fuerzas de seguridad y policía que estaban a cargo de la prevención de los delitos; no existiendo sobre ellos ninguna autoridad que pudiese controlarles o que pudiese suspender o acabar con las actividades clandestinas. Estos extremos fueron los que propiciaron en gran medida (*sic* la Cámara) el éxito de la actividad criminal, ya que facilitaron la impunidad de los ejecutores. No sólo manteniendo al margen de las operaciones criminales a las fuerzas del orden público que actuaban (meridianamente) de conformidad con el ordenamiento jurídico pre-existente al golpe de Estado, sino también a través de una política activa de ocultación de los hechos consistente en actividades tan diversas como mentir a los jueces, a los familiares de las víctimas, a organizaciones nacionales e internacionales, y a gobiernos extranjeros; organizar investigaciones falsas y brindar garantías de esperanzas de aparición de las víctimas.

Respecto de la fungibilidad de los ejecutores materiales de los delitos, sostuvo la Cámara los siguientes argumentos: (i) que la relevancia de los ejecutores inmediatos o materiales era más bien poca, ya que se hallaban completamente dominados y controlados por los jefes ubicados en la cúpula (i.e.: en las Juntas Militares); (ii) que, si alguno de los –potenciales- ejecutores inmediatos se hubiese negado a cumplimentar con sus órdenes, hubiera sido inmediatamente (automáticamente) sustituido por otro resuelto a cometer la actividad delictiva; asimismo (iii) que el plan concebido por la cúpula no hubiera podido ser alterado por el quehacer (ni la voluntad) de los subordinados, ya que “*simplemente tuvieron una función menor dentro de una maquinaria gigantesca*”; y finalmente (iv) en lo referente al dominio de la voluntad de los ejecutores directos por parte de los superiores jerárquicos, sostuvo la Cámara que dicho dominio se verificó a través del pleno control sobre el aparato o sistema. Sistema éste compuesto por tales –potenciales- ejecutores que resultaban intercambiables al antojo de los

⁴²⁸ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., págs. 242 y 244. Resultan particularmente interesantes las últimas manifestaciones de la Cámara bonaerense, ya que más que fundamentar una autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, parece más bien una fundamentación propia de una co-autoría funcional.

referenciados jerarcas (no siendo, pues, un dominio sobre una voluntad específica, sino sobre una voluntad indeterminada –el sistema-).

Cabe finalmente reseñar que la Corte Suprema de Justicia Argentina, en sentencia de 20 de Diciembre de 1986, revocó la sentencia de condena de la Cámara de Apelaciones bonaerense, pero únicamente en lo referente a la fundamentación de la condena en base a la teoría de Roxin. La máxima corporación judicial argentina sostuvo que, conforme al Derecho penal vigente, la autoría requería forzosamente la comisión material de los elementos del tipo objetivo (esto es: una concepción formal-objetiva de la autoría). De allí que la condena (que en su *quantum* mantuvo incólume) se fundamentó en una intervención de los reos en los hechos, en grado de cómplices necesarios conforme al art. 45 del Código penal argentino (entonces vigente).⁴²⁹

I.5.c.ii) El juicio contra los ex miembros del Consejo Nacional de Defensa por los tiradores del Muro de Berlín por el Tribunal Supremo Federal de Alemania.

En dicho juicio se condenó a tres ex miembros del Consejo Nacional de Defensa de la ex República Democrática de Alemania, y del SED (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) y de otras instituciones del Estado comunista.

La Corte Federal Alemana, de hecho, condenó a los tres acusados por los delitos cometidos a título de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. El fundamento para ello fue su participación en el Consejo Nacional de Defensa, y en las órdenes que dicho órgano impartiera a los guardias de frontera, y en ejecución de las cuales se cometieran (materialmente) los delitos. Pero procedamos, primeramente, a contextualizar los delitos imputados:

Una vez finalizada la II Guerra Mundial y derrotada Alemania, fue dividida en zonas de ocupación por parte de las potencias aliadas. En el concreto caso de la ciudad de Berlín, la misma fue dividida en cuatro zonas (soviética, norteamericana, británica y francesa).

⁴²⁹ Regulaba el art. 45 CPA: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.”

En el año 1960, habiéndose ya unificado las zonas pertenecientes a las potencias occidentales y devuelto el poder a los alemanes (en lo que pasó a ser la República Federal de Alemania), las condiciones de vida eran netamente superiores y las libertades mucho más garantizadas que en la zona de influencia soviética (que se había constituido en la República Democrática de Alemania). De allí que el flujo migratorio de alemanes del este hacia el oeste fuese cada vez mayor.

El 12 de Agosto de 1961, el Consejo de Ministros de la RDA (bajo expreso mandato del Kremlin) ordenó el cierre total de fronteras entre los dos Berlín; dejando a la zona libre de Berlín occidental aislada del mundo – recuérdese que dicha ciudad había quedado completamente rodeada de lo que lo era el territorio de la RDA-. Empero, ante el continuo suministro de víveres y bienes desde el territorio de la RFA por parte de los “puentes aéreos” de la Fuerza Aérea norteamericana, y ante el incierto panorama socio-económico y político que se presentaba en la RDA, miles de alemanes del este siguieron transitando hacia Berlín oriental para, desde allí, burlar el cierre de fronteras y alcanzar la libertad en el Berlín occidental.⁴³⁰

Cumpliendo con expresas órdenes de Moscú, el Consejo de Ministros de la RDA ordenó la construcción de un complejo sistema destinado a impedir el paso no autorizado por la frontera berlinesa, y que se constituyó en el tristemente célebre “Muro de Berlín”.

Tal complejo no consistía simplemente en un muro a lo largo de la frontera entre el Berlín oriental y el occidental (155 kms), sino que consistía también en campos minados, sistemas automáticos para abrir fuego, (127,5 kms) vallas de alambre de espino y electrificadas, (302) torres de vigilancia con guardias armados apostados en ellas, (20) bunkers, (259) zonas de vigilancia canina, (105 kms) fosas antivehículos, y sofisticados sistemas de alarmas.

Durante y después de su construcción, hasta su caída en 1989, fueron cientos los alemanes que resultaron detenidos, heridos y asesinados, cuando intentaron burlarlo y alcanzar así el sector occidental.⁴³¹

⁴³⁰ Según las cifras oficiales, pese al cierre de fronteras, más de 100.000 alemanes del este intentaron huir hacia la zona occidental. Habiendo sido abatidos a tiros por soldados fronterizos de la RDA o muertos de otra forma al intentar huir, unos 600 alemanes del este.

⁴³¹ Entre 1961 y 1988, tiempo en que funcionó el sistema del Muro de Berlín, 136 personas resultaron asesinadas al intentar sortearlo, y 251 fueron ejecutados al intentar burlar a los guardias en los controles en los pasos fronterizos. Todo ello sin contar a los miles que se suicidaron o

Ahora bien, todo lo referente a la regulación y funcionamiento del complejo del Muro de Berlín estaba en la órbita competencial del Consejo de Estado (*Staatsrat*) y del Parlamento (*Volkskammer*) y delegado (en realidad desconcentrado funcionalmente) en el llamado Consejo de Defensa Nacional (*Nationaler Verteidigungsrat*). Éste estaba formado por catorce miembros y se reunía al menos dos veces al año. Su principal función era la de adoptar decisiones sobre el establecimiento y la consolidación del régimen de vigilancia fronteriza y, especialmente, sobre el procedimiento que debían observar los guardias de fronteras y de los pasos fronterizos. Dentro de este último punto, especial importancia tenían todas las regulaciones escritas y ordenes verbales acerca de disparar a matar contra aquellos que intentasen burlar el referido complejo.

En concreto, y sobre lo último expuesto, tanto el ejército (*Nationale Volksarmee*) como los guardias de fronteras (*Grenztruppen*), se hallaban bajo la autoridad directa del Ministerio de Defensa Nacional. De tal guisa, todas las órdenes que iban desde la instalación de minas y sistemas de disparos automatizados, hasta la de abrir fuego mortífero contra aquellos que intentasen cruzar el Muro, provenían de una orden anual emitida directamente por el Ministro de Defensa. No obstante, cabe indicar que dicha orden anual estaba fundada en su totalidad en las decisiones que emitía a su respecto el Consejo de Defensa Nacional. *Ergo*, el órgano que resolvía cómo había que proceder era, justamente, el Consejo de Defensa Nacional.

Así, y respecto de las directrices u órdenes emitidas conforme al procedimiento descrito *ut-supra*, tenemos que: “*La directriz principal era que el paso de la RDA a la RFA debía evitarse en todos los casos y por cualquier medio. Por ejemplo, en una decisión del 14 de Septiembre de 1962, el Consejo de Defensa Nacional dejó claro que las órdenes e instrucciones dadas por el Ministro de Defensa debían indicar a los guardias de frontera que ellos eran completamente responsables de la preservación de la inviolabilidad de la frontera en su sección, y que quienes trataban de cruzar la frontera debían ser arrestados como si se tratase de enemigos o, de ser necesario, aniquilados (esto significaba que si los fugitivos no podían ser detenidos, se consideraba aceptable su muerte). Así mismo, cuando*

murieron de tristeza al verse separados de por vida de sus afectos y familiares que estaban al otro lado del muro.

detenían a una persona que trataba de huir eran recompensados, incluso cuando el fugitivo perdía la vida en el intento.”⁴³²

La responsabilidad penal de los acusados la fundamentó el Tribunal Supremo en las órdenes que dictaran desde el Consejo de Defensa Nacional; órdenes que contribuyeran a mantener el brutal régimen del Muro de Berlín. Incluso más que ello, la actuación de los reos desde dicho organismo conllevó la ampliación de las zonas minadas (falleciendo cinco víctimas como consecuencia directa de ello), y un refuerzo de las disposiciones (en forma de órdenes verbales) referentes a tirar a matar a todo aquel que se hallare ya a punto de evadir el complejo (habiendo sido asesinadas dos personas como consecuencia de dichas órdenes).

La fundamentación de la condena a título de autores mediatos de los reos se basó fundamentalmente en los postulados de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, conforme a la teoría de Roxin. Así, sostuvo que los miembros del Consejo ostentaban el control sobre la comisión de los delitos, así como observaron en todo momento una plena conciencia acerca de que –atendiendo a las circunstancias imperantes- cualquier decisión que los subordinados adoptasen no sería obstáculo para la consumación de los delitos.

Siguiendo la fundamentación del Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann y recogida por Roxin, sostuvo que no considerarles autores mediatos no reflejaría la relevancia (importancia objetiva) de sus contribuciones a los hechos antijurídicos puesto que “cuanto más lejos se encuentre el dirigente de la escena del delito, mayor será su grado de responsabilidad.” Se sostuvo, asimismo, que el régimen que los miembros del Consejo habían establecido respecto de los guardias del Muro del Berlín, se hallaba desvinculado del Derecho positivo de la RDA (aunque también se reconociera que –conforme al Derecho positivo entonces vigente- las órdenes dictadas por el Ministro de Defensa en atención a las resoluciones del Consejo de Defensa Nacional observaban rango y fuerza de Ley).

Respecto de la fungibilidad de los ejecutores directos, el Tribunal Federal consideró que la misma resulta propia de toda estructura organizada de poder. Asimismo incorporó el concepto de la “*disponibilidad incondicional al delito*” de parte de dichos ejecutores directos, extremos éstos que vinculó a los anteriormente

⁴³² Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 250.

expuestos. De allí que –sostuviera- la contribución del superior jerárquico conducía (casi) directamente a la comisión de los elementos objetivos del delito. Por ende, si el superior era consciente de las circunstancias en las que operaba y deseaba que su contribución generase la comisión del hecho antijurídico, utilizando para ello la voluntad incondicional de quien realizara los elementos objetivos del delito, entonces había que considerársele como autor mediato.

I.5.d) Análisis de la teoría de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Esta teoría de imputación a título de autoría mediata cobra cada día mayor importancia en el seno del Derecho penal internacional ya que, a diferencia de la JCE, ha recibido reconocimiento expreso en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma). Así, en su art. 25 III a) reconoce la autoría mediata no sólo en los casos en que se realice el hecho por medio de otro penalmente irresponsable, sino también por medio de otro u otros penalmente responsable/s *regardless of whether that other person is criminally responsible*.⁴³³

Sobre estos extremos, ha manifestado originalmente Roxin: *“En este tercer grupo de casos [donde el ejecutor, no estando coaccionado ni engañado, ha de ser cambiante a voluntad], que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.”*⁴³⁴

⁴³³ Así la Pre Trial Chamber I de la Corte Penal Internacional, en la decisión del caso Katanga-Ndguolo, con fecha 30 de Septiembre de 2008, ha sentenciado: *“A concept has developed in the legal doctrine that acknowledges the possibility that the person who acts through another may be individually criminally responsible, regardless of whether the executor (the direct perpetrator) is also responsible.”*

⁴³⁴ Roxin, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...” cit., pág. 273, par. 24.

Asimismo, rechaza Roxin que en estos casos se pueda configurar una co-autoría, ya que a su juicio faltarían todos los presupuestos generalmente reconocidos para tal modalidad de participación: (i) no existe un pacto o acuerdo criminal; (ii) no existe una ejecución común; y (iii) no existe una estructura horizontal entre los partícipes (esto es, una calidad de igual rango de las contribuciones hechas con división de trabajo). También rechaza que se pueda configurar una instigación a su respecto, ya que mientras que el instigador tiene que dejar la decisión de la realización del hecho al autor, aquel que detenta el dominio de la organización no le deja tal decisión a su subordinado. El instigador tiene que buscarse a un determinado autor individual; quien tiene poder de mando en el marco de una organización delictiva tampoco tiene que hacer esto, sino que puede confiarse en desarrollos casi automáticos (de allí que el instigador permanezca como una figura secundaria en la ejecución del delito cuya contribución es sancionada con la misma pena que el autor solamente en razón a su carácter causal).⁴³⁵

La coexistencia de esos dos dominios sobre el hecho criminal, el dominio por la ejecución del hecho por propia mano, así como el dominio procurado por el control del aparato, es lo que –para Roxin– mejor describe la intervención delictiva conforme a parámetros empíricos (“una construcción de conceptos jurídicos diferenciadora que hace justicia a las estructuras reales”).⁴³⁶ Para ello concluye: “*La asunción de una autoría ‘vertical’, escalonada sucesivamente, tanto de quien da las órdenes como del ejecutor, corresponde ampliamente a la forma de funcionamiento de este tipo de delincuencia estatal: sin el hombre en la cúspide del aparato de poder, no serían posibles los crímenes. Pero tampoco serían posibles, si los mandatarios no tuvieran a su disposición ejecutores obedientes como esbirros. Quienes ordenan y quienes ejecutan son por igual elementos centrales en la exitosa realización de crímenes de Estado.*”⁴³⁷

Marcando las diferencias con las teorías de JCE y de *common purpose*, señala Ambos que en esta teoría la responsabilidad penal no se constituye a partir de una intención compartida o plan de común acuerdo de parte de los miembros de la

⁴³⁵ Roxin, Claus. “Apuntes sobre la sentencia- Fujimori de la Corte Suprema del Perú” in “Autoría mediata. El caso Fujimori” (Kai Ambos, Iván Meini, editores), Ara, Lima, 2010, pág. 97.

⁴³⁶ Roxin, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...” cit., pág. 275.

⁴³⁷ Roxin, Claus. “Apuntes sobre la sentencia- Fujimori en la Corte Suprema del Perú...” cit., pág. 98.

empresa, sino que su cerne, o criterio de imputación, radica en el control del autor mediato sobre el acto o el hecho criminal. Y sobre este último extremo, expresa que la teoría del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder constituye una forma muy particular de autoría mediata, porque va más allá de las formas clásicas de autoría mediata que se caracterizan por el uso de un autor directo como instrumento por el autor mediato, en donde el autor directo actúa sin responsabilidad penal por la existencia de un defecto (mental); siendo (el autor directo) un instrumento en las ‘manos’ del autor indirecto y que es dominado y controlado por la voluntad y conocimiento de éste.

Empero, en el marco de la macrocriminalidad, los autores directos actúan con plena responsabilidad penal, razón por la cual la teoría tradicional de la autoría mediata no les resulta aplicable. De allí que –dicen- sea necesario hablar de un “*autor (indirecto) detrás del autor (directo)*”, *Täter hinter den Täter*, donde el control del primero sobre el segundo no deviene de la falta de responsabilidad de éste, sino del control del primero sobre la estructura de poder en la cual operan.⁴³⁸

Si bien la teoría de Roxin goza actualmente de gran prestigio y de una muy buena recepción por parte de varias jurisdicciones nacionales, así como de las Salas de Cuestiones Preliminares de la ICC, empero la misma no se ha visto exenta de posiciones críticas dentro de la propia doctrina alemana. Como un análisis pormenorizado de tales posiciones doctrinales excede sobremano el marco de esta investigación, así como, dado que los extremos críticos que observan una relación directa con la casuística propia del Derecho penal internacional serán recogidos en el apartado I.5.f *ad infra*-, solamente haremos una sintética mención respecto de las tres líneas críticas más representativas.

Así, autores como Freund, han reconocido –al igual que Roxin- la posibilidad de responsabilizar a título de autor mediato al hombre de detrás inmerso en una organización burocrática (jerárquica-formal). No obstante, tal responsabilidad no la imputan por virtud de los “factores” sostenidos por Roxin, sino en atención a una responsabilidad especial que incumbe a todo superior jerárquico en atención a los poderes que emergen de la esfera de tal organización.⁴³⁹

⁴³⁸ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*” in “*La autoría mediata. El caso Fujimori*.” (Ambos, Kai; Meini, Iván, editores), Ara, Lima, 2010, pág. 74.

⁴³⁹ Freund, Georg. “*Strafrecht AT. Personale Straftalhere*, Berlín, 1998, págs. 102 y ss..

Otro sector crítico de la doctrina alemana ha seguido a la opinión de Herzberg. Este autor, por su parte, ha criticado el “dualismo fundamental en el entendimiento del hecho” propio de la fundamentación de Roxin; y ello por fallar en su intento de justificar un dominio por control basado en un criterio naturalista/empírico (como pretende, al menos en su discurso, Roxin).

Este autor entiende que el punto de vista correcto sería aquel que se funde en un criterio estrictamente normativo. Así expresó que “(...) *el intento de determinar la autoría por medio de un poder real de control debe abandonarse totalmente.*” Agregando que la teoría de Roxin, a causa de sus inconsistencias y contradicciones internas generadas particularmente dentro de la fundamentación de los “factores” de desvinculación del Derecho y de la fungibilidad, acaban en un marco propio de arbitrariedad por la enorme discrecionalidad que observa el intérprete.

Conforme a su posición (estrictamente normativa) concluye en que quienes emiten las órdenes, teniendo competencia funcional para ello, y dentro de una organización burocratizada, sólo podrán ser responsabilizadas jurídico-penalmente a título de inductores. Indicándose a este respecto: “*La delimitación entre autoría mediata e inducción debería determinarse, por tanto, únicamente desde el punto de vista normativo según que entre la orden y el resultado delictivo se intercale un delito responsable y doloso de otro.*”⁴⁴⁰

De allí que, por más “*convicción intuitiva*” que pueda haber acerca de la responsabilidad a título de autoría (mediata) de personajes nefastos tales como Hitler, Himmler, o Hoenecker, una construcción dogmática (que se precie de ‘neutral’) ha de reconocerles una responsabilidad jurídico-penal a título de inductores. Ello, ya que entre la orden y el resultado del delito “*se intercala*” la comisión dolosa y auto-responsable de otro: “*del autor/homicida, que como autores individuales o co-autores actuaban al fin y al cabo con propia responsabilidad.*”⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática...*” cit., pág. 218.

⁴⁴¹ Herzberg, Rolf D. “*Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*” en (Knut Amelung, ed.) “*Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, págs. 53 a 61. Las traducciones al español corresponden a Kai Ambos en “*La parte general del Derecho penal internacional...*” cit., pág. 217.

Rotsch, por su parte, ha sostenido que cuando los delitos son materialmente ejecutados por subordinados situados dentro de una organización o estructura de poder, y en cumplimiento de directivas u órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, éstos últimos incurren en una responsabilidad jurídico-penal distinta de la autoría, aunque sí resulte merecedora del mismo *quantum* de pena.

Concretamente: serían responsables a título de partícipes necesarios o a título de instigadores (ello por: [i] influir psicológicamente sobre los ejecutores directos y por [ii] no obstante, no cumplir ningún papel en la ejecución material y –posterior-consumación del delito). Cuando el ejecutor material del delito (en la subespecie: los jerárquicamente subordinados) es plenamente responsable (dada su decisión libre y voluntaria de realizar los elementos objetivos del delito), el superior jerárquico que emite la orden sólo podrá ser responsabilizado por ordenar o instigar. Ello puesto que éste último no tiene dominio alguno sobre el hecho; lo que se verifica en el hecho de que no puede estar seguro de que la orden se vaya –efectivamente- a cumplir, y de ser así, que sea del modo que él pretendía. Son, por el contrario, los subordinados –en su calidad de ejecutores materiales directos- quienes deciden consciente y libremente el *sí* y el *cómo* se ejecuta el delito.⁴⁴²

Finalmente, citaremos la posición de Weigend, quien sostiene que si la Corte Penal Internacional se decanta por la aplicación de la teoría de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, entonces tiene la misión de especificar el grado de control necesario para dicha aplicación. Indica que la ambigüedad en el grado de control o dominio requerido por la aplicación de esta última figura dogmática, es una cuestión realmente problemática, puesto que mientras hay consenso en que dicho grado de dominio o control existe cuando una persona utiliza a otra que no es penalmente responsable, es difícil encontrar la frontera entre los supuestos en que el influir en un subordinado se castiga como una mera participación por ordenar, cooperar o instigar, o como la autoría propia de un autor mediato. Agregándose a lo anterior, el siguiente razonamiento:

La Doctrina -en los casos de delitos cometidos por sujetos fuera del marco de una estructura o aparato organizado- y ante la imposibilidad de distinguir entre los distintos grados de influencia psicológica, mayoritariamente entiende que no cabe aplicar la autoría mediata, decantándose por imputar una intervención accesoria. De

⁴⁴²Rotsch, Thomas. “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft” in *ZStW*, 2000, págs. 561 y ss..

allí que no se entienda bien por qué razón se ha de proceder de un modo distinto cuando tal sujeto actúa dentro del marco de un aparato organizado de poder o estructura burocratizada.

Es cierto que Weigend acepta la evidencia de una “*consideración intuitiva*” respecto a que la presión (el poder real) de la organización hace que estos casos pudieran merecer un tratamiento distinto. No obstante ello, lo cierto es que también se verifica que no existe un motivo racional por el que se haya de considerar siempre al dirigente de tal tipo de organización como responsable principal a título de autor mediato del delito. Ello máxime, en situaciones en las que individuos que ejercen niveles de influencia similares sobre los autores son considerados como meros instigadores.⁴⁴³

Yendo a los fundamentos de la teoría de Roxin, encontramos cuatro características (“factores” según dicho autor) necesarias para poder configurar una autoría mediata en virtud del dominio sobre un aparato organizado de poder; sobre ellos se basará el dominio del hecho de los hombres de detrás. Siendo ellos: (i) el poder de mando de quienes imparten las órdenes en virtud de una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal; (ii) el apartamiento respecto del Derecho por parte del aparato de poder; (iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y, últimamente se ha agregado el requisito (iv) de la alta disposición a la comisión del hecho delictivo por parte del ejecutor. Pues bien, conviene a estas alturas del desarrollo del análisis, proceder a detallar con mayor precisión cada uno de los factores que componen esta teoría de imputación.

1.5.d.i) La existencia de una organización jerárquica de naturaleza u origen estatal y el poder de mando de quienes imparten órdenes.

Para que se pueda fundamentar una autoría mediata por dominio de la voluntad de los ejecutores directos, a través de un aparato organizado de poder, se requiere la configuración de una organización jerárquica en la que exista una asignación de diferentes roles a cada uno de sus miembros. De dicha manera se asegura que tal

⁴⁴³ Weigend, Thomas. “*Perpetration through an Organisation: the unexpected career of a German legal concept*” in “*9° Journal of International Criminal Justice*”, Oxford University Press, New York, 2011, págs. 110 y ss..

aparato de poder actúe de manera autónoma e independiente de las concretas y puntuales contribuciones de cada uno de sus integrantes.

Tal asignación de roles se realiza por parte de los superiores jerárquicos (el “*nivel estratégico superior de la organización*”) y se efectúa de manera vertical: a través de órdenes e instrucciones. De allí que no se trate de una división horizontal del trabajo, más propio del instituto de la co-autoría, o de una JCE, sino de un fenómeno diverso fundado en la jerarquía (administrativa).

Al asegurarse los superiores jerárquicos tal funcionamiento automático del aparato de poder, se aseguran un dominio sobre el hecho y sobre los autores directos (los ejecutores directos de los crímenes o delitos). Y a tales efectos, lo trascendente es verificar la existencia de tales órdenes o instrucciones; pudiendo las mismas ser tanto *escritas y manifiestas* (como v.gr. sucedía en el ámbito de la Alemania Nazi), *verbales*, e incluso *implícitas* (tal como se entendió por la Corte Suprema del Perú en la causa que se le siguió al ex Presidente Fujimori, ya que absolutamente ninguna prueba documental ni testimonial pudo echar luz acerca de la existencia de órdenes de Fujimori respecto de los ejecutores directos).

Respecto de estos últimos extremos, pues, parecería que de la sola posición formal que determinada persona ostente en un gobierno *de iure* o *de facto*, se deduciría (a veces como *praesumptio iuris et de iure*) la existencia de las órdenes de ejecutar delitos, lo que parece irreconciliable con la aseveración de Roxin de ser su teoría absolutamente afín a la realidad empírica del caso concreto. Siendo, también, palmariamente cierto que dicha crítica no se debe tanto a los desarrollos o expresiones vertidas por el propio Roxin, sino por sus seguidores y comentaristas (amén de las fundamentaciones jurisprudenciales).

Véase lo que al respecto señala Ambos: “*La existencia de órdenes explícitas no es necesaria, si los actos de los autores directos son cometidos en el contexto de los objetivos establecidos y perseguidos por la organización. Por lo tanto, resulta irrelevante el ‘como’ y ‘por quién’ son ejecutadas las órdenes, cuando los comandantes pueden estar seguros de que son ejecutadas por alguien de alguna u otra manera.*”⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*” cit., pág. 77.

De lo anterior se desprendería que, a los efectos de la imputación del resultado a los superiores jerárquicos, bastaría con que los actos delictivos perpetrados por los autores directos (pertenecientes a los peldaños más bajos de la organización) se circunscriban al ámbito de los “objetivos establecidos y perseguidos por la organización”: no siendo menester probar siquiera meridianamente la existencia de órdenes emitidas por aquellos jefes. Ahora bien, y ¿cuáles serían tales “*objetivos establecidos y perseguidos por la organización*”?, pues se infieren de la comisión de los delitos que se pretenden imputar a tales jefes... Como se puede apreciar, la tautología del caso es manifiesta e irresoluble (o en el mejor de los casos, se estaría ante una repetición de fundamentos de la doctrina de JCE y de *Common purpose*).

Volviendo a la fundamentación esgrimida por quienes sostienen esta teoría, los mismos señalan que las órdenes no necesariamente han de prestarse de manera formal a través de instrucciones, sino también a través de maneras informales y encubiertas, o *darse por sentado* (como lo ha sostenido expresamente la Corte Suprema del Perú en la causa contra Abimael Guzmán, líder del grupo terrorista “Sendero Luminoso”, y en la seguida contra el ex Presidente Fujimori).

Ahora bien, uno de los problemas que se suscitan en este ámbito es el de la falta de parámetros normativos para delimitar la autoría mediata y la co-autoría en el caso de los mandos medios. Concretamente, y tal como viéramos, la propia existencia de una organización vertical de poder, con una perfecta distribución de roles, alcanzaría para fundamentar la responsabilidad penal de aquellos ubicados en el vértice superior de tal pirámide respecto de los actos cometidos por aquellos ubicados en la base de la susodicha. El problema se suscita respecto de aquellos niveles intermedios, esto es, aquellos ubicados entre el vértice superior y la base de la pirámide. Aquellos que siguen teniendo a alguien por encima de ellos, esto es, a uno o varios jefes, de allí que estén sujetos a una responsabilidad funcional vertical a su respecto. Pero, concomitantemente a lo anterior, los mismos se hallan por encima de aquellos que ejecutan directamente los actos delictivos, esto es, de los ejecutores directos. Respecto a los cuáles (también) emiten órdenes (expresas, o bien implícitas o “dadas por sentado”, como equitativamente valoran los autores que sostienen esta teoría).

La pregunta es, concretamente, hasta qué nivel de jerarquía se puede asumir el control del hecho por el dominio del aparato de poder organizado. Al respecto,

tenemos la posición asumida *originalmente* por Roxin, quien extiende el control del hecho por el dominio del aparato de poder organizado a todos los mandos medios. Ello ya que éstos no sólo reciben órdenes de los superiores jerárquicos (el “nivel superior estratégico” conforme la tipología sustentada por Kai Ambos), sino que poseen poder de mando sobre sus respectivos subordinados (que observan, a la vez, subordinación vertical respecto de los superiores jerárquicos). Mas el principal fundamento aportado -entonces- por Roxin, era el que no se podía admitir a los sujetos que actuaren en tales peldaños intermedios, que argumentaran como causal de exculpación de sus hechos el que solamente se encargaran de la transmisión de órdenes; o bien que argumentaren la falta de causalidad fundado ello en cursos causales hipotéticos (del orden de que si ellos no lo hubieran hecho, otra persona lo hubiera hecho de todos modos). De allí que la autoría mediata no se limitase a los integrantes del mentado “nivel estratégico superior” o superiores jerárquicos, sino que existiese la posibilidad de verificarse una cadena de autores mediatos dentro de la organización jerárquica (concretamente: cada uno de los escalones que se hallan entre el vértice superior de la pirámide, y la base).

Una visión divergente sobre este punto es la expresada por Ambos (y aceptada en buena medida en los últimos trabajos de Roxin)⁴⁴⁵. Dicho autor sostiene que no se puede negar el hecho de que el control absoluto a través de un aparato organizado y jerárquico sólo puede ser ejecutado por el nivel estratégico superior, v.gr. el gabinete de un Gobierno *de facto*. Asimismo, tal nivel superior estratégico representa de manera especial al Estado, y como tal carga con la responsabilidad por toda posible transgresión de derechos humanos. Ello ya que el Estado observa una obligación especial de protección a sus ciudadanos (que, nosotros consideramos, se halla positivizada en los tratados internacionales de Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en la Carta de la ONU). De allí que concluya que todo otro poder sería de naturaleza derivada, y de allí que su ejercicio le sea imputable, concomitantemente, al mentado nivel superior estratégico (que conduce o dirige al Estado). Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado o perturbado de cualquier manera desde un nivel superior, sencillamente porque no existe ningún nivel superior al mismo.

⁴⁴⁵ Roxin, Claus. “*Strafrecht, AT*” Tomo II, Verlag CH Beck, Berlín, 2003.

Ahora bien, al respecto concluye que el dominio por organización podrá fundamentarse sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado cuyo poder de mando y cuyas órdenes no puedan ser –sin más- retiradas, anuladas o desatendidas. Es decir, por aquellos que dominen o gobiernen “*sin perturbación alguna*”.

Agrega al respecto el referido autor: “*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 sólo o cuando pertenecen al gobierno.*”⁴⁴⁶

Por el contrario, los sujetos que no pertenecen al referido vértice de la pirámide, más sí a algún nivel intermedio, poseen un dominio de la organización dentro del referido aparato, pero acotado a sus respectivos subordinados. Ellos no dominan todo el aparato sino, a lo mejor, una parte de éste. Dicho dominio “*parcial*” justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos o actos producidos por aquellos ubicados bajo su dominio. Empero, señala Ambos que, dada su dependencia respecto del vértice superior de la organización, se trata más bien de una co-autoría pues se fundamentaría más en una división funcional del trabajo, que en un dominio jerárquico (ejercido verticalmente) propio éste último de la autoría mediata a través del dominio de aparatos de poder.

Para fundamentar más acabadamente todo esto, entiende Ambos que no pueden prosperar los usuales argumentos en contra de la co-autoría en el marco de organizaciones formales, expuestos principalmente por Roxin. Señala que se puede, al respecto, seguir a la doctrina mayoritaria que habilita la existencia de una acuerdo de voluntades informal entre los intervinientes. Así, si bien “*(...) quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente, ello no contraviene la asunción de co-autoría, pues para el acuerdo de voluntades informal, es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en*

⁴⁴⁶ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra Alberto Fujimori...*” cit., págs. 78-79.

cierto modo tácitamente.”⁴⁴⁷ Agregando al respecto que el dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo, donde el autor de escritorio –que no se ensucia las manos directamente durante la ejecución del hecho como el autor directo- planea, prepara y ordena la comisión del hecho que el subordinado ejecuta. Concluyendo que ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida.⁴⁴⁸

Con referencia ahora al argumento de la diferencia estructural entre la autoría mediata vertical y la co-autoría horizontal, entiende Ambos que, si bien en principio debería ser reconocida, empero no resultaría observable (ni empleable) en los casos límite. A su respecto indica que ella se muestra idónea como argumento en pos de una autoría mediata más sólo en los casos en que la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia que recaiga sobre el mentado hombre de atrás. Concretamente señala: “(...) *En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y co-autoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión [de] si se está dispuesto a aceptar el déficit de equiparación entre los intervinientes.*

Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de la equiparabilidad y simultaneidad de la co-autoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto.”⁴⁴⁹

Concluye, entonces, que la responsabilidad penal de los mandos medios se ha de estructurar sobre la base de la teoría de la co-autoría. Ello, puesto que la autoría mediata se funda en un control absoluto y, como tal, no se puede conciliar con un

⁴⁴⁷ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra Alberto Fujimori...*” cit., pág. 80.

⁴⁴⁸ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra Alberto Fujimori...*” cit., pág. 80.

⁴⁴⁹ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra Alberto Fujimori...*” cit., pág. 81.

control parcial, o una falta de control por la ausencia de una postura de influencia o liderazgo imperturbable o absoluto.⁴⁵⁰

Empero lo anterior, cabe indicar que en la fundamentación de los fallos de los Tribunales internacionales (Salas de Cuestiones Prelimares de la ICC) se ha seguido la fundamentación dada por Roxin, por lo que los mandos intermedios se han considerado (siempre) como autores mediatos.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ En el mismo sentido se ha expresado últimamente –aunque parecería que acotado a aquellos sujetos ubicados en la cúspide del aparato o estructura de poder- Francisco Muñoz Conde, quien sostuvo: “(...) en el caso de los dirigentes y altos cargos del aparato de poder relacionados directamente entre sí, más que de autoría mediata habría que hablar aquí de ‘coautoría mediata’ por control o dominio del aparato de poder. Esta es una figura que tiene, por un lado, en el plano vertical las características de la relación jerárquica y de la fungibilidad de los meros ejecutores; pero que, por otro lado, en el plano horizontal tiene las características de la coautoría, es decir, el actuar conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, unas de carácter organizativa, otras de carácter más cercano a la ejecución, pero no necesariamente en la ejecución misma. Fuera de esta coautoría mediata quedarían los casos de mera cooperación ocasional o de complicidad con actos puntuales no indispensables para la realización de la acción.” Muñoz Conde, Francisco. “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado” in “Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales” (Alicia Gil Gil, Dir.), Dykinson, Madrid, 2013, pág. 289.

⁴⁵¹ Así se ha señalado: “(...) es la posición mantenida por Roxin la que ha sido adoptada en la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Así, la cuestión de los superiores intermedios ha sido abordada en particular por la SCP I en la orden de arresto que emitió el 27 de junio de 2011 contra Muammar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y el Jefe de los servicios de inteligencia militar libios Abdullah Al-Senussi, en la que aplicó el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder para imputar a este último los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011. La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que Al-Senussi se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder del estado de Libia, por debajo de Muammar Gaddafi, de quien recibía instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver en Benghazi las manifestaciones contra el régimen.” Olásolo Alonso, Héctor. “Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...” cit., pág. 218. También vide: Autos “Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Alsenussi” ICC-01/11-12, de 27 de Junio de 2011.

I.5.d.ii) La desvinculación de la Organización respecto del Derecho (Ordenamiento Jurídico).

Conforme a la configuración original de esta teoría, el aparato de poder u organización (tanto se trate del propio Estado, o de una buena parte de éste⁴⁵², o de un grupo no estatal), debe necesariamente actuar al *margen* del Derecho (nacional e internacional). Asimismo, las violaciones de derechos, verificadas en los resultados delictivos de las acciones desarrolladas por los subordinados jerárquicos, no han de constituir violaciones aisladas que no obedezcan a una política de violencia de carácter *masivo y sistemático*.

El fundamento de este factor se encuentra -conforme Roxin- en que cuando la actuación de la organización se ajusta de modo general a lo dispuesto por la Ley, cuando el sujeto subordinado se halla frente a una orden ilícita, no se hallará tan dispuesto a cumplirla (puesto que servirá el conocimiento de la ilegalidad de la misma como freno inhibitorio). Ello conllevaría que los ejecutores materiales deberían ser especialmente seleccionados, entre aquellos que no tengan reparos en actuar contra Derecho, y por ende no resultarían fácilmente reemplazables. Como señala el mentado autor, en dichos casos no estaríamos ante delitos cometidos “a través de aparatos organizados de poder” sino “en contra del aparato/estructura organizada de poder”. De allí que tales acciones no puedan ser atribuibles a la organización sino a los individuos particulares que actúen dentro de la misma: quienes ejecutan la orden responderían como autores materiales, y aquellos que dieran la orden ilícita responderían a título accesorio: por ordenar o instigar al delito de marras.

Por otra parte, la desvinculación del Estado del Derecho puede ser verificada de forma *instantánea* (mediante la decisión del nivel estratégico superior –jerárquico- de abandonarlo) o bien puede ser *gradual* (mediante el continuo deterioro de las instituciones democráticas).

Obsérvese que, refiriéndose a estos últimos extremos (desvinculación gradual del Estado de Derecho), señala Ambos –en opinión plenamente compartible- con respecto al caso del ex Presidente Fujimori -a quien considera por ello que observara un mayor grado de reprochabilidad-: “*El grado de culpabilidad del autor mediato es más intenso cuando el origen de la desvinculación parte de un marco de*

⁴⁵² V.gr. las fuerzas de seguridad que actúan como un Estado dentro del Estado.

legalidad formal, pues, en primer lugar, en este caso, se ha alejado del orden legal establecido que era la fuente del uso legítimo de poder, y –en segundo lugar- la estructura criminal que surge resulta ser menos identificable.”⁴⁵³ Cabe acotar que los motivos por los que compartimos tal mayor grado de reprochabilidad se fundan en la manipulación de instituciones secundarias, violando a su través la matriz propia de las instituciones primarias, generándose así una política de ingeniería social de deshumanización de un sector de la población.

Ahora bien, cabe señalar que el alcance y necesidad de este factor o carácter de la *desvinculación del aparato u organización respecto del Derecho* a nivel doctrinal no es un tema pacífico. Cuestión esta última que se agrava ante el permanente silencio que los Tribunales Internacionales (especialmente las Salas de Cuestiones Preliminares de la ICC) han observado a su respecto.

Así, Bottke ha sostenido que la actuación de la estructura/aparato al margen del Derecho no resulta menester para fundamentar un automatismo en el cumplimiento de las órdenes dictadas por los superiores de dicha organización. Ello, puesto que los subordinados, en todos los casos, observan una capacidad limitada para poder decidir libremente si ejecutan la orden o no. Así, aun en el caso en que no se verifique una *cultura institucional de actuar al margen del derecho*, el dirigente puede utilizar al subordinado como un instrumento sin capacidad de actuación autónoma, y ello por: el poder derivado de la conexión institucional; la subordinación funcional; y el poder de dirección consustancial al primero de ellos.⁴⁵⁴

Kai Ambos, por su parte, y *siempre con referencia a estructuras organizadas de poder estatales*, ha sido muy crítico con este factor de la desvinculación del Derecho, señalando que el mismo genera más confusión que utilidad práctica y habiéndolo tachado de superfluo para la fundamentación del dominio por organización.

⁴⁵³ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra Alberto Fujimori...*” cit., pág. 82.

⁴⁵⁴ Bottke, Wilfried. “*Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*” in “*Revista Penal, n° 4*”, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999. Disponible en:

https://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_4/21-30.pdf.

Así, primeramente criticó que la empresa (que muchas veces se corresponde a todo un Estado) deba actuar completamente al margen del Derecho, es decir: que todas sus actuaciones hayan de ser ilícitas. No obstante, Roxin refutó dicha crítica indicando que este factor no se refiere (necesariamente) a toda la actividad del aparato sino –fundamentalmente- a los hechos incriminados cometidos en autoría mediata (es decir: no a todo el ámbito de acción de la organización, sino sólo respecto de las actuaciones que constituirían un delito de Derecho penal internacional).⁴⁵⁵

Sin perjuicio de tal aclaración (que Ambos considera que engloba parcialmente las consideraciones que él aportara como sustento de sus críticas)⁴⁵⁶ sigue considerando que una desvinculación del Derecho aun comprendida de este modo (no amplia sino restringida) no puede ser un presupuesto obligatorio para determinar el dominio por medio del aparato/estructura, ya que (desde el punto de vista empírico) existen aparatos que actúan criminalmente sin desvincularse del Derecho positivo.

Claro que –y el propio Ambos lo reconoce- él se refiere con ello únicamente al Derecho positivo, no así al Derecho suprapositivo fundado en los Derechos Humanos reconocidos por las Convenciones y Tratados Internacionales, y por costumbre internacional cristalizada en las normas de *Ius Cogens*.

Para él, la diferencia fundamental entre la fundamentación de este factor o requisito sobre la base del Derecho positivo o del suprapositivo, radica en la evidencia, claridad y accesibilidad de la antijuridicidad de la orden recibida por parte del ejecutor directo. Así, sostiene que mientras la lesión del Derecho positivo es reconocida (o en todo caso, reconocible por el hombre medio) ello no puede afirmarse respecto de la lesión del Derecho suprapositivo. Este último carecería del efecto de “*barrera normativa*” sobre el ejecutor directo, por lo que no entorpecería el dominio de su voluntad por parte del aparato (descartándose así, también, la configuración a su respecto de una instigación propiamente dicha).

⁴⁵⁵ Roxin, Claus. “*Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*” in “*FS für Gerald Grünwald zum 70 (Erich Samson, Friedrich Dencker, Peter Frisch, Helmut Frister, Wolfram Reiss, Eds.), Geburtstag*”, Baden-Baden, 1999, págs. 549 y ss.

⁴⁵⁶ Ambos, Kai. “*La Parte General del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática...*” cit., pág. 236.

Como bien se ha afirmado, dentro de este concepto la doctrina se mueve entre dos tipos de “desvinculación del Derecho”: por un lado, de carácter positivo y, por otro lado, de carácter suprapositivo.⁴⁵⁷ No existiendo consenso en la concreción de cuál de ellos debe establecerse como requisito fundamentador del dominio de organización. De allí que autores como Bosch⁴⁵⁸, Herzberg⁴⁵⁹, Knauer⁴⁶⁰, Langneff⁴⁶¹, y Rotsch⁴⁶² en Alemania se hayan plegado –aunque con matices en sus respectivas fundamentaciones- a la conclusión de Ambos relativa a la eliminación de este factor a los efectos de fundamentar la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Así, Herzberg ha sostenido que –en definitiva- es el Juez quien ha de definir en atención a un delito cometido por una orden, si la organización (de la cual emana la orden en cuestión) era un aparato organizado de poder desvinculado del Derecho (desde el punto de vista del delito específico). Dependiendo absolutamente de él, el establecimiento de la frontera entre el *noch nicht* y el *aber jetzt*; entonces habría que dudar de la utilidad científica de la teoría. Concluyendo que podría no quedar probada la pretensión de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder por el hecho de no poder ser reconocido bajo qué circunstancias podría estimarse tal pretensión. Por lo que termina reclamando una diferenciación entre las organizaciones que trabajan sobre las bases del Derecho y aquellas que no lo hacen,

⁴⁵⁷ Fernández Ibáñez, Eva. “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Comares, Granada, 2006, págs. 181 y ss..

⁴⁵⁸ Bosch, N. “Organisationsverschulden in Unternehmen”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, pág. 229.

⁴⁵⁹ Herzberg, R. “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in Bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft”, Pro Universitate Verlag, 2000, págs.. 33 y ss.

⁴⁶⁰ Knauer, C. “Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft”, Verlag C.H.Beck, Munich, 2001, págs.. 78 y ss.

⁴⁶¹ Langneff, K. “Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug”, Shaker Verlag, Aachen, 2000, págs.. 115 y ss..

⁴⁶² Rotsch, T. “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?”, in *ZStW* n° 112, 2000, págs. 518 y ss..

debiendo ello depender (exclusivamente) de la observancia o inobservancia de la norma penal individual.⁴⁶³

Ahora bien, en el caso de Ambos, como hemos visto, al sostener que el Derecho suprapositivo no suele ser reconocido –como tal- por el ejecutor inmediato, y al constatar que existen supuestos de aparatos de poder que no se hallan desvinculados del Derecho positivo, sino que por el contrario se fundan en él (como fuere el caso de la República Democrática Alemana en el caso de los tiradores del Muro), la única solución que ve posible es la de afirmar que el dominio sobre la voluntad no se deriva (necesariamente) de una desvinculación del aparato de poder respecto del Derecho (positivo).

Es más, conforme a Ambos, en los casos en que el aparato de poder esté completamente vinculado al Derecho positivo –caso de la Alemania nazi, donde todo el ordenamiento jurídico interno se confeccionara en atención al *Führerprinzip*- el dominio del hecho por parte del hombre de detrás sería aún mayor. Así expresa: “(...) mientras que el ejecutor subordinado en el caso del aparato de poder desvinculado del Derecho puede al menos orientarse con base en el ordenamiento jurídico (acorde con el Estado de Derecho) que sigue existiendo en paralelo, cuando se da la concentración de Derecho e injusto en las manos de un aparato de poder estatal está sin posible orientación. Sólo hay un ordenamiento jurídico, y éste ordena también la realización de ‘hechos abominables’, y ello en la forma o sobre la base de una ley emitida de modo correcto (en el marco del orden estatal preestablecido). Este dominio del hecho, por lo tanto, es más completo (‘más abarcativo’) que en el caso de ordenamientos jurídicos paralelos.”⁴⁶⁴

Pues bien, la posición sustentada por Ambos conlleva el reconocimiento (siempre dentro del ámbito del Estado) de dos supuestos: (i) la existencia de un único ordenamiento jurídico positivo no acorde con los Derechos Humanos y demás garantías fundamentales; o bien (ii) la existencia de dos ordenamientos jurídicos positivos coetáneos, uno acorde con los Derechos Humanos y demás garantías

⁴⁶³ Herzberg, R. “*Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in Bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft...*” cit., pág. 37.

⁴⁶⁴ Ambos, Kai. “*Tatherrschaft durch Willensherrschaft Kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1998, pág. 243.

fundamentales, y otro violatorio de tales derechos y garantías y que constituye la base normativa de un aparato estatal que opera clandestinamente.

En el primero de los casos expuestos (i), estamos ante un aparato no desvinculado del Derecho, mientras que en el segundo caso (ii) claramente sí que existe un aparato desvinculado del Derecho; siendo únicamente en este último caso en donde se verificaría la posibilidad de imputarle responsabilidad a título de autor mediato a los jefes, conforme a la formulación original (o pura) de la teoría roxiniana. Así se suele citar el caso de los “tiradores del Muro” de Berlín, en el cual se entendió por el *Bundesgerichtshof* que las órdenes que los superiores del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana dieran a sus subordinados (los guardias de frontera apostados en dicho complejo) de disparar a matar a todo aquel que intentara sortear el referenciado muro y pasar así a la República Federal Alemana no hallaban amparo en las normas fundamentales (Constitución y legislación) del referenciado país. Por lo que (sostuvo el precitado Tribunal Supremo) se trataría de un verdadero aparato organizado de poder que actuaba al margen del Derecho positivo. De hecho, sostuvo el BGH que en casi nada se diferenciaban las normativas que regían el uso de las armas de fuego por parte de los guardias de fronteras en la RFA y en la RDA.

Ahora bien, analizada la precitada sentencia del BGH en toda su extensión, la aseveración de que el régimen de funcionamiento de la guardia perimetral del Muro de Berlín fuera uno desvinculado del ordenamiento jurídico (positivo) de la RDA, resulta –cuanto menos- cuestionable. De hecho, parecería desprenderse de la fundamentación del fallo que las órdenes verbales dictadas por los miembros del Consejo de Defensa Nacional observaban un rango normativo equiparable al de las leyes. De allí que no fueran las mismas (órdenes) constitutivas de un aparato estatal que actuara al margen del Derecho positivo, sino que por el contrario, eran una parte integrante de este último. Al decir de Hassemer: se estaba ante un único ordenamiento no desvinculado del Derecho, en la medida en que carecían las órdenes de matar de carácter clandestino, y no eran sino *el mundo normativo* de los soldados que disparaban en el muro.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Hassemer, Winfried. “*Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung, Grundlagen der ‘Mauerschützen’ BGHSt und des Bundesverfassungsgerichts*” in “*50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft*” IV, Verlag C.H. Beck, Munich, 2000, págs. 461 y ss..

Ante estos últimos asertos, la configuración de un aparato de poder desvinculado del Derecho positivo no se podría sustentar, razón por la cual la teoría de Roxin (en su formulación original) resultaría inaplicable, puesto que estaríamos ante un caso ubicable en el supuesto de la modalidad (i) indicada *ut-supra*. Empero, conforme a la posición sostenida por Ambos *et al.*, al descartarse este requisito o presupuesto, la teoría de autoría mediata por dominio de la voluntad sería perfectamente aplicable. Así (y como afirma Muñoz Conde), aun en aquellos casos en los que no resulta acreditada la existencia de un ordenamiento paralelo o coetáneo al margen del Derecho, ello no supondría obstáculo alguno para la apreciación de un dominio de organización (claro que, sacrificando para ello la observancia del factor o presupuesto de marras, establecido por Roxin).⁴⁶⁶

¿Pero significa ello que en los casos ubicables dentro de tal supuesto (i) de inexistencia de un régimen jurídico desvinculado y coetáneo al Derecho positivo, de aplicarse la postura pura de Roxin debiera rechazarse la imputabilidad por autoría mediata a través de un aparato organizado de poder? La respuesta es -a contrario de lo suscrito por los autores relacionados anteriormente- que no. Dicha negativa se funda, primeramente, en la ya vista relación para con el Derecho suprapositivo. Así, Roxin –siguiendo en ello a Radbruch- entiende que la conducta incriminable jamás puede hallar legitimación en el Derecho positivo. Ello puesto que este último resultaría (a su respecto) completamente nulo en la medida en que se halle en contra de la regulación hecha por normas de rango superior: Constitución, Convenciones internacionales de los Estados implicados, normas de Derecho consuetudinario internacional, o de Derechos Humanos fundados en el Derecho Natural (*naturrechtlich fundierte Menschenrechte*). De allí que, en los casos en los que todo el Derecho positivo de un determinado Estado (totalitario) legitime e incluso fomente la comisión de delitos de genocidio, de lesa humanidad, o de guerra, todo ese Estado y sus distintas instituciones (en tanto aparatos organizados de poder) verificarán una clara desvinculación respecto del Derecho internacional. Cuestión ésta que, por otra parte, se corresponde con la lógica propia de la casuística del Derecho penal internacional, en donde en la generalidad de los

⁴⁶⁶ Muñoz Conde, Francisco. “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?”, in Revista Penal nº 6, Universidad Castilla - La Mancha, 2000, pág. 107. Puede consultarse en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munozconde.pdf.

casos es el propio Estado (de raigambre totalitaria) el que modifica (primeramente) su Derecho positivo, convalidando así (cuando no, fomentando) las acciones delictivas (a los ojos del Derecho internacional, fundamentalmente de las normas de *Ius Cogens*). Analizando dicha casuística desde la Comunidad Internacional –y no desde el Estado propiamente dicho- es perfectamente vislumbrable la desvinculación del Derecho (del Derecho internacional y de las citadas normas de *Ius Cogens*), y fundamentalmente, de los efectos que atribuye Roxin a dicho presupuesto o factor de su teoría. Esto último es: el evitar que el dominio sobre la voluntad impuesto por los sujetos de detrás se vea perturbado por la vigencia de un ordenamiento jurídico que compele al ejecutor directo a inhibirse de proceder en contra de sus normas.

De hecho, la posición que aboga por una interpretación abrogatoria del presupuesto o factor señalado, sólo se comprende dentro del marco de una casuística distinta de la de los delitos internacionales. Siendo ella más propia de un Derecho penal económico, o del Derecho penal clásico, en donde las posibilidades de apelar a un ordenamiento jurídico suprapositivo resulta mucho más confuso y difuso.

Por otra parte, y en contra de la opinión de Ambos acerca de la mayor abstracción del Derecho suprapositivo (esto es: que los sujetos no se sienten vinculados, ni observan el mismo grado de conocimiento del Derecho suprapositivo que de las normas de Derecho positivo interno), señala muy bien Roxin que la cuestión no gira en torno a la distinción de una desvinculación *abstracta* de una *concreta*, sino si un comportamiento ordenado estatalmente constituye o no un injusto penal. Concretando su posición, afirma Roxin que la aseveración de que el ejecutor inmediato podría no reconocer los principios supralegales bajo los que someter su conducta, ignora el hecho de que las vulneraciones más graves de los Derechos Humanos resultan evidentes para la sensibilidad cognitiva de cualquier persona.⁴⁶⁷

I.5.d.iii) La fungibilidad de los ejecutores directos.

⁴⁶⁷ Roxin, Claus. “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität”, in “FS für Grünwald”, 1999, pág. 558.

La fungibilidad se refiere siempre al autor directo, al que perfecciona los actos ejecutivos y de consumación del delito.⁴⁶⁸ La misma consiste en un criterio normativo que permite compensar la falta de control sobre el autor directo, plenamente responsable, y que en cualquier momento puede decidir abandonar el plan criminal.

En principio, solamente si la organización produce un número suficiente de potenciales ejecutores, dispuestos y fungibles (esto último es: fácilmente intercambiables) se verificará la existencia del dominio de los superiores jerárquicos por intermedio del aparato organizado de poder. De allí que se trate de un criterio normativo fundado en circunstancias enteramente abstractas: la existencia de un potencial conjunto de autores directos que formen parte de una organización criminal, siendo “meras ruedecillas intercambiables” de una maquinaria que es la propia organización criminal.

Este carácter normativo ha llevado a ciertos autores a afirmar que el criterio de la fungibilidad convierte el libre albedrío y autodeterminación libre [del ejecutor directo] *en un dato naturalístico que –desde una perspectiva normativa- no resulta tener la menor importancia.*⁴⁶⁹ El fundamento de lo último expuesto se halla en que –conforme a esta teoría- los ejecutores inmediatos o directos no serían otra cosa más que aquella especie de “ruedecillas intercambiables” dentro de la mentada maquinaria organizada de poder, pasando a ser cosificados, considerados como un mero dato estadístico, tal como sostenía Servatius en su defensa de Eichmann. Su

⁴⁶⁸ “Clearly, the key issue of this doctrine is whether the mastermind is able to exercise effective control over the direct perpetrators by means of the organizational apparatus created and dominated by him. Yet, while the ‘man in the background’ will hardly be able to completely control the responsible perpetrators, this lack of control may be compensated by the control of the apparatus, which produces an unlimited number of potential willing executors. In other words, although direct perpetrators acting with full criminal responsibility cannot be considered mere ‘interchangeable mediators of the act’ (fungible *Tatmittler*) as such, the ‘system’ provides for a practically unlimited number of replacements and thereby for a high degree of flexibility as far as the personnel necessary to commit the crimes is concerned.” Ambos, Kai. “Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’, in “*System Criminality in International Law*” (Nollkaemper, André; Van der Wilt, Harmen. Editores) Cambridge University Press, New York, 2009, pág. 144.

⁴⁶⁹ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra Alberto Fujimori...*” cit., pág. 83.

intercambiabilidad es lo que hace que la libertad de la que goza el ejecutor directo (incuestionable desde una perspectiva de análisis naturalística o empírica) desde este punto de vista normativista pase a no tener mayor relevancia. Ello puesto que no importa quién ejecuta el acto delictivo, sino que solamente importa el que – efectivamente- se ejecute.

Al hombre de atrás o autor mediato, que emite las órdenes, le resulta irrelevante quién ejecutará las órdenes de marras; tan solamente le interesa que se ejecute el resultado delictivo pretendido –conforme al plan-. Y la razón de estos asertos (que conllevan un obvio divorcio de la realidad empírica) pueden ubicarse en el contexto de ciertas líneas de defensa, como las que observara el ex Dictador chileno Augusto Pinochet en la causa contra el General Manuel Contreras (Director de la policía secreta DINA). Este declaró en su defensa personal: *“Hay muchas cosas que yo le he ordenado hacer. ¿Pero qué cosas? Yo tenía que ejercer el poder. Pero no puedo decir que realmente dirigiera a la DINA. [Ellos] estaban bajo las órdenes, bajo la supervisión de toda la Junta, de los cuatro miembros de la Junta... Y quisiera que Ud entienda lo siguiente: el Jefe del Ejército siempre cuestiona ¿Qué es lo que Ud va a hacer?. La pregunta del ‘cómo’, ‘como es lo que voy a realizar’, es una pregunta para el Jefe de la Inteligencia, más que para el Jefe del Ejército. Esto es algo que los civiles no entienden.”*⁴⁷⁰

De allí que tanto el ‘cómo’, o el ‘por quién’, la orden será ejecutada, deban resultar irrelevantes a los efectos de neutralizar tales líneas defensistas. Así, en la medida en que el superior jerárquico esté seguro de que su orden será ejecutada por alguien y de determinada manera, será considerado autor.⁴⁷¹

Estos extremos constituyen la cuestión más discutida por la doctrina acerca de esta teoría de imputación: la divergencia que se genera entre la libertad de acción

⁴⁷⁰ Extraído de: Ambos, Kai. *“La Parte General del Derecho penal internacional...”* cit., págs. 220 y ss..

⁴⁷¹ Explica al respecto Ambos: *“Certainly, the whole idea of a domination or control of the act by virtue of a hierarchical organization stands and falls with the criterion of interchangeability (Fungibilität). For if one assumes that the man in the background cannot rely any more on the automatic execution of his orders then his domination over the act would fail in the face of of this insecurity and the freedom of the immediate perpetrator would prevail. A domination of his act could in such a situation only exist if the immediate perpetrator were coerced by the superior or involved in a mistake and therefore could be concretely dominated.”* Ambos, Kai. *“Command responsibility...”* cit., pág. 145.

por parte de los ejecutores inmediatos, materiales, o directos de los delitos, y el que tales personas sean, a su vez, consideradas “*instrumentos*” en las manos del autor mediato, o superior jerárquico. Concretamente: ¿cómo condice todo ello con el principio de autorresponsabilidad? Principio éste que enerva la posibilidad de considerar autor a todo sujeto distinto del ejecutor directo (de la consumación del delito) siempre que éste sea plenamente libre y consciente de sus actos.

Así, la principal objeción que se le plantea a la mentada teoría, es la de no clarificar por qué los ejecutores directos han de ser considerados como meros instrumentos en las manos de los superiores jerárquicos. Puesto que si los que ejecutan las órdenes que provienen de los superiores jerárquicos no son personas libres, sino que se hallan completamente condicionadas por aquellos mandos dirigentes de la organización o aparato de poder, entonces tal característica no podría ser tenida en cuenta únicamente en atención de los superiores jerárquicos (los hombres de atrás), sino que también debería ser tenida en cuenta respecto de los propios ejecutores materiales, propiciando su impunidad. Como se ha apreciado, interpretada en tal sentido la palabra “*instrumento*”, a la hora de valorar jurídicamente la conducta de los hombres de delante, debería mantener ese mismo significado. Y se ha precisado al respecto que el problema de la tesis de Roxin es el de atribuir al ejecutor la condición de “*instrumento en las manos de los hombres de detrás*”.⁴⁷²

Sin perjuicio de lo anterior, también se aclara que el término “*instrumento*” no tiene por qué suscitar problema alguno, ello en la medida en que se defiende a su respecto una interpretación amplia. De allí que se señale que las dificultades aparecen cuando se interpreta este término en sentido restrictivo, identificándole con un defecto del hombre de delante (del ejecutor directo). Señalándose: “*Ciertamente, será difícil afirmar que un sujeto está siendo dominado por otro cuando el primero tiene que responder penalmente como autor doloso de su hecho. El ejecutor material (autor inmediato) no es quien originalmente toma la resolución de cometer el delito, pero sí que es él quien decide cumplir la orden de ejecución. Del cumplimiento de la misma responde en concepto de autor. En efecto, aceptar llevar a cabo la ejecución del hecho constituye ya una decisión autónoma*

⁴⁷² Bolea, Carolina. “*Autoría mediata en Derecho penal...*” cit., pág. 370.

(propia y consciente), de la que tendrá que responder penalmente a no ser que concurra alguna causa de justificación o de exculpación.

Por otra parte, es de destacar que la admisión en este ámbito de la autoría mediata supone, una vez constatada la plena responsabilidad penal del ejecutor material, una clara ruptura del tantas veces aludido ‘principio de responsabilidad’.⁴⁷³

Concluyéndose que –tal como entendieran Roxin y Herzberg- resulta fundamental el separar la cuestión de cómo ha de responder el instrumento frente al Derecho, de la cuestión referente a la utilización de esa misma persona por otra para cometer un delito. A tales efectos resulta menester insistir en el hecho de que el hombre de delante (por más intercambiable o dispuesto a cometer el delito que esté) no puede ser considerado un instrumento dominado en manos de los mandos dirigentes de la organización. Además ello tampoco es necesario para afirmar la autoría de estos últimos, pues lo decisivo –sostienen- es poder constatar que se comparte el dominio del riesgo con el hombre de delante desde una posición de control de la organización.⁴⁷⁴

Y comparten el dominio del riesgo en la medida en que se analice el suceso desde aquella doble perspectiva que indicáramos *ut-supra*:

(i) Primero, desde el *plano del ejecutor directo*, se ejercerá por éste un dominio del riesgo en la medida en que exista una decisión autónoma y libre de cumplir con la orden recibida. De allí que responda como autor por la ejecución de tal orden, cometiendo un delito. (ii) Segundo, desde el *plano de los mandos dirigentes* (superiores jerárquicos) que emiten las órdenes sólo podrá hablarse a su respecto de dominio del riesgo en la medida en que el cumplimiento de las mentadas órdenes no dependa de la decisión de una persona concreta, sino que ello venga asegurado por la propia dinámica de la organización. De tal guisa, el funcionamiento automático del aparato ha de garantizar el cumplimiento de la orden.

De allí que se haya concluido que la decisión de ordenar la comisión del delito en esas concretas condiciones (que garantizan con una probabilidad rayana en la seguridad el cumplimiento de la orden), genera la responsabilidad como autores de

⁴⁷³ Bolea, Carolina. “*Autoría mediata en Derecho penal...*” cit., pág. 367.

⁴⁷⁴ Bolea, Carolina. “*Autoría mediata en Derecho penal...*” cit., pág. 369.

los hombres de detrás.⁴⁷⁵ Que la decisión de cometer el delito quede en manos del ejecutor material supone un alejamiento de la conducta del hombre de detrás respecto a la lesión del bien jurídico. Mas dicha distancia quedaría compensada en la medida en que la propia estructura jerárquica garantice el cumplimiento (prácticamente) automático de las órdenes.⁴⁷⁶ Verificándose en dicho fundamento el mismo razonamiento seguido en la condena a Eichmann por el Tribunal de Jerusalén.

El concepto de fungibilidad (y sin perjuicio de lo señalado anteriormente) ha venido recibiendo distintas modificaciones por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia (especialmente desde fueros nacionales). Habiéndose desarrollado dos sub-especies:

Primeramente, la fungibilidad concreta o negativa. La que responde a los parámetros que hemos estado viendo: así, la negativa o la abstención por parte de la persona designada para realizar el delito o los delitos conforme al plan de los superiores jerárquicos no impedirá la consumación del o de los mismos (delitos) ya que el incumplimiento es compensado de manera inmediata por la designación de un nuevo ejecutor que tomará su lugar y los ejecutará.⁴⁷⁷

En segundo lugar, hallamos el concepto de la fungibilidad abstracta o positiva. El mismo se refiere al poder del superior jerárquico de escoger para la realización del o de los delitos, a aquella persona más preparada, o más calificada, para ello.

⁴⁷⁵ Sobre la sostenibilidad de una existencia lógica y teleológicamente coherente entre un autoría mediata por intermedio de un aparato organizado de poder (por parte del Superior) y una autoría material (por parte de los subordinados), vide: Kühl, Karl. “*Strafrecht AT*, 4ª ed.”, Vahlen Franz, Munich, 2002, Par. 20, nº 72.

⁴⁷⁶ Bolea, Carolina. “Autoría mediata...” cit., págs. 368-369. Sombreado es nuestro.

⁴⁷⁷ Kai Ambos, en atención al fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú en su sentencia de 14 de Diciembre de 2007 (el caso Abimael Guzmán), agrega el concepto de la “fungibilidad negativa sucesiva”, conforme al cual si el sujeto subordinado no cumple con la orden emitida por el Superior, otro miembro le reemplazará no de modo inmediato, sino con cierta posterioridad. Es decir, el reemplazo de quien se niega a cumplir con la orden no sería inmediato, sino sucesivo. Cabe señalar que dicho concepto (que resulta inconsistente con toda la formulación teórica hecha por Roxin) no ha sido recogido por ninguna otra jurisdicción nacional ni internacional. Al respecto vide: Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 206. Sala Penal de la Corte Suprema de Perú, *Sentencia de 14 de Diciembre de 2007, Caso n° 5385-200*, disponible en: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index>.

Concretamente: la mejor opción entre una pluralidad de ejecutores que tiene a su disposición.

Como puede verse, este concepto de fungibilidad dista considerablemente del anterior, y se aparta asimismo de muchas de las consideraciones que le sirven de fundamento al instituto de imputación de referencia. Ya que: ¿cómo se puede sostener ahora que el sujeto que realiza o perpetra las acciones criminales directas sea una “*mera ruedecilla intercambiable*”?; ¿cómo se puede sostener bajo esta modalidad de fungibilidad que el autor mediato no tiene por qué conocer al ejecutor directo?

Pues bien, la razón de esta particular solución se debió a la inaplicabilidad del concepto “puro” (único coherente con el instituto de imputación en cuestión) en ciertos casos en donde el “aparato” no estaba compuesto más que por una docena de personas como mucho. Hablar en tales casos de la existencia de un gran número de potenciales ejecutores, no guardaba ningún sentido.

Ejemplo de esto es el fallo de la Suprema Corte del Perú en el caso Fujimori. A dicho exmandatario se le imputó ser autor mediato de las ejecuciones de supuestos integrantes y/o simpatizantes de grupos terroristas Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Tupac Amaru, perpetradas en Barrios Altos y en la Universidad Nacional La Cantuta, y ejecutados por un comando especial paramilitar denominado “*Grupo Colina*”. Ahora bien, dicho grupo estaba integrado por no más de *trece personas*, razón por la cuál la aplicabilidad a la subespecie del criterio de la fungibilidad negativa resultaba, a todas luces, imposible.⁴⁷⁸

Otra modalidad que ha surgido de la Jurisprudencia internacional a los efectos de “*matizar*” el concepto de la fungibilidad (negativa) es el que ha establecido la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso *Katanga &*

⁴⁷⁸ A este respecto, parte de la Doctrina se ha cuestionado si no se trataría más de un factor o manifestación de una actitud favorable del reo al cumplimiento de las órdenes emitidas por su Superior, más que a un criterio de fungibilidad en sentido estricto. Así, se sostiene que su fundamento se halla en la clandestinidad en la que se hallan inmersos, en el intenso entrenamiento, y en una motivación político-ideológica. Asimismo, se ha sostenido que debería considerárselo (por lo indicado antes) como un criterio alternativo al de la fungibilidad de los subordinados, para reflejar la existencia de un automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización. Al respecto, *vide*: Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 207.

Ngudjolo. Allí, y ante la imposibilidad de verificar la existencia de un aparato vertical/jerarquizado de poder, en donde los superiores contarán plenamente con el cumplimiento automático de sus órdenes por parte de sus subordinados, se procedió a equiparar tales extremos al hecho de haber capturado a menores de edad y haberlos sometido a un fuerte y violento entrenamiento para que aprendieran a matar, a asaltar, violar, destruir, etc.. Olásolo ha puesto en duda la eficacia de esta excepción, señalando que, dado que se trataría de menores de edad, lo que resultaría aplicable a la subespecie sería la autoría mediata propiamente dicha. En nuestra opinión dicho autor limita enormemente el potencial de los institutos dogmáticos propios de la imputación personal del hecho antijurídico, dado que se configurarían respecto de estos ejecutores materiales, verdaderas situaciones de inexigibilidad por desconocimiento de las instituciones profundas sobre las que se asientan las normas de Derecho supranacional (normas de *Ius cogens*) y de Derecho positivo que prohíben lesionar bienes jurídicos fundamentales de toda persona humana. De tal guisa, la amplitud del instituto de la autoría mediata clásica sería mayor que la del (sólo) supuesto de empleo de un menor de edad como ejecutor material, pudiendo alcanzar situaciones en donde esos “*soldados niños*” hayan alcanzado la mayoría de edad.⁴⁷⁹

Como se puede apreciar, la razón fundamental por la cual los Tribunales nacionales e internacionales (acompañados concomitante o posteriormente por parte de la doctrina) entraron a modificar el concepto de la fungibilidad se debió a la dificultad de su prueba dentro de los respectivos procesos. De allí que se hayan difuminado los contornos de dicho factor.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Sobre la opinión de Olásolo, *vide*: Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 210.

⁴⁸⁰ Como indica al respecto Manacorda: “*Furthermore, some problems regarding the distinction between principal and accesorial liability, for which the ‘control over the crime’ approach offered a very sound solution at a theoretical level, will probably surface once again at the evidentiary stage during the trial. In particular, it appears that the difference between perpetration based on the notion of ‘control over the crime’ and ordering, which, respectively, integrate a form of principal and a form of accesorial liability pursuant to art. 25 (3)(a) and (b) of the ICC Statute, will not be easy to prove. Relying on Roxin’s approach the Chamber suggests that the main attribute of this organization is the ‘replaceability’ of the subordinates as a ‘mechanism that enables its highest authorities to ensure automatic compliance with their orders’, and that ‘the leader’s ability to secure this automatic compliance with his orders is the basis for his principal –rather than*

I.5.d.iv) La predisposición del autor directo a la realización del hecho.

Este factor, agregado últimamente por Roxin, conlleva el siguiente concepto: el autor o ejecutor directo no es una persona que se comporte como cualquier ciudadano normal y corriente que perfecciona un delito, sino que *deja de actuar como un ente individual y pasa a ser parte de un todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización jerárquica.*

Al respecto, cabe señalar que dicho criterio no sería tanto un presupuesto, sino una característica de la autoría mediata por dominio de la organización. Extremo éste que fuere recogido por el propio Roxin últimamente, aclarando que no se trataría de un presupuesto autónomo, sino que ha de derivarse de los otros elementos del dominio por organización. Las razones esgrimidas para fundamentar la verificación de este factor derivado -sintéticamente- serían:

(i) Primero, la propia naturaleza de la organización jerárquica, pues ya de por sí lleva a una tendencia de adaptación; y (ii) que el poder de mando de los hombres de detrás, si bien no alcanza un grado propio de la coacción, sí llega al de la coercibilidad (“se acerca bastante a la coacción”). El ejecutor obediente temerá la pérdida de su puesto, o el desprecio de sus colegas u otras desventajas sociales, todo ello en caso de negarse a cumplir con lo ordenado. Asimismo, (iii) el apartamiento del Derecho conlleva una elevación a la disposición al hecho: “(...) *en la medida en que el ejecutor obedece a sus aspiraciones de carrera profesional, su necesidad de reconocimiento, obnubilación ideológica o incluso a motivos sádicos o normalmente criminales, en la creencia que él no rendirá cuentas a la*

accessorial- liability.’ The Court, aware of the difficulties of proving this ‘interchangeability’ of subordinates, suggested that an alternative means of securing automatic compliance with the leader’s orders in such contexts may be ‘through intensive, strict, and violent training regimes. For example, by abducting minors and subjecting them to punishing training regimens in which they are taught to shoot, pillage, rape and kill.’ The effort invested by the Court in adapting the ‘old doctrine’ to the ‘new context’ is certainly to be welcomed. Nevertheless, the evidence suggests that, in the absence of strictly and formally structured hierarchical organizations, it will be very difficult to prove this ‘mechanisation’ of the criminal apparatus and the ‘replaceability’ of its subordinates in order to distinguish between ordering (as a form of complicity) and indirect perpetration.” Manacorda, Stefano; Meloni, Chantal. “Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring approaches in the practice of International Criminal Law?” ... cit.; pág. 172.

justicia.”⁴⁸¹ En definitiva, la *ratio* radica en la expectativa de impunidad que el contexto macro-criminal conllevaría. Finalmente, (iv) la fungibilidad del individuo puede llevar hacia la disposición al hecho en la medida en que alguien, si bien por sí mismo, nunca cometería tales hechos, sí se convence y toma parte en los mismos (porque él se dice: “si no lo hago yo, lo realizará otro de todas maneras”).

Sobre estos extremos, ha señalado García Caveró que este requisito se refiere a la *disposición interna* del ejecutor respecto de la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Por lo que se trata de un factor eminentemente *psicológico* que provoca una mayor cohesión e identificación del autor para con el aparato de poder. Provocando (este fenómeno de identificación interna del ejecutor con los fines de la organización) un aumento del dominio del hecho del nivel superior estratégico del aparato organizado de poder respecto de la ejecución de los hechos delictivos, permitiendo la fundamentación de los delitos a título de autor mediato.⁴⁸² Empero, dicho autor advierte que este presupuesto, a diferencia del requisito de la fungibilidad, requiere de una base fáctica de carácter psicológico. Esto último ya que la predisposición de una persona *es un estado interno que debe probarse de manera indirecta por las circunstancias externas del hecho* (por ejemplo, el aseguramiento de la impunidad, recompensas como ascensos, bonificaciones, etc.); cuestión ésta que –como se viera- no se contempla de tal modo por la señalada doctrina que se decanta por una valoración de corte normativa-general.

I.5.d.v) Los nuevos aportes dados por Ambos.

El referenciado autor parte del siguiente problema: el criterio de la fungibilidad no puede compensar de manera satisfactoria la falta de control fáctico del autor mediato sobre los autores directos plenamente responsables; de allí que no puede explicar *per se stante*, el dominio pleno del hecho.

⁴⁸¹ Roxin, Claus. “*Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú...*” cit., pág. 110.

⁴⁸² García Caveró, Percy. “*La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori*” in “*Autoría mediata. El caso Fujimori*”; ARA, Lima, 2010, pág. 201.

Agrega que desde una postura puramente fáctica, naturalista o empírica, siempre hay casos en los cuales los autores directos no pueden ser cambiados sin frustrar de tal modo la consumación de los delitos. Como ejemplo de ello tenemos el caso de “los tiradores del muro”. Dicho caso consistió en la determinación de la responsabilidad penal tanto de aquellos soldados de la República Democrática Alemana como del Ejército Soviético quienes, cumpliendo órdenes de sus superiores jerárquicos, disparaban sobre cualquier ciudadano que intentara superar los vallados y muros en que consistía el complejo fronterizo conocido como “el muro de Berlín” y que separaba la zona de influencia soviética del sector de tal ciudad que anteriormente había estado bajo la ocupación norteamericana, inglesa y francesa, y que luego pasó a ser territorio soberano de la República Federal Alemana. Como bien observa Ambos, bastaba con que uno de dichos soldados se negara a disparar, para que, mientras era sustituido por otro cumplidor con las órdenes homicidas, el blanco atravesara los obstáculos y alcanzara la ansiada libertad en el sector occidental. Poniendo así su vida a su salvo.

De todo ello concluye que el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización. Debiendo ser complementado por una consideración normativa que transporta la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirviéndose de un concepto material de libertad.⁴⁸³

De tal guisa, recuerda Ambos el deber de protección del Estado respecto de sus ciudadanos, constituyéndose así una posición de garante sobre aquél respecto de los derechos fundamentales de estos otros. Deber de garante que se lesionaría en la medida en que se emitan órdenes antijurídicas a los ejecutores directos, consistentes en lesionar a ciertas personas. Así, expresa: “*La relación de dependencia entre el ciudadano y el Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión [impropia]. También aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante. En el caso de una orden antijurídica, la dependencia – también normativa- del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el dominio del hecho de éste.*” Y agrega: “*Este dominio es ejercido por el Estado al*

⁴⁸³ Ambos, Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*”... cit., págs. 84-85.

*impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectados dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre el Estado y el ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí.*⁴⁸⁴

Señala que el dominio del hecho por parte del Estado se presenta como un dominio sobre la cualidad de la relación: de la relación de reconocimiento entre Estado y sus ciudadanos. De allí que manifieste que lo importante en dicha relación sea el deber especial del Estado frente al ciudadano, derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación, la de los ciudadanos entre sí (el autor directo y la víctima) lo que es relevante es su lesión por medio de una injerencia directa sobre la libertad ajena (realizada por el ejecutor directo sobre la víctima).

Ahora bien, ambas relaciones jurídicas en la casuística referida, resultan lesionadas. Mas si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal (a través del ejecutor directo), entonces –dice- no se puede atender solamente a la relación entre dicho vértice de la organización y el ejecutor directo, sino que también ha de atenderse a la víctima. La obligación especial del Estado frente a todos sus ciudadanos (que le obliga a protegerles y le prohíbe lesionarles, y que al mismo tiempo entraña un poder de lesión especial), proporciona una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales no se verifique (empíricamente) la fungibilidad. Empero, advierte Ambos, esto no significa abandonar la teoría del dominio del hecho, sino que ella resulta “*asegurada normativamente*”.

Lo anterior, puesto que la fundamentación normativa fundada en la violación del deber del Estado de su posición de garante, no reemplaza al punto de vista fáctico del dominio del hecho en virtud de la fungibilidad, sino que, por el contrario, le complementa. Claro que dicho “*complemento*” teórico normativo no podrá ser considerado (conforme indica el precitado autor) cuando: se intente imputar autoría mediata a individuos situados fuera del “*nivel estratégico superior*”; ya que solamente sobre los líderes recae tal deber especial de protección de los ciudadanos; y se trate de casos de líderes de organizaciones no estatales. Esto,

⁴⁸⁴ Ambos Kai. “*Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori...*” cit., pág. 85.

obviamente, por no verificarse en ellos la existencia de tal posición de garante estatal.

I.5.e) La recepción por los Tribunales internacionales de la autoría mediata de dominio por intermedio de aparatos organizados de poder.

I.5.e.i) Estado de situación.

Es un dato cierto que la teoría de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, ideada por Roxin, no ha gozado de una gran recepción por parte de los tribunales internacionales. Bien sea ello debido a que la misma no se podía afirmar que procediera de los fallos emitidos por los Tribunales de Núremberg y Tokio tras la II Guerra Mundial, ni que fuera un instituto de imputación –siquiera- reconocido por una gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo (o tan siquiera del mundo occidental). Siendo, al respecto, particularmente trascendente el desconocimiento que, sobre la mentada teoría, tenía –y en gran medida sigue teniendo- el mundo jurídico anglo-americano.

Empero, también es cierto que paulatinamente la mentada teoría ha venido ganando importantes adhesiones por parte de la doctrina continental europea y, a su través, latinoamericana; y un reconocimiento en fallos judiciales dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, tales como el juicio a las Juntas Militares Argentinas y el caso de los ex miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA (ya comentados *ut supra*), así como, más recientemente, los fallos emitidos por la Corte Suprema del Perú contra el ex líder terrorista Abimael Guzmán y contra el ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori.

A nivel internacional, y tal como adelantáramos, la recepción de esta teoría ha sido escasa; aunque no debe desconocerse el fuerte impulso que en la última década le ha dado la ICC, especialmente a través de la Sala de Cuestiones Preliminares I. Ello se debe, en gran medida, a la interpretación que la mayor parte de la doctrina (y la mencionada Sala) han hecho del art. 25.3.a del Estatuto de la ICC, por la que entienden que exclusivamente recepciona la teoría de Roxin cuando habla de la

comisión del delito por conducto de otra persona, sea ésta o no penalmente responsable.⁴⁸⁵

También han contribuido a ello el fuerte influjo de las doctrinas alemanas y españolas sobre el resto del continente europeo y sobre iberoamérica; la creciente consideración acerca de que –más allá del *quantum* de la pena- la imputación de una responsabilidad jurídico-penal a título de instigador o de cómplice respecto de los líderes políticos y militares no condice con (la intuición que generalmente se tiene acerca de) la función que cumplieren dichos jerarcas. Así como también ha influido la constatación doctrinaria de que la mentada teoría se ajusta mucho mejor a la hora de analizar y determinar responsabilidades individuales en situaciones socio-jurídicas de tipo vertical (es decir, dentro de relaciones jerarquizadas).

No obstante lo dicho, ha de indicarse que en la gran mayoría de los (pocos) casos en que la teoría de Roxin ha sido empleada por parte de un Tribunal internacional, la misma se ha hecho integrándola bien con la teoría de Joint Criminal Enterprise, o bien con la teoría de la co-autoría funcional. Por lo que en gran medida se ha visto degenerada en una construcción híbrida con profundas contradicciones intra-sistemáticas, e incluso desconociendo, en todo caso, muchos de los *factores* - indicados por Roxin como- consustanciales a dicha teoría.

Podemos citar como ejemplos de construcciones de imputación con base en la JCE y a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder: a los casos *Stakic*, *Brdnanin*, *Krajisnik*, *Martic*, *Dorjevic*, *Gotovina* y *Mladic*, ante el ICTY⁴⁸⁶ (remitiéndonos al análisis que hicieramos en el apartado I.4.d.ii y *siguientes ut supra*). Asimismo, son ejemplos de construcciones de imputación en base a la

⁴⁸⁵ En contra de dicha interpretación: Van Sliedregt, Ellies. “*Individual criminal responsibility in International Law...*” cit., págs. 86 y ss..

⁴⁸⁶ *Prosecutor vs. Stakic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-97-24-T, de 31 de Julio de 2003. *Prosecutor vs. Brdanin. Decision on motion for acquittal pursuant to rule 98 Bis*, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004. *Prosecutor vs. Krajisnik*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-00-39-T, de 27 de Septiembre de 2006. *Prosecutor vs. Martic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-95-11-T, de 12 de Junio de 2007. *Prosecutor vs. Martic*, Juicio de Segunda Instancia, opinión disorde del Juez Schomburg sobre la responsabilidad penal individual de Milán Martic, ICTY-95-11-A, de 8 de Octubre de 2008. *Prosecutor vs. Dorjevic*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-05-87/1-T, de 23 de Febrero de 2011. *Prosecutor vs. Gotovina et al.*, Juicio de Primera Instancia, ICTY-06-90-T, de 15 de Abril de 2011. *Prosecutor vs. Mladic*, Segunda enmienda a su procesamiento, ICTY-09-92-I, de 1 de Junio de 2011.

autoría mediata de marras y a la co-autoría funcional, los casos: *Jean Pierre Bemba*, *Germain Katanga*, *Mathieu Ngudjolo Chui*, *Abu Garda*, *Francis Muthaura*, *Uhuru Kenyatta*, *William Ruto*, y *Henry Kosgey*, ante la ICC.⁴⁸⁷

Solamente en dos casos se ha aplicado de forma “pura” la teoría de Roxin aquí analizada: *los casos contra el ex Presidente de Sudán Omar Al-Bashir*, y *el caso contra Abdulah Al-Senussi*, ambos relativos al dictado de sendas órdenes de arresto por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la ICC. A su análisis dedicaremos los siguientes apartados.

I.5.e.ii) El caso de la ICC contra Omar Al-Bashir (Orden de arresto internacional dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I, el 4 de Marzo de 2009 y el 12 de Julio de 2010).⁴⁸⁸

A raíz del ataque que las fuerzas rebeldes integradas por el Ejército Sudanés de Liberación (SLA) y el Movimiento por la Justicia y la Equidad (JEM) lanzaran contra el aeropuerto internacional de El-Fasher en Abril de 2003, el Gobierno de Sudán resolvió implementar un plan de lucha contra dichos grupos (y otros) insurgentes, movilizandando para ello a las temibles milicias “Jajaweed” así como al resto del ejército nacional.

Tales movilizaciones se inscribieron dentro de un plan de actuaciones que tenía como finalidad la destrucción física de todos los integrantes y/o simpatizantes de

⁴⁸⁷ *Bemba Case. Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges*; ICC-01/05-01/08-424, de 15 de Junio de 2009. *Katanga and Ngudjolo Case. Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges*; ICC-01/04-01/07-717, de 1 de Octubre de 2008. *Abu Garda Case. Decision on the Prosecution’s application under article 58*; ICC-02/05-02/09-1, de 7 de Mayo de 2009. *Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of charges*; ICC-02/05-02/09-243-red, de 8 de Febrero de 2010. *Muthaura, Kenyatta y Ali Case. Decision on the Prosecutor’s application for summonses to appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*; ICC-01/09-02/11-01, de 8 de Marzo de 2011. *Ruto, Kosgey y Sang Case. Decision on the Prosecutor’s application for summons to appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, and Joshua Arap Sang*; ICC-01/09-01/11-01, de 8 de Marzo de 2011.

⁴⁸⁸ *Al-Bashir Case. Decision on the Prosecution’s application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*; ICC-02/05-01/09-3, de 4 de Marzo de 2009. *Al-Bashir case. Second warrant of arrest*; ICC-02/05-01/09, de 12 de Julio de 2010.

los mentados grupos insurgentes. Especialmente ello respeto de las poblaciones de Darfur, a la que se veía con especial recelo por sus relaciones con los rebeldes.

De allí que se ejecutaran (conforme al preconcebido plan) sendos ataques contra dicha población; siendo tales acciones bélicas de gran escala, tanto por alcanzar a cientos de miles de personas, como por la extensión de los mismos (a todo el territorio de la mencionada región de Darfur).

En adición a lo anterior, hemos de indicar sobre los referenciados ataques, que los mismos observaron una naturaleza sistemática, ya que se verifica en todos ellos el mismo patrón de violencia, consistente en: (i) operaciones ilícitas tanto en ciudades como en pueblos, (ii) saqueos posteriores a los ataques, (iii) asesinatos y exterminio de civiles, (iv) violaciones masivas de mujeres y niñas civiles, (v) desplazamientos forzados de la población civil, y (vi) aplicación permanente de la tortura en todos los interrogatorios a rebeldes y población civil.⁴⁸⁹

La Sala de Cuestiones preliminares de la ICC encontró al Presidente de Sudán, Omar Al-Bashir, responsable (*prima facie*) de delitos de lesa humanidad y de guerra, y posteriormente de genocidio, emitiendo dos órdenes de arresto a su respecto (la primera por delitos de lesa humanidad y guerra, emitida el 4 de Marzo de 2009, y la segunda, por delito de genocidio, emitida el 12 de Junio de 2010). En la fundamentación de las mismas, señaló la existencia de motivos razonables para sostener que el referenciado jerarca había utilizado de manera coordinada las

⁴⁸⁹ Sobre las víctimas en el genocidio de Darfur, se ha señalado: “(...) *media and relief organizations early reported 100,000 dead, a number that then doubled and has for many months generally held steady at “200,000” “some 200,000” “at least 200,000”, and so forth, some of these accounts citing, or base don other accounts citing, UN surveys. Again, no one knows. There are several reasons for uncertainty. Village populations before the jajawid whirlwind were uncertain, and those inhabitants who survived were dispersed. The janjawid and Sudanese army are known to have destroyed bodies: thrown them down wells, burned them, buried them in mass graves, and, of course, left them as carrion. Some internal refugees remained inaccessible: as many as 500,000 in October 2004. In the camps, whether in Chad or Darfur, assigning causes of death is problematic, as it is in times of damine: Are malnourished children dying from dysentery in squalid camps surrounded by janjawid to be counted as victims of genocide? In those circumstances, comparing crude mortality rates with those as normal times has allowed conclusions to be drawn about the effects of the disaster if not about specific causes of death.*” Daly, M. W.. “*Darfur’s Sorrow. A history of destruction and genocide*”, Cambridge University Press, New York, 2007, págs. 314 y ss..

organizaciones correspondientes al Estado de Sudán que dirigía, y todo ello para: planear, preparar, y ejecutar de manera conjunta la campaña de contra-insurgencia.

Se consideró por parte de la Sala que Al-Bashir, como presidente del gobierno, se hallaba en el vértice superior de una estructura o aparato de poder que tenía como segundo peldaño a la persona del vice-Ministro del Interior, quien recibía las órdenes de aquél y las transmitía, a su vez, a sus subordinados.

Dichos subordinados consistían en los Comités de Seguridad estatales y regionales, compuestos (respectivamente) por los gobernadores y los jefes municipales, conjuntamente con representantes –regionales o locales- de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y del Servicio de Seguridad Nacional e Inteligencia. A su vez, dichos comités actuaban conjuntamente con las milicias Jajaweed, a través de sus respectivos líderes regionales o locales, quienes, a su vez, mantenían una relación directa (aunque siempre subordinada) con el Presidente Al-Bashir.

Argumentó la Sala que Al-Bashir desempeñó un papel esencial en la coordinación, el diseño y la ejecución del plan delictivo. Y no solamente ello, sino que también se encontraba en pleno control de los organismos y sus soportes físicos, que integraban al Estado; esto es: de los comités, de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Servicio de Inteligencia. Habiendo indicado el Tribunal, a modo de fundamentar una “*fungibilidad*” respecto de los ejecutores directos y de los mandos intermedios, que Al-Bashir hizo uso de dicho control a los efectos de asegurarse la ejecución de la campaña contra-insurgencia conforme a los lineamientos y directivas del precitado plan.

Sin perjuicio de lo anterior, y como bien se ha advertido, la Sala dejó abierta la posibilidad de que el grado de control de Al-Bashir sobre el aparato estatal no fuere de la magnitud y el grado propias de una autoría mediata. Así, admitió la posibilidad de que (una vez diligenciada la prueba en el proceso) se tratara de una relación de tipo horizontal para con los principales colaboradores y miembros del gobierno. Por ello, la Sala de Cuestiones Preliminares recurrió alternativamente a la coautoría mediata al dictar sus dos órdenes de arresto contra Al-Bashir, indicando motivos razonables para sostener que éste y los altos líderes y dirigentes del gobierno habrían utilizado de manera coordinada las organizaciones que dirigían

dentro del aparato de poder estatal, para planear, preparar y ejecutar el plan criminal.⁴⁹⁰

I.5.e.iii) El caso de la ICC contra Abdullah Al-Senussi (orden de arresto dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I, de 27 de Junio de 2011).⁴⁹¹

En el marco de la llamada “*Primavera árabe*” en donde masivas manifestaciones de ciudadanos derrocaron gobiernos totalitarios tanto en Egipto, en Yemen, como en Túnez, el régimen de Muammar Al-Gaddafi pergeñó un plan para evitar que ese “efecto contagio” pro-democrático que estaba experimentando la región llegara a afectar a su liderazgo sobre Libia. Para ello, se diseñó y ejecutó un plan criminal (por el cual tanto Muammar Al-Gaddafi como su hijo Saif Al-Gaddafi fueron objeto de una orden de arresto por co-autoría mediata) cuya finalidad era la detención y desmantelamiento de toda manifestación contra el régimen. Los medios escogidos para ello fueron el monopolizar todos los medios de comunicación, censurando a todos aquellos que no se doblegaran a las informaciones y noticias que el régimen entendiera pertinentes; monitorear clandestinamente todos los correos electrónicos, llamadas telefónicas, correo, etc. de aquellos sindicados como opositores al régimen; amenazar, encarcelar y asesinar a los referidos opositores o supuestos opositores –de considerarse así menester–; incitar pogromos contra los manifestantes y opositores; encarcelar o expulsar a periodistas y medios de comunicación extranjeros; y conducir una campaña de encubrimiento dirigida a ocultar los encarcelamientos y las muertes (ello principalmente a través de la remoción de los cadáveres de las calles y plazas públicas donde habían transcurrido las manifestaciones, la eliminación de los datos y cuerpos de las morgues de los hospitales y de las clínicas, etc.).

⁴⁹⁰ Cfe. Olásolo Alonso. Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 238. *Al-Bashir case. Second warrant of arrest*; ICC-02/05-01/09, de 12 de Julio de 2010, párrs. 221 y ss..

⁴⁹¹ Muammar Al-Gaddafi, Saif Al-Gaddafi, Abdullah Al-Senussi Case. “*Decision on ‘Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Alsenussi*”; ICC-01/11-12, de 27 de Junio de 2011.

En el caso particular de Al-Senussi, se trataba del jefe de la inteligencia militar del régimen libio, así como el principal enlace entre los más altos jefes del régimen (Gaddafi padre e hijo) y las fuerzas armadas y policiales del Estado. Conforme a su perfil, se determinaron las razones por las cuales se recurrió (a los efectos de la fundamentación de su orden de arresto) a los postulados “*puros*” de la teoría de Roxin. Ello, ya que se trataba de un mando intermedio al que se le imputaban –solamente– los delitos cometidos por sus subordinados. De allí que se trataba de realizar una imputación sobre quien se podía fundamentar un grado de control efectivo como para canalizar un esfuerzo colectivo de las características del tipo de delito imputado, sin requerirse para ello otros dirigentes –en una relación horizontal– que, actuando conforme a un plan común, actúen a través de los organismos o reparticiones del Estado que dirigen o controlan.⁴⁹²

Conforme surge de la fundamentación de la orden de arresto, la Sala entendió suficientemente probado el hecho de que Al-Senussi ostentaba la mayor autoridad en el orden de las Fuerzas Armadas, cuyos miembros, además de estarle subordinados, podían ser rápidamente intercambiados por él a los efectos de asegurarse la ejecución de sus órdenes. Verificándose de tal modo el carácter de la *fungibilidad* por parte de los ejecutores directos o inmediatos.⁴⁹³

Refiriéndose a los delitos que le imputara, la Sala señaló que la Dirección de Inteligencia Militar fue el órgano principal en la represión conducida por el régimen entre el 15 y el 20 de febrero en la ciudad de Benghazi. Asimismo, y desde el punto de vista estructural-funcional, señaló que había razones suficientes para argumentar que las órdenes fueron emitidas directamente por Muammar Al-Gaddafi y su hijo Saif a Al-Senussi, y que éste, a su vez, transmitió dichas órdenes a la parte del aparato estatal subordinado a él: el ejército y las milicias.

⁴⁹² Así, vide: Olásolo Alonso, Héctor. “Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...” cit., págs.. 238 y ss.. Ambos, Kai; Grammer, Christoph. “*Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann*” in “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*”, Buenos Aires, 2003, págs.. 163 y ss.. Ambos, Kai. “*Zur ‘rechtlichen’ Struktur der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien. Ein Kommentar aus juristischer Sicht*”, in (Nolte, comp.) “*Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*”, Frankfurt, 1996.

⁴⁹³ Muhammar Al-Gaddafi, Saif Al-Gaddafi, Abdullah Al-Senussi Case. “*Decision on ‘Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Alsenussi...*” cit., par.85.

Dichas órdenes que recibiera de sus superiores consistían en detener y disolver por todos los medios las manifestaciones contra el régimen; extremos éstos que no fueron óbice para responsabilizar al reo a título de autor mediato, ya que si bien seguía las órdenes de la autoridad máxima en la organización jerárquica de las Fuerzas Armadas y Milicias libias, se encontraba a pesar de todo en una posición privilegiada de supremacía sobre una rama fundamental del aparato organizado del poder estatal.⁴⁹⁴

Extremos estos que probarían (*prima facie*) que desde la situación de poder en que se hallaba dentro de las Fuerzas Armadas, podía asegurar que sus órdenes serían cumplidas de manera prácticamente automática.⁴⁹⁵ En definitiva: no sólo desempeñó un papel esencial en la comisión de los delitos, sino que –y como resultado directo de su posición jerárquica- tuvo el poder de decidir el si y el cómo fueran cometidos los delitos de marras.⁴⁹⁶

Abdullah Al-Senussi, actuó con la intención de que las fuerzas bajo su mando en Benghazi cometieran entre el 15 y el 20 de Febrero de 2011 los delitos de lesa humanidad de asesinato y persecución. Además, fue consciente de que su conducta era parte de “*un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de una política del estado libio de atacar a aquellos civiles que eran percibidos como disidentes políticos. Finalmente, fue también conocedor del papel de liderazgo que jugaba dentro de la estructura de las fuerzas militares libias y del pleno control que ejercía sobre sus subordinados.*”⁴⁹⁷

Conforme a todos estos extremos fue –*prima facie*- declarado por la ICC, como responsable a título de autor mediato de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas bajo su mando en Benghazi, entre el 15 y el 20 de Febrero de

⁴⁹⁴ Muhammar Al-Gaddafi, Saif Al-Gaddafi, Abdullah Al-Senussi Case. “*Decision on ‘Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Alsenussi...*” cit., par.89.

⁴⁹⁵ Muhammar Al-Gaddafi, Saif Al-Gaddafi, Abdullah Al-Senussi Case. “*Decision on ‘Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Alsenussi...*” cit., par.89.

⁴⁹⁶ Muhammar Al-Gaddafi, Saif Al-Gaddafi, Abdullah Al-Senussi Case. “*Decision on ‘Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Alsenussi...*” cit., par.89.

⁴⁹⁷ Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 236.

2011. Tras la caída del régimen Al-Senussi huyó a Níger, y de allí a Mauritania en donde permaneció oculto hasta el 5 de Septiembre de 2012 cuando fue extraditado a Libia, en donde espera ser juzgado por crímenes cometidos contra el pueblo durante el régimen de Gaddafi. No se ha cumplimentado por parte de las nuevas autoridades entrega alguna de dicha persona a la ICC en cumplimiento de la orden de arresto.

I.5.f) Críticas la Teoría de la autoría mediata de dominio por intermedio de aparatos organizados de poder.

I.5.f.i) La ausencia de un marco empírico real respecto de la estructura de poder.

Más allá de los antecedentes en los que se apoya la teoría de Roxin, hemos de señalar que el tipo de estructura de poder que asume como paradigma, resulta ser cuestionable desde el punto de vista empírico.

Es que, tal como viéramos, Roxin asume una forma de estructura piramidal en donde quienes se ubican en la base son los ejecutores inmediatos o directos de las órdenes que les llegan desde arriba, siendo dichas personas fungibles, puesto que cualquiera de ellas resulta fácilmente sustituible por cualquier otra, a la hora de cumplimentar con una orden concreta. De tal guisa, y conforme al planteamiento original de dicha teoría (que postulaba una *fungibilidad negativa*), quienes se hallan en el vértice de la pirámide no sólo desconocen a la persona que puntualmente llevará a los hechos sus deseos manifestados a través de la orden sino que, a la vez, no dudan en que dicha orden será ejecutada.

También hemos visto que entre el vértice –donde se ubican aquel o aquellos que ostentan el poder absoluto- y la base –donde se ubican los ejecutores fungibles- se hallan los “mandos intermedios”. Esto es, aquellos que, si bien observan una sujeción absoluta⁴⁹⁸ respecto de los que se ubican por encima de ellos en la estructura de poder piramidal ostentan, empero, una dirección sobre una parte de la organización, con capacidad para dictar órdenes a las personas que se hallan a ellos

⁴⁹⁸ Utilizo el adjetivo de “absoluta” en atención al cuarto “factor” de la “disponibilidad a la comisión del delito” que es, asimismo, aplicable a los mandos medios en la medida en que se hallan, al igual que los ejecutores inmediatos, sometidos a jerarquía.

subordinados.⁴⁹⁹ Es en virtud de la detentación de esa dirección sobre una parte de la organización, que los mandos intermedios así como los superiores jerarcas reciben (conforme a Roxin) la calidad de autores mediatos.

Tal esquema de organización piramidal que es empleado por Roxin, es el propio esquema organizacional burocrático del *ejército prusiano*, que empleara Max Weber a los efectos de analizar la distribución del trabajo y la organización de la burocracia en sus ensayos sociológicos.⁵⁰⁰ Mas dicho esquema hace ya muchísimo tiempo que ha perdido toda vigencia y difícilmente se puede encontrar durante el Siglo XX (y de allí en adelante) una organización de poder que observe semejante estructura de poder vertical. Una organización en la que las órdenes provienen siempre desde lo más alto y en la que, asimismo, toda orden que proviene desde arriba es cumplida en forma plena y precisa por los subordinados.

Concretamente, se señala: *“En muy pocos países, los superiores o jerarcas militares presumen poseer el tipo de subordinación estricta, que Weber insiste que caracteriza y define al tipo ideal de burocracia. Concretamente, ellos no asumen que sus órdenes –criminales o no- vayan a ser invariablemente obedecidas; ello dados los serios riesgos legales que conllevaría (también) para los subordinados que las implementaren. Más aún: los subordinados en esa gran organización (incluyendo a las fuerzas armadas) rutinariamente modifican o paralizan la ejecución de las órdenes y metas (finalidades) de sus superiores en la medida en que sean inconsistentes con las propias metas o finalidades.”*⁵⁰¹

Esto último es claramente cierto en casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, a través de la comisión de delitos de genocidio o de lesa humanidad, en los que no se verifica la existencia de una organización burocrática de tipo prusiano de las matanzas, sino que por el contrario se verifica la unión de un sinfín de factores sociales, políticos, económicos, operando a través de varios

⁴⁹⁹ Cfe. Bolea, Carolina. *“Autoría mediata...”* cit., pág. 348.

⁵⁰⁰ Weber, Max. *“Essays in Sociology”*, Oxford University Press, Oxford, 1946, págs. 196-244.

⁵⁰¹ *“In few countries do military superiors lightly presume the ‘strict subordination’ that Weber insisted, defines the ideal-typical bureaucracy. In particular, they do not assume that their orders – criminal or otherwise- will invariably be obeyed, given the serious legal risks they may pose for inferiors implementing them. Moreover, subordinates in all large organizations, including armed forces, routinely subvert the goals of their superiors when inconsistent with their own.”* Osiel, Mark. *“Adscribing individual liability within a bureaucracy of murder...”* cit., pág. 113.

actores estatales o para-estatales, más o menos organizados, y actuando a veces en forma conjunta y en otras no. Tal ha sido el caso de las terribles matanzas perpetradas en la ex Yugoslavia durante la Guerra de los Balcanes y en Ruanda en plena década de los noventa del Siglo pasado.

Así, expresa Stefano Manacorda: *“Sin embargo, la aplicación de esta teoría genera algunas dificultades. El concepto de mittelbare Täterschaft, que se refiere al control ejercido por un individuo sobre una organización jerárquica, se muestra particularmente apropiado para regular la participación criminal dentro del marco de una estructura estrictamente jerárquica, tal como fuere el caso de los crímenes cometidos en la Alemania nazi o en la Alemania comunista, situaciones para las que esta doctrina fuere originalmente concebida. Empero resulta menos apropiada para aquellos delitos cometidos en el contexto de estructuras informales de poder, tales como las correspondientes a los conflictos que ocurren en el continente africano y que son –actualmente- materia de la jurisdicción de la ICC.”*⁵⁰²

En el caso puntual de los conflictos generados en el continente africano, es manifiesta la falta de centros de poder claros y organizados, a los cuáles se les puedan aplicar –siquiera en escala profana- los extremos normativos pergeñados por Roxin. Así, manifiesta quien probablemente sea el mayor experto mundial en el conflicto actual del Congo, Jason K. Stearns: *“La guerra del Congo ha de ser ubicada entre otros grandes cataclismos humanos de nuestro tiempo: las guerras mundiales; la revolución cultural china; los genocidios de Ruanda y de Camboya. Sin embargo, a pesar de sus proporciones épicas, esta guerra ha suscitado muy poca atención por parte del resto del mundo. La cantidad de muertos es tan inmensa que se ha convertido en algo absurdo, casi un sinsentido. Visto desde afuera, esta guerra parece no poseer ningún lineamiento narrativo o ideológico atractivo que la explique; ningún conflicto tribal o revolución socialista que sirva de gancho para resultar en una noticia atractiva. En Camboya hubo un despótico Khemer Rouge; en Ruanda uno pudo individualizar a las genocidas milicias Hutu como a los villanos. En el Congo, empero, estos roles resultan casi imposibles de atribuir. No hay un Hitler, un Mussolini, o un Stalin. En su lugar, hay una guerra entre hombres anónimos, con muchísimos combatientes desconocidos o sin*

⁵⁰² Manacorda, Stefano. *“Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise...”* cit., pág. 171.

identificar, que pelean por razones complejas que resultan difíciles de explicar en unas pocas líneas editoriales (para la mayor frustración de los periodistas internacionales). Así, pues, ¿cómo se puede cubrir mediáticamente una guerra que involucra a más de veinte grupos rebeldes diferentes, y a las fuerzas armadas de nueve países? Máxime (lo anterior) cuando ni siquiera se tiene una causa clara y objetiva. Cómo se puede poner un rostro humano a más de cuatro millones de vidas perdidas de manera no cinematográfica (lejos de las cámaras y de los estudios de TV), sin suscitar sensacionalismo alguno como cuando se trata del producto de epidemias, o enfermedades causadas por los estragos de años de enfrentamientos armados.”

Como se visualiza de las palabras de Stearns, las mismas dificultades fácticas que hacen difícil explicar el fenómeno de la Guerra genocida en el Congo, y presentarlo ante la opinión pública mundial, repercuten de igual forma a la hora de querer encuadrar dicho fenómeno (o mejor: dichos fenómenos) dentro del marco de la teoría de imputación creada por Roxin. Baste para ello leer la siguiente opinión del citado experto de las Naciones Unidas:

“(…) En vez de tratarse de la historia de una máquina burocrática brutal, el Congo es la historia de justamente lo contrario; un país cuyo Estado ha venido siendo erosionado por siglos y en el cual, una vez que la lucha comenzara, cada comunidad pasó a tener su propia milicia, peleando brutales luchas de insurgencia y de contra-insurgencia entre ellas. Pareciéndose así, más a la Europa del Siglo XVII y a la Guerra de los Treinta Años, que a la Alemania Nazi.”⁵⁰³

En nuestra opinión, esta falta de realismo de la estructura normativa pergeñada por Roxin también se verifica en casos en donde sí existió el fenómeno de una total burocratización, como es el paradigmático caso de la Alemania Nazi.⁵⁰⁴

Veamos a tales efectos el caso de Eichmann, fuente de inspiración para la construcción roxiniana, y que de modo casi ritual es recogido en la manualística sobre el tema. A su respecto, cabe verificar lo cuestionable de esa supuesta rígida estructura piramidal (cuyo vértice –sic- lo componía Hitler, bajando las órdenes a Himmler, Heydrich, Eichmann, Hoess y así hasta llegar a la base: los ejecutores

⁵⁰³ Stearns, Jason K. *“Dancing in the glory of monsters. The collapse of the Congo and the great war of Africa”*, Public affairs, Perseus Books Group, New York, 2011, pág. 115.

⁵⁰⁴ En tal sentido, véase: Osiel, Mark. *“Obeying orders: atrocity, military discipline, & the law of war”*, Transaction Publishers, New Jersey, 1999.

directos, personajes fungibles). Al respecto, pese a lo extenso resulta, a nuestro entender, menester citar el siguiente pasaje de la obra de Arendt:

“Cada una de las oficinas de las SS, durante la guerra, estaba dividida en secciones y subsecciones, y la RSHA comprendía siete secciones principales. La Sección IV era el negociado de la Gestapo, y estaba dirigida por el Gruppenführer (comandante general) Heinrich Müller, cuyo rango era el mismo que había poseído en la policía bávara. Su tarea era la de combatir a los ‘elementos hostiles al Estado’, de los que había dos categorías, de cada una de las cuales se encargaba una subsección: la Subsección IV-A se ocupaba de los ‘elementos hostiles’ acusados de comunismo, sabotaje, liberalismo, y asesinato, y la Subsección IV-B se ocupaba de las ‘sectas’, es decir, de católicos, protestantes, francmasones (este puesto permaneció vacante) y judíos. Cada una de estas subsecciones poseía oficina propia, designada por un número arábigo, y así, a Eichmann en 1941 se le asignó la Subsección IV-B-4 de la RSHA. Como su inmediato superior, el Jefe de IV-B, resultó ser un cero a la izquierda, su superior real fue siempre Müller. El superior de Müller era Heydrich, y más tarde Kaltenbrunner, cada uno de los cuales, a su vez, estaba bajo el mando de Himmler, que recibía las órdenes directamente de Hitler.

Además de sus doce oficinas principales, Himmler dirigía asimismo una organización por completo distinta, que también desempeñó un papel enorme en la ejecución de la Solución Final. Esta organización era la red de altos jefes de las SS y de la policía que estaban al mando de las organizaciones regionales; su cadena de mandos no los enlazaba la RSHA, sino que eran directamente responsables ante Himmler, y siempre fueron de rango superior al de Eichmann. Desde el punto de vista técnico y de organización, la posición de Eichmann no era muy alta; su cargo solo llegó a ser de tanta importancia debido a que la cuestión judía, por razones puramente ideológicas, fue adquiriendo mayor importancia con el transcurrir de los días, las semanas y los meses de guerra, hasta alcanzar proporciones fantásticas en los años de derrota, desde 1943 en adelante. Cuando sucedió esto, la oficina de Eichmann era todavía la única que oficialmente se ocupaba de ‘los elementos hostiles judíos’, pero, de hecho, había perdido su monopolio, porque por aquel entonces todas las oficinas y organizaciones, Estado y partido, ejército y SS, estaban atareados ‘resolviendo’ el problema. Incluso si centramos nuestra atención en la maquinaria policiaca y omitimos las otras oficinas, el panorama es

absurdamente complicado, ya que a los Einsatzgruppen y los altos jefes de las SS y de la policía, tenemos que añadir los inspectores de la Policía de Seguridad y del Servicio de Seguridad. Cada uno de estos grupos pertenecía a una cadena de mando distinta que, en último término, llegaba hasta Himmler, pero eran iguales, los unos con respecto a los otros, y nadie que perteneciera a un grupo debía obediencia a un oficial superior de otro grupo. Debe reconocerse que la acusación estaba en posición muy difícil para poder encontrar el camino a través de este laberinto de instrucciones paralelas, cosa que tenía que hacer cada vez que quería determinar alguna responsabilidad específica de Eichmann.”⁵⁰⁵

En definitiva, ya desde el Siglo XX, esta teorización weberiana acerca del (correcto) funcionamiento y estructura de los aparatos burocratizados de poder ha venido recibiendo serias y fundadas críticas, todas ellas nacidas de la observación empírica del verdadero funcionamiento de las mismas. Así, desde el campo de la sociología, las relaciones humanas y la economía (a través, fundamentalmente de Chester Barnard y de Herbert Simon) se ha demostrado no sólo poco eficaz esta manera de comprender el funcionamiento de la burocracia sino, principalmente, inexacto. Así se ha criticado ampliamente este concepto, señalándose que refleja tan solamente el ideal normativizado del *manager* (o superior burocrático) y para nada una realidad empírica demostrable por parte de las Ciencias Sociales.⁵⁰⁶

De hecho, al día de hoy todo Instituto que enseñe *management*, incluyendo las escuelas líderes en materia de negocios, rechazan el empleo del esquema de Weber para enseñar tales disciplinas, tanto por no ser el mismo deseable por lo que a su funcionalidad respecta sino, y fundamentalmente, por no ser el mismo ajustado a la realidad empírica. Por el contrario, y tal como se señala por Powell & Smith-Doerr: “Las escuelas de management reconocen que los jefes, hoy en día, prefieren los canales de comunicación verbales propios de un sistema informal a los documentos y órdenes (no consensuadas) propias de un sistema formal. De hecho, los directores

⁵⁰⁵ Arendt, Hannah. “*Eichmann en Jerusalén*”, op cit; págs. 106 y ss. Subrayado es nuestro.

⁵⁰⁶ “It was once widely criticized as reflecting merely the manager’s normative ideal, rather than any empirical reality demonstrable by social science.” Osiel, Mark. “Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder” cit; pág. 113. Asimismo véase, Powell, William; Smith-Doerr, Louis. “Networks and economic life” in “*The handbook of economic sociology*” (N.J. Smelser, R. Swedberg, editors); Princeton University Press, New Jersey, 1994.

o superiores emplean tanto tiempo trabajando fuera de la cadena jerárquica de mando, como el que emplean trabajando dentro de ella.”⁵⁰⁷

Todo esto es lo que nos lleva a concluir lo expuesto al inicio de este apartado: Roxin funda su tesis en atención a un determinado tipo o especie de estructura de poder u organización (burocrática, piramidal y weberiana) sobre la que determina la imputación de responsabilidades a título de autoría o autoría mediata. Sin embargo, tal construcción normativa resulta contraria a la realidad empírica subyacente conforme a lo que indica el estudio de la casuística. Ello conlleva, como consecuencia, una injusta adscripción de responsabilidad, en atención a las funciones y poder que una persona debería observar y ostentar conforme a la susodicha estructura ficticia.

I.5.f.ii) La ausencia de un marco empírico real respecto de los ejecutores directos o inmediatos, así como de los mandos medios.

Dentro de este apartado enjuiciaremos la viabilidad del concepto normativo de “fungibilidad” tal como ha sido definido original y posteriormente por Roxin (en la medida en que en sus últimas obras ha recogido tanto la opinión de sus críticos, como los conceptos jurisprudenciales).

Desarrollando lo sostenido anteriormente, y yendo puntualmente al “factor” de la fungibilidad de los ejecutores directos o inmediatos, éste resulta reñido con la realidad empírica subyacente en prácticamente todos los casos en que la mentada teoría ha sido aplicada (el *Juicio a las Juntas* –Cámara de Casación Argentina-, el caso de los *francotiradores del muro de Berlín* –Tribunal Supremo Alemán-, *Stakic* -ICTY-, *Katanga y Ngudjolo* -ICC Pre Trial Chamber-, *Fujimori* –Suprema Corte de Justicia Perú-). En efecto, no resulta cierto desde un punto de vista causal que cualquier persona allegada a la organización pudiera “cómodamente” sustituir al ejecutor material. Ello, ya no sólo en términos de causalidad pura, tal como emergería de la teoría de la *condicio sine qua non*, conforme a la que resultaría a todas luces imposible tal sustitución. Lo dicho se funda en que no todos los

⁵⁰⁷ “Management scholars recognize that managers prefer the personal, verbal channels of the informal system to the documents and orders of the formal. Indeed managers spend as much time working outside the chain of command as they do working through it.” Powell, William; Smith-Doerr, Louis. “*Networks and economic life...*” cit., pág. 380.

allegados presentan la misma preparación física, los mismos conocimientos, técnica, materiales e incluso la misma situación espacio-temporal.

Sobre estos extremos ha reconocido Ambos:

*“A esto se añade que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto. Por ejemplo, si un guardia de frontera o una patrulla entera se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de ese fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización.”*⁵⁰⁸ Concluyendo dicho autor que estos casos demuestran que la fungibilidad raramente se verifica en la casuística, y que -por el contrario- es justamente todo lo contrario lo que se demuestra desde una perspectiva empírica.⁵⁰⁹

Pero si ya el criterio de la fungibilidad negativa conlleva gravísimos problemas de ajustes respecto de la verdad empírica subyacente, mucho más se ha complejizado el problema en la medida en que se dio entrada al concepto de la fungibilidad positiva como equivalente al anterior. Consideramos que este criterio de

⁵⁰⁸ Y agrega: *“Del mismo modo, tampoco el muchas veces citado agente secreto Stachynski era en cuanto a la comisión concreta del hecho, sin más, una ruedecilla intercambiable en el engranaje del aparato de poder soviético. Ello, pues si él se hubiese negado a ejecutar el encargo homicida, los agentes de reemplazo habrían llegado en todo caso más tarde y quizás demasiado tarde, de modo que la víctima habría escapado a la muerte. Similarmente se puede pensar en un ejecutor directo que se niega a utilizar la tortura para forzar una declaración, aunque ésta haya sido ordenada por la autoridad superior. El dominio del hecho por parte del vértice de la organización en virtud de su aparato de poder solo estaría dado en la situación concreta del hecho si la tortura hubiera podido ser comenzada o continuada por otros ejecutores. Por más que en este caso se pueda partir con mayor facilidad que en el caso de los guardias de frontera de una fungibilidad concreta –y justamente por ello este caso es especial y no típico-, él pone también de manifiesto que el dominio del curso concreto del suceso solo puede ser afirmado en presencia de una fungibilidad inmediata. Estos ejemplos se podrían continuar a voluntad. Ellos dejan en claro que la fungibilidad en la situación concreta del hecho solo rara vez estará presente y que existen Buenos argumentos para negarla ya desde un punto de vista empírico.”* Ambos, Kai. *“La parte general del Derecho penal internacional...”* cit., pág. 223.

⁵⁰⁹ Señala el referido autor: *“They further show that interchangeability rarely exists in concrete cases, rather it may, from an empirical perspective, be rejected with sound arguments”*. Ambos, Kai. *“Command responsibility...”* cit., pág. 147.

fungibilidad positiva constituye una distorsión dentro de la propia teoría roxiniana, su fundamento recae en la fungibilidad entendida ésta en su sentido negativo ya visto: el ejecutor directo, si bien responsable de sus actos, resulta ser una figura completamente intercambiable por cualquier otro miembro de la organización. Por ello, y tal como indicáramos, se habla de un dominio compartido: del ejecutor directo por ser quien mediante su conducta produce el resultado típico, y del superior jerárquico quien ostenta el poder sobre la maquinaria. Un poder que le hace saber, con una probabilidad rayana en la plena certeza, que sus órdenes delictivas serán cumplidas por cualquiera de los tantos ejecutores que tienen a su disposición; sin importarle (ni saber) cuál de ellos en concreto será. Mas sabiendo que en el caso de que tal individuo se negare, o no pudiese perfeccionar el resultado típico, otro u otros le sustituirán sin perjudicar la ejecución del plan criminal. De allí que –sostengan- en el mismísimo momento de la ejecución haya un doble dominio: el del ejecutor directo sobre el hecho, y el del superior jerárquico sobre el aparato o maquinaria asesina.

Ahora bien, cuando se procede a entender como equivalente a lo anterior el seleccionar previamente a uno o unos pocos dentro del grupo de eventuales ejecutores, atendiendo para ello a sus mejores cualidades o particularidades, dicho dominio bifronte que se argumentaba existir en el momento de la ejecución del delito, ya no puede considerarse ni fundamentarse.

La maquinaria actuó antes, seleccionando al ejecutor. Y en el momento de perfeccionarse el delito (de consumación), toda la maquinaria asesina pende sobre la persona del ejecutor. No existiendo nadie que le sustituya en caso de fallar o no querer actuar.

Pero más difuso aún se torna el concepto normativo de fungibilidad, en cuanto se consideran argumentos del corte esgrimido por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso *Katanga & Ngudjolo*. Así: ¿cómo verificar un co-dominio en el momento de la consumación del/ de los delito/s por haber entrenado y adiestrado a jovencitos en tales temibles artes delictivas que luego ejecutan? ¿Acaso se puede negar que tales tipos de conductas se identifican mucho mejor con la participación en su modalidad de instigación?

Advertimos, pues, que en la práctica de los Tribunales Internacionales, así como en parte importante de la doctrina, el criterio normativo de la fungibilidad ha pasado a ser un concepto hueco, que se va rellenando según las conveniencias de la

acusación, quien muchas veces se ve frustrada en la consecución de medios probatorios suficientes para enervar la presunción de inocencia. Tal concepto normativo sufre el mismo tipo de embates que ha sufrido en gran medida la teoría del bien jurídico: convirtiéndose en un instituto difuso, ajeno a la realidad empírica subyacente al caso concreto, y constituyendo un verdadero cajón de sastre que se ajusta siempre a los efectos de fundamentar una imputación a título de autoría (mediata).

Empero, al representar el concepto de la fungibilidad el cerne o columna vertebral sobre la que se asienta toda la teoría de imputación aquí analizada y abandonar su veracidad empírica asumiendo un mero contenido de corte ideal, esto es, siendo un normativismo afincado sobre premisas empíricamente falsas, está destinado a fracasar estrepitosamente en su finalidad de resolver conflictos, así como de prevenir delitos internacionales.

Otro de los aspectos criticables de la teoría de Roxin es el que se refiere a los efectos de la reciente incorporación del factor consistente en la “*disponibilidad alta a la comisión del hecho*”. A nuestro juicio, ello conduce a dificultar aún más la posibilidad de que se verifique la “fungibilidad”, en la medida en que se exige una específica cualidad moral en el ejecutor inmediato, derivada ella de un determinismo conductista de corte absoluto. El alcance que le da Roxin a este nuevo “*factor*” de corte normativo es de tal magnitud que pone en tela de juicio: o bien (i) la coherencia intra sistemática del concepto de fungibilidad; o bien (ii) la propia subsistencia de un ejecutor inmediato que verifique la calidad de persona libre y autodeterminable (todo ello conforme a los parámetros fundantes de una responsabilidad jurídico penal).

El primero de los aspectos relacionados con la coherencia interna de la teoría esgrimida por Roxin se deriva de la íntima relación de este criterio para con el de la instigación y su completa incompatibilidad respecto del criterio de la fungibilidad (éste, verdadero cerne de la teoría de marras). El criterio de la disposición incondicionada del ejecutor a la realización del hecho delictivo surgió primeramente de la fundamentación del fallo del Tribunal Supremo Federal Alemán en el caso de “los tiradores del Muro”. Así, en dicha ocasión el BGH sostuvo que podía afirmarse el dominio del hecho del hombre de detrás cuando éste actuaba con conocimiento de las circunstancias de hecho que les permitía poder cambiar (a su antojo) al concreto ejecutor inmediato, así como si existía *especial*

aprovechamiento de la disposición incondicional del ejecutor inmediato para realizar el tipo.

Schroeder retomó la concepción del BGH y, al ocuparse de la figura del “autor detrás del autor”, erigió el criterio de la disposición del ejecutor a la realización del hecho, previa al momento de la comisión, como requisito del dominio del hecho del hombre de atrás. Así lo consideró -junto con la ausencia de fuerzas inhibitorias contrarias presentes en el ejecutor- como elemento central del dominio por organización, frente al criterio de la fungibilidad propuesto por Roxin.⁵¹⁰ Ahora bien, el propio Roxin fue quien (antes de asumir la posición ecléctica aquí criticada) negaba la tesis de Schroeder ya que –sostenía- una disposición incondicional al hecho por parte del ejecutor material potencial resulta innecesaria en la medida en que no otorga de ningún modo al instigador un dominio sobre el hecho.⁵¹¹

Consideraba –entonces- que para que haya dominio de la organización, la realización del tipo debía estar asegurada con independencia de la existencia o inexistencia de tal disposición incondicional en el individuo. Dicha realización del tipo se asegura por el particular funcionamiento automático del aparato, que garantiza tal funcionamiento aun cuando el individuo se niega a cometer el hecho pretendido por el hombre de detrás. La posición de Schroeder conduce a un supuesto de inducción o instigación, y no a un caso de dominio mediante un aparato organizado de poder.

En el mismo sentido se ha pronunciado Langneff, quien señalara que, por mucho que se intente ubicar el planteo de Schroeder como la constatación de la utilización del aparato de poder en dos niveles, tampoco ello explicaría por qué el aparato de poder funcionaría automáticamente. Dichos dos niveles a los que refiere los explica con un ejemplo acerca del Holocausto: en un primer nivel, el gobierno estatal nazi influye sobre los ciudadanos haciendo que éstos consideren a los judíos como desiguales o infra-humanos; en un segundo nivel, aprovechándose de la convicción

⁵¹⁰ En el mismo sentido, Bolea sostiene que si los subordinados no estuvieran en general dispuestos a ejecutar las órdenes de los mandos dirigentes, el funcionamiento cuasi automático del aparato se vería seriamente afectado. *Vide*: Bolea, Carolina. “*Autoría mediata...*” cit., pág. 395.

⁵¹¹ Roxin, Claus. “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*” in “*Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*”, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 193.

social creada acerca de los judíos, ordena el asesinato de un número indeterminado de éstos. De allí que existe un primer paso consistente en la creación de una potencial decisión al hecho, utilizado en el segundo paso para ejecutar los delitos.⁵¹²

Empero, ni estos dos niveles, ni la supuesta disposición incondicional al hecho, permiten fundamentar la razón por la cual el sujeto de detrás pueda estar seguro del cumplimiento cabal de sus órdenes, volviendo a sobresalir el criterio de la fungibilidad como el único que garantizaría tal ejecución, puesto que presupone la existencia de varias personas disponibles para llevar a cabo los hechos ordenados. Más aún, dicho criterio de la “*disponibilidad incondicional*” resulta incompatible con el de la fungibilidad. Exigir tal disposición de parte del ejecutor directo conlleva atribuirle una naturaleza accesoria al hombre de detrás. Ello puesto que – como indicara originalmente Roxin- tal posición no explica suficientemente por qué el ejecutor directo, que en razón de su posición más fuerte es capaz de poner condiciones al instigador para llevar a cabo la acción delictiva, ha de considerarse sujeto a la autoría y al dominio del hecho por parte del hombre de detrás.

En su opinión, ocurre exactamente lo contrario: el autor directo tiene en sus manos al instigador, puesto que le puede presionar a voluntad, e incluso chantajearle con la amenaza de una denuncia penal. En definitiva: la decisión al hecho de parte del ejecutor material no sólo no fundamenta el dominio del hecho del hombre de detrás, sino que por el contrario, lo excluye.⁵¹³

Dentro del marco de la instigación o inducción que plantea la tesis de Schroeder no han sido pocos los autores que han visto en el ejecutor material o directo de estos delitos (realizados en el contexto de una estructura organizada de poder) una representación exacta de la figura derivada de la teoría del *omnimodo vel simul aequo facturus* (*omnimodo facturus*).⁵¹⁴ De ser así las cosas (desde el punto de vista empírico) estaríamos ante el destinatario de una provocación para la ejecución de

⁵¹² Langneff, K. “*Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug...*” cit., pág. 87.

⁵¹³ Roxin, Claus. “*Über den Tatentschluss*” in “*Gedächtnisschrift für Horst Schröder*”, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, Munich, 1978, pág. 158.

⁵¹⁴ Para un análisis detallado sobre el instituto, vide: Baldó Lavilla, F. “*Algunos aspectos conceptuales de la inducción. A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos*”, ADPCP, 1989, págs. 1107 y ss..

un delito (i.e.: de una orden de un superior ordenando la comisión de un delito internacional) que estaba ya, previamente, completamente resuelto a cometer ese mismo hecho (en las mismas circunstancias fácticas, y del mismo modo).⁵¹⁵

Pues bien, de ser ello así, claramente estaríamos no frente a una estructura propia de “*autor detrás de autor*” sino una mera complicidad psicológica (si cabe). Ya no se trataría de una persona inclinada o predispuesta a ejecutar un determinado delito, sino de una persona firmemente resuelta a cometer tales delitos a los que es instigada. Dentro de dicho marco teórico, la actuación del superior jerárquico, al emitir la orden, lejos de determinar al subordinado a actuar de conformidad con la misma, lo que hace es reforzar una decisión criminal que ya estaba tomada en una medida tal que resultaba suficiente para motivar (auto-motivar, en el caso) la ejecución del delito. Empero, la realidad empírica nos demuestra que no es cierto (en la generalidad de los casos) que el ejecutor directo adopte una resolución delictiva sin que cuente para nada la orden recibida por parte del superior jerárquico; siendo, más bien, exactamente lo opuesto a ello.

En conclusión, la aplicación de la figura del *omnimodo facturus* dentro del marco de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder resulta absolutamente contradictoria, ya que distorsiona completamente los presupuestos sobre los que aquella se funda: la fungibilidad del ejecutor inmediato y el dominio de la voluntad de éste último por parte del superior jerárquico (que domina el aparato burocrático).⁵¹⁶

(ii) Habíamos indicado *ut-supra* que este criterio de la “disponibilidad incondicional a la comisión del hecho” ponía en tela de juicio la subsistencia (dentro del marco de esta teoría) de un ejecutor directo que verificase la cualidad de persona libre y autodeterminable (imputable personalmente).

⁵¹⁵ Al respecto, y sosteniendo una posición crítica, *vide*: Fernández Ibáñez, Eva. “*La autoría mediata en aparatos organizados de poder...*” cit., págs. 233 y ss.. En similar sentido: Bolea Bardón, Carolina. “*Autoría mediata...*” cit, pág. 365. Faraldo Cabana, P. “*Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 176 y ss.. Gutiérrez Rodríguez, María. “*La responsabilidad penal del coautor*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 388 y ss.. Hernández Plasencia, J. “*La autoría mediata en Derecho penal*”, Comares, Granada, 1996, pág. 271.

⁵¹⁶ Cfe. Fernández Ibáñez, Eva. “*La autoría mediata en aparatos organizados de poder...*” cit., págs. 203 y ss..

Ello se deriva de lo expuesto por Ambos respecto del carácter que ha de observar el ejecutor material en atención a estos –nuevos- extremos incorporados por Roxin. Se sostiene que se trata de una persona “*que deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte de un todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización*”, “*configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura*”. Dentro de dichos parámetros (en que el referenciado criterio normativo se concretiza) difícil resulta sostener la existencia de una persona jurídico penalmente responsable de sus actos.⁵¹⁷

De tal modo se genera una contradicción intra-sistémica en la propia construcción normativa de Roxin; ello desde el momento que dicho autor jamás ha dudado en atribuirles, tanto a los ejecutores inmediatos, a los mandos intermedios, como a los jefes máximos, la calidad de autores (autores a los primeros, y autores mediatos a los segundos y terceros).

Por ello, en aras de una coherencia *sistémica dentro de la propia construcción roxiniana*, se ha de admitir que semejante concepción del hombre que ejecuta el delito está reñida con la realidad empírica de la casuística. Es justamente quien realiza materialmente el delito aquel que indubitablemente merece la calificación de autor. Por ello sólo cabría (una vez más, *dentro de la construcción roxiniana*) fundamentar la responsabilidad sobre el mismo evento criminal de parte tanto de los líderes políticos o militares (esto es, los jefes del sistema organizado de poder), y los ejecutores intermedios y directos, si: (i) Se apela a un concepto de “fungibilidad negativa” como el aportado por la primera composición de la teoría de Roxin, configuradora de una relación de autor detrás del autor (más que de autoría mediata *stricto sensu*)⁵¹⁸ en donde el hombre de detrás crea una especial situación de peligro para el bien jurídico desde una posición que le permite compartir el dominio del riesgo (no en un plano de igualdad, conforme a los principios de proporcionalidad y de ofensividad) con el autor material o inmediato, y ello, sin necesidad de llegar a perfeccionar un acuerdo previo ni concomitante, ni de tomar parte efectiva en la ejecución material del hecho delictivo. O (ii) se apela

⁵¹⁷ En tal sentido, *vide*: Tugendhat, Ernst. “Libre albedrío y determinismo” en “*Antropología en vez de metafísica*”, Gedisa, Barcelona, 2008.

⁵¹⁸ Cfe. Bolea, Carolina. “*Autoría mediata en Derecho penal...*” cit., pág. 350.

a una co-autoría respecto de los referenciados superiores jerarcas. Extremo éste último que significaría adoptar las posiciones críticas sustentadas por, principalmente, Günther Jakobs⁵¹⁹, rechazando la aplicabilidad de las tesis de Roxin.

Tanto Ambos como Roxin deberían, pues, reevaluar dichas afirmaciones expresando con meridiana claridad que el ejecutor inmediato no pierde (en principio) su responsabilidad jurídico-penal individual cuando actúa dentro de la casuística referenciada (tal como lo venía planteando antes de esta nueva, última, reformulación). Mejor sería quizás que se eliminase dicho último parámetro o “factor” dentro del marco de su teoría (dejándola como era en su formulación original y ganando así mayor coherencia intra-sistemática).

Pero de todos modos, y aun aplicando las observaciones que hiciéramos a la teoría roxiniana de la autoría mediata por intermedio de aparatos organizados de poder, la misma no alcanza a explicar ni argumentar suficientemente la existencia (empírica) de un dominio compartido, y desde allí la construcción de la responsabilidad del superior jerarca (hombre de atrás).

Asimismo, esta difícil configuración de los fundamentos en virtud de los cuales se justifican ambas modalidades de autoría, ha conllevado una práctica creciente por parte de los tribunales (tanto nacionales, como internacionales) de sostener la irrelevancia de la persecución penal (y consecuente punición) de los ejecutores materiales del delito.

En adición a lo anterior, la dificultad (muchas veces constatable) de determinar quién o quiénes fueran –efectivamente– los autores materiales de las masacres propias de los delitos de Derecho penal internacional así como de la correspondiente producción de la prueba a su respecto, los Tribunales se han decantado por dirigir la atención del proceso exclusivamente a los –supuestos– autores mediatos. En efecto, su identificación resulta particularmente sencilla (puesto que se trata de las cabezas visibles del régimen) y la prueba respecto de su incriminación se constituye sobre la base de su participación en los cargos superiores del organigrama del aparato estatal. Esta participación suele conformarse de acuerdo a criterios meramente formales (por ejemplo: si el sujeto integraba un

⁵¹⁹ Jakobs, Günther. “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori” en “La autoría mediata. El caso Fujimori” (Kai Ambos, Iván Meini, editores), ARA, Lima, 2010, pág. 103 y ss..

cargo ministerial en el Gabinete de gobierno, por más que no se haya acreditado si ello le aportaba verdadero poder de mando sobre los funcionarios subordinados, o si era un mero “títere” del régimen).

Por supuesto que, en atención a los parámetros de corte dogmático que hemos adoptado en esta investigación, esta práctica jurisprudencial (y últimamente también doctrinal) no puede ser de recibo, puesto que claramente atenta contra la concepción preventiva (ponderada) que reconocemos como función a la pena. Además, todo esto conlleva que, en el afán (compartible) de “capturar” en el proceso a los máximos jefes del régimen, y con ello también a los mandos intermedios, se desentiendan completamente de la responsabilidad de los ejecutores inmediatos. Así se genera (*de facto*) una verdadera desincriminación de éstos últimos.

Respecto de la situación que indicáramos anteriormente, se ha denunciado: “(...) *la tesis de Roxin se ha aplicado por los tribunales de justicia latinoamericanos (...) principalmente para fundamentar la responsabilidad de los jefes militares y altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (comandantes y jefes militares en la dictadura argentina, o de la del presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta ‘selección’ de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del jefe o jefes y de sus principales colaboradores una especie de ‘cabeza de turco’ o de ‘chivo expiatorio’ que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios, e incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad.*” Y agrega: “*Eso es especialmente evidente en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, altos cargos o jefes bajo cuyo mandato, bien por orden expresa suya o con su conocimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados.*”⁵²⁰

⁵²⁰ Muñoz Conde, Francisco. “*La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado...*” cit., págs., 287 y ss..

Finalmente, y a modo de colofón de este apartado, diremos que –a nuestro entender- la responsabilidad de los superiores no ha de hallarse en un supuesto dominio compartido (dominio sobre el hecho y dominio sobre la voluntad a través de aparatos organizados de poder), sino en el haber creado las condiciones sociales necesarias como para generar el tipo de conductas inhumanas y criminales propias de estos delitos, por parte de los ejecutores intermedios e inmediatos. De allí que, conforme a esta delineación, la responsabilidad jurídico penal se determinaría por la violación de una posición de garante, propio ello de la estructura y fundamento de los delitos de violación de deber, y no de los delitos de dominio sobre el hecho; todo ello sin perjuicio de la imputación subjetiva conforme lo exigido por el tipo penal correspondiente.

Claro que el concepto de “*jerarca*” o “*superior*” que aquí manejamos no es equivalente al de la construcción de Roxin. Ello puesto que se construye sobre la base de su capacidad de crear, modificar, o extinguir instituciones sociales secundarias (lo que constituye las políticas de ingeniería social) y de la concomitante capacidad para configurar o modificar el estatuto correspondiente a cada interviniente en la institución. Véase que, conforme al régimen de intervención en el delito diseñado por la teoría de Roxin, los redactores de las leyes de Núremberg –que propiciaron a su través el ostracismo social de los judíos, su posterior deportación, y su deceso en los campos de exterminio- serían menos responsables que un mando intermedio que trasladara a sus subordinados las órdenes dictadas por su superior conforme a los parámetros establecidos por la precitada normativa. Así, aquellos serían solamente cómplices, mientras que este último sería autor mediato.⁵²¹ En definitiva, el modelo fundado en las estructuras de

⁵²¹ En dicho sentido se pronuncia Olásolo, quien sostiene: “*En consecuencia, cualquier actividad que no pone en marcha, ni impulsa a la organización hacia la realización de los elementos objetivos del delito por falta de control sobre la misma sólo puede dar lugar a responsabilidad accesoria (por ejemplo, aconsejar que se emprenda una campaña de persecución o planear una deportación en masa sin tener el poder ejecutivo para llevarla a cabo, reclutar voluntarios que posteriormente serán utilizados como autores materiales, o proporcionar información necesaria para que se cometa el delito). De esta manera, las personas que actúan como consejeros, que contribuyen a la ejecución de planes y órdenes sin tener el poder de dictar nuevas órdenes, o que simplemente proporcionan los medios para cometer un delito, sólo podrán ser responsables accesorios a título de partícipes.*” Olásolo Alonso, Héctor. “*Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional...*” cit., pág. 213.

pecado demuestra que pueden haber “asesores” o “proyectistas” a los que el hecho injusto les pertenezca en todo caso al menos igual que a aquellos que “maniobran dentro del aparato”. Ello por la sencilla razón de que se fundamenta la responsabilidad (de los miembros del estamento *supra-estatutario*) sobre las bases de los *Pflichtdelikte* y no sobre la base de los delitos de dominio.

Ahora bien, aquellos individuos que se sitúen en los más altos puestos del organigrama funcional y que carezcan de ese poder de ingeniería social (propio del que llamamos estamento supra-estatutario), en la medida en que realicen un aporte fundamental para que los ejecutores materiales puedan (efectivamente) consumar el delito, podrán ser incriminados a título de co-autores en atención a un *dominio funcional* sobre el hecho (extremos éstos sobre los que profundizaremos *ad infra*).

I.5.f.iii) Crítica a la posición sostenida por Kai Ambos respecto de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Ambos procede a fundamentar la responsabilidad de los superiores jerarcas de un determinado Estado (entiéndase, aquellos gobernantes que observan una posición *de iure* de poder) en virtud de la violación de una doble relación: (i) una relación que se verifica entre dicho gobernante y su subordinado, al que le ordena la comisión de un delito contra un igual (otro ciudadano) en virtud de la cuál aquél violentará la esfera de iguales libertades de su conciudadano y; (ii) concomitantemente, una relación que se verifica entre el gobernante y el ciudadano víctima (aquel respecto a quien ordena se le lesione o asesine). Dicha –última-relación, en la terminología empleada por el citado autor, se basa en “*el deber de protección del Estado frente a sus ciudadanos*” en virtud de la cuál ostenta una “*posición de garante de los derechos fundamentales*”. Asimismo, determina que el gobernante “*lesiona tal deber de protección cuando emite órdenes antijurídicas a los ejecutores directos de lesionar a ciertas personas*”. Y cierra su argumentación al señalar que “*la relación de dependencia entre el ciudadano y el Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión*”, y agrega:

*“También aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o custodia que resulta de la posición de garante.”*⁵²²

Así, conjuntamente con el análisis propio de los delitos de dominio (concretamente de dominio a través de un aparato organizado de poder), que el autor considera una faceta “*fáctica*” del análisis, correspondería efectuar un análisis propio de los delitos de infracción de deber, correspondiente a la posición de garante que los gobernantes observarían respecto de sus ciudadanos gobernados, así como cada ciudadano respecto de la esfera de libertad de otro ciudadano.

En los desarrollos realizados por Ambos, no se procede a analizar por un lado (i) la relación entre el ejecutor directo y la víctima conforme a una relación de dominio sobre el hecho; y por otro lado (ii) la relación entre el Estado (gobernante) y la víctima, conforme a una violación de deber pre-constituido por el ordenamiento jurídico. Todo lo contrario, para Ambos, este segundo análisis (ii) cabe realizarlo en aquellos casos en que la aplicación pura de la doctrina de Roxin no sea suficiente para fundamentar la responsabilidad de los superiores jerárquicos.

Por tanto se trataría de una construcción yuxtapuesta, en donde los fundamentos de los *Pflichtdelikte* complementarían una imputación (incompleta) conforme a la teoría de los delitos de dominio, y ello sólo con relación a los jefes o mandos intermedios (conforme a la teoría de Roxin). Por ende, la fundamentación de tal imputación sería parcialmente por el dominio sobre la voluntad del ejecutor, y parcialmente por violar una posición de garante.

Habiendo asentado estas últimas, cabe verificar un gran problema de coherencia intradogmática en la señalada postura, además de otras cuestiones de orden menor. Veamos en primer lugar éstas últimas y luego explicaremos en detalle al primero:

Una cuestión dentro de la argumentación de Ambos que ameritaría –siempre a nuestro juicio– una modificación es la referida a la categorización de “ciudadano” respecto de aquel sujeto que merece la tutela del Estado en lo que a sus derechos fundamentales se refiere. Tal categoría debería ser continente no sólo de los ciudadanos, sino de todos los habitantes que se hallen dentro del territorio de dicho Estado. No se alcanza a comprender por qué motivo se limita dicho régimen

⁵²² Ambos, Kai. “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori...” cit.; pág. 85.

estatutario sólo a aquellos que el Estado reconoce como ciudadanos (esto es, personas adultas con derecho a voto). Máxime considerando las características propias de la casuística del Derecho penal internacional en donde, por lo general, las víctimas suelen caracer del reconocimiento de ciudadanía (y los derechos que dicho estatus conlleva).

Otra cuestión a atender es la que surge de la fundamentación dada por Ambos en atención a la teoría de Murmann. Concretamente, Ambos considera que la teoría de Roxin solamente se puede explicar desde la óptica de la teoría normativa sostenida por Murmann y fundada –a su vez- en los aportes de Zaczyk, Kant y Fichte. Tal teoría se basa en el reconocimiento mutuo de los individuos como personas autónomas y racionales. Tal reconocimiento (que a su vez consiste en una relación jurídica) se efectiviza o concretiza a través de una mutua práctica de conductas correctas, ajustadas a las cualidades mutuamente reconocidas. Con ello se garantizan las libertades de cada uno de los individuos que integran la sociedad.⁵²³ De allí que Murmann transfiera la estructura de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) al ámbito de los delitos de dominio (uniformizando así a toda las estructuras de delito, conforme a la teoría de los mentados *Pflichtdelikte*).

Al aplicar las tesis de Murmann en el marco de la teoría de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder se verifica una inconsistencia entre, por un lado, la fundamentación de la posición de garante tanto del ejecutor directo (conforme al principio de iguales libertades) como del gobernante (conforme al deber de protección y/o tutela respecto de sus gobernados); y, por el otro lado, el segundo factor o presupuesto de la teoría creada por Roxin, esto es: la desvinculación del aparato organizado de poder del Derecho. Ello puesto que, dentro de un régimen estatal totalitario –como bien apuntara Arendt- lo que antes era inmoral e ilegal, se torna legal y moralmente correcto; mientras que lo que era moral y legal pasa a ser inmoral y legalmente sólo perdonado en la medida en que justifique o exculpe su ilicitud. Ejemplificando en la Alemania nacionalsocialista, lo que en la República de Weimar era un delito y una inmoralidad: masacrar a personas por el sólo hecho de su (supuesto) estado racial, en la Alemania nazi era un deber moral y legal para con el Estado nacionalsocialista. Sólo se podía

⁵²³ Murmann, Uwe. “*Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre*”, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

justificar en un estado de necesidad, el no detener o colaborar en la detención (y posterior ejecución) de un judío.

La desvinculación del Derecho señalada por Roxin, y que ya estudiáramos *ut-supra*, se refiere claramente, en el ámbito de la criminalidad estatal, a la desvinculación del Estado o de la organización estatal del marco de las normas democráticas, o al menos, del marco de normas convencionales del sistema universal de derechos humanos. No relacionándose con el Derecho positivo que un Estado totalitario se pueda dar a sí mismo y a sus súbditos. Sin embargo, y como viéramos, justamente ésa no es la posición sustentada por Ambos, para quien la única norma relevante -por ser según él la única capaz de generar un freno inhibitorio sobre el ejecutor directo- es la norma de Derecho positivo.

Indudablemente, la tesis de Murmann está pensada dentro de un marco de un Estado de Derecho, cosa que, incuestionablemente, no existe en el marco fáctico propio de un delito de Derecho penal internacional perfeccionado por un Estado u organismo estatal. La contradicción de ambas posturas sostenidas por el citado autor, sin aplicarse a su respecto correctivo alguno, resulta insuperable.

Tal mentado correctivo no puede ser otro más que el Derecho suprapositivo. Concretamente las normas de *Ius Cogens*, o de ese *minimum ethicum* propio de la Ley Natural que recoge la legislación que rige las relaciones internacionales en el ámbito de los derechos fundamentales de los hombres. Estos extremos fueron reconocidos incluso por autores neo-positivistas como Larry May, que recogen las observaciones de von Verdross referentes a que todo Estado ha de proveer de seguridad jurídica a todos sus habitantes, y que las normas de *Ius Cogens* obedecen a un “*principio (internacional) de seguridad*” fundado en la moral. Conforme a éste, un Estado estaría faltando al debido respeto a la comunidad internacional en la medida en que permite el maltrato a todo un segmento de su población, siendo ello la idea central que inspirara tanto a las convenciones de Naciones Unidas contra el Genocidio , como a las demás convenciones internacionales que condenaran tanto al Apartheid como a la tortura. Siendo justamente la violación de tal principio internacional (construido sobre un minimalismo moral *a la Verdross*) la que

justifica y habilita la actuación del Derecho penal internacional así como la jurisdicción de los tribunales internacionales.⁵²⁴

Llegados a este punto, corresponde que tratemos ahora sobre el problema de coherencia intradogmática que le atribuyéramos a esta posición sustentada por Ambos. Tal problema radica en la yuxtaposición que hace (conforme a los postulados de Murmann) entre la teoría de los delitos de dominio y la teoría de los delitos de infracción de deber. Una yuxtaposición a la que el mentado autor le da un carácter de eventual y sucesiva, puesto que sólo en el caso en que no se pueda completar la imputación de autoría mediata conforme a los patrones de la fungibilidad (dominio del hecho) se recurre a los postulados de la infracción de posición de garante.

Pues bien, el problema de dicho planteo está en que tal yuxtaposición no puede ser recibo puesto que las dos teorías que une (dominio del hecho e infracción de deber), más allá de las posiciones doctrinales a las que recurre (i.e.: Murmann), obedecen a realidades normativas distintas en sus respectivos contextos empíricos.

Así, las funciones de la pena, tanto de prevención especial como general (los fundamentos de política criminal sobre los que se asienta la antijuridicidad material) y lo referente al régimen de intervención en el delito –especialmente en lo que respecta a la autoría- son diferentes en la fundamentación de un delito conforme al dominio sobre un curso riesgoso y en la correspondiente a un delito conforme a una infracción de deber.

Por lo expuesto anteriormente, es inevitable que la posición defendida por Ambos genere una serie de incertidumbres provocadas por las propias disfunciones intrasistemáticas de su planteo. Así, y a vía de ejemplo, cabría preguntarse a título de qué ha de responder aquel sujeto cuyo juicio de imputación se construye sobre esta base yuxtapuesta de dominio del hecho y de infracción de deber. Es decir, este sujeto ¿qué es? ¿Sería un autor por haber violado una posición de garante que a él y sólo a él le competía?, ¿o sería un autor mediato por virtud de una relación de dominio (parcial) de la voluntad de los ejecutores directos, con base a un dominio (parcial) sobre el aparato organizado de poder? El citado autor no ha definido esta cuestión. Dificultándose aún más la defensa de su posición, puesto que –

⁵²⁴ May, Larry. “*Crimes against humanity. A normative account*”, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Amazon Kindle e-book, position 521.

recuérdese- la autoría mediata solamente se puede fundamentar por una relación de dominio; de allí la incompatibilidad con los planteos de Ambos y de Murmann.

Pero es que, además, aun si aceptásemos como válida la posibilidad de unificar en un solo juicio de valoración jurídico-penal una responsabilidad construida sobre la base del dominio del riesgo y sobre la infracción de deber, la referenciada construcción de Ambos no quedaría exenta de inconsistencias intra-sistemáticas.

Concretamente, de adoptarse la posición de Murmann (tal como dice hacer Ambos) de convertir (y valorar) todos los delitos en delitos de violación de deber, no se logra comprender por qué motivo se sigue recurriendo a una fundamentación (parcial) en atención al dominio del hecho. Es decir: no se entiende por qué, si ya existen razones más que suficientes para sostener una responsabilidad a título de autor por la violación de un deber como garante, se tenga que ocurrir primero a una relación de dominio construida sobre el concepto normativo (y dudoso) de la fungibilidad (y que encima el mismo resulte, asimismo, insuficiente *per se stante* para fundamentar la responsabilidad individual a título de autoría mediata).

I.5.f.iv) La naturaleza subjetiva de la teoría de autoría mediata mediante aparatos organizados de poder de Roxin.

Lejos de ser una teoría de imputación de autoría sobre bases naturalísticas (o empíricas) tal como propone Roxin, lo cierto es que la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder es una teoría asentada sobre las mismas bases de la *teoría subjetiva* de la acción y la participación. Estos extremos (tal como se acreditará enseguida siguiendo los postulados de Zaczyk) se fundan en la total incompatibilidad de esta teoría para con respecto al dominio del hecho; extremo éste fundamental para delimitar la responsabilidad a título de autor conforme a la mayor parte de la doctrina alemana (siendo el propio Roxin uno de sus principales exponentes).⁵²⁵

A tales efectos, hemos de recordar que la referida teoría del dominio del hecho surgió como efecto del desarrollo de las teorías de la acción y del injusto durante el siglo XX. Conforme a tal evolución, la acción ya no se entendió como un mero

⁵²⁵ Zaczyk, Rainer. “*Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*” (Montealegre Lynett et Al. Compiladores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs.. 342 y ss..

factor causal ciego (que junto a otros conformaba parte del injusto: el tipo penal), sino que pasó a considerarse como una fuerza, en virtud de la cual el autor dirige conscientemente al curso causal (el acontecer en el mundo fenomenológico).⁵²⁶

El tipo penal, por su parte, ya no se concebía como una mera descripción objetiva -libre de toda valoración- de un suceso externo, sino que pasó (desde el neokantismo en adelante) a considerarse como una forma tipificada de injusto material y personal. De allí que sólo pudiera ser autor del suceso aquél que tuviere en sus manos su realización. Lo mismo ha de decirse en caso de concurrencia de varias personas: sólo podrían ser autor, la o las personas cuyas conductas resultaren centrales respecto del suceso.

En la aplicación de los anteriores asertos a la autoría mediata, tenemos que una persona sólo podría considerarse “*dominada*” por otra cuando no sea más que un “*instrumento*” en las manos del “*hombre de detrás*” (asertos éstos que ya se conformaban a la doctrina neokantiana y que, a la vez, se ajustaban perfectamente a los postulados naturalistas del finalismo del primer Welzel).

Ahora bien, dentro de tal marco no se hallaría un lugar para la tesis de Roxin, que se hallaría más próxima a la vieja teoría subjetiva de la participación (siendo una especie de tal doctrina revestida por “*nuevos ropajes*”). Lo dicho, puesto que sobre la base de dicha teoría (subjetiva) no existen dificultades técnicas respecto de la comisión de un hecho “*a través*” de otro. Conforme a la misma, los aportes de todos los que intervienen en un hecho son considerados como aportes meramente causales: la responsabilidad de uno no obsta, ni puede excluir, la responsabilidad del otro.⁵²⁷ Las teorías subjetivas (tanto las que se fundan en la teoría del dolo, como las que lo hacen en la teoría del interés) comparten el concepto básico de que la distinción entre autor y partícipes ha de provenir del interés del sujeto (psiquis, voluntad, intención) y no de su actuación sobre el mundo exterior (i.e.: su conducta). Así, será autor el que actúe queriendo el resultado independientemente de la voluntad de cualquier otro, o el que actúa con un interés propio (*animus auctoris*). Partícipe, en cambio, será aquel que quiere el resultado en la medida que

⁵²⁶ Por todos: Welzel, Hans. “*Estudios de Derecho penal*”, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2002, págs. 82 y ss..

⁵²⁷ Jakobs, Günther. “*Derecho penal, parte general...*” cit., págs. 103 y ss..

ello sea la voluntad del autor, dependiendo de la voluntad de éste último, o bien, quien actúa en atención a un interés ajeno (*animus socii*).

La *ratio* de toda esta construcción se halla en la posición original de von Buri acerca de su teoría de la equivalencia de las condiciones. Según la misma, todas las conductas (condiciones) que concurren al resultado típico son equivalentes, ya que todas ellas son las que la hacen posible. De allí que, desde el punto de vista objetivo, no se pudieren graduar las mismas como más o menos relevantes o importantes; de nuevo, desde el punto de vista causal todos los aportes valen igual, todos son equivalentes. Ahora bien, el problema se le suscitó a von Buri respecto de la regulación del instituto del concurso de delincuentes, sobre el cual la legislación entonces vigente reconocía la existencia de las categorías de autoría, instigador y cómplice; y lo dicho puesto que su construcción no dejaría de ser (en atención al Derecho positivo) una opinión de *lege ferenda*. A los efectos de evitar ello –y a la vez, sin renunciar a su teoría de la equivalencia de las condiciones-, es que sostiene que el fundamento de dichas categorías ha de hallarse en el plano estrictamente subjetivo.

De tal guisa –y conforme a la posición sostenida entonces por el RG- habrá que atender al dato psíquico de que en la intervención de varios individuos, algunos de ellos realizan su aporte para que otro u otros intervinientes dispongan de el, mientras que otros adoptan la decisión sobre si disponen o no del mismo.⁵²⁸ Así, señala que la diferencia entre autor y cómplice sólo puede tener significación jurídica, no en sentido objetivo, sino solamente en base a que existe una diferencia *absoluta* entre la voluntad del cómplice y la del autor. De allí su sentencia acerca de

⁵²⁸ Cfe. Jakobs, Günther. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 736. Y agrega: “*El cómplice tiene una voluntad dependiente de la del autor, es decir, subordina su voluntad a la del autor, de modo que deja al criterio de éste la decisión sobre si el hecho llegará o no a la consumación. El coautor, por el contrario, no conoce ninguna voluntad ajena que sea superior a él (separación según el animus auctoris y el animus socii, teoría del dolo).*”

Atendiendo de este modo a la imbricación de las distintas motivaciones, consigue esta variante de la teoría subjetiva establecer una jerarquía de los intervinientes, pero una jerarquía que puede tener su contrapartida en las ejecuciones de la acción por parte de los intervinientes: Quien determina el curso de los acontecimientos tal como se desarrollan no depende sólo de la voluntad, sino también de la ejecución; pues un interviniente con animus auctoris que no configure activamente el delito tiene de menos precisamente el elemento de la autoría que un interviniente con animus socii, se configura activamente el delito, tiene de más para ser partícipe”.

que *con la misma efectividad, y según la distinta naturaleza de la voluntad, se puede ser autor o cómplice.*

Posteriormente en el tiempo, estas tesis devinieron más radicales, en lo que se dio en llamar la “teoría de los intereses”. Dicha teoría había sido sostenida ya por Feuerbach, quien indicaba que autor es quien tiene un *animus auctoris*, es decir, quien tiene un interés propio en el hecho; mientras que partícipe es quien tiene un *animus socii*, entendiéndose por éste un interés fundado en un interés ajeno (es decir, que nunca se trata de un interés independiente respecto de la consumación del delito).

El partícipe se somete a la voluntad del autor, quedando al criterio de éste último el determinar si el hecho ha de consumarse o no. Es sobre el autor en quien recae el efectivo poder de decisión acerca de la consumación del delito, siendo por tal motivo el principal responsable penal; y ello aunque no haya perpetrado (directamente) la conducta típica.

Un claro ejemplo de esta teoría lo constituye la sentencia del RG en el llamado “Caso de la bañera.” Dicho caso trataba de dos hermanas solteras que vivían con su padre. Una de ellas se encontraba embarazada, habiéndole confiado a su hermana dicho estado, mas manteniéndolo en estricto secreto respecto de su padre (por temor a las represalias que éste pudiera tomar contra ella). Así, una vez nacida la criatura, comenzó la madre a insistirle a su hermana (quien le habría asistido durante el parto) en que ahogara al niño mientras le bañaba. La tía del niño, le sumergió dentro de la tina hasta que la criatura murió, procediendo luego a enterrar el cadáver en el jardín. El RG condenó a la tía de la criatura como cómplice del infanticidio, pese a haberle matado con sus propias manos, y ello puesto que actuó no en interés propio sino ajeno. La madre, en cambio, ya que ostentaba un interés directo y personal en el asunto, fue condenada a título de autora.⁵²⁹

Otro caso famoso, también de la jurisprudencia alemana, es el del agente secreto Staschynskij. Se trataba de un agente soviético que asesinó a dos exiliados en la República Federal Alemana, empleando para ello un curioso dispositivo de aire comprimido que inyectaba un poderoso y mortal veneno. El BGH encontró al agente secreto responsable por los asesinatos a título de cómplice y no de autor, ello

⁵²⁹ Al respecto *vide*: Berruezo, Rafael. “*Autoría y participación desde una visión normativa*”, BdeF, Buenos Aires, 2012, pág. 14, nota N° 40.

pese a que fuese él quien solo y por sí mismo ejecutara los delitos. Fundamentó el BGH su decisión en que el agente no actuó con interés personal y directo en el hecho, sino en interés ajeno: el de sus superiores del servicio secreto soviético y sus líderes políticos. Se sostuvo, pues, que Staschynskij no quiso los hechos como propios, no teniendo interés en ellos ni voluntad propia de cometer el hecho, sino que se sometió a la autoridad de su dirección política. Asimismo, que no determinó la ejecución del hecho en ningún punto esencial, no existiendo un interés material o político propio que sirviera siquiera de indicio de una voluntad –por su parte- de autoría.⁵³⁰

Sólo conforme a la teoría subjetiva se pueden explicar tanto la sentencia del BGH en el “Caso de los tiradores del muro” donde sostuvo “una voluntad de dominar el hecho” por parte de los imputados, cuanto la posición asumida por Roxin en la fundamentación de su teoría. Sobre este último particular, recuérdese que dicha teoría se basa en la idea de que la autoría no se limita a quienes realizan materialmente los elementos objetivos del delito, sino que también abarca a aquellos que ostentan un control sobre su comisión –pese a no estar presentes en el comienzo de la ejecución, ni en el de la consumación-. Dicho control consistiría, en definitiva, en el poder de decisión acerca del si y el cómo se cometerá el delito, y se verifica en una voluntad de dominación sobre la de los autores materiales como resultado del dominio de la organización (esto es: un dominio de la voluntad).

Indica Zaczyk que, a este respecto, resulta clarificante hacer un análisis de la jurisprudencia alemana. Así, que conforme a la teoría subjetiva de la participación no existirían dificultades teóricas para fundamentar una comisión de un hecho a través de otro sujeto penalmente responsable. Ello, dado que los aportes de todos los intervinientes en el hecho son valorados como simples aportes causales, y de allí resulta que la responsabilidad de uno (por su “simple aporte causal”) no puede excluir la responsabilidad del otro (por el “simple aporte causal” propio). *“Por eso el Tribunal del Reich hablaba sin dificultad de autoría mediata siempre que en el hecho aparecía actuando otra persona, con tal que el denominado ‘hombre de atrás’ ostentara la voluntad de autor. Por la misma razón pudo surgir sin problemas el concepto del ‘autor detrás del autor’, y el Tribunal del Reich pudo*

⁵³⁰ Al respecto vide: Roxin, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal...” cit., pág. 72 y ss..

caracterizar la coautoría como un caso de autoría mediata recíproca. (...) en principio, un agente ya era considerado como 'instrumento' cuando actuaba por otro, aunque lo hiciera culpablemente."⁵³¹

Pero lo cierto es que, conforme a la teoría del dominio del hecho, el concepto de autoría ha de considerarse dentro de un marco mucho más estrecho y estricto que el anteriormente expuesto. Así, si el sujeto de adelante es causa responsable de la realización del injusto, no puede ser al mismo tiempo “dominado” por otro (de allí que Welzel calificara de absurda a la expresión de “autor detrás del autor”). La teoría del dominio del hecho conllevó concebir tanto a la autoría como a la autoría mediata de una manera mucho más restringida. Así, si el hombre de adelante es causa responsable de la realización del injusto, de ningún modo puede sustentarse – a la vez- su “dominación” por otro. Los aportes de los intervinientes ya no son vistos (todos) como meros o simples aportes causales, sino que se reconoce en alguno de ellos un dominio bien sobre el curso causal, o bien sobre la conducta de quien ostenta el dominio sobre el curso causal.

Tal dominio de la conducta fue justificado por el finalismo, bien por razones de conocimiento (cuando el ejecutor material adolece de un error de hecho) o bien por razón de voluntad (cuando el ejecutor material es un inimputable o no se verifica a su respecto un juicio de imputación personal del injusto).

Concretamente, la tesis del finalismo sostiene que, en los delitos dolosos, es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, quien observa el control final del hecho. Se trata, pues, de una teoría construida sobre presupuestos objetivos y subjetivos: requiere de un lado, *una finalidad de control* (presupuesto subjetivo), y del otro, *un efectivo dominio sobre el curso causal* (presupuesto objetivo). De estos extremos, la doctrina mayoritaria deriva tres modalidades de autoría: (i) El autor que *ejecuta el hecho por propia mano*, es decir, realiza personalmente todos los elementos objetivos del tipo. Especialmente ha de tenerse presente que haya desplegado su acción en la fase ejecutiva del *iter-criminis* que se corresponde con la tentativa, o en momentos parciales anteriores a la consumación pero decisivos para que se pueda consumir el delito.⁵³² (ii) También hallamos los casos de *autoría mediata*, en virtud de la cual es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como

⁵³¹ Zaczyk, Rainer. “Libertad, Derecho y fundamentación de la pena...” cit., pág. 341.

⁵³² Mir Puig, Santiago. “Derecho penal, parte general...” cit., pág. 375.

instrumento. (iii) Finalmente, tenemos el caso del co-autor. Este es autor, puesto que detenta un dominio funcional del hecho por realizar una parte necesaria de la ejecución del plan global. Lo que significa que no tiene por qué realizar un acto típico en sentido estricto, pero sí que participar de la resolución delictiva común.

Roxin viene a agregar (como viéramos) un dominio de la conducta por un dominio de la voluntad, ello a través de un aparato organizado de poder: el “*autor de escritorio*” dirigiría el aparato como organizador y distribuidor de órdenes; aquellos que ejecutan el hecho serían intercambiables (*fungibles o meras ruedecillas en la maquinaria*). El hombre de detrás, según Roxin, sería el *spiritus rector* de la totalidad de la actividad delictiva. La fundamentación de Roxin, empero, abandona la idea central de la teoría del dominio del hecho: la unidad fundamental entre la acción típica y el autor responsable de ella, así como el apego estricto al tipo penal.⁵³³ Ya no se atenderá (dentro del primer término de la ecuación) a si la acción se corresponde con el tipo penal, sino que a lo que se atenderá (para fundamentar un dominio sobre el hecho) es a si integraba o no un aparato organizado de poder, así como al escalafón que (formalmente) ocupaba dentro del mismo. Así se ha indicado: “(...) *la integración del ‘aparato organizado de poder’ disuelve el hecho que debe ser juzgado en el tejido de las circunstancias que influyen –por cierto, muy intensamente- sobre él, pero cuya influencia no se supone al mismo tiempo tan intensa como para eliminar la responsabilidad del ejecutor inmediato.*”⁵³⁴

No es de extrañar que las conclusiones a las que arriba Zaczyk sean casi idénticas a las críticas que (sobre la teoría de Roxin) aportara Mir Puig: el hombre de detrás podrá tener cierto tipo de trascendencia en el injusto penal, pero en todo caso nunca domina su realización personal. Así -y conforme a su criterio normativo de la “pertenencia del hecho” aplicado al ámbito de la autoría mediata- para que se verifique tal relación (de pertenencia) la persona de detrás ha de utilizar al autor material como un instrumento bajo su total control. Tal persona de detrás tiene que ser el único causante del delito, puesto que sobre él deben recaer todos los juicios de imputación objetiva, subjetiva y personal; siendo por ello que se verifica una

⁵³³ Zaczyk, Rainer. “*Libertad, Derecho y fundamentación de la pena...*” cit., pág. 343.

⁵³⁴ Zaczyk, Rainer. “*Libertad, Derecho y fundamentación de la pena...*” cit., pág. 343.

mayor relación de pertenencia respecto del hecho injusto, a pesar de que el ejecutor directo verifique una relación de mayor proximidad respecto de la consumación.⁵³⁵

En la casuística analizada, el autor mediato conforme a los postulados de Roxin difícilmente podrá disputarle el protagonismo sobre el curso causal y la imputación objetiva y subjetiva al ejecutor directo, en la medida en que este sujeto actúe libremente, con conocimiento, en el momento de la ejecución de la acción típica (hasta la eventual consumación). De allí que su intervención quede definida dentro del marco de la inducción o, eventualmente, de una co-autoría (en caso de realizar una acción que, pese a no inscribirse en la descripción de la conducta típica, resulte menester y esencial para la consecución del plan común).

Por otra parte, una supuesta ejecución prácticamente automática del hecho –tal como sostiene Roxin– no es empíricamente cierta. Así como tampoco se puede fundamentar dentro del marco de la teoría del dominio del hecho. Responsabilidad por el hecho y automatismo se excluyen recíprocamente. La única manera de hacer posible esta última cuestión es a través de una construcción teórica que vea, en el ejecutor material o directo, un simple factor causal y no un sujeto auto-determinable y responsable. Mas esto conllevaría a una fundamentación sobre las bases de la teoría subjetiva de la autoría, y no en base del dominio del hecho.

Al respecto se ha señalado que, justamente desde la óptica del dominio del hecho el superior o jerarca es el promotor del hecho: su instigador. Siempre y cuando –claro está– tenga una influencia directa sobre la psiquis del autor inmediato, así como un conocimiento personal de dicho sujeto. En caso contrario, sólo estaríamos ante una conducta facilitadora, propia de un grado correspondiente a la complicidad.⁵³⁶

En conclusión: el supuesto dominio de la voluntad que ostenta el organizador no es, por tanto, el dominio sobre la voluntad de quien ejecuta directamente el hecho, sino que es la descripción de una voluntad del superior de dominar al hecho (una pretensión o deseo de dominio, mas no un dominio propiamente dicho). No debería, pues, hablarse de “dominio de la voluntad” sino de “voluntad de dominio.”

⁵³⁵ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 374.

⁵³⁶ Zaczky, Rainer. “*Libertad, Derecho y fundamentación de la pena...*” cit., pág. 339.

El organizador quiere el hecho como propio, pero “*animus auctoris*” no es lo mismo que “*spiritus rector.*” Estos extremos, que si bien se parecen lingüísticamente tanto en idioma español como en idioma alemán, los romanos ya los identificaban plenamente como diferentes en grado; y a dicha diferenciación deberemos apelar si no queremos incurrir en análisis equivocados ni en construcciones normativas divorciadas de la realidad empírica subyacente.

La teoría de Roxin, en definitiva, ha permitido la pervivencia de la teoría subjetiva de la participación. Sólo matizándola a través de la exigencia de que el autor mediato tenga que hallarse en cierto tipo de relación con una organización, de forma tal que no baste con un aporte cualquiera, sino que debe tratarse de un factor causal destacado. Asimismo, esta posición doctrinal conlleva otro efecto negativo: desvincula al tipo penal del concepto de autoría. Así el aparato de poder de un ejército, de una sociedad comercial, o de un despacho de abogados, terminan convirtiéndose en una misma cosa: el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal desde un punto de vista intersubjetivo. Es decir: el propio sustrato del injusto o del merecimiento de pena.⁵³⁷

De lo anterior se deriva lo que se ha venido convirtiendo en una –cada vez más extendida– práctica jurisprudencial: la de presumir absolutamente tal ánimo de autor sobre la base de la ubicación formal del reo dentro de la estructura burocrática u organigrama.⁵³⁸ De allí que alguien que integre el cuadro de un gabinete o de la cúpula militar, independientemente de que ostentara verdadero poder o no, e independientemente también de si actuaba con ánimo de autor o de partícipe o cómplice, pasan a ser considerados *iuris et de iure* “*autores mediatos.*”

Individualizar al autor y al cómplice sobre la base de si el sujeto ha querido el hecho típico y antijurídico como propio o como ajeno significa actuar sobre la base de principios carentes de un contenido cierto y determinable. El Juez en realidad no parte de dichas fórmulas a la hora de determinar el grado de participación, sino que resuelve intuitivamente sobre quién es autor y quién partícipe o cómplice. Luego, para fundamentar las razones en virtud de las cuales catalogó las conductas

⁵³⁷ Zaczyk, Rainer. “*Libertad, Derecho y fundamentación de la pena...*” cit., pág. 341.

⁵³⁸ Así en Alemania la Jurisprudencia lejos de aplicar esta teoría a los casos excepcionalísimos a los que refiere Roxin en sus obras, la ha aplicado en el marco de una clínica veterinaria –en la que tuvieron lugar violaciones a la legislación en materia de medicamentos–; así como en el marco de un despacho jurídico –ante el caso de “*un único acto de organización*”–.

conforme a tal o cual grado, recurre al criterio de si el sujeto ha querido (o no) el hecho como propio, o siguiendo (o no) un interés personal y directo.

Curiosamente, ha sido el propio Roxin quien, criticando a estas teorías, las calificara de “fórmulas vacías o estereotipadas.”⁵³⁹ Por su parte, Jakobs ha indicado que, en su aplicación, la jurisprudencia termina privando de contenido real a las fórmulas de voluntad de autor o de partícipe, así como de querer al hecho como propio o como ajeno, y ello hasta convertirlas en “meros lemas”. Meros “envases conceptuales vacíos” a través de los cuales alguien es considerado autor por ostentar una voluntad de autor, pero —en todo caso— no cabe averiguar por qué posee tal voluntad, ni lo que ello (a fin de cuentas) verdaderamente significa.⁵⁴⁰

Esta situación (la de “objetivizar” al supuesto “ánimo de autor” conforme a presunciones absolutas) no es nueva en el marco de las teorías subjetivas de la autoría y participación (ello a pesar del oxímoron): ya hemos visto como ello sucede dentro del marco de la JCE II (justamente la de modalidad sistémica). Demostrándose así cómo esta teoría de Roxin muestra en su aplicación más puntos de contacto con las teorías de la empresa criminal común, que diferencias con ellas. Así como, también, que pese a los formidables esfuerzos de Roxin por fundamentar una teoría de imputación anclada en la realidad ontológica, la aplicación de la misma deviene en un normativismo exagerado y divorciado de la realidad (empírica) subyacente.

I.6) La organización criminal como estado (institucional) de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos.

Una posición doctrinal derivada de la *Vorverlagerungstheorie* o teoría de la anticipación sostiene que la organización criminal constituye un estado institucional favorecedor de los delitos concretos que se cometen en su marco. Esto es, una forma de intervención anticipada.⁵⁴¹ De tal guisa, se sostiene, la organización

⁵³⁹ Roxin, Claus. “Autoría y dominio...” cit., pág. 76.

⁵⁴⁰ Jakobs, Günther. “Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación...” cit., pág. 737 par. 29.

⁵⁴¹ Sobre la organización criminal como estado de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos, puede consultarse: Aleo, Salvatore. “Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative”, 2ª edición, Milán, 2005. Jung, Heike. “Begründung, Abbruch und

delictiva afecta a los bienes jurídicos protegidos mediante figuras típicas concretas (como v.gr. el tipo penal de genocidio, y las modalidades de delitos contra la humanidad o lesa humanidad) cuya comisión constituye la finalidad efectiva (real) de la institución inicitiva.

De allí que se denomine “*teoría de la anticipación*”, puesto que la sanción de los hechos vinculados a la asociación se vincula directamente con la anticipación en la tutela de los bienes jurídicos afectados por los delitos fin de la mentada asociación delictiva. El individuo, así, pasa a ser responsable por su actividad favorecedora, proyectada de modo mediato (a través de la organización y canalización de dichos aportes por la institución) en un hecho delictivo concreto.

Así, se habla de una organización conjunta del hecho, entre el miembro favorecedor y el autor concreto, a través de la asociación delictiva. La anticipación de la punición a un momento anterior a la canalización de los aportes en un hecho delictivo concreto –las aportaciones individuales a la organización– se explica solamente en la medida en que tales aportes observen una dimensión favorecedora de los delitos proyectados (*que puedan proyectarse sobre hechos concretos*). Es decir: que evidencien tales aportes, un peligro para los bienes jurídicos penalmente tutelados por los tipos penales de los delitos proyectados; analizando dicho riesgo atendiendo a la canalización que de ellos, y de otros aportes, pudiere hacer la institución u organización delictiva.

Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer” en (Esser; Huber; Cornils, eds.) “*Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*”; Freiburg, 1998. Köhler, Michael. “*Strafrecht AT*”, Berlin, 1997. Mir Puig, Santiago. “*Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*” en XVI Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología, Universidad Mayor de San Marcos (ed.), 2004. Moccia, Sergio. “*La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*”, 2ª edición, Nápoles, 1999. Muñoz Conde, Francisco. “*Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico*”, en Revista Penal nº 9, Valencia, enero 2002. Pastor Muñoz, Nuria. “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*”; Atelier, Barcelona, 2005. Silva Sánchez, Jesús María. “*La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?*” en (Silva Sánchez, Jesús-María, Cancio Meliá, Manuel) “*Delitos de organización*”, B de F, Buenos Aires, 2008. Rudolphi, Hans-Joachim. “*Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB*” en (Frisch; Schmid, eds.) “*FS für Hans-Jürgen Bruns zum 70*”, Köln, 1978. Ziffer, Patricia. “*El delito de asociación ilícita*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Esta posición doctrinal reconoce la específica dimensión institucional de la organización delictiva; siendo posible advertir, a su través, la especial peligrosidad de la organización, derivada tanto de la ejecución común que le es propia, cuanto por la dinámica propia de las organizaciones, encaminada a la comisión de delitos mediante su capacidad de “*alargar*” el alcance de los actos de organización de sus miembros.⁵⁴²

Todo lo anterior fundamenta tanto la disolución de la institución, como la atribución de responsabilidad personal a los miembros de la misma por los delitos cometidos en el marco de actividad de la mentada institución. Veamos:

Se fundamenta la disolución de la institución en tanto que la misma, como un estado de cosas favorecedor del hecho delictivo concreto cometido luego por alguno o algunos de sus miembros, debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres, y estructuras, para obtener su objetivos de comisión de los delitos. Asimismo, se fundamenta la atribución de responsabilidad personal a los individuos que integran la institución conforme a los postulados de un Derecho penal de hecho: siendo responsables por su propia actuación (individual) y no por haberse adherido a un sistema asocial (*membership*). Conforme indicara Silva Sánchez, la responsabilidad de los miembros de las organizaciones criminales se fundamenta a partir de imputarles la creación de riesgos para los bienes jurídicos tutelados en los tipos que definen los delitos fin de la institución delictiva. De allí que se reconduzca tal atribución de la responsabilidad jurídico-penal a las reglas comunes de imputación (abandonando el Derecho penal de excepción).⁵⁴³

De acuerdo a lo dicho, la organización delictiva queda compuesta, por una parte, por un aparato de dominio de los directores sobre los miembros subordinados (más o menos fungibles) que acaban cometiendo los hechos delictivos concretos y, por otra parte, por un sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras de la ejecución de los delitos fin de la asociación delictiva. Por ello se ha señalado que la organización delictiva aporta una doble garantía criminal: por una parte, asegura la pervivencia del riesgo generado por la actividad favorecedora de cada miembro y, por el otro lado, la conexión de tal

⁵⁴² Rudolphi, Hans-Joachim. “*Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB*”...” cit., pág. 315 y ss..

⁵⁴³ Silva Sánchez, Jesús María. “*La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?*”... cit., pág. 108.

riesgo (por sí mismo insuficiente) con los generados por las diferentes actuaciones favorecedoras de los otros miembros; y todo ello, reconduciéndolos hacia un hecho delictivo concreto

La organización delictiva, en virtud de su dimensión institucional, causa o genera cambios relevantes en la relación de los hechos de cada uno de los miembros con el delito fin. Mas ello no significa que a los referidos miembros se les haga responsables por cosas en las que no hayan intervenido (siquiera a través de una actividad favorecedora). Lo que sí implica es una ampliación normativa del concepto de intervención en el delito, ensanchando el concepto tradicional derivado de presupuestos causales y psicologicistas. De tal guisa, la conducta favorecedora de cada miembro de la organización se medirá de un modo *abstracto* y *mediato*: abstracto ya que se tratará de un riesgo genérico, creado (a través de la conducta) con antelación (a veces con mucha antelación). Dicho riesgo es reconducido, acoplado a otros riesgos causados por las conductas pertenecientes al resto de los miembros, y actualizado y concretado por la organización en el momento de la ejecución.⁵⁴⁴

Decíamos que también es mediata, ya que serán penalmente responsables aquellos miembros cuya actuación favorecedora (institucionalizada y canalizada en la organización) se proyecta de modo mediato en un hecho concreto: “*En efecto, en tal caso, cabe hablar, a través del vehículo institucional, de una ‘organización conjunta del hecho (entre el miembro favorecedor y el autor concreto, precisamente a través de la asociación criminal).*”⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ Silva Sánchez, Jesús María. “*La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?’...*” cit., pág. 108. Aleo, Salvatore. “*Sistema penale e criminalità organizzata...*” cit.; pág. 63. También y respecto de los caracteres de abstracta y mediata, vide Köhler: “*(...) la intervención permanece ciertamente, por un lado, abstracta y mediata, en la medida en que ni objetiva ni subjetivamente tiene que haberse prestado a un hecho determinado, sino que se refiere al conjunto de los hechos subsiguientes conforme al fin de la agrupación (...)* Sin embargo, por otro lado, tiene que haber producido efectos en hechos delictivos concretos, cuya medida viene también definida mediatamente por la previa intervención en la organización.” Köhler, Michael. “*Strafrecht AT...*” cit., pág. 567 (traducción al español al cuidado de Jesús-María Silva Sánchez).

⁵⁴⁵ Silva Sánchez, Jesús María. “*La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?’...*” cit., pág. 113.

De lo anterior se deduce la naturaleza (objetiva) de riesgo múltiple respecto del riesgo abstracto generado por cada miembro; así manifiesta Silva Sánchez: “Seguramente, la existencia de la organización permite fundar también una ‘coparticipación’ –figura paralela a la coautoría- entre sujetos que realizan aportaciones aisladamente insuficientes para favorecer los hechos principales, pero de las que se sabe que, en la estructura organizada, serán articuladas unas con otras, de modo que el producto global tenga la virtualidad favorecedora requerida. En efecto, en la medida en que la aportación de escasa entidad se integra en una organización junto a otras aportaciones, eventualmente también de escasa entidad, puede hablarse de una imputación recíproca que permitiría fundamentar la imputación de una participación punible a todos los sujetos. Naturalmente, es necesario que la punibilidad de la integración de unas y otras aportaciones aparezca *ex ante* como real, y no hipotética, y que sea cuantitativamente significativa.”⁵⁴⁶

El dolo, en estos casos, se reduce al conocimiento del sujeto/miembro de que su conducta contribuye, como aporte, a la organización delictiva, sin que deba conocer concretamente a quién, ni cuándo, ni a qué concreto delito se direccionará tal riesgo. Por supuesto, esto conlleva una relativización del carácter directo de la contribución, así como del conocimiento de las circunstancias concretas, específicas, del hecho.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús María. “La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”... cit., pág. 109, nota al pie de página nº 178.

⁵⁴⁷ A favor de esta postura, vide: Roxin, Claus. “Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes” in “FS für H. Salger”, Köln, 1995. Para quien el dolo sólo ha de referirse al hecho principal en sus elementos esenciales de injusto, sin conglobar en ello el lugar, tiempo exacto, identidad de la víctima, ni el concreto proceso de producción del resultado. Asimismo opina Silva Sánchez, quien ha sostenido: “(...) dichos requisitos naturalísticos de la participación han ido relativizándose progresivamente, sin que pueda afirmarse que ese proceso implique una verdadera vulneración del principio de culpabilidad. Así, se sostiene la posibilidad de una intervención a título de participación no sólo en frase preparatoria, sino incluso en fases anteriores a la decisión delictiva del autor principal. Además, se señala que el cooperador sólo tiene que conocer al hecho principal en sus elementos esenciales (qué tipo se va a realizar y las dimensiones esenciales del injusto), sin que sea preciso conocer ni la identidad del autor, ni las circunstancias concretas de tiempo, lugar y víctima.” Silva Sánchez, Jesús María. “La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”... cit., pág. 112.

En contra de lo sostenido: Stratenwerth, Günther. “AT” T. I, 4ª edición, 2000, pág. 348 n.m. 162.

Esta posición se acerca en gran medida a la sostenida por Marxen.⁵⁴⁸ Éste autor advierte un problema de tipo estructural respecto del Derecho penal internacional. Ello ya que, conforme a la estructura tradicional del concepto de delito, la orientación del sistema de imputación se compone en torno al individuo (injusto personal) y no a un sistema político determinado (injusto sistémico). Para solucionar ello propone un sistema de imputación compuesto de tres elementos necesarios y de dos puentes de comunicación:

Los elementos consisten en, primeramente, la conducta específica desarrollada por el individuo; en segundo lugar, en el contexto delictivo supraindividual (organización) y su programa criminal; en tercer lugar, en un resultado típico (correspondiente al tipo de genocidio o de lesa humanidad).

Los puentes de comunicación, por su parte, se ubican entre el primero y segundo de los elementos referidos anteriormente, donde el individuo actúa directamente sobre el contexto delictivo supraindividual (organización); y entre el segundo y tercero de los elementos, en donde el contexto delictivo supraindividual (organización) orientaría lo anterior hacia la consecución del resultado típico.

De tal modo, al individuo se le imputa la intervención en un proyecto criminal total, el cual ha originado el resultado típico. Se trata de una estructura de imputación móvil: por la inserción del elemento intermedio del contexto delictivo supraindividual entre la persona concreta y su conducta por un lado y el resultado típico por el otro. De tal guisa, entre la conducta individual y el resultado típico no existe una relación directa (ni natural, ni normativamente hablando).

Como bien se ha dicho⁵⁴⁹, este planteo observa muchos puntos de contacto con la *conspiracy crime*, empero se observan dos grandes diferencias con ella. Por una parte, no se trata de un delito incoado, esto es: no existe un adelantamiento del momento consumativo, sino que se requiere la existencia de un resultado (típico) concreto. En segundo lugar, se requiere sobre ello (como componente que pasa a ser el resultado del injusto) tener conocimiento *ex ante* (dolo) por parte del reo.

⁵⁴⁸ Al respecto vide: Marxen, Klaus. “*Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen straflehre*” en (Klaus Lüderssen, ed.) “*Aufgekärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*”, Band III: Makrodelinquenz, Frankfurt am Main, 1998, págs. 220 y ss..

⁵⁴⁹ Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 160.

Siendo por ello que considero que esta tesis, que ve en la organización criminal un estado institucional de cosas favorecedor de la comisión de delitos, desde un punto de vista preventivo penal resulta muy esclarecedora. Ello, por la gravedad de los delitos que se propondrían estas instituciones u organizaciones (genocidios, delitos de lesa humanidad); lo que justificaría un adelantamiento del momento punitivo a la etapa en la cual se concretan los aportes (es decir, las conductas individuales) de los miembros de la organización.

SEGUNDA PARTE.

Capítulo Tercero: Toma de posición. Las ventajas que presenta el modelo basado en las estructuras de pecado frente a las demás doctrinas.

I.1) Preliminares.

La imputación a un individuo de un resultado típico, en Derecho penal internacional, observa una particularidad insoslayable: los hechos individuales se insertan en un hecho total (*Gesamtat*), que no es otro más que el contexto criminal supraindividual del que habla Marxen o, conforme a nuestra postura, el campo de acción propio de la institución inícuca.

De allí que a la (clásica) imputación individual se le acople una imputación a la organización (sistémica) y que a la vez estas imputaciones (individual y colectiva o sistémica) no se hallen desvinculadas, sino en una relación de reciprocidad. Como indica Ambos, esta consideración conjunta de la imputación colectiva e individual, plantea la pregunta acerca de la función de los intervinientes en la organización criminal, así como sobre su contribución al hecho total delictivo. Y la respuesta ha de ser nítida: ambos aspectos, la función de la persona dentro de la organización y su contribución al injusto penal, deciden sobre la calificación jurídica de su intervención.

El tema pasa, indisolublemente, por reconocer que todos los sujetos (en menor o mayor medida) participan en la interacción, cumpliendo un rol (o varios), y ello conforme a su posición (membresía y estatus) dentro de una organización cuya finalidad sea cometer delitos de Derecho penal internacional, o sea ello el medio necesario para alcanzar su fin último.

Pero antes de atender a la *ratio iuris* por la que entendemos que se ha de fundamentar tal imputación de responsabilidad individual, vayamos por partes a los efectos de constatar las ventajas que presenta este modelo frente a los demás. Veamos:

I.2) Las cuestiones relativas a la responsabilidad de la institución u organización criminal en sí misma considerada.

Primeramente, atenderemos a las cuestiones relativas a la responsabilidad de la institución u organización criminal en sí misma considerada. La constatación de la institución inicua (organización criminal) como una estructura de pecado explica las razones por las que la misma ha de ser desarticulada y disuelta por el ordenamiento jurídico, todo ello luego del acaecimiento de una declaración judicial acerca de su naturaleza criminal.

Como hemos señalado, la estructura de pecado, como su nombre indica, consiste en estructurar un mal social a través de la actividad organizada de sus miembros. Concretamente, constituye una institución social que conforma un campo de acción en torno a contravalores de las relaciones sociales naturales. Es decir: consiste en la destrucción de los vínculos sociales, en la progresiva desarticulación de las condiciones que posibilitan las relaciones con todos los miembros del colectivo social. Es la destrucción de la confianza, de la benevolencia, de la caridad⁵⁵⁰: en definitiva es la desatención del bien común, en torno al cual se desarrollan y articulan las relaciones sociales naturales (conforme a las instituciones primarias o profundas).

De lo anterior se desprende una fundamentación iusfilosófica sólida, que justifica una actividad judicial orientada a la declaración de ilegalidad de tal tipo de organización. Tales extremos aparecen en gran medida reflejados en la fundamentación de la acusación contra las SS, Gestapo y SD por parte de Sir David Maxwell Fyfe, miembro de la fiscalía ante el IMT en Núremberg: “(...) *Fueron estas tres organizaciones las que proveyeron la maquinaria por la cual los acusados pudieron concebir y ejecutar sus delitos. (...) Fueron sus miembros los que, unidos en ellas, constituyeron –y siguen constituyendo- el peligroso núcleo del Nacionalsocialismo. Como las ramas separadas de la élite del Nacionalsocialismo, sus metas y propósitos eran los mismos, y trabajaron y cooperaron entre ellos, utilizando los mismos métodos criminales –como se evidencia a simple vista-. Desde un comienzo esto fue así, y continuó así hasta el final. Siendo la más clara*

⁵⁵⁰ Empleamos aquí este término de conformidad con su cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española, en el sentido de “actitud solidaria con el sufrimiento ajeno”.

demostración de estos asertos, cómo el Partido Nazi y el gobierno, desplazó los conceptos de ley y de orden, y corrompió la práctica judicial de las cortes y tribunales, todo ello con el fin de asegurarse toda protección ante la actividad criminal que se habían dispuesto a realizar.”⁵⁵¹ Resultan ser un claro ejemplo de estos asertos los aportados por el mencionado jurista al cerrar su exposición ante el Tribunal, donde recordó cómo los tribunales bajo el nacionalsocialismo fallaron que no había delito de homicidio alguno cuando algún nazi mataba a algún judío, sin contar con una orden para ello, o incluso contrariando a una orden. Ello puesto que, a su respecto, no podía verificarse móvil ignominioso alguno, sino, por el contrario, una motivación fundada en la “*actitud e iniciativa decente de todo buen nacionalsocialista*”. Está claro que estos extremos revelan cómo se trastocaron las relaciones sociales pre-institucionales (fundadas en el reconocimiento del *Otro* conforme al principio de iguales libertades), configurando la institucionalización de un régimen de poder en el que algunos miembros de la sociedad pasaron a ser desconocidos como sujetos de Derecho⁵⁵²

Estos fundamentos se aproximan a la concepción de la organización como estado institucional favorecedor de la comisión de delitos; esto es: a la visualización de la organización o institución criminal como un medio facilitador (para los miembros de la misma) para cometer delitos. Quedando ello claramente de relieve en las

⁵⁵¹ Gardiner, J. B. “*The SS on Trial. Testimony from Nuremberg. The illustrated edition*” (J.B. Gardiner, editor), Parchment Publishing, Coventry, 2012, págs. 421 y ss..

⁵⁵² “(...) *Let me conclude by reminding you of the opinion of the Supreme Court, the supreme guardian of National Socialist honor and discipline, to whose august authority and jurisdiction the members of all these organizations were subject. Of the murders committed during the 1938 demonstrations by Hoheitstraeger and members of the SA and SS, the investigation of which had been entrusted to the Secret State Police and Party jurisdiction of Gauleiter and other Political leaders, it was pleaded that, I quote, ‘in such case’s as when jews were killed without an order or contrary to orders, ignoble motives could not been determined.’ The purpose of those proceedings in the Party Court were, I quote again, ‘to protect those Party comrades who, motivated by decent National Socialist attitude and initiative, had overshot their mark’. In those few lines you have the secret of all the death and suffering, the horror and tragedy, that these defendants and the members of these organizations have brought upon the world. You see to what depths of evil they corrupted the human conscience. No ignoble motive! The murder of women and children –the ‘decent National Socialist attitude and initiative!’ Such was the National Socialist creed which –can one doubt?- they still cherish and, given the opportunity to do so, would revive.*” Gardiner, J.B. “*The SS on Trial. Testimony from Nuremberg. ...*” cit, págs. 424 y ss..

expresiones de Fyfe, “*proveyeron la maquinaria por la cual los acusados pudieron concebir y ejecutar sus delitos*”. Está claro que en la fundamentación de la aplicabilidad de los arts. 9 y 10 del Estatuto del IMT, se tuvo presente que las instituciones son obra de individuos, funcionan gracias a los individuos y existen en la medida en que sigan integradas por individuos. Extremos éstos que se visualizan con mayor pristinidad cuando se comprende que lo que caracteriza a las mismas es la interacción, esto es, la acción conjunta de varios individuos conforme a un organigrama determinado (estatus) que a su vez delimita los respectivos roles (acciones a realizar), y todo ello orientado a la obtención de determinados fines o metas.

Por lo expuesto, pues, no consideramos de recibo (conforme a la concepción de las estructuras de pecado) toda la fundamentación que sobre los *sistemas de injusto* aportara Lampe. Sin perjuicio de ello, sí que hay una correspondencia entre lo sostenido aquí sobre las estructuras de pecado y lo fundamentado por el mentado autor respecto del “*carácter*” de los sistemas de injusto, así como de su *disvalor ético-social*.

Decimos que constituyen (las estructuras de pecado) *estructuras de disvalor ético-social*, por un fenómeno social evidente que pone de relieve Lampe referido a que la gente no duda en reconocer la culpabilidad de los Estados u organizaciones por el inicio de las guerras, por las limpiezas étnicas, por las distintas masacres a gran escala, o por hacer uso de armas no convencionales (así, v.gr., se culpa a Alemania por iniciar la II Guerra Mundial; a Japón por el ataque a Pearl Harbour; a los Aliados por el bombardeo a Dresde; a Al Qaeda por el ataque a las torres gemelas; a EE.UU. por las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki). Como señala al respecto Lampe: “*(...)Se tiene muy presente el hecho de que la fuerza de un individuo no es suficiente para cometer tales delitos. La culpabilidad se comprende entonces en un sentido ético-social puesto que se habla del honor de las naciones y ‘el lado negativo, el deshonor, muestra claramente que también aquí utilizan medidas éticas’.*”⁵⁵³

De allí que las diferentes organizaciones privadas o públicas, estatales o para-estatales, ejércitos pertenecientes a grupos insurgentes, etc., puedan ser objeto de

⁵⁵³ Lampe, Ernst-Joachim. “*La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo...*” cit., pág. 156.

reproches ético-sociales por su falta de rectitud, es decir: por no cumplimentar los deberes éticos que (conforme al Derecho Natural y al Derecho positivo) les corresponde. Todo ello referido a su ser, a la filosofía detrás del establecimiento de sus fines, y a la organización para la consecución de sus fines.⁵⁵⁴ Y estas son las razones político-criminales que fundamentan su disolución por parte del Ordenamiento Jurídico. Empero, sobre esto hay que hacer dos menciones especiales:

Por una parte (i), tenemos un vacío legal al respecto por parte del estatuto de la Corte Penal Internacional; puesto que, a diferencia de lo que ocurría en los estatutos del IMT y del IMTFE, no se concede expresamente a la Corte Penal Internacional competencia alguna para declarar criminales, mucho menos para ordenar su disolución, a organizaciones criminales. De allí que, conforme al principio de legalidad, parecería que estos extremos quedarían, en su totalidad, sujetos a la actividad que realicen las instituciones jurisdiccionales estatales correspondientes. El uso del condicional se debe a que, si bien no existe mención expresa en el estatuto de la Corte Penal Internacional, ello no sería necesariamente óbice para que, efectivamente, se dicten tales declaraciones. Ello desde el momento en que la costumbre internacional se reconoce como fuente de derecho en el marco del Derecho procesal penal internacional. Tal costumbre en la especie se puede concretar en los estatutos del IMT y del IMTFE, así como en la jurisprudencia derivada de ambos tribunales internacionales, como también en los Principios de Núremberg reconocidos por la Asamblea General de la ONU, así como –por otra parte– la facultad que el propio estatuto concede a la Corte para recurrir a las disposiciones de Derecho penal interno de los países involucrados en el delito juzgado; perfectamente abren un marco lo suficientemente amplio como para poder declarar la Corte Penal Internacional la calidad delictiva de determinada institución. Por supuesto que, siempre a los efectos concretos de su disolución, se deberá estar a la colaboración del ordenamiento jurídico del país involucrado (puesto que, clara e insalvablemente, carecerá la Corte Penal Internacional de poder de imperio a este respecto).⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Cfè. Lampe, Ernst-Joachim. “*La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo...*” cit., pág 151.

⁵⁵⁵ En contra de lo aquí señalado, y sosteniendo que ello configuraría una violación flagrante la principio de legalidad, se ha señalado: “*Este proyecto* [el estatuto de la Corte Penal Internacional] *no*

Ahora bien, por otra parte (ii), hemos de señalar la imposibilidad que se plantea a la hora de declarar a todo un Estado (como persona jurídica mayor) como una institución inícuca, o “*Estado pervertido criminalmente*” al decir de Lampe. Ello se debe no a que no puedan estas instituciones observar (óptico y deontológicamente) dicha naturaleza, sino a razones de índole político-criminal (cuando no, estrictamente a razones geo-políticas).⁵⁵⁶ Las citadas razones de política criminal se resumen en el argumento de no marginar definitivamente a todo un Estado de la comunidad internacional (lo que no haría más que facilitarle las cosas al régimen totalitario que correspondiere a dicho Estado). Así, respecto de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de la ONU, expresa Lampe: “(...) *pienso que las sanciones citadas también pueden considerarse medidas penales cuando se dirigen contra un Estado que tiene la culpa (compartida) por delitos graves, a causa de la indoctrinación nociva y la falta de controles del ejercicio del poder público. El reconocimiento de que son medidas penales no se puede alcanzar de manera tan inmediata. Y ello porque resulta evidente que las consecuencias jurídicas declaradas como medidas penales excluirían a un Estado o a una organización estatal de la comunidad de ‘Estados civilizados’ o de la comunidad*

prevé ni siquiera un delito de organización, sino que se conforma con la punibilidad jurídico-internacional de los delitos individuales. De manera contraria al proceso de Nüremberg, no va a ser posible, en un futuro inmediato, denunciar públicamente (art. 9 y 10 del Estatuto-IMT) a las organizaciones legalizadas estatalmente, pero criminales conforme al Derecho internacional (como las SS y la Gestapo). Tampoco va a ser posible que, en virtud del art. 84 StGB, los que participan en ellas rindan cuentas jurídico-penalmente por su mera pertenencia a las mismas. Sin embargo, en mi opinión radica precisamente ahí, en la actualidad, una de las mejores oportunidades para una efectiva persecución jurídico-penal. Y ello debido a que resulta casi utópico exigir la prueba de un injusto de comportamiento individual en el seno de la red de criminalidad estatalmente organizada. Como única reacción a la vista de la dimensión de la criminalidad, resulta inadecuada.” Lampe, Ernst Joachim. “La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo...” cit., pág. 173.

⁵⁵⁶ Valga la apreciación, puesto que en el pasado, fueron muchas las veces que se desintegraron Estados enteros, y sobre sus territorios se constituyeron nuevas organizaciones políticas. Así sucedió en el Congreso de Viena de 1815, tras la derrota del régimen napoleónico; en la Conferencia y Tratado de Versalles, tras la I Guerra Mundial (donde se “loteó” al Imperio Austro-Húngaro); y en las Conferencias de Teherán y de Postdam durante y posteriormente a la II Guerra Mundial.

de 'organizaciones civilizadas' debido a su efecto estigmatizante. Y esta consecuencia quiere evitarse políticamente en la actualidad."⁵⁵⁷

Empero, estas razones político-criminales también están acompañadas de razones puramente políticas, como hemos advertido anteriormente. Así, difícilmente los Estados estarían dispuestos a integrar el marco de la Corte Penal Internacional (sujetándose a su jurisdicción) si ello conllevara el riesgo de ser considerado "criminales" por ésta, en oportunidad de juzgarse algún delito que les involucrase. Probablemente haya sido por estos motivos (repito, más políticos que político-criminales) por los que el IMT haya rehusado declarar organizaciones criminales al Partido Nazi, al gabinete de Hitler, o a la *Wehrmacht*. Así como también ello explique por qué las sanciones a imponerse a los Estados que violan flagrantemente los Derechos Humanos se hallan reguladas en el marco de la Carta de la ONU (arts. 39 a 42) como sanciones políticas a imponerse conforme el voto afirmativo de la mayoría del Consejo de Seguridad de la ONU; y ello pese a que su naturaleza sea eminentemente jurídico-penal (verdaderas penas o sanciones, tal como advierte Lampe).

I.3) La imposibilidad de extender el reproche ético-social de las instituciones inicuas (que fundamenta su disolución u otras sanciones a las mismas) respecto de los miembros integrantes de las mismas.

Existe, desde un punto de vista analítico, una identidad entre lo indicado aquí acerca de las estructuras de pecado como instituciones sociales inicuas, y la fundamentación dada por Lampe acerca de la naturaleza del sistema de injusto. Ello pese a que –desde un punto de vista filosófico así como científico-social- se parta de bases distintas.

No obstante, se puede acordar en el diagnóstico de que se trata de sistemas sociales en los que las relaciones entre sus diversos factores (personas preparadas para el conflicto, integración defectuosamente organizada, sentimiento de comunidad y fin que contradice al ordenamiento jurídico) se encuentran

⁵⁵⁷ Lampe, Ernst-Joachim. "La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo..." cit., pág. 167.

funcionalmente organizados y dirigidos a la consecución de fines delictivos. En definitiva se trata de instituciones, por lo que resultan ser mucho más que la suma de dichos factores y elementos, constituyéndose en entidades independientes, así como superiores a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos (como *v.gr.* una coautoría simple).

Ahora bien, fundamentar desde allí que ello constituye un injusto por su mera existencia (sin necesidad de verificarse comisión o, al menos, tentativa de delito de lesa humanidad o genocidio alguno), bajo el entendido de que la disposición para cometer delitos dentro de un sistema organizado constituye un delito *per se stante*, no nos parece de recibo. Mucho menos compartimos la conclusión de que tal responsabilidad jurídico-penal de la institución les sea transferida a cada uno de sus miembros concretos. Es decir que, partiendo de la organización criminal –como entidad que lesiona al bien jurídico supraindividual: paz o seguridad pública-, sea posible fundamentar una responsabilidad jurídico penal por dicha lesión a todo individuo que realice una conducta funcional a dicho sistema (que muchas veces no pasa de la mera membresía).⁵⁵⁸

Es decir, pues, que si bien no negamos que una estructura de injusto (de pecado) deba ser disuelta por parte del ordenamiento jurídico, y ello por la peligrosidad intrínseca a dichas organizaciones, empero ello no ha de extenderse a cada miembro concreto de las mismas.

Lo anterior se explica, primeramente, porque conforme a un *Derecho penal del hecho*, a los miembros de una organización criminal se les ha de responsabilizar por sus propias acciones y no por ser miembro de una estructura institucional asocial (lo que constituiría un *Derecho penal de autor*). Como se ha indicado, la responsabilidad de los miembros de instituciones inicuas se ha de fundamentar en la creación de riesgos para los bienes jurídicos penalmente tutelados mediante los tipos que definen los delitos-fin de las referidas instituciones. Ello elimina toda construcción fundada en la tutela de un bien jurídico supraindividual indeterminable, como resulta ser la paz o seguridad pública; así como permite acudir (a los efectos de la fundamentación de la atribución de la responsabilidad

⁵⁵⁸ Cfe. Silva Sánchez, Jesús María. “*La intervención a través de organización*” “*¿Una forma moderna de participación en el delito?...*” “*cit.*”, pág. 98.

jurídico-penal individual) a las reglas comunes de imputación, dejando a un lado los institutos propios del Derecho penal de excepción.

Es que, mediante el trámite de transferir la responsabilidad de la organización criminal (por la afectación a la paz pública que su mera existencia produciría) a los miembros de ella, tal responsabilidad se constituiría por el mero acto de declararse dispuesto a intervenir en la institución (favoreciendo así su finalidad de cometer delitos). El delito sería, así, un delito de mera adhesión. Se trataría pues, de una forma de intervención en el delito de carácter simbólico, puesto que no se requeriría la realización de conducta alguna, sino tan sólo la mera asunción de la condición de miembro. A dicha asunción se le asocia el declararse dispuesto a intervenir en los delitos-fin de la organización, extremos éstos que se consideran suficientes para la atribución de responsabilidad. Por eso es que lo relevante radica en el aspecto simbólico de la pertenencia a la organización criminal, por su valor de exclusión del sistema jurídico; a fin de cuentas, por la adopción del carácter de “*enemigo*”.⁵⁵⁹

Para nosotros, y al contrario de lo sostenido por la teoría del injusto de sistema, el fundamento de la responsabilidad individual respecto del hecho colectivo no se halla en el acto de asociarse libremente (*free membership*) con conocimiento del plan delictivo, sino en la interacción; y dentro de ella, por el hecho realizado de conformidad a su rol institucional.

Asimismo, el imputar una responsabilidad por el resultado colectivo fundado en el hecho de asociarse en la empresa común/organización criminal o institución inicua, y a la vez imputar una responsabilidad individual por los hechos individuales cometidos, tal como se propone el sistema ideado por Lampe, resultaría en una violación del principio *ne bis in idem*. Sólo subsanado ello (y de modo muy frágil) por la construcción artificial de un bien jurídico supraindividual indeterminable como es la paz social para fundamentar la inexistencia de identidad de objetividad jurídica. Un bien que, en todo caso, quedaría comprendido en la ofensividad propia de los delitos de lesa humanidad y de genocidio.

Lo criticado anteriormente queda patente en la siguiente apreciación de Lampe: “*Así, podría oponerse que a los participantes de una agrupación criminal los*

⁵⁵⁹ Cfe. Silva Sánchez, Jesús-María. “*La intervención a través de organización. ¿Una forma moderna de participación en el delito?...*” cit., pág. 99.

afecta asimismo una pena doble: tanto por su delito como también por el hecho de haberse comprometido con la agrupación previamente. Sin embargo, no hay espacio para que la responsabilidad por el sistema se extinga por la responsabilidad por la acción (y viceversa). Pues el injusto de la existencia del sistema radica en la amenaza constante de la paz jurídica de la comunidad; el de la acción individual radica en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ambos sólo pueden ser objeto de una respuesta cumulativa.»⁵⁶⁰

Nuestra concepción sobre el rol que ha de cumplir el bien jurídico dentro de la teoría del delito, no nos permite de ninguna manera, conciliar nuestra posición con la ante-citada de Lampe. Es que, para nosotros, la lesividad u ofensividad del bien jurídico penalmente tutelado ha de entenderse desde un punto de vista teleológico como una garantía constitucional, cuya misión es la de limitar al *ius puniendi*. Todo ello sin perjuicio de sus funciones de fundamentación de la motivación que persigue la norma penal primaria (y desde allí, sus efectos sobre la composición de aquélla). Dicho carácter de garantía o limitación al *ius puniendi*, que se relaciona (como toda garantía normativa) con la construcción analítica de la “teoría del juego” definida por Wittgenstein, exige que las notas de universalidad y sustancialidad conferidas a los bienes jurídicos no puedan ser inferidas de un procedimiento denotativo, sino de uno connotativo.⁵⁶¹

De lo anterior emerge la necesidad de introducir (de conformidad con la “teoría del juego del lenguaje”) las cuestiones de la competencia y de la actuación lingüística del hablante, ello en tanto agente realizador y productor de las reglas de funcionamiento. Reglas que, por otra parte, hacen posibles los entendimientos recíprocos. Es claro que tal naturaleza de “juego” a la que aludimos, no se refiere a su significación lúdica sino que designa la función que desempeña la regla de funcionamiento y el componente intersubjetivo de las acciones que aquél hace

⁵⁶⁰ Lampe, Ernst Joachim. “La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo...” cit., pág. 154.

⁵⁶¹ Así se ha señalado: “Esto implica considerar, como lo hace Wittgenstein, relativamente el significado de las palabras y de las frases, que el significado de bien jurídico, conforme esas dos características (que serían por tanto, tomadas como si fueran partes constitutivas de una frase), no están subordinadas a su lógica, pero sí al contexto de garantía y delimitación de poder de un Estado democrático.” Tavares, Juarez E. X.. “Bien jurídico y función en Derecho penal” traducción a cargo de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 75.

posible: un discurso cualquiera al que estuvieran asociadas prácticas específicas, en las cuales los significados de las palabras suscitan las acciones pertinentes conforme a un patrón predefinido.

Partiendo de la consideración de la teoría del bien jurídico como una garantía constitucional consistente en ser una limitación del *ius puniendi*, y atendiendo a los extremos relacionados por la teoría del juego, debemos concluir que todo juicio de ofensividad o lesividad debe de efectuarse bajo reglas claras y precisas, generales y objetivas, que acrediten cómo es que la conducta desvalorada se concretó en el resultado típico y que, a su vez, permitan una contra-argumentación a tales respectos. Si el juicio de lesividad carece de tales caracteres, esto es: si el mismo es producto de obscuras elucubraciones de las doctrinas que “*crean*” bienes jurídicos que no se entiende bien qué son, qué alcance tienen, o a qué relaciones jurídicas intersubjetivas alcanzan, mal podrá probarse por la defensa que tal lesividad no ha existido y que, por ende, no ha existido infracción alguna a la norma penal.

Como bien se ha sentenciado: “*Sólo será caracterizado como bien jurídico aquello que pueda ser concretamente lesionado o puesto en peligro, pero de tal modo que la afirmación de esa lesión o de ese peligro sea susceptible de un procedimiento de contestación.*”⁵⁶² Es decir, pues, que se ha de permitir siempre a la defensa del reo la posibilidad de comprobar que la lesividad al bien jurídico penalmente tutelado, en el caso concreto, no se verificó; al menos no como consecuencia de la conducta típica desplegada por el mentado agente.

De allí que todo argumento o construcción dogmática en virtud de la cuál se acredite la existencia de una lesividad u ofensividad al bien jurídico penalmente tutelado (daño o riesgo), debe permitir (sí o sí) probar en contrario. Es decir, probar que la alegada ofensividad no se configuró en el caso concreto (por el injusto concreto). Ahora bien, tal construcción dogmática, dirigida a la constatación de la lesividad, no ha de observar una naturaleza ontológica, sino una naturaleza eminentemente normativa. Ello puesto que, en lo que atañe estrictamente a la consideración del acaecimiento de la lesividad respecto del bien jurídico penalmente tutelado, y al procedimiento que habrá de seguirse para su constatación o refutación (extremo éste que determina la esencia de la garantía), habrá de procederse conforme a las valoraciones normativizadas propias de la teoría de la

⁵⁶² Tavares, Juarez. “*Bien jurídico y función en Derecho penal...*” cit., págs. 76 y ss..

imputación objetiva del resultado. De tal guisa se habrá de atender: a la exclusión de la imputación por falta de realización del peligro creado o aumentado por la conducta; a la exclusión de la imputación del resultado por la falta de realización del riesgo no permitido (el fin de protección de la norma de cuidado); al alcance del tipo o fin de protección del tipo (esto es: que el fin de protección de la norma abarque resultados de la clase de los producidos o realizados por la conducta del agente).⁵⁶³

Cabe acotar que, para gran parte de la doctrina (contando con Claus Roxin a la cabeza), dentro del disvalor de resultado tendría lugar el análisis de las conductas alternativas conforme a Derecho, que aborda en el marco de la teoría del incremento del riesgo. Empero, como personalmente considero que dicha teoría no es de recibo, no la he mencionado *ut supra*.

Ello se debe, fundamentalmente, a que esta teoría del incremento del riesgo resulta incompatible con el presupuesto del fin de protección de la norma (de cuidado). Lo dicho se funda en el hecho de que se parte en ambas posiciones de posturas absolutamente opuestas: el criterio del fin de protección de la norma parte del principio de que en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos es preciso constatar que el resultado es la realización de un riesgo típico. Su *ratio* es que tal norma de cuidado sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de riesgos permitidos o, lo que es igual, de cualquier tipo de riesgos.

La teoría del incremento del riesgo, por su parte, considera que en ciertos supuestos no se crean mediante una conducta varios riesgos, sino un riesgo único o conglobante que por tal motivo no es susceptible de “partirse” en una parte permitida y en otra disvalorada. Ahora bien, esta última concepción incurre en un grueso error ya que al autor se le reprocha el crear o aumentar un riesgo para un bien jurídico penalmente tutelado mayor al permitido por el orden jurídico; pero en la subespecie, no se puede determinar en su caso cuál es el riesgo permitido.

Lo antedicho tiene lugar dentro de la teoría del incremento del riesgo, cuando se debe de determinar si se imputa o no un resultado a determinada conducta disvalorada, cuando mediante una conducta alternativa conforme a derecho tal resultado tampoco hubiera sido evitado, pero tal juicio no se emite con seguridad (fehaciencia) sino como un juicio probable o posible. Así, para Roxin, a los efectos de resolver estas situaciones, se ha de tomar una conducta que observe el riesgo permitido y compararle con la conducta realmente desarrollada por el agente (conducta que a la vez viola el riesgo permitido). Si la conducta del autor aumenta la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, tal lesión del debido cuidado encaja en el tipo penal, por lo que estaremos ante un tipo penal consumado; empero, si el riesgo no se ve incrementado, entonces no se puede imputar el resultado. Es

⁵⁶³Al respecto *vide*: Gimbernat Ordeig, Enrique. “La causalidad en Derecho penal”, Anuario de Derecho Penal, 1962.

decir, que en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. El autor carga, así, con la duda si no se puede probar que el resultado es la realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo.

Se trata, tal teoría, de una reminiscencia del *versari in re* ilícita, ya que se niega a diferenciar en la conducta realizada entre una parte permitida y una parte no permitida. Esto es: por el sólo hecho de sobrepasar el agente mediante su conducta al riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, es que se le atribuye toda consecuencia jurídica respecto del curso causal que él puso en marcha. Sin importar, en la subespecie, que el resultado típico se haya causado, no por el riesgo antijurídico, sino por otro riesgo –éste sí, jurídicamente permitido e integrante, asimismo, de la misma conducta-.

De allí es que, personalmente, considere rechazable esta teoría del incremento del riesgo, y atienda, a los efectos del disvalor del resultado, al criterio del fin de protección de la norma. Debiéndose, en casos de duda, cuando no se pueda determinar con plena certidumbre que el resultado típico ha sido causado por un riesgo creado por la conducta (y que fuere tal riesgo del género que la norma de cuidado tiene por finalidad evitar) optar por no imputar tal resultado típico a la conducta en análisis.

Todo lo anterior se entiende menester, puesto que es la única forma de proveer doctrinalmente un conjunto de reglas uniformes, que den verdadera seguridad al marco o procedimiento de determinación de la lesividad, como a su refutación. Cumpliéndose así con las premisas de la pre citada teoría del juego.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de tenerse presente que tal juicio de imputación objetiva del resultado tendrá lugar una vez se haya realizado el juicio de desvaloración de la conducta. Juicio éste que se perfeccionará en atención a elementos normativos (principios y normas integrantes de todo el ordenamiento jurídico) y empíricos (realidad ontológico-causal y cultural) subyacentes a la conducta concreta. Ello se debe a que este último juicio se ubica en sede de la antijuridicidad (merecimiento de pena), mientras que el primero se ubica en el ámbito de la sancionabilidad (necesidad de pena).

Ahora bien, aun dentro de un marco eminentemente normativo como es el de la imputación objetiva del resultado (disvalor de resultado) en la subespecie analizada, resultaría extraordinariamente complejo el poder precisar (a través de una argumentación deductiva coherente) que fue efectivamente el riesgo no permitido el que se realizó en el resultado típico. Concretamente, ¿cómo contrarrestar una argumentación acerca de la realización de un peligro *ex ante* y de la realización de tal peligro *ex post facto*, cuando el bien jurídico penalmente tutelado es tan vago e

impreciso (*rectius*: indeterminable) como la paz y/o seguridad pública?; ¿cómo saber si el riesgo creado o aumentado por el sujeto (ello más allá de lo jurídicamente tutelado) ha sido o no el que se realizara en el resultado típico? ¿Cómo poder calibrar si el riesgo creado por la conducta del agente; si bien causal para el resultado, empero, no haya aumentado el riesgo de producción del resultado por tal superación o exceso?

Recapitulando, pues, para que el bien jurídico penalmente tutelado cumpla con su función garantística de limitación al *ius puniendi*, es fundamental que el mismo sea determinable. Sólo así se podrá argumentar y contra-argumentar sobre la incidencia, o no, de la conducta del reo sobre el mismo. Siendo ello, justamente, lo que impide la posición defendida por Lampe y otros acerca del injusto de sistema: ello, al recurrir a un bien jurídico de difícil (mejor: imposible) cuantificación y delimitación. Siendo más que ilustrativo al respecto el hecho de que entre quienes sustentan esta posición dogmática, no se alcanza un criterio uniforme acerca del alcance, contenido, y ni tan siquiera nomenclatura, de tal objetividad jurídica supraindividual.

Por otra parte, y como bien se ha puesto en evidencia, el recurrir a este tipo de bien jurídico supraindividual a los efectos de fundamentar la sancionabilidad de la conducta, justifica un adelantamiento de la barrera de protección penal de los delitos (en la especie) de genocidio y de lesa humanidad. Ello, puesto que ya no será relevante verificar siquiera la puesta en peligro propia del grado del conato de los bienes jurídicos tutelados por dichas figuras típicas. Siendo, a nuestro entender, tales extremos violatorios del principio de legalidad, conforme ello a una consideración estricta del corolario de “*nulla poena sine lege*” por parte del intérprete.

Como consecuencia de lo anterior, y tal como ya se adelantara, mediante este mecanismo de adelantamiento de las barreras de tutela penal se flexibiliza notablemente la actividad probatoria por parte de la acusación fiscal; ya que sólo bastaría (a los efectos de acreditar tanto el disvalor de acción, como el disvalor de resultado) la acreditación de la mera membresía respecto de la institución inícu

(organización criminal).⁵⁶⁴ Extremo éste que, como los anteriores, no es más que el producto de un normativismo absolutamente divorciado de la realidad empírica subyacente.

I.4) La responsabilidad individual de los sujetos que intervienen en el delito a través de una institución inicua.

I.4.a) Planteo

En lo que refiere, finalmente, a la responsabilidad individual de los sujetos que intervienen en el delito a través de la organización criminal o institución inicua, entendemos que la mejor manera de fundamentarla y delimitarla es a través de la utilización de la teoría de las estructuras de pecado, como prisma para interpretar el contenido y alcance de las distintas categorías de la teoría del delito.

Sin pretender repetirnos en lo ya desarrollado sobre el tema, hemos de tener presente que las estructuras de pecado son instituciones inicuas, esto es, instituciones que guardan una finalidad delictiva. Instituciones cuya metodología para alcanzar dicha finalidad criminal se basa en métodos propios de ingeniería social, mediante los cuales pretende provocar el desconocimiento (cuando no, la destrucción) de las relaciones sociales naturales. Relaciones éstas en virtud de las cuales se fundamenta el reconocimiento del *Otro* como persona de iguales derechos, portadora de la misma dignidad humana y por ende nososificable, ni mediatizable respecto de los intereses propios o de un determinado colectivo. Todo ello conforme a lo ya indicado acerca del pensamiento –entre otros- de Agustín de Hipona, Arendt y Lévinas, que reconocen en cada persona una dimensión individual, a la vez que una colectiva. Siendo ésta última derivada de la ya vista condición de pluralidad, en virtud de la cual no se puede concebir al hombre *solo* (es decir, en sí mismo), sino siempre inscripto en una relación con otro u otros hombres. No siendo tal naturaleza secundaria, es decir, añadida a una naturaleza humana ya completa. No es ajena a la propia naturaleza humana, sino que es parte integrante de la misma.

⁵⁶⁴ Conforme –entre otros- Ohlin, Jens David. “*The one and the many*”, Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series, Vol. 15 No. 5, 09/06/2013; en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2252036.

De allí que la acción colectiva, fruto de la interacción, no sea algo ajeno al sujeto individualmente considerado. No se trata, pues, de adjudicarle algo que no le pertenezca directamente: sino que se trata de imputarle una conducta colectiva (y sus respectivos resultados) que le es propia (a él y a todos los demás intervinientes), en atención a esa dimensión colectiva o plural que le es consustancial.

De tales extremos emergen las dos responsabilidades comunes propias de la teoría de las estructuras de pecado: la responsabilidad común objetiva y la responsabilidad común subjetiva.

La primera se le imputa al sujeto como condición de su participación en una institución inica y por la historia (común) perteneciente a ésta. Se trata, como viéramos, de una responsabilidad social o colectiva que se desdobra en la obligación de reparar las injusticias creadas por el accionar colectivo, y en la de transformar o disolver la institución.

La responsabilidad común subjetiva, por su parte, emerge de la interacción y de la finalidad efectiva de la institución. Se le imputa al sujeto el resultado lesivo por haber prestado su potencia de acción para la consecución del proyecto común. No obstante (y en estricta observancia del principio de culpabilidad) tal responsabilidad se graduará conforme al modo de participación de cada uno. Trasladando los anteriores asertos al ámbito de la teoría del delito, se producen efectos tanto dentro del marco de la *antijuridicidad*, como dentro del marco de la *sancionabilidad*.

Así, dentro del marco de la *antijuridicidad*, obviamente que influyen los aportes de la teoría de las estructuras de pecado sobre la determinación del juicio de disvalor de acción y sobre la imputación objetiva del resultado. De tal modo, la cuestión se centrará en la intervención voluntaria en la *interacción*, mas debiendo distinguir entre aquellos –intervinientes- que pertenecen al estamento *supra estatutario* de aquellos que pertenecen al estamento *infra-estatutario*. Ello, puesto que a los primeros se les responsabilizará por su intervención en la interacción, y ello por haber violado una *posición de garante* que recae sobre todos aquellos con poder real de producir políticas de ingeniería social, y consistente en el deber de no desconocer ni anular (total o parcialmente) las relaciones sociales naturales (aquellas que inspiraran a las instituciones sociales profundas, y que se identifican

con el Derecho Natural o con las Normas de *Ius Cogens*).⁵⁶⁵ Los pertenecientes al estamento *infra-estatutario*, por su parte, responderán por su intervención en la interacción, pudiendo observar las calidades de autores, partícipes o cómplices.

Ahora bien, detengámos primeramente en la intervención en la interacción. Para que ello se configure, ha de producirse previamente una *interiorización* del *campo de acción* delimitado por la institución. Dicha interiorización se verifica a través del cumplimiento efectivo del rol correspondiente a un individuo de conformidad con el estatus que observe dentro de la mentada institución. Para ello, el individuo deberá echar mano de la *función mimética*, esto es, el delimitar las posibles maneras de cumplimentar su rol, debiendo para ello atender a la finalidad real o efectiva de la institución para así poder ubicarse con exactitud en el marco común de la acción (el previamente referido *campo de acción*).

Lo anterior también sirve a los efectos de acreditar el dolo, puesto que -como insistimos anteriormente- la orientación de la conducta a los requerimientos de su rol (que el sujeto efectúa a través de la función mimética) exige que el mismo tenga conocimiento *suficiente* acerca de la finalidad criminal que la institución tuviese como propósito. Conocimiento -como mínimo- abstracto, no necesariamente acabado o pleno; compuesto tanto por una fundada sospecha, como por la indiferencia del sujeto respecto al perjuicio a los demás. *Asimilándose* así, al dolo eventual.

Lo expuesto marca una clara distancia respecto de los postulados del injusto de sistema de Lampe, así como de los de la *membership liability*, y de las de las modalidades II y III de JCE. Ello ya que no será la mera membresía de la organización criminal, sino la interacción en la obra colectiva lo que determinará el cerne sobre el cuál se construirá toda imputación de responsabilidad jurídico-penal individual.

Así, no se trata de imputarle a cada individuo lo que provocare la organización criminal (fenomenológicamente hablando: sus efectos) a modo ello de una suerte de “*transferencia*” de dicha responsabilidad colectiva, repartiéndola de modo idéntico

⁵⁶⁵ Derecho Natural que en gran medida se halla codificado en Derecho positivo, en las distintas Declaraciones y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos. Particularmente ello en los preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, y – fundamentalmente- del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Sistema Universal de Derechos Humanos (ONU) de 1966.

entre cada uno de los individuos miembros tal como es propio de la JCE. Se trata de imputar a cada individuo lo que hizo o debió hacer, lo que a cada uno pertenezca: la interacción –por efecto de la condición de pluralidad- matizada por el grado de intervención en dicha interacción criminal (atendiendo para ello –como lo hemos indicado- a la relevancia de su rol conforme al estatus que observare dentro del campo de acción que configure la institución inicua). No hay, pues, una “transferencia de responsabilidades” sino el reconocimiento normativo de un fenómeno de raigambre empírica y que obedece a la propia naturaleza humana: que es tanto individual, como plural. Una vez más, no siendo esto último un “agregado” o un “*surplus*” de la naturaleza del hombre, sino un fenómeno integral y fundamental de dicha naturaleza.

De allí que el juicio rawlsiano que se suele emplear metodológicamente a los efectos de delimitar el juicio de disvalor de la conducta no se deba limitar solamente a las acciones que excedan del marco de iguales libertades reconocidas conforme a un criterio de selección efectuado en el marco del llamado “*velo de ignorancia*”. Sino que, asimismo, habrán de considerarse (en el marco de estos macodelitos propios del Derecho penal internacional) también las interacciones que excedan de dicho marco deontológico, y desde allí todas las acciones individuales que se aúnan en dicha interacción. Téngase presente, respecto de los anteriores asertos, que la fundamentación racionalista de Rawls parte de un “*velo de ignorancia*” en el supuesto marco en el cual los sujetos pactan la constitución y alcance de las distintas instituciones sociales, así como para la determinación de lo aceptado y de lo considerado prohibido. Así, a través de dicho “*velo de ignorancia*”, los sujetos desconocen la forma en que los talentos, las virtudes, los beneficios sociales, etc., están distribuidos entre los distintos pactantes; mas conocen a cabalidad los extremos (esto es, el significado y el alcance) de tales talentos, virtudes, y beneficios sociales.⁵⁶⁶ Así, tales pactantes organizarán las instituciones sociales de modo tal que quienes no tengan (en los hechos) gran parte de (o siquiera meridiana) suerte respecto del reparto natural de tales extremos, se vean especialmente tutelados o respaldados por las mentadas instituciones. Es decir: las instituciones sociales vienen a compensar los posibles déficits del reparto

⁵⁶⁶ Rawls, John. “*Teoría de la Justicia*”, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010. En especial, vide Capítulo III “La posición original”, págs. 119 y ss..

natural. De tal guisa, acciones individuales o interacciones colectivas que susciten un estado de sometimiento o una subyugación de los derechos fundamentales de otros (desde el momento en que los pactantes –siempre hablando desde un marco hipotético-racional- desconocen si estarán en el lugar de los actores o interactores, o de los “otros”) se considerarán violatorias del principio de iguales libertades, y las instituciones político-sociales tendrán la misión de perseguirlas y prevenirlas. Asimismo, si las instituciones estatales se tornaran en instituciones inicuas, estarían violando las normas (hipotéticas/racionales) fundamentales sobre las que se construirían y sobre las que hallarían su legitimidad. Se violarían, en definitiva, las bases del acuerdo social en virtud del cuál debieran compensar los déficits naturales conforme a la regla *maxi-min*, en vez de potenciarlos o fomentarlos (o peor aún: crearlos).⁵⁶⁷

Ahora bien, siguiendo con el análisis de la desvaloración de la conducta de todo interviniente en esta clase de delitos (y basándonos en un normativismo atemperado por los datos empíricos) forzoso es que rechacemos cualquier fórmula dogmática que, *a priori* y de forma general, determine el grado de intervención en el delito. Tal como sucede, *v. gr.*, con la construcción de Roxin de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, respecto del “jerarca” y de los “mandos intermedios”. En todo delito de genocidio o de lesa humanidad, perfeccionado a través de una estructura de poder burocratizada, difícilmente nos hallaremos ante un único y todopoderoso jerarca (como sostiene la tesis roxiniana) sino ante varios sujetos que habrán (por acción u omisión) violado su posición de garante, o bien prestado un aporte causal para la consumación del delito. La existencia de varios sujetos, así como la superposición de funciones (propia de los gobiernos totalitarios) y los distintos efectos de sus respectivas actuaciones u omisiones sobre el quehacer de los ejecutores inmediatos conllevará la determinación de distintos grados de intervención sobre el perfeccionamiento del delito (por parte, justamente, de los ejecutores inmediatos).

Siguiendo tales lineamientos, considero perfectamente aplicable la teoría propuesta por Robles Planas, quien entiende que a los efectos de determinar la responsabilidad de todo interviniente resulta menester acudir a un doble nivel de

⁵⁶⁷ Rawls, John. “*Teoría de la Justicia...*” cit.. En especial, vide Capítulo IX “El bien de la Justicia”, págs. 464 y ss..

análisis: por un lado (i) el correspondiente a la fundamentación de la responsabilidad, es decir, a la constitución de la intervención; y (ii) en un segundo nivel, la valoración del grado de intervención en el delito. Así, señala:

*“El tipo objetivo de la Parte Especial es el lugar sistemático donde debe integrarse el elemento constitutivo común de las formas de autoría y participación, dando lugar así a la teoría de la conducta típica de intervención en el delito. Sólo en un nivel posterior de la teoría del delito debe decidirse sobre la clase de aportación realizada por cada uno de los intervinientes. Así pues, la distinción entre autoría y participación es una operación que presupone un paso previo: la fundamentación de la responsabilidad de un determinado círculo de sujetos por un mismo hecho delictivo. Sólo en un momento posterior es posible entrar a discutir cuál es el título de responsabilidad que le corresponde a cada uno (autores o partícipes).”*⁵⁶⁸

Esta manera de analizar el fenómeno de la intervención en el delito representa un corte para con la tradicional manera de proceder, que suele consistir en sintetizar en una misma operación la fundamentación o constitución de la responsabilidad en el hecho y la imputación a título de autoría o participación. La misma es producto de partir de la base de que los tipos objetivos de la Parte Especial (del Código penal del país correspondiente, o contenidos en convenciones, tratados o estatutos de tribunales internacionales) describen la conducta del autor, por lo que la participación de terceros sólo pueda ser concebida si antes hay responsabilidad de autor.

Contra ello, se argumenta que los tipos penales no definen la conducta del autor, sino que en ellos se contiene la descripción de los riesgos penalmente no permitidos (riesgos socialmente intolerables, referidos a bienes o libertades en cuya protección todos estamos interesados). Señalándose: *“Así, si se parte de la hipótesis de que los tipos de la Parte Especial no deciden per se la cuota de responsabilidad de los intervinientes, sino sólo los contornos del objeto de la responsabilidad, entonces puede afirmarse sin reparos que también la conducta del cooperador o del inductor están comprendidas en el tipo, si bien no como modalidades o títulos de intervención en el delito, sino en su vertiente de co-creación del riesgo típico.*

⁵⁶⁸ Robles Planas, Ricardo. *“Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales”*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pág. 21.

*Efectivamente, los tipos de la Parte especial definen solamente un complejo de circunstancias bajo las que puede afirmarse la existencia de un riesgo penalmente desaprobado. Es erróneo atribuirles la función de definir, además, el título en virtud del cual se debe imputar la creación del riesgo típico. Esa función corresponde exclusivamente a los preceptos de la Parte General que regulan las formas de autoría y la participación. En ellos se contemplan y tipifican las formas posibles de sanción de la existencia de un riesgo típicamente desaprobado.*⁵⁶⁹

El sistema analítico propuesto por Robles Planas se compone, pues, de dos momentos o niveles, cada uno de ellos dando respuesta a las preguntas de si es posible afirmar la existencia de un comportamiento típico de intervención (sin analizar aún a qué título ha de responder), y en segundo lugar, a la pregunta sobre la valoración de las aportaciones previamente definidas como típicamente desaprobadas.⁵⁷⁰

De lo expuesto, podemos concluir que, conforme a esta concepción a dos niveles, compuesta de la teoría de la conducta típica de intervención, y de la teoría de la autoría y participación en sentido estricto, los tipos penales de genocidio y de lesa humanidad definirían solamente el complejo de circunstancias en virtud de las cuales se determina la existencia de un riesgo penalmente desaprobado.

De tal guisa, la norma de conducta quedará determinada, en el caso de los autores, mediante el concurso de la disposición legal (Código penal) o convencional (convención o tratado) que defina la conducta típica, con la disposición de la parte general del Código penal o del Tratado o Convención internacional que disponga el tenor y alcance de la autoría; y lo propio habrá de suceder con los coautores, inductores, cooperadores necesarios, y cómplices.

⁵⁶⁹ Robles Planas, Ricardo. *“Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales ...”* cit., págs. 22 y ss..

⁵⁷⁰ Así indica: *“Mientras que en el primer nivel de análisis el objetivo es delimitar el círculo de intervinientes a aquellos sujetos cuyas aportaciones excedan el marco de la libertad jurídico-penalmente garantizada, en el segundo nivel corresponde determinar cuáles de ellos deben ser castigados como autores y cuáles como partícipes. Si en el primer nivel de análisis los criterios a utilizar son –los así denominados– criterios de la “imputación objetiva de la conducta” (aquí: teoría de la conducta típica de intervención), en el segundo son criterios normativos sobre la configuración relevante o decisiva del hecho (teoría de la autoría y participación en sentido estricto).”* Robles Planas, Ricardo. *“Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales ...”* cit., págs. 29 y ss..

Decíamos que estos extremos son perfectamente extrapolables a la teoría de las estructuras de pecado, y ello en el sentido de que el primer nivel se correspondería con la (dis)valoración de la conducta individual como interviniente en la interacción propia de la institución inicua; y el segundo nivel, se correspondería con la determinación del grado de dicha intervención (con las consabidas consecuencias que ello tendrá respecto de la determinación de la pena a aplicarle).

I.4.b) La fundamentación de la responsabilidad: la constitución de la intervención.

Pues bien, a los efectos de realizar la disvaloración de la conducta, y la imputación objetiva del resultado a la misma, resultará menester partir de la base de los *conocimientos* que –efectivamente– tuviere el interviniente (extremo éste conocido bajo el rótulo de los “*conocimientos especiales*”), así como de la *integración* de su conducta con la de los otros intervinientes.

Lo anterior se relaciona con los dos principios esenciales que han de inspirar a toda la teoría general sobre la intervención en un delito: el *principio de mínima restricción posible a la libertad de actuación*, y el *principio de autorresponsabilidad*. Tal como ha señalado Robles Planas, al proceder a concretar los criterios para la determinación de la relevancia penal de las conductas de intervención en el delito es importante no perder de vista la peculiaridad que caracteriza las situaciones de intervención: la presencia de un segundo sujeto autorresponsable que llevará la aportación del primero hasta el perfeccionamiento del delito.⁵⁷¹ En la especie, éste no será un segundo sujeto individualmente considerado, sino un sujeto colectivo, organizado e institucionalizado: la estructura de pecado. Cuando en el ejercicio de tal libertad se tenga especialmente presente por el sujeto la autorresponsabilidad del segundo, “*de manera que se ejecute una conducta de intervención considerando que un segundo sujeto va a llevarla hasta el ámbito de lo delictivo*”⁵⁷² resultará legítimo restringir la libertad de actuación.

⁵⁷¹ Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites*”, Marcial Pons, Madrid, España, 2003, págs. 290 y ss..

⁵⁷² Robles Planas, Ricardo. “*Garantes y cómplices...*” cit., pág. 25.

De tal guisa, el interviniente hace suyo el hecho injusto, es decir, a través de su (auto)responsabilidad lo incorpora a su propia esfera de organización, ampliándola a través del otro interviniente. En la especie, se incorpora en su esfera de organización el funcionamiento de la estructura de pecado, lo que se verifica en todos aquellos aspectos correspondientes al fenómeno de la *interiorización* del campo estructurado de la acción y en el *conocimiento* (siquiera abstracto) acerca de la finalidad efectiva de toda la interacción (verificado ello a través de la *función mimética* ya explicada).

Señala al respecto Robles Planas: “*En definitiva, lo que se le reprocha al interviniente (y sólo a él) es haber creado la relación de sentido conjunto entre su actuar y el actuar autorresponsable del segundo sujeto. Aquello de lo que puede responder el partícipe es de lo que depende de él mismo y sólo de él: conectar una aportación a un hecho (y a su uso típicamente) delictivo. Esa conexión supone ampliar su esfera de libertad a través de la del segundo sujeto a costa de la víctima. Y esa ampliación tiene el contenido de fundamentar la idoneidad de la comisión del delito creando el riesgo concreto de que su aportación continúe –en manos de otro- hasta la lesión.*”⁵⁷³ Ahora bien: ¿es esto aplicable a la especie, estructura de pecado? A mi juicio, la respuesta a ello es un radical sí.

Lo expresado cuando estudiáramos la responsabilidad común subjetiva acerca de que lo imputable al sujeto era el incorporar su capacidad de acción a la actividad común, halla una sintonía perfecta con estos asertos de Robles Planas (pensados para una organización criminal simple, asociación de dos o tres personas, y no precisamente para los llamados macodelitos, propios del Derecho penal internacional).

Conforme a estos postulados, el riesgo desaprobado de intervención en el delito puede responder a una de las siguientes dos especies:

Primeramente, cuando no existen deberes especiales impuestos por el Ordenamiento Jurídico, debe primar más que nunca el principio de mínima restricción posible a la libertad de actuación. De allí que deba de tratarse de una conducta (inequívoca) de adaptación, acoplamiento, al hecho que vaya a ser cometido por el otro u otros partícipes. Al decir de Robles Planas: “*Se trata de*

⁵⁷³ Robles Planas, Ricardo. “*Garantes y cómplices ...*” cit., pág. 26. Asimismo vide: “*La participación en el delito: fundamento y límites*” cit., pág. 290 y ss..

*averiguar si el partícipe ha recortado su conducta teniendo en cuenta la posterior continuación delictiva por parte del autor.”*⁵⁷⁴ Siendo ésta la especie que pertenece a los integrantes del estamento *infra-estatutario* (siempre, claro está, ubicados dentro del marco de un delito de genocidio o de lesa humanidad).

En un segundo lugar, tenemos los casos en los que se trate de un garante; es decir, que a través de su conducta se infringen deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone a los efectos de que ciertos tipos de actividades o actuaciones no sean usadas por otro u otros a los efectos de perfeccionar un delito. Correspondiendo esta especie a los integrantes del estamento *supra-estatutario*, y ello por ostentar una posición de garante.

Ahora bien, todo lo expuesto anteriormente conlleva una forzosa modificación (criterio y contenidos) del principio de la *accesoriedad*. Así, el concepto de accesoriadad *cualitativa* ya no encuentra razón de ser; ello desde el momento en que la responsabilidad del partícipe no se funda en su accesoriadad respecto de la conducta del autor sino en ser una manifestación específica del principio del hecho injusto. Sin injusto no existe responsabilidad alguna para ningún interviniente (sea autor, instigador, cooperador necesario, o cómplice) en la interacción. Esto cobra, asimismo, especial importancia en el marco del Derecho penal internacional, en cuya casuística muchas veces no resulta posible identificar a los ejecutores directos o inmediatos de delitos de genocidio o de lesa humanidad. De esta forma cabe imputar correctamente el grado de participación realmente desplegado por la acción del concreto sujeto (individualizado) sin caer en construcciones artificiales en donde todos son considerados (como) autores (tal como ocurre en las construcciones anglo-americanas).

Respecto de la accesoriadad *cuantitativa*, constatada la existencia de un nexo objetivo entre la conducta del interviniente (sea autor, inductor, cooperador necesario, o cómplice) y el injusto, la responsabilidad de cada uno de los diversos sujetos será personal, independiente y propia. De allí que la accesoriadad cuantitativa deje de ser un requisito específico para poder castigar al partícipe y pase a ser un requisito general de la atribución de responsabilidad aplicable a todo interviniente en la interacción. Concretándose también la máxima de que si no hay

⁵⁷⁴ Robles Planas, Ricardo. “*Garantes y cómplices...*” cit., pág. 27.

inicio del estadio ejecutivo, no hay responsabilidad para nadie en un Derecho penal que quiera respetar el principio del hecho⁵⁷⁵; lo que por otra parte coincide perfectamente con la tipificación de los delitos de genocidio y de lesa humanidad. De allí que debamos concluir que la accesoriadad cuantitativa sea –conforme a su ubicación dogmática- tan solamente una expresión del principio de lesividad.

Pues bien, conforme a lo aquí señalado a los efectos de la *imputatio facti* y de la (dis)valoración de la conducta, emergen como las dos cuestiones fundamentales, por un lado, el *conocimiento* que tuviere el interviniente al momento de exteriorizar su conducta, y por el otro la *integración* de su conducta la conducta a su vez desplegada por todo el campo estructurado de la interacción institucionalizada. De allí que nos detengamos en manifestar un par de cosas al respecto de cada una de estas cuestiones:

Así, sobre el conocimiento: tenemos que a los efectos de valorar un injusto, sea éste de autor o de un partícipe, se ha de partir de identificar qué es lo que el sujeto conocía de los hechos; y, cumplida esa etapa, se ha de realizar la valoración sobre la adecuación de tal hecho como conforme o contrario a la norma de conducta. Así se ha señalado que la importancia que tiene el conocimiento en dicha valoración consiste en determinar –por medio de la imputación del hecho a la persona- el objeto de la valoración normativa. Ello puesto que sólo sabiendo aquello que la persona (*ex ante*) podía y debía saber, se podrá concretar la exigencia social concreta respecto de la cual se valorará si el sujeto, con su concreta conducta, ha infringido o no la norma. No se trata, empero, de una valoración de cuño subjetivo, sino de la valoración del hecho previamente imputado al sujeto sobre la base de su conocimiento (que se le imputa) y su voluntad (en el sentido de control). Asimismo, tampoco esto supone una valoración del dolo previamente a la de la peligrosidad del comportamiento. De lo que se trata, en realidad, es que en el delito doloso, la resolución de realizar la conducta –que consiste en el substrato a ser valorado- ha de ser imputada previamente al sujeto, por lo que ha de definirse qué es lo que sabía (concretamente) para, a partir de allí, realizar la valoración de peligrosidad

⁵⁷⁵ Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito...*” cit., pág. 220.

conforme a su comparación con los estándares de riesgo –con lo que socialmente se diría que debió o no hacerse-.⁵⁷⁶

Lo expuesto, pues, conlleva dos consecuencias fundamentales a la hora de efectuar el referenciado juicio de imputación. Así, por un lado, el tener que considerar siempre, los (mal llamados) *conocimientos especiales* que el sujeto interviniente pudiere tener. Ya que será, como dijimos, sobre ese substrato que se efectivizará el posterior juicio valorativo: sobre lo que el individuo supo en el concreto contexto en el que actuó. No será entonces, en base a un criterio objetivo-normativo como el de los conocimientos que debía tener el hombre medio en el desempeño (correcto) del específico rol que estaba desempeñando en el momento de poner en marcha su curso causal (el buen conductor, el buen ingeniero, el buen mesero, etc.), sino atendiendo a los efectivos (concretos) conocimientos que tuvo (siempre dentro del marco de un delito doloso) el interviniente de carne y hueso.

La otra consecuencia derivada de tener que considerar los conocimientos especiales o específicos del sujeto interviniente, es que ello conlleva a la desintegración de la concepción dogmática entre tipo objetivo y tipo subjetivo, como dos compartimientos separados, que requieren siempre de un análisis previo de los extremos objetivos, para, recién después, proceder a analizar los extremos subjetivos. Ello se justifica ya que, tal como sostuvo Frisch, la delimitación del substrato fáctico/empírico/objetivo sobre el que se habrá de valorar la responsabilidad jurídico-penal del interviniente, requerirá siempre el atender al conocimiento que éste tuviera. Así los elementos subjetivos (lo que el individuo se representara en su mente) recortarán los extremos empíricos del mundo exterior, es decir, los extremos objetivos. Ahora bien, ello no conlleva la degeneración de tales extremos fácticos en meros subjetivismos. Bien por el contrario, su naturaleza óptica no se verá desvirtuada por el solo hecho de haber sido del conocimiento del agente de la conducta. Mas será de tal manera (y sólo de tal manera) que se podrá

⁵⁷⁶ Cfe. Miró Llinares, Fernando. *“Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito”*, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 129. Asimismo, agrega: *“Esto no supone realizar una valoración subjetiva de la peligrosidad: no es el sujeto el que valora, y por eso no nos importa la intención que tenga el sujeto, la relación subjetiva con la norma y con el bien jurídico.”*

realmente valorar la conducta del cumplimiento del rol conforme a su estatus institucional, como contrario del principio de iguales libertades, o no.⁵⁷⁷

En lo que refiere a la *integración*, y tal como bien se ha dicho, integrarse supone algo más que favorecer: “*implica entrar a formar parte de algo que, a partir de ese momento, queda conformado de una forma distinta a como lo estaría sin la integración*”⁵⁷⁸; el interviniente, pues, ha de aportar un extremo fáctico, ora material, ora moral, pero eso sí: siempre con el alcance de transformar la conducta desplegada por el o los otros intervinientes. Lo que no significa que sin su aporte el delito no pudiere perfeccionarse.

Asimismo, el interviniente ha de integrarse en el injusto del autor a través de una conducta cuyo único sentido posible sea el de conformar dicho injusto de un modo tal que dejará de ser (únicamente) propio del autor. Siendo todos estos extremos verificados en el comportamiento de aquel que cumplimenta un rol dentro del campo estructurado de la interacción propia de una estructura de pecado. Pasa así a fusionarse con la conducta de todos los demás intervinientes en dicho campo, conformando así un producto colectivo (aunque, a la vez, también propio). Realiza un aporte que sabe *ex ante* que será utilizado por otros y que, a su vez, se halla teleológicamente direccionado hacia el cumplimiento de la finalidad criminal (inicia) de la institución.

La valoración de si la conducta del interviniente tiene el sentido *único* de integrarse en el injusto del autor ha de partir *necesariamente* de lo que él mismo conoció, así como de la conducta (comisiva u omisiva) que realizara.

Tal como señalara anteriormente, el conocimiento concreto del interviniente, acerca del significado de su aportación al quehacer del autor, resulta relevante ya que será únicamente de la constatación –efectiva- de que el mismo era (al momento de exteriorizar su conducta) libre y con pleno conocimiento de lo que hacía, que se podrá (recién) valorar (objetivamente) como conforme o contrario a lo dispuesto por la norma penal. Así, la cuestión de si el sujeto ha adaptado o no su comportamiento al plan delictivo de la institución, o la valoración de si el sujeto se

⁵⁷⁷ Marcándose así una diferencia con la tesis defendida por Miró Llinares, quien entiende a esta operación como de imputación más que de valoración.

⁵⁷⁸ Miró Llinares, Fernando. “*Conocimiento e imputación en la participación delictiva...*” cit., pág. 165.

ha comportado en el marco de su rol profesional, o si por el contrario tan sólo ha incumplido una obligación genérica de solidaridad, todo ello se podrá verificar desde lo que se dé por probado que el sujeto supiera en el momento de realizar su comportamiento.

Esto no significa que el mero conocimiento de algo que pueda considerar el autor o el partícipe que favorece al delito dé lugar (*per se stante*) a configurar al injusto de intervención. Sólo si socialmente puede definirse tal comportamiento del interviniente (atendiendo a los conocimientos que él tenía) como la integración en el injusto del autor (y sin posibilidad de otorgarle cualquier otro sentido o significación a su conducta) habrá, pues, tal injusto de participación.

Sobre los *criterios valorativo-normativos* para determinar cuándo existe integración en el injusto del autor (en el caso: en el injusto colectivo), conforme ya adelantáramos *ut supra*, existen al menos *dos criterios valorativos* que sirven a los efectos de poder determinar (desde un prisma esencialmente normativo pero sin descuidar su base empírica) cuándo estamos ante el fenómeno de la “*integración*” señalado.

Uno de ellos, desarrollado por Robles Planas, es el de la “*adaptación*”. Por él se entiende que sólo cuando el sujeto configure su comportamiento como parte del proyecto delictivo de otro interviniente, y ello de forma tal que el mismo observe un riesgo especial de continuación delictiva, podrá afirmarse que está realizando una conducta *cuyo único sentido* sea el de *participar* en el delito de otro, (integrándose en él).⁵⁷⁹ Claro que el hecho de que se atienda a la adaptación como criterio para determinar la mentada “*integración*” no conlleva el que se atienda a extremos de corte netamente subjetivistas tales como móviles, intencionalidades, etc. Lo relevante es que su comportamiento configure, conjuntamente con el del autor, *el contexto en el que se va a consumir un delito*.

Esta concepción ésta que –tal como indicáramos- se integra perfectamente con las características más sobresalientes de las estructuras de pecado. Así, comprendería tanto la interiorización del campo de acción como el conocimiento de la finalidad inícuca de la institución, menesteres para la correcta ejecución del rol adaptando su conducta a las necesidades de la referenciada finalidad última del trabajo colectivo. Por otro lado también permite ver la *interacción* como institucionalizada y repartida

⁵⁷⁹ Cfe. Robles Planas, Ricardo. “*La participación ...*” cit., pág. 291.

conforme a los distintos estatutos y roles, lo que viene a *ser* el propio *contexto* en el que se va a consumir el delito.

Claro que a lo anterior hay que hacer dos matizaciones. La primera de ellas se refiere a que la conducta individual que interacciona con las de los demás dentro del campo de (inter)acción de la institución, no tiene por qué ser causal de la comisión del delito-fin (ello siquiera en el sentido de “*causalidad psíquica*” entendida como fortalecimiento de la decisión de cometer el delito). Lo que sí debe (desde una concepción normativo-valorativa) es incrementar las posibilidades de éxito del hecho principal, mediante un incremento del riesgo para el bien jurídico penalmente tutelado (determinado conforme a una prognosis objetivoretrospectiva).

Todo lo anterior conlleva que las conductas individuales que consistan en prestaciones de ayuda que no causen un incremento del riesgo (esto es, que sólo faciliten la actividad del autor/es principal) desde el momento en que no se configuran dentro del campo estructurado de la (inter)acción institucional, no pueden ser consideradas intervinientes en la interacción, y desde allí jurídico-penalmente disvaloradas.

La otra matización que hemos de realizar con respecto al criterio de la adaptación en el marco de las estructuras de pecado se refiere a que la conducta que se incorpora al campo estructurado de la (inter)acción, sin perjuicio de que siempre ha de representar un aumento del riesgo para con el bien jurídico penalmente tutelado, ha de ser considerada bajo el prisma del funcionamiento propio de la organización institucionalizada y de sus características. Siendo a tales efectos perfectamente de recibo los extremos sostenidos por la posición doctrinaria que entiende a la organización criminal como un “*estado de cosas favorecedor*” de los delitos concretos cometidos en su marco.

Así, y tal como se indicara anteriormente, la conducta colaboradora del individuo ha de fundarse conforme a parámetros normativos y no causales-psicológicos, conforme a la teoría clásica de la intervención en el delito. La conducta puede tener lugar con mucha antelación al perfeccionamiento del delito, ello puesto que una de las características de la organización criminal es, justamente, el de actualizar tales aportes al momento de la consumación del delito (es la función de la organización

criminal que se reconoce como *la garantía de la pervivencia del riesgo creado* por un miembro).

También hemos de tener presente que otra de las características de la organización criminal es la de conectar el riesgo creado por cada interviniente con los creados por los demás. Todo ello, direccionado hacia la consumación del delito (lo que en definitiva no deja de ser lo que denominamos “*el campo estructurado de la acción institucional o interacción*”). De allí que oportunamente indicáramos que el régimen de intervención en el delito se asemeja al de una (especie de) *coparticipación*.⁵⁸⁰ Esto es, una figura paralela a la coautoría, en donde los sujetos intervinientes realizan (cada uno) aportes que de forma aislada serían impasibles de favorecer los hechos principales (consumación del delito) dada la escasa peligrosidad de cada uno de ellos (*per se stante*) respecto de la objetividad jurídica. Empero, al ser articulados tales aportes unos con otros, dentro de la estructura organizativa propia de la institución (campo estructurado de la inter-acción), adquieren (como producto global o colectivo) tal grado de peligrosidad; pudiéndole así serle imputado el resultado típico. Claro que, ya a un nivel de tipicidad, el sujeto interviniente ha de conocer (*ex ante* y de un modo siquiera abstracto) tanto la existencia del campo estructural institucionalizado, así como la finalidad inicua de la institución. Extremos éstos que –como ya insistiéramos- se verifican en la selección del modo en que cumplirá su rol.

Lo antes expuesto, va de la mano con la opinión (ya expuesta) de Köhler acerca de la “*intervención abstracta en la organización*”.⁵⁸¹ Así, advertimos que todo lo indicado respecto al régimen de intervención se aleja de los postulados y presupuestos de la teoría clásica; considerándose como intervenciones en el delito a conductas temporalmente alejadas del comienzo de la ejecución del delito, o espacialmente alejadas del lugar de consumación, o carentes de concreción fáctica. Pero, a pesar de todo ello, cada una de tales conductas (y sus respectivos aportes), desde un punto de vista normativo, mantienen una relación de sentido que justifica su imputación a título de intervención.

⁵⁸⁰ Cfe. Silva Sánchez, Jesús-María. “*La intervención a través de organización...*” cit., pág. 109.

⁵⁸¹ Köhler, Michael. “*Strafrecht AT...*” cit., pág. 567.

Dentro del criterio de la adaptación, hemos de atender también *al caso de las llamadas conductas neutrales*. Este tipo de conductas se caracterizan porque formalmente son susceptibles de ser incluidas en los tipos de cooperación que contribuyen causalmente a la realización de un delito, pero, a su vez, no comportan una responsabilidad penal. Como surge de lo anterior, la razón por la que se excluye su responsabilidad social se funda en criterios normativos, y no en razones causales o naturalísticas. Tal criterio normativo es, justamente, el “*sentido*” de la propia conducta de favorecimiento. Así, por ejemplo, Schumann entiende que para distinguir una conducta neutral de una de intervención en el delito, ha de utilizarse el criterio de la solidaridad con el injusto ajeno. Criterio en virtud del cual la conducta ha de ser considerada indudablemente como de intervención en el delito cuando ella adquiere un determinado grado de *solidaridad* con la futura conducta del autor. Concepto éste, el de la solidaridad, que se construye únicamente desde bases objetivas (sentido objetivo de la conducta), y no en un sentido subjetivo (como relación psíquica entre autor e interviniente).⁵⁸²

Asimismo, es claro que se está ante casos situados en ámbitos de riesgo: aquellos en los que la posibilidad de lesión del bien jurídico es inherente al desarrollo de ciertas actividades. También se estará ante casos en los que no existe una regulación estandarizada acerca del riesgo permitido/prohibido; y en donde (conforme se analizara *ut-supra*) se han de tomar en cuenta (a los efectos de la correcta valoración de la conducta) a los conocimientos especiales que pudiere tener el agente de la conducta. Ahora bien: ¿qué es lo que distingue una conducta neutral de una de intervención en el delito? Pues el que genere, o no, un riesgo desaprobado de intervención en el delito.

Como bien se ha dicho, dentro del juicio de valor correspondiente a la conducta típica de intervención se analiza si se ha creado un riesgo penalmente desaprobado. De allí que lo que marque la frontera entre una intervención punible y otra no punible no consista en una prohibición de regreso sino en una prohibición de *retroceso*. Lo dicho, en el sentido de que no se trata de hallar criterios que prohíban regresar a una responsabilidad ya fundamentada, sino de definir cuáles formas de

⁵⁸² Citado por Feijóo Sánchez, Bernardo. “*Límites a la participación criminal. ¿Existe una ‘prohibición de regreso’ como límite general del tipo en Derecho penal?*”, Comares, Granada, 1999.

conducta quedan fuera del ámbito típico, y ello por no generar un riesgo típico. Es decir que la cuestión radica en fundamentar la responsabilidad y no en restringirla. Por eso es que la prohibición de retroceso no tiene contenido propio, diverso del riesgo permitido; por el contrario se trata de una estructura que explica cómo funciona la imputación en caso de pluralidad de intervinientes.⁵⁸³

En resumidas cuentas, el partícipe responde porque crea un riesgo especial de continuación delictiva por parte de otro: su conducta, el interviniente realiza una doble afirmación (esto desde parámetros intersubjetivos): que el delito podrá ser cometido y que el delito también le pertenece.

Recordemos que el mentado riesgo de continuación delictiva se verifica de dos maneras. Siendo una de ellas –como se verá- mediante la infracción de deberes especiales que el Orden Jurídico impone sobre determinadas personas, en atención a su situación funcional; y todo ello con la finalidad de, justamente, evitar que un determinado tipo de actuaciones pueda ser tomada por otro u otros para perfeccionar un delito. Así se verifica ello en el fenómeno del desplazamiento de las cargas de vigilancia del Estado hacia determinados profesionales a quienes (en atención a su actividad profesional) impone determinadas obligaciones de colaboración y control. Ahora bien, fuera de tales casos de infracción de deberes especiales la verificación del riesgo de continuación delictiva se hará –atendiendo siempre a las circunstancias de cada caso concreto- en todos aquellos casos en que se constate una inequívoca *conducta de adaptación o fusión al hecho delictivo (que vaya a ser cometido)*. Ello de forma tal que se pueda asegurar que perfila su contribución personal teniendo en cuenta la posterior continuación delictiva por parte del autor (de manera que *encaje* en el proyecto delictivo de éste).⁵⁸⁴

Tal “*sentido*” de la acción, dentro del marco de los macro-delitos de genocidio y lesa humanidad, y dentro del contexto de una estructura de pecado, se habrá de

⁵⁸³ Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 290 y ss..

⁵⁸⁴ Cfe. Martínez-Buján Pérez, Carlos. “*Derecho penal económico y de la empresa*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 547. Blanco Cordero “*Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*”, Comares, Granada, 2001. Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., págs. 50 y ss..

determinar conforme a los mismos dos criterios objetivos que –generalmente– maneja la doctrina: *la conexión espacio-temporal* y *la disponibilidad general de la prestación*. El primero de los criterios mencionados, *la conexión espacio-temporal*, es el menos relevante en el contexto delictivo objeto de esta investigación. Ello ya que utilizar como criterio para sostener la continuidad delictiva, la proximidad temporal con el hecho cometido por el/los autor/es (de tal manera que cuanto más cercana y objetivada esté la acción delictiva del autor, más fácil será determinar si existe una conducta de adaptación y no una conducta neutral)⁵⁸⁵, no se compadece con las características propias de la interacción en una estructura de pecado. En ella, lo que prima es la excesiva compartimentación o fragmentación de la actividad, así como la mayor distancia temporal entre la prestación del interviniente y la consumación del delito (extremos éstos que analiza la “Teoría de la organización criminal como estado institucional de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos”, y que referiremos *ad infra*).

El segundo de los criterios referenciados resulta fundamental dentro de esta clase de delitos a los efectos de distinguir una conducta neutral de una intervención en el delito. El mismo atiende a la *disponibilidad general de la prestación del interviniente*. Así, cuanto más ubicua o común sea la conducta (y su actividad de favorecimiento al delito) más difícil será desvalorar la misma como de intervención en el delito.⁵⁸⁶

Es en razón de tal ubicuidad o generalidad de la conducta desplegada, que el sujeto no deba representarse (no tendrá por qué hacerlo) la finalidad delictiva de la institución de pecado, ni tampoco así respecto del alcance del campo estructurado de la (inter)acción. Y todo ello para determinar cómo ha de cumplimentar (correctamente) el rol relativo a su estatus. Ello ya que tal rol lo desempeñará conforme a las reglas propias de su *lex artis*, y conforme a tales parámetros estandarizados.

⁵⁸⁵ Sobre el particular *vide*: Feijóo Sánchez, Bernardo. “*Límites a la participación criminal. ¿Existe una ‘prohibición de regreso’ como límite general del tipo en Derecho penal?*”, Comares, Granada, 1999.

⁵⁸⁶ *Vide*: Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 305 y ss..

El otro gran criterio valorativo-normativo, en el que ubicamos a los miembros del estamento supra-estatutario, es el correspondiente a la infracción de deberes especiales de garantía preexistentes. En estos casos, y a diferencia de lo que sucede respecto de la adaptación, el interviniente observa la calidad de garante, bien respecto de una persona, bien respecto de un bien peligroso (como en la subespecie: las políticas de ingeniería social). De allí que sea mediante su conducta comisiva u omisiva que configure un comportamiento por fuera de su rol que, consecuentemente, facilite la realización del delito.

Dentro de este marco no primará la mínima restricción posible a la libertad de actuar, y ello ya que el interviniente, de modo previo, ha asumido tales obligaciones de garantía. Por ello es que, en principio, el incumplimiento de tales deberes de garantía conllevaría el sentido de formar parte del proyecto delictivo del autor. Claro que ello es en principio ya que aquí también será menester atender al conocimiento que el interviniente tuviese al momento de perfeccionar tal incumplimiento de sus deberes de garante.

I.4.c) La valoración del grado de intervención en el delito.

Por último, en lo que hace a la teoría de autoría y participación en sentido estricto (segundo nivel de valoración), su finalidad es la de determinar los diversos grados de participación en el injusto. Ello se determinará conforme a lo dispuesto en el Código penal en su Parte General o en la Convención Internacional o Tratado o Estatuto de un Tribunal *ad-hoc* (en estricta observancia del principio de legalidad). Mas todo ello no será óbice para considerar (también y conjuntamente) extremos tales como la realización directa del tipo, la definición de los caracteres del injusto, la decisión sobre la producción del delito, pero fundamentalmente las teorías del dominio del hecho y del dominio funcional del hecho.

Esta manera de interpretar los alcances de la teoría de la intervención en el delito, además de facilitar enormemente la evaluación de la *praxis* (y la concurrente determinación de la responsabilidad jurídico penal), ayuda a eliminar una práctica perniciosa de parte de la jurisprudencia internacional (siguiendo asimismo a la doctrina mayoritaria) consistente en integrar todo el análisis en un único nivel. Como si la imputación del hecho al ámbito de autodeterminación del interviniente y

la valoración del grado de intervención del mismo, fuese una única e indisoluble operación. Tal proceder (máxime de parte de una judicatura más afín a actuar como cronistas que como magistrados que *valoran* hechos) suele conllevar la anulación de toda valoración, quedando la cuestión en una mera imputación, generalmente, atendiendo: (i) a lo que el individuo debía saber (conforme al baremo del hombre medio); (ii) o bien atendiendo a que el mismo haya actuado siquiera de manera absolutamente intrascendente en los hechos componedores del injusto, como en el caso de la *conspiracy theory* o de la teoría del injusto de sistema; (iii) o bien conforme a una voluntad de dirigir el curso causal a título de autor derivado (ello) del puesto (formal) que ocupe en el organigrama de una determinada estructura de poder.

A nuestro juicio, la valoración del grado de intervención en el delito ha de efectuarse conforme a un normativismo atemperado por las realidades empíricas subyacentes (esto es: conforme a la realidad en la que se desenvuelven las distintas relaciones sociales). Así –y siguiendo en esto a Mir Puig- consideramos que la autoría y la participación se han de distinguir conforme al parámetro de la mayor o menor pertenencia del hecho injusto.

Lo decisivo para esta doctrina no es tanto el dominio o control material sobre el hecho (lo que en definitiva sólo constituiría un criterio más a tener en cuenta para imputar el hecho a título de autor); sino el sentido “*social-normativo*” de imputación. De conformidad con tal sentido, el delito pertenece como autor a aquél o aquellos que sean protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización.⁵⁸⁷

En principio en los delitos de acción, la autoría se delimitará en la medida en que sobre el sujeto recaigan, (i) la relación de causalidad (su conducta sea causa del hecho típico), (ii) la relación de riesgo entre su conducta y el hecho típico (la imputación objetiva), y (iii) el juicio de tipicidad dolosa (imputación subjetiva). Empero, cuando concurren varios co-causantes en el hecho típico (como es propiamente el caso de los delitos de Derecho penal internacional) el sujeto principal del hecho bien puede ser uno que no controle (efectivamente) el hecho ejecutado materialmente (por otro sujeto), pero que resulta ser el único al que puede imputársele el hecho. Ello ya que, aunque se limiten a ejecutar tan solamente una

⁵⁸⁷ Cfe. Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 374.

parte de la ejecución (o incluso a aportar una contribución no típica), empero resulta ello fundamental para la realización del plan.

A esta altura del análisis, podemos *sucintamente* adelantar el régimen general de intervención en los delitos de Derecho penal internacional conforme a una interpretación de la casuística de conformidad con la teoría de las estructuras de pecado. Así tenemos:

- (i) Primeramente, aquellos individuos que serán –generalmente- autores por razón de la violación de un deber especial impuesto por el ordenamiento jurídico. Concretamente se refiere a aquellos que, teniendo un poder de crear o modificar microinstituciones, lo hacen de modo contrario a las instituciones profundas o primarias (esto es: de las relaciones sociales básicas o naturales). Se trata de los ingenieros sociales que ocupan el segmento que denominamos *supra-estatutario*.
- (ii) Otro punto se refiere a los individuos que no integren el segmento indicado anteriormente (es decir, que pertenezcan al segmento *infra-estatutario*), pero que a su vez ostenten estatutariamente las posiciones más altas dentro de un aparato de poder jerarquizado. En la medida en que se trate de un régimen de violencia colectiva *top-down*, o incluso *bottom-up*, pero siempre caracterizado por la existencia de estructuras burocratizadas y jerarquizadas; y en la medida en que sus aportes causales (previos o concomitantes) a la ejecución del injusto sean *fundamentales* a los efectos de poder alcanzar el cumplimiento del plan delictivo: serán co-autores. Tratándose la subespecie de una *coautoría por dominio funcional del hecho*.
- (iii) Los individuos señalados en el numeral anterior cuyas acciones u omisiones no se hallen en condiciones de disputarle (*normativamente*) el protagonismo o pertenencia del injusto al o a los autores serán instigadores, partícipes, o cómplices, según las características del caso concreto. Siendo aquí también (*al igual que en la etapa de valoración de la conducta como de intervención*) particularmente relevante lo dicho respecto de la *teoría de la organización criminal como estado institucional de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos*. Así, la conducta de cada miembro de la institución se ha de medir de un *modo abstracto y mediato*. Ello en el sentido de medir un riesgo genérico, creado –por lo general- con mucha antelación al momento de la ejecución del delito, y reconducido o acoplado

a otros riesgos causados por los restantes miembros. Extremos estos últimos que, por otra parte, fundamentan que el rol desempeñado por los jefes comprendidos en el literal anterior sea susceptible de ser calificado de co-autoría por dominio funcional.

- (iv) Los *ejecutores materiales* del delito (pertenecientes al segmento o estamento infra-estatutario) serán -por regla general- *autores*; si bien a su respecto se verificará (al igual que en los casos reseñados en los dos literales anteriores) *un régimen de atenuantes* como *principio general*.
- (v) Los otros intervinientes en el delito internacional, pertenecientes al estamento *infra-estatutario*, y que no se hallen comprendidos en alguno de los literales anteriores, serán *instigadores, partícipes o cómplices*, según las características de su caso concreto. Observándose a su respecto, asimismo, el *régimen de atenuantes* como *principio general*.

A la concreta explicación de los extremos descriptos anteriormente dedicaremos la tercera (y última) parte de esta investigación.

TERCERA PARTE.

Capítulo Primero: La responsabilidad jurídico-penal del estamento infra-estatutario.

I) Delimitando el estamento infra-estatutario.

I.1) Planteo.

Atendiendo a lo señalado en el capítulo anterior, podemos delinear el estamento infra-estatutario como el conjunto de sujetos que se hallan inmersos dentro de una estructura de pecado, y que a su vez no delinear ni definen su propio estatuto dentro de la institución sino que por el contrario, éste se les impone. Dichos sujetos carecen de todo poder de creación, modificación o extinción de las instituciones sociales secundarias (afectando a través de ellas a las instituciones primarias o *profundas*); no teniendo, por ende, ningún poder de ingeniería social.

Asimismo, hemos visto que, conforme a las *condiciones de natalidad y de pluralidad*, a estos sujetos (al igual que sucede con el estamento supra-estatutario) les pertenece el hecho colectivo y el resultado típico. Es decir que, frente al resultado típico, todos los integrantes de la institución son responsables del mismo. La responsabilidad no atiende, *prima facie*, a la acción individual, sino a la *capacidad* para integrar su propia acción dentro de un marco de acciones comunes (institución).

La responsabilidad, entonces, se funda en el crecimiento social del poder y no en el poder propio (individualmente considerado). El que se asocia a otros y se organiza dentro de un marco institucional, hace uso de su poder social; y *–en principio–* ha de responder por lo que dicho poder colectivo genera o produce. Claro está que ello será en distinto grado, según la importancia que tenga el *estatuto* y su *correspondiente rol* dentro de la actividad común de la institución.

Dentro de este estamento, hallaremos comprendidos tanto a los ejecutores materiales directos del resultado típico; a quienes colaboran con ellos en los momentos previos o durante la ejecución del delito; a quienes se hallan comprendidos en medio del organigrama (los llamados “mandos medios” o “intermedios”); hasta incluso aquellos sujetos que se hallan en lo más alto de la

estructura o institución inicua, ello en la medida en que no hayan ostentado un poder de ingeniería social.

El criterio, pues, a los efectos de delinear si estamos ante un sujeto que pertenece al estamento *infra-estatutario* o *supra-estatutario*, no será el de su ubicación dentro de un supuesto organigrama piramidal (absolutamente vertical) propio de la burocracia prusiana que tanto elogiara Max Weber: esto es, atendiendo a si se ubica –el sujeto- en “la cúspide”, o en “el medio”, o en “la base”.

No. Nuestro criterio se basa en uno fundado en la realidad empírica subyacente, conforme a una interpretación de la misma atendiendo a la teoría de las estructuras de pecado: consiste en si el sujeto ha definido o delineado el estatuto que determina su rol a cumplir dentro de la institución, o no. En caso de que la respuesta a lo indicado anteriormente sea que no, estaremos ante un sujeto que integra la estructura de pecado pero que no ha delineado a la misma. Es decir, que dicho sujeto no ha constituido (individual o colectivamente) la institución secundaria que desconocerá o atacará a las relaciones sociales naturales (aquellas delimitadas por las instituciones profundas). Ahora bien, al constatarse lo anterior (así como su pertenencia a través del cumplimiento de su rol) entonces estaremos frente a un sujeto perteneciente al estamento *infra-estatutario*.

Estas personas que se hallan sometidas a una estructura de pecado, sufren las particularidades propias de estas instituciones inicuas tal como señaláramos (Capítulo 1º de la segunda parte). Sin perjuicio de ello, cabe en este momento efectuar un par de precisiones sobre tales extremos.

I.2) Los efectos de la estructura de pecado: alienación y sometimiento sobre el estamento *infra-estatutario*.

Hay dos situaciones específicas que sufren aquellos sujetos pertenecientes al estamento *infra-estatutario* dentro de una institución de pecado y ellas son: la *alienación* y el *sometimiento*.

Por *alienación*, entendemos a la situación que experimentan tales sujetos dentro de la institución inicua, a quienes los “posibles de la acción” (es decir la representación mental de las distintas maneras de cumplir con su estatuto – función

mimética-)⁵⁸⁸ se le presentan como contrarias a lo que él haría conforme a su dignidad. En tal sentido se sentencia que las acciones que está obligado a realizar conforme a su estatuto (sus roles), son contrarias a los valores en los que se basa su humanidad.⁵⁸⁹

A tales efectos, ha de tenerse presente que el sentido de la propia dignidad, es una construcción subjetiva compleja, compuesta en parte por el llamado por Arendt “diálogo consigo mismo” que consiste en el diálogo interno mediante el cual cada ser humano es capaz de razonar los principios y fundamentos que hacen a la dignidad humana, a la “humanidad del hombre”. A lo anterior habrá de adicionarse la relación de la acción desplegada por el individuo respecto del anterior citado diálogo interno (mejor dicho: con las conclusiones de dicha introspección). Por último, ha de agregarse la valoración social, esto es “la mirada que los otros tienen de este yo”. Siendo éste último aspecto el que se realiza por encima de los otros dos (limitándoles seriamente). Ello se verifica mediante el *discurso de justificación o de legitimación* que esgrime la propia institución (cuya finalidad es la de que la interacción íntima aparezca como racional y justa). De tal guisa, mediante dicho reconocimiento social del actuar, la conciencia individual se ve limitada y ensombrecida en estas estructuras de pecado.

Empero, tal como señaláramos, no es que la conciencia individual se extinga o se nuble completamente, sino que la misma se “ensombrece”; de allí la sensación de insatisfacción del sujeto respecto de la conducta que despliega. Es que él mismo puede advertir *-en cierto grado-* la finalidad efectiva de la institución; ello por encima del discurso propio de la finalidad “formal”. Advierte, por así decir, la contradicción interna existente entre ambas finalidades de la institución: la finalidad formal y la finalidad efectiva. Generándose en el individuo un desgarramiento o fractura emocional tal, que el individuo ya no puede identificarse con la situación social instaurada por la institución a la que pertenece –al igual que sucedía con la mayoría de los investigados en los experimentos de Milgram-. Como se ha indicado, la contradicción en tal caso es una de carácter netamente interno: es una única y misma persona la que representa el rol y la que no puede reconocerse en el

⁵⁸⁸ Sobre el concepto de “*posibles de la acción*” y de la *función mimética*, vide al respecto págs. 124 y ss. *supra*.

⁵⁸⁹ Cfe. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit.; pág. 314.

mismo; la que participa en la interacción y la que no puede identificarse con dicha interacción.⁵⁹⁰

Estos extremos, en estas alturas del análisis, no nos han de sorprender. Ya hemos visto cómo Asch ha acreditado científicamente la poderosa tendencia que cada uno tiene a conformarse al criterio de los demás. Estos aspectos, denominados “efecto Asch”, acreditan cuán propensos son los sujetos a sostener decisiones o juicios sustentados por la mayoría, aun cuando su propio juicio cognitivo les lleva a comprenderlo equivocado, y todo ello sin que sea menester coerción o coacción concreta. Esta contradicción que experimenta el sujeto, al ir cumplimentando su estatuto, paulatinamente va deviniendo en una pérdida de conciencia respecto de la misma, y en una complacencia respecto del discurso legitimador (finalidad formal). Ello se debe al conglomerado de efectos generados por toda institución inicua (que ya hemos analizado) y que podemos resumir en tres categorías: *la ambigüedad y finitud de la acción individual, la banalidad del mal, y la aceptación generalizada de tales prácticas sociales.*

En lo que respecta a *la ambigüedad y finitud de la acción individual* de cumplimiento del rol respecto de la finalidad última de la institución, es un fenómeno que se sintetiza en la incapacidad de cualquier persona, que actúa dentro de un marco de trabajo organizado, de conocer en su totalidad la actividad y las finalidades (reales o efectivas) de la mentada [institución]. Aclarando que nos referimos aquí a un conocimiento pleno y detallado y no a un conocimiento básico o abstracto (que sí se tiene).

Sobre *la banalidad del mal* (y sintetizando a su respecto los extremos ya vistos *ut-supra*) sus efectos se inscriben en lo que se ha dado en llamar “*los comportamientos con tendencia ambivalente.*” Así, una de las conclusiones que se derivara del estudio de más de doscientos *tests de Rorsasch* realizados sobre soldados y funcionarios medios nazis que participaran de la ocupación de Dinamarca, indicó “*una tendencia ambivalente*” respecto al modo psicológico en que enfrentaban la resolución de problemas.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Cfe. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit.; pág. 314.

⁵⁹¹ Zillmer, Eric; Ritzler, Barry; et Al. “*The quest for the nazi personality. A psychological investigation of nazi war criminals*” (Irving B. Weiner, editor); Routledge, New York, 1995.

Veamos: un individuo “ambivalente” en términos psicológicos se muestra particularmente ineficiente a los efectos de resolver los diferentes problemas que se le presentan en la vida cotidiana (refiriéndonos aquí a toda clase de problemas o conflictos, aunque haciendo hincapié en los más ordinarios o comunes). De allí que se les asocie con personas que carecen de un fuerte o marcado pensamiento propio; de una capacidad interna de análisis y resolución, clara e independiente. Estos sujetos “ambivalentes” dependen en demasía de los otros, así como del buen funcionamiento de las estructuras sociales a los efectos de guiarse en la resolución de conflictos o problemas. Dichos extremos, como se entenderá, nos hablan de una personalidad sumamente sugestionable y como tal, susceptible de ser influenciada por terceros. Resultados éstos que –y tal como los investigadores citados ponen de relieve- coinciden plenamente con los resultados arrojados por las experiencias de Asch (sobre la conformidad), así como por Stanley Milgram (sobre la obediencia).

En definitiva, la banalidad del mal radica en esa pronunciada tendencia a concebir las cosas de un modo simplista y unidimensional. Extremo éste coherente con ese “carácter ambivalente” indicado, y que permite explicar la rápida adopción de estereotipos negativos dirigidos a determinar las causas de los males sociales –i.e.: la teoría de la conspiración sionista internacional; la responsabilidad de los Tutsis sobre todo lo malo que sucedía en Ruanda-.⁵⁹²

Hablabamos *ut-supra* acerca de la *aceptación generalizada de las prácticas sociales*. Pues bien, a los extremos que dificultan al sujeto apreciar la referenciada contradicción se les refuerza por medio del discurso legitimador que busca disimular la finalidad efectiva (verdadera e inicua) de la institución (procedimiento que se concreta, como viéramos, en la creación de una finalidad formal). Este discurso no solo oculta (o mejor: disfraza) la contradicción existente entre la finalidad formal y la efectiva, sino que –a la larga- termina embaucando al mismo sujeto respecto del valor moral de la interacción en la que participa.

⁵⁹² Señalan los referidos autores: “This is an important realization because it assumes that the nazis were not necessarily overwhelmed with the sadism and aggression, but rather engaged in an overly simplistic and unconventional cognitive style. Such an approach to one’s world can be described as rigid, eccentric, or inefficient, and is consistent with Arendt’s notion of the banality, that is the lack of personal and cognitive depth.” Zillmer, Eric; Ritzler, Barry; et Al. “*The quest for the nazi personality...*” cit.; pág. 180.

Como bien se ha señalado a este respecto, aunque el grado de conciencia de la *alienación* varía en cada sujeto concreto, no deja de ser un dato real y presente en cada integrante del estamento *infra-estatutario* (sociológicamente comprobado por las experiencias científicas relevadas *ut-supra* en la Primera Parte). De tal guisa, mientras que para alguno de los sujetos pertenecientes al estamento *infra-estatutario* se planteará una verdadera lucha interna (entre su conciencia y su sentido de deber/obediencia) cayendo poco a poco en las redes de este proceso de alienación; en otros, empero, la caída en este estado será casi imperceptible (aunque siempre voluntaria).

También explica esta caída en un estado de alienación, el propio funcionamiento del cerebro. Éste, como producto de la evolución humana que no se ha desprendido de sus “resortes de funcionamiento” propios del animal cazador y recolector (que fuere hace millones de años), resulta más propenso a cumplir con las órdenes recibidas de quien es percibido como superior o jerarca (i.e. *estado de agencia* propio de una relación de obediencia, conforme Milgram). Ello puesto que era a través de la división de las tareas y del respeto absoluto a las directivas de aquellos que observaban las funciones de liderazgo, que el hombre primitivo aseguraba su supervivencia y la del resto de la aldea.

En resumen, todos los que han estudiado este tema (desde distintas disciplinas) no dejan de referirse a lo difícil que resulta para cualquier persona (en cualquier sociedad) rebelarse contra sus actividades diarias u ordinarias (lo que solemos encuadrar bajo el concepto de “vida cotidiana”), así como contra la aceptación social que concede validez moral a los actos inicuos de tal institución. En dicho sentido, ha expresado Gimbernat Ordeig respecto de la sociedad alemana bajo el III Reich: “*Hemos visto qué factores son los que explican cómo fue posible, que un número tan amplio de personas, pudiera acceder a colaborar en el genocidio. Por una parte, el clima de odio y de supervaloración de lo político creado. Por otra parte, el conformismo del ‘hombre vulgar’, su resistencia a poner en juego, si bien en el caso alemán no la vida, sí su honra –riesgo de difamación-, su comodidad y la seguridad económica de su familia.*”⁵⁹³

A ello hay que adicionar la situación social concreta del sujeto: si es una persona con o sin recursos económicos, que ha de trabajar o no en dicha institución para

⁵⁹³ Gimbernat Ordeig, Enrique. “*Autor y cómplice en Derecho penal...*” cit., pág. 159.

poder subsistir su familia y él; si es una persona con ilustración o no; etc. Así como también habrá de atenderse a la naturaleza de la institución (concretamente: al grado de la iniquidad de su finalidad efectiva). Esto último, debido a la existencia de instituciones de pecado de las que sólo se puede salir a través de la renuncia a la comunidad histórica (emigración), mediante la pérdida de la propia vida; o mediante la puesta en peligro de seres queridos. Cuestiones éstas que, en todo caso, fomentan un mayor grado de dependencia del sujeto respecto de la institución de pecado.

Así se ha señalado: *“La claridad y el heroísmo de estas opciones donde se sacrifica la comunidad histórica, o incluso la vida, disimulan, más que revelan la facilidad con la que se cede cuando la ‘normalidad’ y la ‘comodidad’ del día a día están en juego. Ante una situación como esta, la mayoría de los actores se sienten atrapados en una trampa, impotentes y, en definitiva, prisioneros de esta estructura de pecado.”*⁵⁹⁴

Claro que de lo anterior no puede derivarse, sin más, la conclusión de que se está ante un estado de necesidad exculpante o ante un miedo insuperable, donde el sujeto no tuviere más posibilidades que la de obedecer. Es decir, que se esté ante una situación en la que la fuerza y la violencia solo permitieran una cosa: el doblegarse. Ello sería el principio general si, efectivamente, partiéramos de una concepción que sostuviese que la relación social se reduce a una relación de dominio. Pues, en tal caso, se estaría ante determinados (pocos) culpables y una gran cantidad de “inocentes” arrastrados por aquellos. Empero, nosotros hemos señalado desde el inicio de este análisis nuestra vocación de fundamentar todo normativismo sobre bases empíricas, ciertas y contrastables; lo que conduce irremediablemente a reconocer que la interacción social es anterior al dominio, así como la libertad resulta siempre anterior a cualquier relación de obediencia.⁵⁹⁵

De allí que estos extremos (y los que veremos a continuación) limiten el campo de acción del sujeto, pero –en principio– no anulen su autodeterminación, ni su libertad de acción, ni su capacidad de motivabilidad conforme a la norma penal. *Ello sin perjuicio de reconocer casos excepcionales, donde el campo estructurado de la acción se halla tan limitado que la capacidad del sujeto de motivarse conforme a la*

⁵⁹⁴ Nebel, Mathias. *“La categoría moral de pecado estructural...”* cit.; pág. 316.

⁵⁹⁵ Al respecto, vide: Nebel, Mathias. *“La categoría moral de pecado estructural...”* cit., pág. 316.

norma se halle prácticamente anulada, y de allí que se verifique –desde la dogmática jurídico-penal- una causa de exculpación.

Ahora bien, con posterioridad al fenómeno de la *alienación*, el sujeto perteneciente al estamento *infra-estatutario* experimenta un estado que se denomina “*sometimiento*”.⁵⁹⁶ El *sometimiento*, pues, es la convicción que se va formando en el sujeto que le lleva a aumentar su compromiso respecto del *campo de acción* que recorta su estatuto institucional, así como su convicción de que es incapaz de abandonar dicho campo. El sujeto se percató (en este estado) de su impotencia personal ante el hecho institucional (determinado por su finalidad inicua). Esto se ha explicado, por Baumann, a través de la metáfora del individuo que cae en una ciénaga: si no quiere estar sucio ante los demás, lo único que puede hacer es mantenerse dentro del barro. Es decir: si el sujeto –mediante *el diálogo consigo mismo*- constata que el cumplimiento de su rol conlleva la realización de acciones antijurídicas, y exterioriza tal conclusión mediante una negativa a seguir cumpliendo con su estatuto, concomitantemente estará confesando su propia responsabilidad/culpabilidad por los hechos (por él) cometidos anteriormente. Recuérdese que una de las características del cumplimiento de tales estatutos institucionales (como los de la experiencia de Milgram, consistentes en ir dando choques eléctricos cada vez más intensos a la víctima) es la de ser una actividad progresiva, concatenada y continua. De allí la razón por la que al sujeto le resulte más cómodo replegarse al discurso legitimante de la institución inicua (conforme a su finalidad formal), auto-embaucándose, si se quiere.

Más véase que ello en ningún caso significa ni imprevisión (esto es: falta de representación de la finalidad efectiva), ni desconocimiento suficiente por error. Tampoco es fruto (*prima facie*) de una imposición irresistible. Se trata, en definitiva, de adoptar o asumir una posición razonada, congruente con los intereses de la institución inicua. Posición ésta que, claro está, se halla motivada en gran medida por las circunstancias desgraciadas (*variables situacionales*) que rodean al sujeto y que limitan considerablemente sus posibles de la acción. Como señala a su respecto Gimbernat Ordeig: “*Un modo de neutralizar la voz de la conciencia es el*

⁵⁹⁶ Señalando algunos autores que tras ello se caería en un estado de “endurecimiento” y de “ceguera”, pero que preferimos no emplear aquí puesto que no aportan nada nuevo al análisis jurídico, siendo –a nuestro ver- instituciones propia y fundamentalmente morales y teológicas.

de engañarse a sí mismo y tratar de creer que no existe contradicción entre los principios éticos de cada uno y las acciones que se cometen. A veces este engaño no es posible, y el sujeto, aun siendo consciente de que realiza un hecho reprochable, se decide por él ante las desventajas que traería consigo la actuación honrada.”⁵⁹⁷

En definitiva, se ha señalado que el *sometimiento* que caracteriza el pecado estructural es esta incapacidad progresiva para hacerse y sustraerse a la situación social generada por una institución inicua. Ello, por la impotencia que se (auto)reconoce el sujeto para transformar el campo de acción (es decir: su estatuto). Mas lo que fundamentalmente caracteriza a este estado de sumisión es la *indiferencia* que el sujeto siente respecto de sus pares (de los seres humanos con los que convive).

Mediante este verdadero *proceso de conversión* se anula la *caridad* como base de las interacciones humanas, perdiéndose así también el mismo fundamento último de la dimensión social: desconociéndose su dimensión de persona humana, y anulándose sus efectos (la benevolencia, la bonhomía, la buena fe, etc.). Asimismo las relaciones sociales naturales (aquellas fundadas en interacciones conformes al fin de *vivir y actuar conjuntamente*), se ven sustituidas por relaciones societales impresas por las instituciones inicuas (estructuras de pecado).

De tal manera se olvidan, se desconocen, cuando no derechamente se repudian, las bases de las instituciones culturales profundas; atendiéndose por el sujeto solamente a las relaciones societales constituidas por la estructura de pecado. Como se ha señalado, la indiferencia hacia el otro es la negación práctica de la anterioridad de la convivencia sobre la forma instituida de dicha convivencia “natural” o “profunda”.⁵⁹⁸

Así, en el caso de la Alemania nazi, el convertirse en un socialista “práctico” –un nacionalsocialista- significaba absorber la rígida distinción racial que a su vez fundamentaba una dicotomía planteada entre “nosotros” y “ellos”: “*Tanto al solicitar un préstamo del Estado para contraer matrimonio, o para realizar un viaje de vacaciones dentro del programa ‘Fortalecerse mediante la alegría’, virtualmente cada una de las actividades estaban dirigidas a revelar, y a hacer que*

⁵⁹⁷ Gimbernat Ordeig, Enrique. “*Autor y cómplice en Derecho penal...*” cit., pág. 160.

⁵⁹⁸ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 319.

uno pensase y meditase acerca de sus orígenes raciales. El programa nazi de bienestar estaba direccionado en simultáneo tanto hacia la 'elevación ideológica' del sujeto, como a una 'purificación racial' de la Nación alemana. En las escuelas, los niños pasaron a aprender que la Nación era una 'comunidad de sangre', una 'comunidad ideológica', 'una comunidad de lucha' y una 'comunidad de trabajo'." La visionaria *Volksgemeinschaft* se hallaría así libre de toda presencia judía (así como de cualquier otra raza inferior), al tiempo que los *insiders* (los "arios") serían convertidos, reformados, y uniformizados: no sólo en sus acciones exteriores, sino también interiormente: en sus pensamientos y en sus hábitos privados.

A los efectos de eliminar todo vestigio de individualismo y de construir una nueva sociedad fundada en nuevas personas y una nueva comunidad, el Estado nazi construyó un sofisticado programa de entrenamiento vitalicio que aplicó (durante su vigencia) a todos los niños y niñas "arios". Tal como Hitler explicara en un discurso realizado en Diciembre de 1938: "(...) los niños ingresan en nuestras organizaciones cuando cumplen diez años. Cuatro años después, pasan de la *Jungvolk* a las *Juventudes Hitlerianas* (...) momento en el cual nos hallamos aún menos preparados para entregárselos de nuevo a las manos de aquellos que crearan el sistema de clases sociales y las barreras de estatus sociales; razón por la que preferimos llevarles de nuevo al Partido (...) a la SA o a la SS; previo 'pulido' de seis o siete meses en los servicios de trabajo del Partido. Y en el caso que aún queden remanentes de conciencia de clase o de algún resquicio de orgullo de estatus social, entonces la *Wehrmacht* tomará en sus manos su tratamiento por dos años, luego de los que, y para evitar que recaigan en los viejos hábitos y preconceptos, los volvemos a meter en la SA o en la SS; no volviendo a ser libres nunca más por el resto de sus vidas" ¿Qué es lo que los jóvenes alemanes aprendían en estos campos de entrenamiento? La respuesta proviene de la naturaleza de instituciones totalitarias a las que aquellos pertenecían. Así, mientras que las cárceles o los campos de concentración procuraban "salvaguardar lo 'bueno' de la sociedad de los 'elementos malos'; las barracas o campamentos de entrenamiento se dirigían a "mejorar las disposiciones ideológicas de la gente, sus condiciones mentales, o sus aptitudes y actitudes sociales. La separación de sus familiares y amistades, favorecía la "condensación" de las interacciones sociales dentro del campamento, proveyendo de los prerrequisitos necesarios para el lavado de cerebros o "asimilación", tal como el líder y pedagogo nazi Ernst Kriek

escribiera. El campo aunaba a los jóvenes para que pudieran adoptar el mismo tipo de personalidades y el mismo estilo de vida.⁵⁹⁹

En este marco, cierta categoría de personas (*el Otro*) pasa a no significar absolutamente nada para el sujeto que se halla sometido a una institución inicua de esta especie. La razón de ello radica en que, desconocida la condición de pluralidad (*i.e.* la dimensión social de la persona), lo único que le ata o le vincula al sujeto con sus congéneres es la propia institución. De allí que, en la medida en que dicha institución excluya de su seno a ciertas categorías de personas (los judíos, los tutsis, los croatas, etc.) desconociéndole su propia condición de seres humanos, irremediablemente ello repercutirá sobre los sujetos que componen el estamento *infra-estatutario* deprimiendo considerablemente los lazos de empatía, solidaridad y justicia respecto de tales víctimas.

La indiferencia, pues, marca una ruptura de la dimensión social del hombre y su reducción a un individualismo mal entendido (por recalcitrante); siendo “(...) *una pérdida progresiva de la relación con el otro, como condición de nuestro ser social, y lugar infranqueable de la realización del hombre. Es concomitante, no sólo con una pérdida del amor, sino también con el sentido de justicia.*”⁶⁰⁰

Estos extremos hemos de relacionarlos con los ya vistos sobre la “*banalidad del mal*” que Arendt atribuyó a individuos como Adolf Eichmann. Así, recordemos que éste realizaba actos malignos irreflexivamente, cumpliendo las órdenes recibidas (*i.e.*: el marco de acción que delimitaba su estatuto) seleccionando para ello los medios, métodos y maneras que mejor resultaren para el cometido -finalidad efectiva- de toda la institución (en su caso: las SS). De todo ello, así como no podrían atribuírsele a Eichmann sentimientos o emociones viles como motor de sus actos, tampoco se registraron en él sentimientos de vergüenza, culpa o arrepentimiento. Actos ésos últimos que requieren -inevitablemente- una mínima reflexión sobre el verdadero alcance de los propios actos.

Tal irreflexión, como señaláramos *ut-supra*, se verifica (temporalmente) en el momento en que el individuo desarrolla la función mimética a los efectos de delimitar cómo cumplir con su rol conforme a los posibles de la acción (fenómeno

⁵⁹⁹ Kühne, Thomas. “*Belonging and genocide. Hitler’s Community, 1918-1945*”; Yale University Press, Ann Arbour, 2010, pág. 36 y ss..

⁶⁰⁰ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 321.

que llamáramos, siguiendo a Nebel, “interiorización”). Ello ya que en tal ocasión, el sujeto efectiviza un conocimiento sobre el campo de acción, imagina las posibilidades de la acción, y proyecta sobre ello sus -potenciales- acciones. Y dentro de tal campo de representación, excluye toda consideración respecto de las víctimas ya que, en el propio marco de referencia o campo de acción, tales individuos se hallan despojados de su humanidad, siendo cosificados como un mero obstáculo o entidad a ser destruida o despojada de ciertos bienes. Es decir, entonces, que la propia dinámica de la estructura de pecado propicia la irreflexión del sujeto respecto del mal que –efectivamente- colabora a crear mediante su acción; y en ello residiría el cerne de esta situación de “sometimiento”.

En colación a lo anterior, se ha indicado sobre los juicios deducidos por Arendt del caso Eichmann: “El informe de Arendt exponía en forma contundente lo que en el juicio de Jerusalén se hizo manifiesto, a saber, cómo un hombre insignificante a causa de su propia irreflexividad fue, sin embargo, capaz de infinito e irreparable mal (...) Así, los peores crímenes del siglo revelaron que el mal puede ser completamente banal sin que sus acciones pierdan en nada su carácter inmoral y criminal. Comienza entonces a perfilarse en nuestra autora una sospecha que germinaría en hipótesis: la causa de tales crímenes radicaría en la ausencia habitual de actividad pensante; por lo tanto, el pensamiento debe ser una actividad de naturaleza tal que, de algún modo, contribuye a que evitemos el mal.”⁶⁰¹

1.2.i) La asimilación de los efectos de la alienación y el sometimiento por parte de la doctrina y jurisprudencia penal.

A nivel de la doctrina jurídico-penal, los extremos anteriormente reseñados, han sido reconocidos, aunque ello siempre de modo parcial y muy poco sistematizado. Así, ya en la década de los sesenta del Siglo pasado, encontramos a quienes empiezan a analizar los delitos del nacionalsocialismo, integrando para ello algunas de las circunstancias analizadas previamente.⁶⁰² Jäger, por ejemplo, utilizaba en su

⁶⁰¹ Lobo, María Fátima. “Hannah Arendt y la pregunta por la relación entre el pensamiento y la acción”; Editorial Biblos, Buenos Aires, 2012. Pág. 55.

⁶⁰² Jäger, Christian. “Betrachtungen zum Eichmann-Prozess” in MonKrim 1962; Peters, Karl. “Gedanken eines Juristen zum Eichmann Prozess...” cit., págs. 229 a 251. Roxin, Claus. “Straftaten in Rahmen organisatorischer Machtapparate” en Goldammer’s Archiv für Strafrecht 1963, pág. 193 a 207. Schroeder, Friedrich-Christian. “Die Teilnahme bei par. 122 abs. 3 StGB”, en NJW 1964;

argumentación extremos que bien se pueden relacionar (sin forzarlos) con el fenómeno de la “sumisión” indicado *ut-supra*. Al respecto, indicaba que “*La vida de los judíos en Alemania había sido negada hacía tiempo ya por el Estado, y socavada mediante una difamación y degradación que aumentaban paulatinamente, antes de que se pudiese hablar de genocidio en sentido literal y estricto: el asesinato de masas fue sólo organización y ejecución de lo que se había preparado, sistemáticamente, en la realidad estatal y de lo que ya se había consumado en el espíritu; y esto sucedió en el momento en que rasgaron los lazos de la solidaridad humana, y se estableció la imagen loca del judío como subhombre parasitario y animal dañino para el pueblo. Una vez que una minoría ha sido equiparada a las sabandijas, el paso que hay que dar, para llegar al propósito de exterminarla, no es demasiado grande. Esto es lo único que puede explicar que fuese posible la aniquilación realizada –fríamente, casi con neutralidad afectiva- en serie: un proceso de desarrollo que duró años, necesitó ser acelerado sólo en su última consecuencia. A las víctimas se les había negado la dignidad humana y la vida, mucho antes de que se les abrieran las cámaras de gas.*”⁶⁰³

Por su parte, Gimbernat Ordeig, señalaba que la explicación de por qué tantos alemanes respondieron favorablemente a los planes asesinos de los nazis, se halla en el “clima” que en ese entonces existía en la sociedad germana. Argumentación ésta que se relaciona con el concepto de sumisión, más fundamentalmente se inscribe dentro del concepto de la “alienación” propio del estamento *infra-estatutario*. Así, sentenciaba: “*(...) [tal] clima reside en hacer de la política el valor supremo, aquel ante el cual todos los demás deben doblegarse. El que la víctima sea un niño o una mujer o una persona decente, no importa. Importa sólo que, políticamente, es un enemigo; a veces, ni siquiera esto: importa sólo que su muerte es conveniente para el triunfo de una determinada ideología política. Los valores de la inocencia o de la bondad de la persona, no sirven para salvarle la vida cuando ésta entra en conflicto con el sumo valor, que todo lo decide, de la idea política. Naturalmente, la propaganda no plantea la cuestión en estos*

págs. 113-114. Del mismo autor: “*Der Täter hinter dem täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, schriften zum Srtafrecht*”, Tomo II, Berlin, 1965. Quintano. “*Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*”, Tomo I, Madrid, 1955.

⁶⁰³ Jäger, Christian. “*Betrachtungen zum Eichmann-Prozess*” cit., pág. 76.

términos, al contrario, los pasa por alto y apela al nacionalismo, a la hombría, a la defensa de determinada ideología. Pero de lo que se trata siempre es de justificar que, ante estos valores, todos los demás, incluso el de la vida de millones de seres inocentes, tienen que rendirse. El Estado –dijo Freud, ya durante la Primera Guerra Mundial- ha prohibido el uso de la injusticia, ‘no porque la quiera suprimir, sino porque la quiere monopolizar como a la sal y al tabaco’.”⁶⁰⁴

Empero, el citado autor señala que tal “clima”, *per se stante*, no es suficiente para explicar las causas de un genocidio. Para ello, y siguiendo los lineamientos que hemos revisado bajo el concepto de “sumisión”, señala que *las mentes diabólicas que planean un hecho así (i.e.: los ingenieros sociales)* cuentan con la tendencia del hombre a buscar protección en la opinión dominante y a huir de actitudes rebeldes. Con su miedo a perder el respeto de la mayoría, a ser difamado, a tener que buscar refugio en la emigración rompiendo con todos los vínculos en los que, hasta entonces, ha contado en su vida. Con su temor a perder el empleo y tener que plantearse el día primero del mes siguiente, qué va a comer su familia; con su temor a ser encarcelado y maltratado. Y señala en una de las frases más claras que se hayan escrito sobre esta temática: “*Fueron hombres con estas tendencias y estos miedos, hombres vulgares y conformistas, los que, de pronto, se encontraron situados, no sólo dentro de aquel clima creado por la propaganda, sino, lo que hacía su situación menos envidiable, formando parte, como funcionario, militar o miembro de la SS, del aparato de exterminio.*”⁶⁰⁵

También en la jurisprudencia anglo-americana, dentro del marco de los juicios de Núremberg (posteriores al famoso juicio a los “altos líderes del nacionalsocialismo), podemos hallar argumentaciones que se relacionan profundamente con los extremos que reseñáramos como efectos de la estructura de pecado sobre el estamento *infra-estatutario*.

En el caso *US vs. Flick et al.*, de 22 de Diciembre de 1947, el Tribunal militar norteamericano declaró inocentes de todos los cargos a los empresarios alemanes Steinbrinck, Burkart, Kaletsch y Terberger, fundándose para ello en una

⁶⁰⁴ Gimbernat Ordeig, Enrique. “*Autor y cómplice en Derecho penal...*” cit.; pág. 156.

⁶⁰⁵ Gimbernat Ordeig, Enrique. “*Autor y cómplice en Derecho penal...*” cit.; págs. 157/8. Es notable que estas palabras, que Christopher Browning suscribiría completamente en su ensayo sobre el Batallón policial 101, y que por su parte se acoplan perfectamente en el desarrollo de la idea de estructura de pecado conforme Nebel, fueron escritas por el Profesor Gimbernat Ordeig ya en 1966.

comprensión amplia del estado de necesidad que bien pudiese compatibilizarse plenamente con el criterio de la inexigibilidad de la doctrina y jurisprudencia continental europea. Así, los mentados empresarios, en su calidad de directores de varias compañías pertenecientes al “*Flick Konzern*”, se hallaban denunciados por emplear mano de obra esclava proveniente de los campos de concentración. Todo ello conforme al programa de trabajo esclavo desarrollado por el gobierno nacionalsocialista y dirigido por las SS. Ahora bien, el Tribunal entendió que dichos empresarios actuaron de conformidad a los requerimientos de los jefes nazis, por “*temor fundado a lo que les podía suceder en caso de desobedecer varias directivas y normas jurídicas generales*”, pudiendo con ello “*frustrar los programas o planes del gobierno nazi.*”

En adición a lo anterior, el Tribunal también entendió que en la especie fáctica (y tal como lo indicara la fiscalía) no existía orden de superior alguna (puesto que se trataba de civiles, no de personal militar subordinado), ni un estado de coacción (*duress*) derivado de ello. Asimismo, y tal como también lo señalara la fiscalía, reconoció que en la especie no se daban todos los presupuestos propios del estado de necesidad (“*hay necesidad cuando se demuestra que el acto imputado fue realizado para evitar un mal serio e irreparable; que no existía otro medio adecuado como medio de escape; y siempre que tal remedio [el mal causado] no haya sido desproporcionado respecto del mal evitado*”).⁶⁰⁶

Si bien es cierto que estos últimos requisitos o presupuestos a los que se refiere el Tribunal, son los propios de un estado de necesidad *justificante* y no del *exculpante*, ha de repararse en el hecho de que la argumentación del Tribunal se aproxima (si es que no se identifica) con el criterio de la *inexigibilidad de otra conducta* conforme a la norma penal, fundamento último de toda causal de exculpación. Así, véase que se argumenta (por el Tribunal) que los empresarios se avinieron a emplear la mano de obra judía esclava tal como ofreciera las SS por dos motivos: primero, porque de lo contrario no se alcanzarían las cotas de producción de material bélico requerido por el ejército y las Waffen-SS; y segundo, porque las SS recibían una “comisión” por cada judío esclavo que era empleado en las fábricas o empresas privadas. De tal modo se explica *el fundado temor* por parte de los

⁶⁰⁶ US Military Tribunal of Nuremberg, Caso *US vs. Flick et al.*, de 22 de Diciembre de 1947, TWC, fs. 1199.

encausados en no frustrar las expectativas de producción y de ganancias de las entidades públicas nazis; puesto que, de así suceder, era más que previsible el recibir fuertes represalias de su parte.

En adición a lo anterior, véase la fundamentación jurídica que el Tribunal dio a estos extremos: “*La legislación sobre los casos de estado de necesidad es improbable que se encuentre bien provista de reglas precisas; es la necesidad la que crea a la ley, superando a las reglas; de allí que todo aquello que sea razonable y justo, en tal caso será también legal. No puede ser considerado sorpresivo, por ende, que no se vayan a encontrar demasiadas reglas institucionalizadas [por la ley] sobre estas cuestiones.*”⁶⁰⁷ Está claro que semejante fundamentación no puede compatibilizarse con el instituto del estado de necesidad *justificante*, cuyos presupuestos o requisitos se hallan perfectamente delineados en la legislación, y resultan preceptivos para su verificación. Debiendo entonces, derivarse el análisis hacia el estado de necesidad *exculpante*.

Como ocurre en este caso, el Tribunal reconoció la existencia de un estado de sumisión propio de aquellos que se ven insertos en una estructura de pecado. Lo peculiar en la subespecie, es el hecho de que se les haya exculpado plenamente (a los empresarios), observándose a su respecto un estado de necesidad justificante (aunque, conforme a los parámetros de la dogmática jurídico-penal continental-europea ya expuestos, más que de justificante se tratase de un estado de necesidad exculpante).

Asimismo, y en otros casos similares al visto, tribunales ya en ese entonces alemanes (y mucho más estrictos y cuidadosos en la fundamentación dogmática de sus fallos) prefirieron responsabilizar penalmente a los acusados, no obstante reconocerles una atenuante sobre la pena a imponerse (ello en virtud del reconocimiento de la existencia de circunstancias similares a las de *alienación y sumisión*, que revisáramos *ut-supra*).

⁶⁰⁷ “The law of cases of necessity is not likely to be well furnished with precise rules; necessity creates the law, it supersedes rules, and whatever is reasonable and just in such cases is likewise legal. It is not to be considered as (a) matter of surprise, therefore, if much instituted rule is not to be found on such subject.” Wharton, Francis; Torcia, Charles E. “*Wharton’s Criminal Law*, vol. I”, 14^a ed., Lawyers Cooperative Publishing, 1979, Cap. III, ap. VII, parág. 126.

Tenemos, así, el “*Caso República Federal Alemana vs. Miembros de la GESTAPO*” resuelto por el Tribunal Supremo Federal el 14 de Octubre de 1952. En tal caso, se enjuició a dos sujetos, quienes observaron durante el III Reich la calidad de oficiales de la Gestapo. En muchas ocasiones, estos individuos ejecutaron unas ordenes secretas emitidas por la Oficina Central del Servicio de Seguridad del Reich (*RSHA*) con fecha 5 de Noviembre de 1942. Tales órdenes básicamente se referían a dos cosas: por un lado, a fomentar los llamados *Kurzbehandlung* (tratamientos inmediatos) consistentes en disciplinar mediante golpes y aporreos a aquellos prisioneros provenientes de Europa del Este que estaban sometidos a un régimen de esclavitud (en los campos de concentración o en fábricas), y ello siempre que hubiesen incurrido en faltas disciplinarias. Por el otro lado, fomentaba asimismo los llamados *Sonderbehandlung* (tratamientos especiales) consistentes en ejecutar sumariamente (mediante la horca) a todos aquellos trabajadores-esclavos que hubiesen incurrido en algún delito o crimen.

Los acusados habían sido exonerados por un Tribunal regional de toda responsabilidad penal por haber infligido a varias víctimas tales “tratamientos”. Ello se había fundamentado en la existencia de un estado de necesidad (*Duress*) conforme al §52 StGB. La argumentación se basaba en el hecho notorio de que, a partir del año 1943, al comenzar a sufrir reveses bélicos, el gobierno alemán y sus distintas divisiones e instituciones eran particularmente sensibles a todo acto, por parte de un subordinado, susceptible de considerarse de rebeldía o de incumplimiento a las órdenes dadas. De allí, concluyó el Tribunal regional, que era más que seguro que los encausados habrían sido ejecutados por traición o, en el mejor de los casos, internados en un campo de concentración; y ello en el caso de que se hubieran negado o siquiera omitido (realizar) tales “tratamientos” genéricamente ordenados.

El Tribunal Federal, empero, no compartió el criterio sustentado por el órgano regional, revocando la sentencia exculpatoria y ordenando que se revisara el caso íntegramente. Las razones que fundamentaron tal revocación se sintetizan en la insuficiencia (por parte de la recurrida) en la probanza y fundamentación acerca de que el verdadero (o mejor: único) motivo por el cual los encausados ejecutaran tales órdenes residiera en el temor a sufrir un daño sobre sus vidas o su integridad física. Sostener ello solamente en base a una apreciación general acerca de la situación de las instituciones paramilitares y policiales nazis en 1943 (“el peculiar celo que

sentían, y su inflexibilidad ante lo que percibían como amenazas internas o traiciones”), consideró el *Ad quem*, que no era ni suficiente ni aceptable. Así señaló: “*Estos extremos resultan insuficientes para aplicar el §52. El pudo haber tenido otras razones determinantes, en vez de la de intentar evitar el peligro. En tal caso, sin embargo, el §52 StGB resultaría inaplicable. Puesto que lo que resulta relevante es el hecho de que el autor está compelido a cometer los actos en virtud de la amenaza de un peligro presente/actual para la vida y la integridad física, así como que su voluntad se haya quebrado por dicha amenaza.*”

*Esto no fue apreciado por la Corte regional, la que se dio por satisfecha sin dar mayores razones ni argumentos, tanto acerca de por qué los encausados estuvieron determinados a cooperar con el ‘tratamiento especial’ a los trabajadores del Este, una vez se dieran cuenta de que, de haberse negado, habrían sido amenazados con ser internados en un campo de concentración o sentenciados a muerte; cuanto por qué no pudieron ‘siquiera hacerse ilusiones’ acerca de evadir dicho destino.”*⁶⁰⁸

Lo que el Tribunal Federal viene a indicar es que el mero análisis de la coyuntura social de 1943 es insuficiente para acreditar la existencia de un peligro inminente propio de un estado de necesidad; para que ello suceda habría que acreditar que el sujeto actuó así con el propósito de escapar de un peligro que –de haber actuado diferente- habría significado un detrimento a su vida o integridad física. Así aclara el citado Tribunal: “*El significado del §52 StGB no es que todos aquellos que, bajo el poder del nacionalsocialismo hayan voluntariamente trabajado y servido a dicho régimen de crimen y terror (y, como en el caso de los acusados, ello desde puestos influyentes y de liderazgo) puedan escapar a su responsabilidad por la mera indicación de que habrían temido por sus vidas e integridad física de haberse negado a cooperar en la mentada acción criminal.*”

Lo que el Tribunal reprocha a la recurrida es el no haber indagado acerca de la motivabilidad de los encausados: esto es, de si actuaron por temor a las represalias que recibirían de no aplicar los mentados “tratamientos especiales” o si, por el contrario, lo hicieron por otros motivos como v.gr. convicciones político-sociales, prestigio y ascenso en su trabajo, sadismo, etc. (en cuyo caso, el §52 StGB resultaría inaplicable).

Es en el análisis de los indicios acerca de la motivabilidad de los encausados (que, claramente se dirigen a contradecir las conclusiones emitidas por el Tribunal *a quo*) donde nos encontramos con una serie de argumentos íntimamente relacionados con los extremos que viéramos referentes a las estructuras de pecado. De tal guisa, se les reprocha a los encausados el haber ingresado en las filas de la SS mucho antes del año 1943 (concretamente: diez años antes), haber conocido el tenor violento y su finalidad como aparato de opresión y abuso de opositores y judíos; así como el no haberse retirado de ella antes de 1943 cuando ello no conllevaba ningún riesgo. Siendo tales ingresos, y permanencias, absolutamente conscientes y voluntarios. Habiendo, incluso, llevado adelante prósperas carreras en dicha organización paramilitar. En definitiva, lo que se les reprocha por el Tribunal Federal es el haber decidido integrar una estructura de pecado (SS) con pleno conocimiento de la finalidad *efectiva* de dicha organización (persecución de todo elemento opositor, especialmente de los considerados “parásitos sociales”: judíos, gitanos, comunistas, católicos opositores, etc.; extremos éstos que no se le ocultaban a nadie). Conocimiento que, por otra parte, y atendiendo a la carrera que desarrollaron por una década dentro de dicha institución, no era limitado sino por el contrario, mucho más amplio y detallado que el que pudieren tener (en el año 1943) cualquier novato.

Como bien manifiesta el Tribunal Federal, dado el tenor de las actividades que desarrollaban los agentes de la SS, es más que probable que los encausados desarrollaran actividades agresivas y delictivas (conforme al Derecho penal Internacional) contra las minorías perseguidas por los Nazis; todo ello previo a la aprobación del Decreto del 5 de Noviembre de 1942 que introdujera los llamados “tratamientos especiales”. De allí que perfectamente pudieran prever que medidas como las promovidas por el mentado Decreto pudieran ser exigidas en cualquier momento (dada la espiral de violencia social que tal institución fomentaba).

Empero, no nos cuesta mucho trabajo advertir en la conducta de los encausados los fenómenos de *alienación* y *sumisión* propios de todo miembro del estamento *infra-estatutario* dentro de una institución inicua. Vemos respecto de las actividades desarrolladas por los encausados desde su ingreso en las SS hasta el año 1943 que sus respectivos estatutos fueron mutando: exigiendo para su cumplimiento la verificación de roles cada vez más agresivos hacia las víctimas (claro que ello sin llegar en ningún caso a una anulación de los posibles de la acción, o función mimética). Al respecto se evidencia:

Primeramente, la caída en un *estado de agencia* (respecto del cual resultaba más cómodo para los encausados ajustarse a los requerimientos de la RSHA que entrar en una directa desobediencia o siquiera en una etapa de disenso).

En segundo lugar, la *naturaleza secuencial de la acción* (comenzando – probablemente- en arrestos, golpizas, expulsiones, apropiaciones, encierros en campos de concentración, sobre los perseguidos por el régimen –y especialmente por la SS-; llegando a su máximo grado en la exigencia de aplicar torturas y ejecutar sumariamente a aquellos trabajadores forzados que incurrieran en lo que para los nazis configuraría “actividades criminales”. Y, por último, el *fenómeno de la distancia social* (piénsese, al respecto, que estos individuos estuvieron sujetos durante una década, al menos, al discurso legitimante de la *finalidad formal* de la institución inicua); fenómenos todos éstos, identificados por Milgram y que desarrolláramos *ut supra*.

Todas estas circunstancias, como bien manifiesta el Tribunal Federal, habrían de ser consideradas por el Tribunal *a quo* a los efectos de contemplar si pudieren conducir, en el caso concreto, a atenuantes sobre la pena (y no ya a la exoneración de la responsabilidad penal, tal como concluyera la sentencia revocada). Así encomienda al *a quo*: “*En un nuevo proceso, la Corte regional deberá apreciar qué relevancia ha de atribuírsele a todas estas circunstancias; ello cuando decida la cuestión pendiente (y hasta el momento desatendida) de las razones por las cuales el acusado ha actuado de la manera que lo ha hecho.*”

1.2.ii) Delimitando nuestra posición.

Tanto las apreciaciones doctrinales vistas, como la jurisprudencia comentada, observan una nota en común: una valoración -al menos a un nivel intuitivo- dirigida como mínimo a atenuar la pena correspondiente a los responsables penales pertenecientes a este estamento infra-estatutario.

Empero, dicha “intuición” doctrinal y jurisprudencial se ha concretado de modo diverso, no uniforme, respecto de las instituciones de la teoría del delito. Ello se debe, a mi juicio, a las particularidades macro-delictivas que conllevan estas figuras del Derecho penal Internacional, y a las dificultades de parte de la Jurisprudencia en organizar el análisis de los hechos, y de valorar e imputar a partir de allí, el resultado típico a la conducta de cada uno de los intervinientes (determinando el

distinto grado de responsabilidad de éstos). Estos extremos ya fueron denunciados por Jäger en la década de los sesenta (respecto de los delitos de los Nacional-socialistas). Así denunciaba entonces: “*El delito parece convertirse en la obra de fuerzas sociales anónimas y desvinculadas de sus autores. La identidad entre hecho y autor se hace confusa; es más, se hace dudosa. El lugar de la autoría, en el sentido que nos es familiar, parece pasar a ocuparlo una red de conexiones de funciones en la que desaparecen el individuo y su participación personal. El enjuiciamiento del caso concreto debe tratar de superar esta ilusión óptica. Pues una contemplación más precisa muestra que existe, sin lugar a dudas, la colaboración individual, la acción individual que figura en relación causal con el delito; y existen también las competencias de las que es posible deducir no sólo el grado del poder individual, sino también la responsabilidad personal. De todas formas, se trata de vinculaciones a las que falta la claridad de la mayoría de los casos criminales. En el cuadro gigantesco de la operación criminal sólo se pueden poner al descubierto las cuerdas causales mediante una, en cierto modo, descomposición analítica del aparato total. Esta es la difícil tarea que en un caso así tiene que domeñar el tribunal y que al público se le escapa; por ello lo que queda para éste es la imagen confusa del hecho anónimo, al que tan a menudo se alude.*”⁶⁰⁹

El problema que a nuestro juicio conllevan posiciones como ésta sostenida por Jäger, reside en tratarse de construcciones absolutamente individualistas cuando en realidad se consideran hechos irremediamente colectivos. Esta dimensión no puede olvidarse mediante una disgregación cartesiana en varias conductas (y resultados) coadyuvantes, susceptibles cada una de ellas de una valoración jurídico-penal particular, puesto que ello desconocería las condiciones de natalidad y de pluralidad, definidoras de cada ser humano y de su respectiva dimensión social. Así, lo que caracteriza a la casuística analizada es la existencia de una interacción que conlleva la (previa) integración de la acción individual en un campo de acción común y de la que emergerá la responsabilidad individual de todos y cada uno de los sujetos que integren dicha institución.

⁶⁰⁹ Jäger, Herbert. “*Betrachtungen zum Eichmann-Prozess...*” cit.; pág. 78 (traducción de Enrique Gimbernat Ordeig).

Tal responsabilidad individual dependerá: (i) por un lado, del rol específico que el sujeto realizara (tanto por su resultado concreto, como por el modo que eligiera el sujeto de cumplimentar el mismo [rol]); y (ii) por otro lado, del resultado buscado por la interacción, conforme a la finalidad *efectiva* de la institución. Esta finalidad *efectiva* es conocida por el sujeto, en la medida que sólo a su través, podrá delimitar el campo estructurado de *su* acción particular –*los posibles de la acción para cumplimentar con su estatuto mediante el rol*–.

El problema reside en cómo imputar un resultado colectivo a determinados individuos sin violentar con ello al *principio de culpabilidad*, así como en la manera de distribuir la responsabilidad (en grados) respecto de los susodichos intervinientes. Tal como hemos venido sosteniendo, sólo a través de un análisis de la casuística (concreta) bajo el prisma normativo de las estructuras de pecado se podrán efectuar tales extremos, ello puesto que a su través se revela *la razón normativa* para desvalorar la conducta.

Recuérdese que (tal como señaláramos al inicio de este capítulo) toda estructura de pecado conlleva la instauración de una institución social contraria a los valores fundantes del orden social y de los derechos humanos, así como del reconocimiento (mediante la interacción social) de la naturaleza dual de todo ser humano: individual y social. Todo ello, verificado a través del quehacer de cada uno de los miembros: quehaceres comunes, personales y actuales.

También hemos visto que se trata de una institución social que conforma un *campo de acción* en torno a tales contravalores de las relaciones sociales naturales; conllevando, pues, una destrucción del vínculo social y, concomitantemente, una progresiva desaparición de las relaciones (condiciones de posibilidad) para con *los otros* (es decir: aquellos *out-group*, segregados por la ingeniería social).

Así, se pasa de una natural relación de poder a una relación de dominio e imposición, en la que sólo algunos se benefician de la interacción, y donde otros son despojados de sus derechos fundamentales. Se verifica una violación al *principio de iguales libertades*, conforme a un criterio evaluativo como el establecido por Frisch siguiendo los parámetros de la teoría de la Justicia distributiva y del criterio del “*velo de la ignorancia*” de Rawls.⁶¹⁰ Resulta claro

⁶¹⁰ Rawls, John. “*Teoría de la Justicia*” 2ª edición; Fondo de Cultura Económica; Buenos Aires, 2006.

que conforme a esta última, de desconocer el sujeto en qué situación se hallará (si en la de miembro de la institución, *bystander*, o víctima de la primera), optará por reconocer que las interacciones de los miembros de la institución incuan exceden la esfera de libertades jurídicamente permitida y/o reconocida.

También sería sólo mediante el análisis de las *responsabilidades colectivas objetiva y subjetiva* (propio ello del análisis de las estructuras de pecado), como cabría ajustar los particularismos de la violencia colectiva a las categorías de la teoría del delito: es decir, al *merecimiento de pena* y a la *necesidad de pena*. Así, y a modo de adelanto de lo que se expresará *ad infra*, hemos de atender en el precitado análisis de un lado: a la *responsabilidad colectiva objetiva*; y de otro lado, a la *responsabilidad común subjetiva*: La *responsabilidad común objetiva* tendrá incidencia sobre la *necesidad de pena*. Concretamente sobre la pena y –a nuestro modo de ver- también sobre la propia imputación personal (culpabilidad).

La *responsabilidad colectiva subjetiva*, por su parte, tendrá incidencia sobre el *merecimiento de pena*. Ello en lo referente al juicio de imputación objetiva (o mejor: sobre el juicio de desvaloración de la conducta y posterior imputación objetiva del resultado). Además, tendrá efectos sobre el injusto penal, en la medida que a su través se delimitará la naturaleza y alcance jurídico-penal de la obediencia debida; así como también respecto de las modalidades de tipicidad subjetiva. Finalmente, tendrá también incidencia sobre la *necesidad de pena*, en lo referente a la imputación personal (culpabilidad). Lo último no por efecto de la *condición de natalidad* (aquellas interiorizaciones de campos estructurados de la acción heredados), ni por los efectos de las *instituciones profundas* (en las que se ingresa por la fuerza o por la necesidad); efectos y extremos éstos que tienen incidencia en la responsabilidad colectiva objetiva. Por el contrario, los efectos aquí estudiados (sobre la imputación personal o culpabilidad) se relacionan con las propias características del *campo estructurado de la acción* y sus derivados “*posibles de la acción*” o “*función mimética*” (conforme a los fenómenos de la *interiorización y compromiso*); así como con sus efectos ya vistos: la *alienación* y la *sumisión*. Por supuesto, ello siempre bajo el presupuesto de comprender la *imputación personal* como un parámetro normativo fundado en la igualdad de condiciones para que el individuo concreto haya podido o no motivarse conforme a la norma penal primaria.

En resumen, pues, lo común en la casuística propia del Derecho penal internacional es verificar que las instituciones inicuas dejan una esfera de iniciativa a favor del personal *infra-estatutario*. Si bien dicha esfera, marco o campo de acción, suele resultar bastante limitado o estrecho. Como se ha indicado, la responsabilidad puede disminuir mucho, pero solo excepcionalmente el poder de la obligación la apagará completamente. Así, ilustra Nebel: “*El ejemplo clásico, pero cuya argumentación tiene connotaciones jurídicas, es el de los alemanes que, al final de la guerra, declararon que ‘sólo podían obedecer’, que ‘sólo podían cumplir con su deber’. Es cierto que bajo un régimen totalitario la noción misma de libertad individual no tiene mucho sentido. Pero, incluso en este caso, la responsabilidad individual disminuyó, pero no desapareció(...)*”⁶¹¹

Ahora bien, no debemos dejar de tener presente que la especie consiste en la imputación no de una acción, sino de una interacción. De allí que ésta última resulte (irremediablemente) imputable a todos y cada uno de los sujetos que han participado en ella. Como aclara Nebel, al igual que la potencia está compartida, la responsabilidad también lo está, “es mía, porque es nuestra.” Empero, y tal como ya hemos adelantado, tal responsabilidad se divide en responsabilidad común objetiva, y responsabilidad común subjetiva.⁶¹²

I.3) La responsabilidad común objetiva y subjetiva. Su aplicabilidad al régimen penal de los miembros del estamento infra-estatutario.

En atención a lo expuesto anteriormente, hemos de ingresar a un análisis más profundo tanto de la responsabilidad colectiva objetiva como subjetiva. Veamos:

I.3.a) La responsabilidad común objetiva:

Deriva de la llamada “*condición de natalidad*”. Fenómeno que explicáramos siguiendo a Arendt, y que se caracteriza por el hecho cierto de que cada persona al nacer hereda un campo social de acción que se halla ya estructurado, y que le pertenece por el sólo hecho de su nacimiento o adopción (las llamadas instituciones profundas). Así se ha indicado: “*Todo recién llegado recibe en herencia las*

⁶¹¹ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit.; pág. 324.

⁶¹² Vide: Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit; págs. 323 y ss..

instituciones de un mundo que a su llegada se encuentra ya estructurado. Efectivamente, las instituciones vehiculan el pasado, la historia del mundo común. Son mediadoras de la interacción pasada, portadoras de una memoria de la comunidad anterior para la comunidad actual. Así pues, este pasado es el de interacciones, cuya estructura actual solo es comprensible y tiene sentido a través de la continuidad de esta historia.”⁶¹³ Se trata de una responsabilidad *común*, porque se refiere a la imputación de una interacción. Es *objetiva*, ya que se refiere a la continuidad en la interacción de una determinada comunidad.

A su vez, se trata de una *imposición* que recae sobre todo sujeto que quiera participar en la institución, esto es, que quiera incorporarse en la mentada continuidad; y que consiste en el deber de responder por todo lo que la institución ha realizado (por su pasado). El sujeto perteneciente al estamento *infra-estatutario*, no escoge esta responsabilidad objetiva. Lejos de ello, y por el contrario, ésta se le impone, siendo una verdadera *condicio sine qua non* para su participación en la institución. Como se ha sentenciado, en tanto que miembro de una institución, el sujeto debe hacerse responsable de la historia común en la que participa.

Se trata, en definitiva, de la recepción del concepto de culpa/responsabilidad política de Jaspers, así como (fundamentalmente) del de Arendt. De allí que lo que persiga sea, fundamentalmente, efectos meramente políticos: la obligación (o mejor: el deber) que asume cada sujeto al pasar a integrar esta “*continuidad de la interacción*” (que, como viéramos, es la razón fundamental del ser de toda institución) consistente en contribuir a la subsanación o reparación de las injusticias causadas en el pasado, así como a la transformación de la institución (eliminando su finalidad *efectiva* inicua).

Ahora bien, ésta es una responsabilidad objetiva que se impone como *condictio* para pasar a integrar la interacción, y la misma se actualiza en el preciso momento en que el sujeto –efectivamente- participe o se integre en la mentada. Pero la cuestión que sobre esto se plantea es la constatación empírica de que no siempre esa participación se debe a una resolución voluntaria de parte del sujeto. Esto es, no siempre el sujeto puede optar o decidir si se integrará o no en una determinada institución.

⁶¹³ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit.; pág. 324.

Muchas veces, el sujeto se halla en una relación de dependencia absoluta, o al menos necesaria, respecto de la institución, ello si quiere vivir en sociedad. Así sucede siempre respecto de las instituciones sociales profundas: el Estado, el Mercado, y la Cultura. Es claro que si una persona quiere contar con las garantías básicas de sus derechos (auxilio de la justicia, de las fuerzas del orden público, asistencia social, pensiones, etc.) forzosamente ha de actuar dentro del marco de la institución Estado –en la que se integrará como ciudadano-. Asimismo, y también a vía de ejemplo, si la persona quiere poder subsistir físicamente, forzosamente deberá operar conforme a las reglas del Mercado a los efectos de obtener aquellos bienes que necesite y que es incapaz por sí mismo de producir.

Pues bien, tras lo indicado, cabe reconocer la existencia de una opción (verdadera) de integrar o no una institución: cuando nos hallemos ante una relación (entre sujeto e institución) de tipo accidental y no necesario. Esto puede suceder sólo respecto de las micro-instituciones. Sin embargo, tal derecho potestativo dependerá del grado de dependencia de tales micro-instituciones respecto de las instituciones profundas. Ya que a mayor grado de dependencia, proporcionalmente menor será tal posibilidad de opción. Ello puesto que cuanto mayor sea el mentado grado de dependencia o relación para con una institución profunda, no podrá sostenerse a su respecto una relación (respecto del individuo) accidental, sino necesaria.

Yendo al caso de las instituciones de pecado (a nuestro juicio, siempre micro-instituciones) su propia finalidad degenerativa y/o abrogante de los efectos de las instituciones profundas, pone claramente de manifiesto el íntimo grado de dependencia o relacionamiento para con aquellas. Por lo que la gran mayoría de los sujetos integrantes de un estamento infra-estatutario se hallarán sometidos a la misma conforme a una relación de necesidad, y no de tipo accidental.

Si bien esta responsabilidad común objetiva se construye sobre bases morales y programático-políticas, empero (y por lo antedicho) entendemos que ella tendrá, asimismo, *efectos* jurídico-penales. Ello se explica (de nuevo, desde un punto de vista penal) por nuestra asunción en este análisis de las premisas del Derecho penal de autor con el alcance que le reconoce Roxin, esto es, orientado *puramente* en atención a criterios *preventivo-especiales*. Permitiendo a su través una atenuación

de la pena (al momento de individualizarla) por debajo de la medida de la culpabilidad (imputación personal).⁶¹⁴

De tal guisa, esta responsabilidad objetiva por integrar la institución inicua, *en la medida en que ello se deba a una relación de dependencia absoluta o necesaria jugará a la hora de individualizar la pena; pero jugará a su favor (favor rei)*. Los individuos que pasan a integrar una institución, serán quienes acarrearán con esta responsabilidad común objetiva; pero también –concomitantemente– serán sus beneficiarios: el deber que se les impone se orienta hacia la reparación y la supresión de la injusticia que les oprime y priva de sus derechos. A los efectos penales, estos extremos fundamentan una atenuante de la pena, y ello por repercutir sobre la *necesidad de la pena* (actuando como una presunción *iuris tantum* a favor del reo).

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, hemos de indicar que la *ratio* de la antedicha presunción simple radicaría, no sólo en la “*responsabilidad objetiva por participar en las estructuras de pecado*” cuando dicha integración/participación se haga de forma forzosa o necesaria sino también en una serie de extremos que van desde el (ya mencionado) muchas veces forzado (e involuntario) ingreso a la institución inicua, o bien fundado en razones de estricta necesidad; hasta los fenómenos estudiados de la “*alienación*” y de la “*sumisión*” que experimentan estos sujetos al interiorizar su estatuto personal dentro de la institución inicua. También hemos de atender al limitado conocimiento que todo sujeto perteneciente a este estamento tiene acerca de la finalidad *efectiva* (inicua) de la institución, así como al hecho de que el *campo estructural* de la acción perteneciente al sujeto resulta siempre reducido, permitiéndole una limitada capacidad mimética a la hora de definir el modo en que ha de cumplimentar con su rol. Claro que ello nunca de un modo tal que reduzca dicho campo estructural de acción hasta su casi extinción; ya que en tal caso –como por ejemplo el que veremos *infra* sobre los *Sonderkommandos*– carecerá de una esfera de iniciativa propia y, por ende, ya no hablaremos a su respecto de una atenuante sino de una inexigibilidad de una conducta conforme al mandato de la norma penal primaria.

Estos extremos que como dijéramos serán objeto de un análisis más detallado *infra*, empero cabe hacer la siguiente apreciación respecto de la antedicha

⁶¹⁴ Al respecto *vide*: Roxin, Claus. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 188 par. 22.

construcción dogmática realizada por Roxin, y referida a un Derecho penal de autor con una finalidad atenuatoria de la pena. Conforme a la misma, todos los aspectos y circunstancias que hemos estado analizando hasta este momento repercutirían en una atenuación del *quantum* de la pena o, incluso, en la aplicación de un tipo de pena más leve (como es el caso citado por Roxin de la prisión condicional conforme al StGB). Recuérdese a tales efectos que, en el marco de la posición roxiniana de la finalidad preventivo-especial de la pena, la constatación de ciertas circunstancias que rodearan al sujeto al momento de perfeccionar su conducta delictiva y que influyesen gravemente sobre la conducta del mismo, han de fundamentar un abatimiento de la pena. Más todo ello *hasta* el margen que indicase la medida de la culpabilidad del mismo.

De tal modo, ciertas circunstancias (*tal como sería el integrar el estamento infra-estatutario de una institución inicua*) que actuaran fuertemente sobre la personalidad del sujeto, y sobre la conducta del mismo, en la medida en que hayan (al momento de individualizar la pena) desaparecido (ello, al menos, en gran medida); conllevarían a la aplicación de una atenuante sobre la pena que le correspondería al mentado reo. No anulándose por ello su grado de culpabilidad ya que incluso ante una situación de “*herencia*” de ciertas estructuras de pecado, resultaría extremadamente anómalo que el sujeto sufra una anulación completa de los valores propios de las instituciones profundas (Ley Natural); de allí que no se pueda (o no se deba) partir –como principio general- de una situación de error invencible o de inexigibilidad.

No obstante, y sólo para casos excepcionales, la individualización de la pena –admite Roxin- puede abatirse *aun por debajo* del baremo delimitado por la culpabilidad. Ello cuando el *quantum* de la pena conllevara claros y graves efectos desocializantes para el reo (esto es, fuere contrario a los efectos de prevención general positiva y de prevención especial de la pena). Así señala Roxin: “(...) *Y si, como aquí se propugna (cfe. el §3, num. 48), en la medición de la pena conforme al §46 se admite incluso, en virtud del §46.1.2, que quedan por debajo de la medida de la culpabilidad en el supuesto de que la pena adecuada a la culpabilidad hubiera de tener efectos claramente de-socializantes, a estos efectos también habrá*

de desempeñar un papel decisivo el enjuiciamiento de la personalidad del autor.”⁶¹⁵

De todos modos, cabe señalar que, para Roxin, en ningún caso estos extremos repercutirían directamente sobre la determinación del juicio de culpabilidad (la imputación personal). Sino que solamente por razones de política criminal (concretamente: evitar un efecto desocializante de la pena) se permite abatir el *quantum debeat* por debajo de lo que –justamente- el grado de culpabilidad del reo determine. Empero, a mi entender (y como ya hemos indicado *supra*) las circunstancias fenomenológicas (ya analizadas en la Primera Parte), así como las que hemos nucleado dentro del concepto de estructura de pecado o institución inicua, *sí que repercuten sobre el juicio de imputación personal (esto es: la culpabilidad)*. Y ello en base a dos argumentos:

Primeramente, por considerar (siguiendo a Silva Sánchez) que la norma penal secundaria (el ámbito de lo sancionable, de la *necesidad de la pena*) está construida sobre una (nueva) ponderación de prevención social, principios garantistas individuales, y mínima intervención penal posible. De tal modo, la atención a las garantías individuales, así como a una prevención ponderada, conlleva la obligatoriedad de atender a las circunstancias excepcionales que rodearan a la conducta del sujeto (especialmente los factores exógenos, aquello que Zimbardo individualizara como *variables situacionales*).

En adición a lo anterior, hemos de considerar el propio alcance y contenido normativo que la imputación personal tiene. Recuérdese que tal concepción de la imputación personal consiste en atender la igualdad de condiciones del sujeto concreto –respecto del hombre medio- para poder motivar su conducta de conformidad con los requerimientos de la norma penal primaria. Está claro que tales condiciones de motivabilidad son más complicadas y harto más difíciles de esquivar o evitar para aquellos sujetos que “*heredan*” un campo de acción común inicuo, o bien que han de ingresar en uno necesario para cubrir ciertas necesidades básicas.

⁶¹⁵ Roxin, Claus. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 118.

I.3.b) La responsabilidad común subjetiva:

Tal como hemos indicado, mientras la responsabilidad común objetiva mira hacia el pasado (hacia lo que el sujeto “*hereda*” de la institución que pasa a integrar), la responsabilidad común subjetiva mira al presente de la interacción: al hecho de tomar parte en la mentada mediante su *interiorización* y su *compromiso* (del sujeto) respecto del proyecto en común. Para esbozar una explicación lo más clara y específica posible acerca de esta responsabilidad, que constituirá el fundamento del desvalor de la conducta, menester será que nos remitamos brevemente a la *tetralogía de responsabilidades de Jaspers*.

Jaspers escribe en el convulsionado momento histórico de la inmediata post II Guerra Mundial en la Alemania Federal, una vez que por decisión del mando de los Aliados se le pusiere al frente de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Heidelberg. Probablemente la mayor preocupación de Jaspers fuere el lograr que el pueblo alemán en su conjunto llevara adelante una profunda introspección a los efectos de concebir, en su justa medida, la culpabilidad que (según él) recaía en mayor o menor medida en cada uno de los alemanes por las atrocidades ocurridas en la contienda. De tal modo, habría de lograrse un efecto catártico que librara al referenciado pueblo de semejante carga negativa. Ahora bien, lo que sin duda era objeto de preocupación más próximo, era el contestar a las críticas acerca de la imposición de “una justicia de vencedores” con la que gran parte de la población alemana atacaba a la legitimidad del Tribunal Internacional Militar de Nüremberg.

En tal contexto, pues, es que Jaspers redacta el conocido libro: “*Die Schuldfrage*”, estableciendo en el mismo una tetralogía respecto de la culpa e identificando:

(i) *La culpa criminal o penal*, siendo aquella que surge cuando se violan las disposiciones legales, y que ha de ser resuelta (dilucidada) ante los Tribunales de Justicia mediante un proceso judicial formal en el cual se esclarezcan los hechos y se determine la culpabilidad de cada uno de los sospechosos o involucrados en ellos, imponiendo en definitiva la aplicación de las sanciones (penas) correspondientes.

(ii) *La culpa moral*, aquella que, partiendo de similares extremos a los que componen la culpa anterior, se caracteriza, empero, por no dilucidarse ante una instancia pública (tal como resulta ser el Tribunal de Justicia) sino en un ámbito privado. Se trata de una instancia interna: la propia conciencia de la persona

involucrada o, a lo sumo, como resultado de una “disputa amistosa entre hombres solidarios.”

(iii) *La culpa metafísica*, aquella fundada en la “carencia de la solidaridad absoluta con el hombre en tanto hombre”, siendo la instancia juzgadora, Dios.⁶¹⁶

(iv) *La culpa política*. Caracterizada principalmente por el hecho de que no se determina a título individual, sino colectivo; corresponde al conjunto de ciudadanos por los actos que comete el Estado en su nombre, o bien a un determinado grupo por lo que haga la asociación o empresa que integren (v.gr. los miembros de un partido político por las acciones realizadas por dicha colectividad a través de sus dirigentes).

Tal como sostiene el propio Jaspers: “*Cualquier ciudadano comparte la responsabilidad y además resulta afectado por todo aquello que hace y sufre su propio Estado. Un Estado criminal se convierte en una carga para todo el pueblo. El ciudadano siente que comparte el trato que reciben sus dirigentes, aun cuando sean criminales. Con ellos se condena también al pueblo. De ahí que la defensa e indignidad que quepa en lo que los dirigentes experimentan sea sentida por el pueblo como una ofensa e indignidad propias.*”⁶¹⁷

Conforme a estos extremos Jaspers halla las razones para defender al Tribunal de Nüremberg frente a las críticas: “*Va en dirección equivocada quien apunta al proceso y no a sus causas (...) El proceso es el resultado del hecho de que no nos hayamos liberado nosotros mismos del régimen criminal, sino que hayamos sido liberados de él por los aliados.*”⁶¹⁸

De allí que se sostenga⁶¹⁹ que, aun cuando no todos los alemanes sean culpables en sentido criminal, todos ellos sí son responsables (aunque en diferentes grados) por los actos y omisiones cometidos en su nombre por el Estado alemán nacionalsocialista. Por ello todos los alemanes tuvieron que asumir la culpa política por los delitos de los nazis, y ello con absoluta independencia de lo que hubiesen

⁶¹⁶ Jaspers, Karl. “*El problema de la culpa*”; Paidós, Barcelona, 1998, pág. 98.

⁶¹⁷ Jaspers, Karl. “*El problema de la culpa...*” cit., pág. 72.

⁶¹⁸ Jaspers, Karl. “*El problema de la culpa...*” cit., pág. 75.

⁶¹⁹ Wehr, Ingrid; López, Loreto. “*Culpa individual y responsabilidad colectiva: un acercamiento a la terminología de Hannah Arendt*” en “*Hannah Arendt: sobrevivir al totalitarismo*” (Miguel Vatter y Horst Nitschack, editores); LOM- Goethe Institut de Chile; Santiago de Chile, 2008.

(efectivamente) realizado a título personal. Dicha responsabilidad colectiva se funda en los deberes de los alemanes como integrantes (ciudadanos) del Estado: como miembros de una *polity* todos los ciudadanos pueden exigir beneficios de parte del Estado, pero a la vez también son responsables de los actos cometidos en nombre de la comunidad de ciudadanos.

Ahora bien, hete aquí que, de esta manera, Jaspers no sólo logra obtener una justificación filosófico-política para la constitución del Tribunal de Nüremberg, sino que también sienta las bases para su objetivo último: contrarrestar la idea muy difundida entre la sociedad alemana de post-guerra de que, con la persecución de los criminales, su enjuiciamiento y el pago de indemnizaciones habrían saldado toda su culpabilidad política-colectiva. Jaspers, mediante las precedentes premisas correspondientes a la culpa política, pretendía contribuir a un auto-entendimiento moral y político de los alemanes a través de un involucramiento activo de toda la sociedad en un proceso de autorreflexión en el espacio público. O lo que es lo mismo, decir que su concepto de culpa política o colectiva representaba una vía de comunicación para la concienciación de una culpa tanto moral como metafísica (esto es: individual) que desembocaría en una reforma o modificación de las instituciones políticas. Por lo que, entonces, la culpa política se integraría dentro del universo de la culpa individual (mediatizándola).⁶²⁰

Ahora bien, a nuestro juicio, la posición sustentada por Jaspers resulta insuficiente (y de allí que presente un margen de error). El problema de Jaspers (lo mismo que como viéramos a nivel de la dogmática jurídico-penal sucede con Jäger) se resume en lo siguiente: al considerar las acciones, colaboraciones, omisiones, etc, que cada uno haya podido cometer en la Alemania nacionalsocialista, deja a un lado el análisis de la faz compartida, común, que toda responsabilidad individual tiene para con el resultado (finalidad efectiva) provocado por *toda* la institución inícuca. La responsabilidad individual, no se construye únicamente –en estos macro-delitos- en atención a la conducta (acción u omisión) individualmente considerada y su respectivo resultado directo; sino también en atención a la *interacción* en la que el sujeto participa (conducta considerada desde su dimensión colectiva, *condición de*

⁶²⁰ Wehr, Ingrid; López, Loreto. *Culpa individual y responsabilidad colectiva...* cit., pág. 111. Concretamente, los citados autores explican que “(...) en la interpretación de Jaspers, moral y política se fundan armónicamente en un proceso de catarsis (...)”.

pluralidad, común y compartida y sus respectivos resultados). Ello surge del hecho evidente de que, en todo campo estructurado, la acción u omisión propia se encadena (coordina) con la de los otros miembros de la institución, ordenándose así hacia la consecución de la finalidad efectiva de la institución. Busca, en definitiva, a través de su finalidad inmediata (esto es: los efectos inmediatos y directos del cumplimiento de su rol) la realización de este proyecto común propio de la institución (finalidad *efectiva*).⁶²¹

De tal guisa, ha de tenerse siempre presente que es la participación personal en la realización de la finalidad *efectiva* de la institución (mediante el aporte de la potencia de su actuación) la base de la responsabilidad subjetiva, así como del desvalor de la conducta. Es una responsabilidad común, porque se trata de imputar la interacción: no una obra propia, sino común. No la parcela propia, sino el todo; puesto que toda acción dentro de un campo estructurado se conforma a él y lo actualiza. De allí que en la medida en que haya participación, habrá actualización del hecho institucional, determinando así una igualdad entre todos los actores: todos participan en esta interacción y todos la actualizan.

Téngase en cuenta que, si no se les responsabilizara por el todo de la interacción, y tal como expusieramos *supra*, personas como Eichmann lícitamente podrían defenderse esgrimiendo como argumento que sólo se dedicaron a formular listas de pasajeros y transportes ferroviarios, no teniendo nada que ver con lo que a “los pasajeros” les hacían al llegar a sus destinos.⁶²²

Ahora bien, se habrá de tener especial cuidado al concretar el alcance y naturaleza de esta responsabilidad. Se trata de una responsabilidad *común* porque es acarreada a la vez, conjunta e individualmente, por cada una de las personas que concurren en la interacción. A su vez, es *subjetiva* puesto que, como hemos visto, requiere como presupuesto la interiorización del campo estructurado de la acción y de la finalidad *efectiva* de la institución (teniendo al menos una noción básica sobre la misma).

Sobre esto último y a vía de ejemplo podemos plantear, dentro de la Alemania nacionalsocialista, el saber que la intención del régimen es el deshacerse de los judíos, más no necesariamente saber que se les matara en cámaras de gas y luego se les cremara. Es probable que no todos los miembros (por ejemplo) de la SS, o de la

⁶²¹ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 327.

⁶²² Cfe. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., pág. 327.

Gestapo, hayan leído “*Mein Kampf*” de Adolf Hitler, enterándose así de sus intenciones criminales. Menos probable es que tuvieran acceso a las decisiones de la Conferencia de *Wansee* donde se decidió el exterminio masivo de los judíos de todo el continente europeo. Pero resulta poco menos que irreal, que ellos no hubieran leído ningún periódico que recogiera los discursos del Führer en contra de los judíos –muchos de ellos como el *Der Stümmer* que formaban parte del entrenamiento filosófico y moral de los reclutas de las *SS*, *Gestapo* y *Werhmacht*-, o siquiera escuchado sus múltiples discursos transmitidos por radio y altavoces en todas las plazas y paseos públicos.

Asimismo, la propia implementación de la Legislación de Núremberg, expulsando a los judíos de la actividad pública y negándoles el ejercicio de las profesiones liberales; el boicot y posterior prohibición y usurpación de comercios y fábricas; así como la expulsión de sus casas y su reclusión en guetos o campos de concentración. Todo ello resulta imposible que fuera desconocido por un alemán que integrara cualquiera de las instituciones públicas nacionalsocialistas. Recuérdese que, a tales efectos, la mera deportación, persecución y discriminación por motivos raciales y religiosos es suficiente a los efectos de la tipificación del delito de lesa humanidad (*crimes against humanity* conforme el EIMT, mantenido en líneas generales por los posteriores Tribunales Internacionales ad-hoc, y por el EICC).⁶²³

Pero también, y por el indicado carácter subjetivo, corresponde hacer una diferenciación –quebrando la uniformidad en la participación y actualización del hecho institucional señalada anteriormente-. Esta diferenciación debe realizarse en atención al estatuto que se interioriza, y a la forma escogida por el sujeto para cumplimentar con el rol (conforme a los posibles de la acción determinado por la función mimética –*finalidad inmediata*-) de cada uno en la interacción.

⁶²³ Respecto del alcance del conocimiento real de los alemanes acerca de los crímenes nazis, vide: Gellately, Robert. “*No sólo Hitler. La Alemania nazi entre la coacción y el consenso.*”, Crítica, Barcelona, 2005. Johnson, Eric A.; Reuband, Karl-Heinz. “*What we knew. Terror, mass murder, and everyday life in nazi Germany. An oral history*”, Basic Books/Perseus Book Group; Cambridge-Massachussets, 2006. Freidländer, Saul. “*EL Tercer Reich y los Judíos (1933-1939). Los años de persecución*”, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2009. Y muy especialmente el estupendo ensayo de Mary Fulbrook, “*A small town near Auschwitz. Ordinary Nazis and the Holocaust*”, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Como bien reseña Nebel en una argumentación perfectamente extrapolable al Derecho penal, la esfera de responsabilidad del rol determina *la importancia* de la contribución personal al proyecto común, y *la importancia* de la colaboración con el hecho institucional. Por ello, siendo una responsabilidad común, se ha de determinar de maneras diferentes según cada actor (miembro de la institución) y ello en atención al grado de su participación en la *interacción*: autor, cooperador necesario, instigador, o cómplice.

Así, señala Nebel: “(...) *Sea cual sea la motivación de la persona, al prestar su potencia de acción a la interacción, se vuelve responsable en común con cada uno de los actores, responsable de lo que se realiza por la interacción. En cuanto hay participación, esta responsabilidad no puede esfumarse, sino que cada uno la acarreará según diversas modalidades, en función de la naturaleza de su participación. Ahora bien, en el caso en que la participación sea obligada, ya sea por nacimiento o por necesidad (vida, supervivencia, bienestar) –es decir, forzada por el nacimiento o por necesidad de entrar en un campo estructurado-, la parte que acarrearán estos individuos en la interacción (la responsabilidad común subjetiva) no se les podrá atribuir de la misma manera. Incluso, según el caso, la instancia que los juzgue podrá desvincularlos de esta responsabilidad. Tomemos el ejemplo de Alemania. La mayoría de los alemanes colaboraron con el régimen nazi –y de forma eficaz- por la urgencia o la necesidad de sobrevivir. El hecho de que se hubieran opuesto internamente no impide el hecho objetivo de su colaboración y aún menos la eficacia de dicha colaboración. ¿Su falta de motivación interna les hace inocentes de su colaboración con el régimen? Este carácter aparentemente contradictorio de una responsabilidad desvinculada del consentimiento es, precisamente, la característica del hecho institucional. En cambio, la contradicción entre el consentimiento interno y la actividad externa es el efecto de las instituciones inicuas.*”⁶²⁴ De todo lo expuesto emergen como conclusiones:

(i) Se trata de la imputación de una interacción, de allí que la misma sea compartida por todos los integrantes de la institución y no importe (a su respecto) que integren tal institución por necesidad o compulsión. En la medida en que la integren y contribuyan (aun a su pesar) con la interacción mediante el cumplimiento de su estatuto, el resultado (correspondiente a la finalidad *efectiva* de

⁶²⁴ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit.; pág. 331.

la institución) les resultará objetivamente imputable a aquéllos. Todo ello, con independencia de los efectos que toda situación de necesidad o “herencia” pueda tener sobre el juicio de imputación personal (culpabilidad), conforme a los efectos sobre la teoría del delito de la responsabilidad común objetiva.

(ii) Se trata de una responsabilidad común subjetiva fundada sobre una interacción. Así, no atiende a la acción individual (en sí misma) sino a la capacidad de colaboración de cada sujeto miembro de la institución. En definitiva: a la capacidad para hacer de mi acción una colaboración para la creación de un riesgo penalmente relevante, la capacidad para ser *interviniente* en el delito. La razón de ello se encuentra en que *esta responsabilidad considera el crecimiento social del poder y no del propio poder (singularmente considerado)*. Como se ha indicado, la impotencia que pueda experimentar el individuo solitario desaparece en la medida en que se asocia a otros de forma organizada. Así, hace uso de su poder social y, como tal, ya no es impotente dentro de la estructura de pecado.⁶²⁵

Sin perjuicio de lo anterior, y como ya adelantáramos, tal responsabilidad común subjetiva se acarreará de manera distinta (de diferente grado) en atención a la relevancia del rol del sujeto (y de su correspondiente estatuto) respecto de la interacción. Así, lo indicado en el apartado anterior (i) determinará (*prima facie*) la calidad de interviniente en el delito; y lo señalado en el apartado (ii) determinará su calidad de autor, partícipe necesario, instigador/inductor, o cómplice.

(iii) Se trata, finalmente, de una responsabilidad subjetiva, por lo que requiere un conocimiento por parte del reo de la finalidad *efectiva* de la institución. Conocimiento de la finalidad inícuca (que se corresponde con la producción de un delito internacional) que, como dijéramos, ha de ser cuanto menos meridiano (no importando que se conozca la misma al detalle). Tales extremos se explican por la necesidad que todo individuo perteneciente al estamento *infra-estatutario* tiene de conocer dicha finalidad colectiva a la hora de determinar/escoger el modo en que ha de cumplir con su rol (conforme a su estatuto). Fenómeno éste que hemos estudiado como “interiorización” del rol.

Por ello, salvo el caso de las conductas neutrales, donde no se requieren tales conocimientos para cumplimentar con el rol de manera correcta, o en los casos de error de tipo invencible (difícil de considerar en esta casuística), en todos los demás

⁶²⁵ Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit.; pág. 331.

casos *se verificará un dolo (siquiera en grado eventual) respecto del resultado típico*. Siendo ello una particularidad de las estructuras de pecado, a diferencia de aquel/aquellos que actúan fuera de dicho marco normativo (quienes perfectamente podrán actuar, *v.gr.* por imprudencia, o bajo una situación de error de tipo vencible (como es el caso del error sobre la “banalidad del aporte” al hecho).⁶²⁶

I.4. La concepción sobre el sistema penal seguida en esta investigación: la incidencia de los particularismos del estamento infra-estatutario respecto de las normas primaria y secundaria.

Continuando con el estudio de las bases dogmáticas acerca de la aplicabilidad de las estructuras de pecado en el ámbito del Derecho penal internacional, corresponde desarrollar la incidencia general que los extremos fenomenológicos indicados en el capítulo primero, y comprobados en las experiencias reseñadas en el capítulo segundo (todos ellos de la Primera Parte de esta obra), han de causar sobre las normas primaria y secundaria.

Para ello habrá de tenerse siempre presente la calidad imperativa (si bien también valorativa) de las normas. El imperativismo de la norma penal primaria, coincide con la concepción de la dogmática como síntesis de fines preventivistas y garantísticos. Así, la misión preventiva del Derecho penal no se sustenta tanto en

⁶²⁶ Esta modalidad de error se explica como un error de tipo que tiene lugar sobre la banalidad del aporte en la participación secundaria (“quien cree que esta realizando un aporte banal al hecho, cuando en realidad hace un aporte no banal, no actúa con dolo de participación”). Sin embargo, por las razones ya esgrimidas acerca de la responsabilidad común subjetiva propia de las estructuras de pecado, no entiendo de qué modo esta modalidad de error (sobre el aporte a una interacción) pueda verificarse de modo invencible, que elimine el dolo y la imprudencia. Empero mantener, a los efectos prácticos, suma relevancia en el último de los casos, puesto que todos los delitos aquí analizados: genocidio y lesa humanidad sólo han sido perseguibles a título intencional. Vide: Zaffaroni, Eugenio Raúl, et Al. “*Manual de Derecho penal. Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 412. Claro que a los efectos de analizar tal tipo de error “vencible” habrá de tenerse en cuenta las características de la interacción, así como la relevancia que a los efectos de analizar tal tipo de error “vencible” habrá de tenerse también en cuenta las características de la interacción, así como la relevancia que un aporte (fuera de dicho marco *y per se stante*) insignificante cobra una vez que se inserta y se emplea por la institución dentro del campo estructurado de la acción; extremos todos éstos que el sujeto (también y al menos meridianamente) conoce.

una coacción efectiva (es decir: en la efectiva imposición de la pena) sino más bien en la *coercibilidad*, esto es, en la amenaza de aplicación de la pena en caso de no comportarse el destinatario de la norma de conformidad con el mandato o prohibición en que consiste la misma. Tal expectativa de que la coercibilidad de la norma sea suficiente o eficaz por sí misma para proteger los bienes jurídicos, resulta ser, además, mucho menos restrictiva de la libertad de los hombres que la coacción misma. Como indica Silva Sánchez (en extremos que considero perfectamente extrapolables al ámbito del Derecho penal internacional) el tratar de influir sobre la conducta de los destinatarios a través de la amenaza expresa una perfecta orientación de la norma penal al cumplimiento de los fines propios del Derecho penal y de la función de la pena.⁶²⁷

En atención a los desarrollos arriba expuestos, podemos delimitar ciertos corolarios:

Primeramente, si el destinatario de la norma penal primaria fuese alguien que sufre de alguna incapacidad, ello no suprimiría en su totalidad su motivabilidad respecto al precepto de conducta; por lo que cabría, a su respecto, el juicio de antijuridicidad, aunque no necesariamente, el de culpabilidad. Lo último ya que, si bien no es imposible que adecue su conducta al precepto de la norma, sí podría encontrarse (dicho destinatario) en desiguales condiciones de hacerlo respecto de quienes no sufrieran tal discapacidad o estuvieren inmersos en unas circunstancias excepcionales que prácticamente anulen los posibles de la acción conforme al campo estructurado de la (inter)acción. Además de que (y tal como sostuviéramos como hipótesis de esta investigación) cuando estos últimos extremos no anulen o limiten de gran manera los posibles de la acción, las características propias de las estructuras de pecado conllevarán (*en la generalidad de los casos*) la configuración de, al menos, un *régimen de atenuantes*.

Otro corolario reside en que si el destinatario de la norma fuese un individuo absolutamente incapaz de motivabilidad respecto del precepto de conducta impreso en la norma penal primaria, entonces su conducta no solamente no será susceptible de reproche de culpabilidad alguna, sino que derechamente no cabrá juicio de antijuridicidad alguno a su respecto.

⁶²⁷ Silva Sánchez, Jesús María. “*Aproximación al Derecho penal contemporáneo...*” cit., págs. 581 y ss..

Un tercer corolario reside en el hecho de que la teoría del delito se construye sobre la base de dos grandes “*momentos*”: “*el merecimiento de pena*”, que obedece al análisis de si la conducta es violatoria de la norma penal primaria, esto es, de si configura un injusto penal; y la “*necesidad de pena*”, que obedece al análisis de si la conducta resulta presupuesto de la norma penal secundaria, y que se halla integrada por la imputación personal o culpabilidad y la lesividad respecto de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

A continuación atenderemos, dentro de las cuestiones referentes al *merecimiento de pena*, a la problemática que suscita la causal de justificación de obediencia debida así como a la que genera el instituto de la ignorancia deliberada respecto del juicio de tipicidad subjetiva. Asimismo, y respecto de la *necesidad de pena* —si bien ya hemos analizado a su respecto las situaciones de inexigibilidad por la configuración de un estado de necesidad exculpante— ahondaremos en el análisis del impacto de los extremos indicados al analizar la estructura de pecado sobre la imputación personal.

II) Efectos sobre el merecimiento de la pena: relativos a la obediencia debida.

II.1) Planteo. Panorama doctrinario y jurisprudencial hasta la IIª Guerra Mundial.

Cabe ahora analizar los fenómenos propios (o derivados) de las estructuras de pecado sobre los miembros del estamento *infra-estatutario*, respecto de la *causal de justificación* que se regula bajo la denominación de “*obediencia debida*”, o bien como “*cumplimiento de un deber*”.

El fundamento de la obediencia debida se ubica en las necesidades de funcionamiento de la Administración Pública⁶²⁸, habiéndose señalando a este respecto:

⁶²⁸ En el mismo sentido se pronuncia Queralt, manifestando que la fundamentación del deber de obedecer las órdenes por parte del subordinado competente se halla en “la capacidad de prestación de servicios públicos [de la que depende la legitimación del Estado social y democrático de Derecho”. Queralt, Joan. “*Necesidad, legalidad, y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial*”, en Revista Centro de Estudios Constitucionales N° 5, Madrid, 1990, pág. 135 y ss..

*“Del mismo modo que estas necesidades exigen una organización jerárquica, es preciso que dicha organización no pueda resultar obstaculizada a cada momento por dudas de los subordinados acerca de la legalidad de las órdenes que reciben, sino sólo cuando exista suficiente motivo para considerar manifiesta su ilegalidad”.*⁶²⁹

La obediencia debida, como causal de justificación, observa una *eficacia restringida al ámbito de las órdenes emanadas de la Administración Pública* (órganos estatales, para-estatales, ejército, etc.). *No alcanza a aquellas relaciones jerárquicas en donde no existe un deber jurídico de cumplimentar la orden recibida* (en el sentido de que su inobservancia sea punible como un delito de desobediencia). Como se ha indicado, un tal deber (de obedecer) sólo lo exige el ordenamiento jurídico respecto de órdenes ajustadas a Derecho, o no manifiestamente antijurídicas, que emanen de un órgano administrativo con competencia general para su dictado, y todo ello en condiciones formales que generen una apariencia de legalidad.⁶³⁰ De allí que todo otro tipo de relación jerárquica que se pueda dar en la casuística, se deba remitir –para su solución dogmática- a los institutos de error invencible, estado de necesidad disculpante o miedo insuperable.

Ahora bien, una vez aclarado el alcance del instituto, corresponde delimitar la cuestión o *ratio* que fundamenta la propia existencia del mismo. Dicha cuestión se materializa en un dilema que se le genera a todo subordinado que recibe una orden y que debe escoger entre, por un lado, respetar la jerarquía (civil o militar) y en consecuencia ejecutar toda orden que se le envíe, sea o no la misma legítima; y por el otro lado, el negarse a cumplimentar toda orden manifiestamente antijurídica, de modo tal de cumplimentar con la lícita expectativa de que en ningún caso se viole al ordenamiento jurídico. Como bien ha graficado sobre este respecto el constitucionalista inglés Dicey, un soldado puede verse inmerso en una gravísima situación de conflicto: él puede ser sentenciado a muerte por fusilamiento por una Corte Marcial por desobedecer a una orden; o bien ser ahorcado por orden de un juez y un jurado, por haber obedecido a la misma.⁶³¹

⁶²⁹ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal. Parte general...*” cit., pág. 498.

⁶³⁰ cfe. Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 500.

⁶³¹ Citado por Cassese, Antonio. “*International criminal law...*” cit., pág. 269.

Pues bien, sobre la cuestión que las órdenes ilegítimas emitidas por un superior jerárquico genera, no se tuvo un panorama claro antes del fin de la IIª Guerra Mundial. Recién allí sobrevino una postura propia del Derecho penal internacional a través del EIMT (como tendremos oportunidad de cotejar *infra*). Mientras tanto, en los ordenamientos jurídicos internos la tendencia principal era la de construir sistemas sobre la base del principio *Respondeat Superior*, en virtud del cual sólo aquel *superior* que emitiera la orden resultaba (el único) responsable por los hechos cometidos por sus subordinados.⁶³²

Sin embargo, y tal como expone Cassese, estos mismos sistemas observaban excepciones al mentado principio, especialmente cuando de juzgar a enemigos se trataba.⁶³³ Así sucedió en el *caso Wirz*, juzgado ante una Comisión Militar Norteamericana en el año 1865: En dicho juicio, se dio por probado que el Capitán Henry Wirz (de origen suizo) había emigrado a Luisiana en plena Guerra de Secesión, habiéndose hecho cargo de un campo de prisioneros yanquis sobre los cuales ejerció todo tipo de tormentos físicos y psíquicos. Una vez terminada la guerra (y vencido el bando confederado) hubo de enfrentarse ante la precitada Comisión, que le condenó a muerte por ahorcamiento. La defensa de Wirz se basó en sostener que había actuado de conformidad con las órdenes recibidas por su superior, habiendo sido “*el medio, o mejor, una herramienta en las manos de sus superiores jerárquicos*”; con fuertes similitudes a las que serían, un siglo después, las bases de la defensa que Servatius hiciera de Eichmann.

La fiscalía, por el contrario, retrucó las defensas referidas, sosteniendo que cuando una orden resulta ser ilegal, lo es tanto para el superior, como para el subordinado. Siendo, en caso de cumplimiento de la orden, tan responsables de ello el primero como el segundo. Así expresó: “*Un oficial superior, no puede ordenar a su subordinado que realice un acto ilegal; y en caso de que el subordinado obedeciere semejante orden y, como consencuencia de ello, ocurriere un resultado desastroso [injusto], ambos –superior y subordinado- deberán responder por ello.*”⁶³⁴

⁶³² Así, hasta bien entrado el año 1944, tanto los manuales del ejército británico, como del norteamericano, sostenían expresamente la aplicación y soluciones del principio *Respondeat Superior*, a los efectos de resolver estas cuestiones.

⁶³³ Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 369.

⁶³⁴ Citado en Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., págs. 370 y ss..

No obstante lo expuesto, es cierto que también podemos hallar (de nuevo: previo a la II Guerra Mundial) ordenamientos jurídicos que preveían la responsabilidad jurídico penal del subordinado que ejecutase una orden de sus superiores, en la medida en que la misma fuese antijurídica. Así sucedía con el artículo 47 del Código penal militar alemán decimonónico.⁶³⁵

Ahora bien, paulatinamente los distintos ordenamientos jurídicos nacionales fueron abandonando el principio de *Respondeat Superior* y decantándose por otros que preveían una doble incriminación (tanto del superior, como del subordinado), conforme a los principios de *Absolute Liability* o de *Manifest Illegality*. Siendo dicha tendencia más marcada (como ya señalamos) con posterioridad a la II Guerra Mundial.

Explica Cassese que esta evolución normativa se debe a que, tanto si fueran cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra, los delitos de Derecho penal internacional tienden a ser a gran escala, implicando a un gran número de personas (tanto de autores como de víctimas). Tienden, asimismo, a ser delitos organizados, esto es, delitos que se cometen no por personas actuando bajo impulsos, intereses o tendencias personales. Bien por el contrario, se trata de delitos normalmente perpetrados por unidades militares, grupos organizados, o con el apoyo (o, al menos, la aquiescencia) de las autoridades estatales.

“Siendo así las cosas, absolver a los subordinados por los delitos cometidos conforme a las órdenes de sus superiores significaría: (i) Por una parte, desatender al involucramiento moral y psicológico de tantos subordinados en la comisión de los delitos. Ignorando así los fundamentos de responsabilidad moral derivados del principio de culpabilidad. También, lo dicho supra, significaría (ii) el dejar impunes a cientos de personas que han perpetrado materialmente (físicamente) las más horrendas ofensas a bienes jurídicos fundamentales. Siendo

⁶³⁵ Estos extremos se pueden verificar en el llamado caso “Brussels” de 1916, en el cuál resultara condenado ante una corte alemana, el Capitán del navío mercante “Brussels”, Comandante Fryatt. El mismo, cumpliendo órdenes del Almirantazgo británico durante la Iª Guerra Mundial, había embestido varias veces contra submarinos alemanes durante maniobras de detención; en clara violación de las leyes (entonces vigentes) de la Guerra naval.

estas razones expuestas eficazmente por el Tribunal Militar Internacional en 1946.”⁶³⁶

Pero, en adición a lo anterior, el exonerar de toda responsabilidad a los subordinados iba en contra de las evidencias emergentes del acervo probatorio acerca de la propia casuística, especialmente de los hechos juzgados por el IMT. Así, indicó el referido Tribunal de Núremberg: *“Hitler no pudo hacer la Guerra de agresión por sí sólo. El ha tenido que tener la cooperación de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos, y hombres de negocios. Cuando ellos, con conocimiento de sus metas, le dieron a él su cooperación, se han hecho, ellos mismos, partes del plan que él había iniciado. No se les puede declarar inocentes porque Hitler hiciera uso de ellos, si ellos sabían lo que estaban haciendo. El que hayan sido asignados a sus tareas por un dictador no les absuelve de la responsabilidad por sus actos. La relación de líder y seguidor no precluye la responsabilidad, tal como no lo hace en el marco comparable de la tiranía del crimen organizado doméstico.”*⁶³⁷

II.2. Delimitando el concepto de “Obediencia debida” en el marco del Derecho penal interno.

La obediencia debida se halla hoy día regulada en el Código penal español, como causal de justificación, dentro de la causal de “cumplimiento de un deber”. El art. 8.12 del anterior Código penal, indicaba que estaba exento de responsabilidad penal todo aquel que obrara en “virtud de obediencia debida”. Tal regulación fue suprimida por el Código penal actual, por considerarse innecesaria dicha expresa norma. Ello se debió al siguiente razonamiento; si la obediencia es “debida”, tiene que admitirse (forzosamente) que quien lo presta cumple con un deber derivado de su cargo. Deber, éste, que halla perfecta cabida dentro de la eximente de “cumplimiento de un deber”, sin necesidad de ninguna otra disposición legal.

⁶³⁶ Cassese, Antonio. *“International criminal law...”* cit., pág. 270. También vide: Dinstein, Yoram. *“The Defence of ‘Obedience to Superior orders’ in International Law”*, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 125 y ss..

⁶³⁷ *“The Nüremberg trials. The complete proceedings. Volumen IV, Individual responsibility of the defendants”* (edited and introduced by Bob Carruthers); e-book edition by Coda Books Ltd., Warwickshire, 2011, posición 19.569.

Ante la pregunta de si existe un deber de cumplir con una orden antijurídica, el art. 410 CPE responde mediante la punición de aquellos actos de desobediencia a los mandatos de la autoridad competente que no sean manifiestamente antijurídicos. Es decir, no toda orden antijurídica produce el deber de obediencia, sino solamente algunas de ellas, en la medida en que concurren ciertos requisitos de forma y de contenido que indicamos a continuación:

Sobre los requisitos de forma: emergen del art. 410 CPE, el cual exige que las órdenes hayan sido dictadas dentro del ámbito de competencia del superior, así como que las mismas estén revestidas de las formalidades legales propias del acto jurídico que se trate. Respecto de la mencionada competencia, ha de aclararse que se trata de un concepto “abstracto” de competencia: el acto ordenado debe pertenecer a aquellos que –normalmente- puede dictar tal órgano. Como se ha indicado, esta especie de competencia abstracta es la única necesaria para que una orden genere un deber de obediencia; debiendo concurrir tanto en quien dicta la orden, como en el que la ha de cumplir.

Sobre los requisitos materiales o de contenido: son los que determinan el contenido que ha de observar una orden –aunque antijurídica- para que surja a su respecto el deber de obediencia. Asimismo, se delimitan conforme a la llamada “teoría de la apariencia” (recogida según la doctrina española mayoritaria en el ordenamiento jurídico conforme al tenor del art. 410 CPE) en virtud de la cual, la orden mentada no ha de ser *manifiestamente* antijurídica. Así, y en consideración al art. 410 CPE, verificamos que el carácter *vinculante* de cualquier orden depende, a su vez, del carácter manifiesto o no manifiesto de su antijuridicidad. Es decir, en definitiva, depende de su *apariencia* de legalidad (siendo tal su componente o requisito material).

Agrega a este respecto Mir Puig: “(...) el art. 410 CP consagra el principio de la apariencia: en dicho precepto la obligatoriedad de la orden no se condiciona a la juridicidad intrínseca de la orden, sino a su apariencia de legalidad. Aunque la orden sea gravemente antijurídica y constituya delito, deberá obedecerse bajo pena salvo que ello no resulte ‘manifiesto’ ex ante, en el momento de su cumplimiento. Téngase en cuenta que en muchos casos un delito, aunque sea grave, puede resultar de difícil apreciación para el subordinado en el momento en que recibe la

*orden, y viceversa, una ilegalidad menor puede aparecer a veces como evidente desde el primer instante”.*⁶³⁸

Ahora bien, por tratarse de una causal de justificación, está claro que su *naturaleza dogmática* habrá de ubicarse dentro de un *marco de conflicto, generado ex ante, entre los fines o intereses que persigue la conducta (y que el Derecho considera prevalentes) y el valor propio del bien jurídico penal lesionado.*⁶³⁹ En el caso concreto, tal conflicto se verificará entre el bien jurídico penal lesionado por la orden (no manifiestamente) antijurídica, y las necesidades de funcionamiento de la Administración Pública (consideradas por el ordenamiento jurídico como de mayor relevancia, de allí su prevalencia). Como comprobación de tales asertos vale la siguiente cita a Mir Puig: *“Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de permitir la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causal de justificación. Y no hay duda de que la ley no sólo disculpa, sino que permite la lesión del bien jurídico cuando impone el deber de obedecer (art. 410 CP). Si la obediencia es ‘debida’, ha de ser permitida y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá de justificar el hecho, y no sólo excluir la responsabilidad penal de su autor. Todo ello confirma que es correcto incluir la obediencia debida a órdenes no manifiestamente antijurídicas dentro de la eximente de cumplimiento de un deber (art. 20,7º CP).”*⁶⁴⁰

A los efectos de determinar el carácter manifiesto o no manifiesto de la antijuridicidad de la orden, habrá de estarse a lo que resulte de la aplicación del parámetro normativo del “hombre medio” ubicado dentro del contexto fáctico en que se hallara el agente de la conducta *ex ante*, y con los mismos conocimientos especiales con los que éste –entonces- contara. Ahora bien, *por lo general*, los casos *más graves* de ilegalidad/antijuridicidad de la orden serán a su vez *notorios* (manifiestos o evidentes). Siendo este tipo de circunstancias las propias de los delitos del Derecho penal internacional, que conllevan no tan solamente una extensión de lesividad/ofensividad a los bienes jurídicos penalmente tutelados propia de la macro-criminalidad, sino también la (necesaria) observancia de sendas

⁶³⁸ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal. Parte general...*” cit., pág. 494.

⁶³⁹ Tal como indica Mir Puig, esa es la razón material de todas las causas de justificación en sentido estricto. *Vide*: Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general*” cit, pág. 418.

⁶⁴⁰ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general*” cit., pág. 498.

referencias subjetivas distintas del dolo que se identifican plenamente con las finalidades efectivas (inicias) de las estructuras de pecado y sus correspondientes interacciones. A lo anterior agregamos que -conforme a lo visto sobre las estructuras de pecado- el sujeto que las integra es portador de un conocimiento siquiera básico acerca de la finalidad efectiva de la institución inicua (i.e.: conoce siquiera meridianamente la finalidad delictiva de la acción colectiva o interacción), todo ello a los efectos de concretar la llamada función mimética en virtud de la cual el sujeto determina el modo en que cumplirá su rol (con la excepción de las llamadas conductas neutrales). Ante todo ello, *difícilmente podrá alegar el sujeto desconocer la antijuridicidad de la orden* (y lo propio cabría decir respecto de la figura normativa del hombre medio en la medida en que se le dote de los mismos conocimientos especiales que tuviere el agente de la conducta).

Por lo expuesto, entonces, el ámbito para resolver estas cuestiones no se hallaría dentro de las causales de justificación sino en el de las eximentes de la culpabilidad o imputación personal. Esta aseveración se fundamentará con mayor detalle *infra*, una vez que hayamos recabado la situación del Derecho penal internacional post-Núremberg.

II.3. Delimitando el concepto de “Obediencia debida” en el marco del Derecho penal internacional con posterioridad a la II Guerra Mundial.

Los presupuestos fácticos generales relacionados en el apartado anterior se verifican con la misma nitidez y trascendencia en el marco del Derecho penal internacional. Así, hallamos (i) la existencia de una orden emitida por una autoridad militar o civil, que conlleva la realización de un delito internacional; (ii) que el subordinado observa la obligación legal de obedecer la orden (de lo contrario no se verificaría conflicto obligacional alguno); y (iii) que la autoridad o superior que emite la orden observa en la misma los requisitos formales y materiales pertinentes (conforme a la teoría de la apariencia). Y ello con la particularidad de que los delitos de Derecho penal internacional en general suelen cometerse en cumplimiento de una orden dada por un superior inmediato (militar o civil), especialmente aquellos cometidos a través de un aparato burocratizado y jerarquizado. Concretamente, y sobre la especie, encontramos diferentes posturas en el Derecho penal internacional.

Así, en primer lugar, el principio *Respondeat Superior*, que tuviera plena vigencia hasta la II Guerra Mundial. Conforme al mismo, la orden del superior exime completamente de responsabilidad al ejecutor de la misma. Dicha exención era completa y absoluta, y el único responsable resultaba ser el superior que emitía la mentada orden. Como señala Werle, el propósito primordial de este principio era el de asegurar la obediencia absoluta del subordinado que recibe las órdenes (especialmente dentro del marco de las órdenes militares).⁶⁴¹

Como antítesis de la postura antedicha surgió el principio de *Absolute liability*. Conforme al mismo, la circunstancia de que un subordinado cometa un delito como consecuencia de dar cumplimiento a una orden emitida por su superior jerárquico no influye en nada a los efectos de determinar su responsabilidad. De tal guisa, sería tan responsable (desde el punto de vista penal) el ejecutor como el emisor de la orden. Variando dentro de esta posición doctrinal la delimitación del grado de intervención del emisor de la orden: si como autor mediato, coautor, inductor, etc. Asimismo, esta posición no impide la verificación de un *estado de necesidad coactivo* (atendiendo a las circunstancias fácticas que rodearan a la emisión de la orden y a las consecuencias que su no acatamiento pudiere acarrearle al subordinado).⁶⁴²

Como suele suceder en estos casos, surgió una posición sintética o intermedia, *ecléctica* que se identifica con la *teoría de la apariencia* vista en el ámbito del Derecho positivo interno. Esta sostiene que la existencia de una orden emitida por un superior jerárquico (en la medida en que dicha orden consistiera en la ejecución de un delito) en principio exime de responsabilidad al subordinado ejecutor. La excepción a dicho principio se verifica en la medida en que el subordinado conociere la antijuridicidad de la orden, o la misma fuere *manifiestamente ilícita*, en cuyo caso sería el ejecutor tan penalmente responsable como el superior (aplicándose el régimen advertido en el apartado anterior).

Véase que la excepción de que la orden sea “manifiestamente ilícita” (principio de *Manifest illegality*) consiste en una objetivación de los parámetros en virtud de los cuales *un hombre medio*, ubicado *ex ante* en las circunstancias temporales y vitales del sujeto subordinado concreto, sería capaz de advertir tal antijuridicidad.

⁶⁴¹ Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal internacional...*” cit., pág. 353.

⁶⁴² Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 358.

Llegando tal objetivación al grado de determinarse a su respecto, y en sendos Tratados internacionales, una *presunción de conocimiento de la antijuridicidad de la orden*. Ello en la medida en que la misma consista en la ejecución de un delito de genocidio o de lesa humanidad. Veamos:

Primeramente, el art. 8º del EIMT (constituido a los efectos de juzgar a los principales militares y civiles de la administración nazi después de finalizada la II Guerra Mundial) establecía: *“El hecho de que el acusado hubiere actuado en cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de un Superior jerárquico no librará al acusado de su responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que corresponde a justicia.”*

En adición a lo anterior, tenemos el art. 6º del EIMTFE (constituido a los efectos de juzgar a los militares y civiles japoneses después de finalizada la IIª Guerra Mundial) que sostenía: *“(Responsabilidad del acusado) En ningún caso, ni el cargo oficial que un Acusado desempeñare en cualquier momento, ni el hecho de que un acusado actúe obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un Superior; serán por sí mismas razones suficientes para librarle de responsabilidad por cualquier delito del que se encuentre acusado. Mas tales circunstancias podrán ser consideradas como atenuante de la pena si el tribunal entiende ello conforme a justicia.”*

Por su parte, la Ley Nº 10 del Consejo Central Aliado (que rigió durante la ocupación de la Alemania Federal por las fuerzas aliadas occidentales) sostuvo en su art. 4º b): *“El hecho de que una persona haya actuado de conformidad con una orden de su Gobierno o de su Superior, no le libera de su responsabilidad personal por un delito, más puede ser considerado como una atenuante [de la pena].”*⁶⁴³

Así, y en particular sobre art. 8º del EIMT extraía Jescheck la conclusión de que se estipulaba una presunción legal en cuanto a que los delitos por los que fueren los reos acusados eran manifiestamente antijurídicos; solamente admitiendo cierta

⁶⁴³ Estos mismos extremos han sido verificados en procesos sucesivos al juicio de Núremberg ante Tribunales militares estadounidenses, antes de ser alcanzados por la vigencia de la referenciada Ley Nº 10. Así, el 19/2/1948 en los autos *“Wilhelm List et Al./ Hostages Trial”*; el 10/4/1948 en los autos *“Otto Ohlendorf et Al./ Einsatzgruppen Trial”*; el 28/10/1948 en *“Wilhelm von Leeb et al./ High Command Trial”*. Se puede ampliar en: Cassese, Antonio. *“Rome Statute, Part I”*, Oxford University Press, New York, 2002, págs. 963 y ss..

relevancia a los efectos de considerar una atenuación de la pena (en el momento de su individualización). Conforme al Derecho penal internacional consuetudinario y del derivado de la Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (que para nosotros es fuente material de esta rama del Derecho)⁶⁴⁴, jamás se consideró la existencia de una orden de un superior como circunstancia atenuante pese a lo que preveían las normas convencionales ya citadas. Asimismo, el actuar en cumplimiento de una orden se ha entendido que no comporta un efecto eximente de la responsabilidad penal, obteniendo relevancia no *per se stante* sino únicamente en relación con otras circunstancias eximentes: el *estado de necesidad coactivo*, o el *error (insuperable) de Derecho*.

De ello emerge claramente que el régimen jurídico regulado tanto en el Derecho penal consuetudinario como convencional (incluyéndose aquí los Estatutos de los Tribunales ad-Hoc para la ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona y Camboya) es el de la *absolute liability*, ya que en ningún caso de delitos de genocidio o de lesa humanidad se admite la existencia de una orden de un superior como constitutiva de una causal de justificación o eximente de culpabilidad. Sólo en los casos en que, además, se verifique un *error insuperable de Derecho*, o un *estado de necesidad coactivo*, y fundado esencialmente en ello, se configuraría una eximente. Así, explica Ambos: “(...) a un autor que se encuentra integrado en una estructura jerárquica de mando y comete crímenes internacionales ‘en cumplimiento de una orden’ no lo podrá ayudar la orden en sí, sino solamente otras ‘defences’, especialmente un error (relevante) sobre la antijuridicidad de la orden o una exclusión de la punibilidad fundada en un estado de necesidad por coacción. El hecho de que un subordinado obedezca una orden penalmente antijurídica no constituye *per se* una *defence*, sino que representa simplemente sólo una

⁶⁴⁴ Así se ha sostenido fundadamente (por todos): Ragués i Vallés, Ramón. “¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la exYugoslavia” en Revista de Derecho penal y criminología Nº 7, 2001, pág. 135. En contra de esta posición, sosteniendo que los fallos y sus correspondientes fundamentaciones constituyen solamente soluciones *ad hoc* cuyo marco referencial se contrae a unos hechos concretos que sucedieran en momentos críticos de la Historia, no pudiéndose sostener que tales instancias judiciales internacionales observaran el rango ni la fuerza de legisladores penales internacionales: (por todos) Hernández Suárez-Llanos, Francisco Javier. “La exención por obediencia jerárquica en el Derecho penal español, comparado e internacional...” cit., págs. 352 y ss..

circunstancia que conduce a que la conducta sea analizada bajo otra defence.”⁶⁴⁵

Y bien vale desde ya hacer la siguiente puntualización: el hecho de la existencia de una orden proveniente de un superior jerárquico no conduce automáticamente a la configuración de un error de Derecho o de la coacción propia de un estado de necesidad disculpante: habrá de verificarse para ello en cada caso concreto los extremos presupuestos de dichos institutos.

No obstante lo antedicho, parte de la doctrina ha puesto en duda la primacía del principio de *absolute liability*, fundándose para ello en algunas sentencias posteriores a Nüremberg seguidas ante la jurisdicción militar de los EE.UU., que en el claro tenor de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado sostuvieron el criterio correspondiente al principio de *manifest illegality*.

Sin embargo, y al contrario de lo sostenido por dichos autores⁶⁴⁶, desde la praxis en tales casos, ni sustancial, ni formalmente, existieron diferencias entre el principio de la *Absolute Liability* y el principio de *manifest illegality*. Ello, ya que éste último se construyó sobre presunciones legales absolutas. Me explico: en la medida en que los referenciados fallos reconocieran como presunción legal *iuris et de iure* que la orden de cometer un delito contra la paz, de lesa humanidad, o de guerra resulta manifiestamente ilícita, se está procediendo de un modo tal que –al no dejar marco legal para la verificación de un *error de Derecho insuperable o invencible*- el sujeto subordinado resultó siempre responsable. El *error de Derecho insuperable* sólo tendría su campo de actuación en aquellos casos donde el legislador internacional no presuma (al menos no absolutamente, *iuris et de iure*) la

⁶⁴⁵ Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática...*” cit., pág. 461. Y agrega: “*Ésta es la idea fundamental del ‘mens rea principle’ desarrollado por Dinstein, aunque modificado en el sentido de que la existencia fáctica de la orden no sólo puede conducir –por medio de la figura del error de derecho o del estado de necesidad por coacción- a una ausencia de dolo, sino, más bien, excluir la culpabilidad del autor –siendo por lo general así en el estado de necesidad por coacción-. En derecho penal internacional, el rechazo del actuar en cumplimiento de una orden como causa independiente de exclusión de la punibilidad y la apertura de una solución de exculpación por medio de la figura del estado de necesidad por coacción se justifica por las mismas razones que en la discusión alemana son alegadas en favor de la ‘solución de exculpación’ en contra de la ‘solución de justificación’.*”

⁶⁴⁶ Por todos: Gaeta, Paola. “*The defence of Superior Orders: the Statute of the ICC v. Customary International Law*”, EJIL 10, 1999, págs. 472 y ss.. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal internacional...*” cit., págs. 356 y ss..

existencia de una “*manifiesta antijuridicidad*”. Quedando, en este último caso, solamente la posibilidad de argumentar por la vía de un estado de necesidad coactivo.

Ahora bien, llegados a este punto, hemos de referirnos a la regulación que sobre la especie ha establecido el EICC. Así, el art. 33 del Tratado de Roma dispone:

“*Órdenes superiores y disposiciones legales.*

1. *Aquel que hubiere cometido un delito de la competencia de la Corte, en cumplimiento de una orden dictada por su Gobierno o por su superior, sea tanto militar como civil, no se verá eximido de su responsabilidad penal, a no ser que:*

(a) *Estuviere obligado por Ley, a obedecer las órdenes dictadas por su Gobierno, o por su superior correspondiente;*

(b) *No supiere que la orden era antijurídica;*

(c) *La orden no fuere manifiestamente antijurídica.*

2. *A los efectos de este artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidios, o delitos de lesa humanidad, son manifiestamente antijurídicas.”*

Tal como se ha indicado, el referido art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se corresponde con el núcleo indiscutido del Derecho penal internacional consuetudinario, y convencional: la existencia de una orden de parte del gobierno o de cualquier superior jerárquico no exime de responsabilidad penal al ejecutor de la misma.⁶⁴⁷ La diferencia se da en la admisión, sólo como excepción, de que la existencia de tal orden actúa como circunstancia eximente de responsabilidad: cuando el autor esté obligado por Ley a cumplimentar dichas órdenes; además de no saber que la referenciada fuere antijurídica; y que tal antijuridicidad (tercera condición) no fuere manifiesta. De allí que la mayoría de los autores, ante la explícita regulación de esta excepción al principio general, hayan sostenido que el Estatuto se decanta por el principio de *manifest illegality*.⁶⁴⁸ Empero, una vez que se advierte la explícita presunción legal que el propio Estatuto hace en el numeral 2 de dicho art. 33, se verifica que el principio que sigue rigiendo

⁶⁴⁷ Cfe. Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal internacional...*” cit., pág. 356 y ss..

⁶⁴⁸ Hernández Suárez-Llanos, Francisco Javier. “*La exención por obediencia jerárquica en el Derecho penal español, comparado e internacional*” Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2011, págs. 389 y ss.. Dinstein, Yoram. “*The defence of ‘Obedience to Superior orders’ in International Law*”, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. XXVI y ss..

las especies típicas sobre las que versa esta investigación, es el de *absolute liability*. Conforme al señalado art. 33.2 del Estatuto, las órdenes de perpetrar un genocidio o un delito de lesa humanidad, se consideran siempre *manifiestamente antijurídicas*.

Para la mayoría de la doctrina que se ha pronunciado al respecto, se trataría (la disposición del inciso segundo del art. 33 del EICC) de una presunción legal absoluta –*iuris et de iure*, formada desde la concepción de que la ilegalidad de tales órdenes resulta evidente para cualquier *hombre medio* ubicado *ex ante* en la misma situación del ejecutor. No requiriéndose prueba alguna a su respecto, ni admitiéndose prueba en contrario.

Sin embargo, una parte de la doctrina ha sostenido –recientemente- que la disposición del inciso 2º del referido art. 33 EICC establece una presunción *iuris tantum*, que sólo afecta al reo en el sentido de que hace recaer sobre la Defensa de éste la prueba de que la orden no era, atendiendo a las circunstancias del caso, manifiestamente ilegal o antijurídica. El principal argumento de esta corriente doctrinal se halla en los problemas que una interpretación que sostenga (a este respecto) la existencia de una presunción absoluta tendría ante la vigencia del principio de culpabilidad (expresamente recogido en el EICC). Este fue justamente, el motivo de que la ficción acerca de la antijuridicidad manifiesta para el caso de los delitos de genocidio y de lesa humanidad fuera eliminada de la redacción del art. 3º del Código penal internacional alemán, que implementara el EICC en el ámbito positivo interno de dicho país.⁶⁴⁹

En nuestra opinión, ante una duda acerca de dos posibles interpretaciones de una norma penal que no resulta favorable al reo, y en estricta aplicación del *principio de legalidad*, resulta correcta la última de las interpretaciones dada acerca del alcance de la presunción legal. Pero también es cierto que, nuevamente, desde el punto de vista de la *praxis* –y atendiendo para ello a los extremos que fundamentan y explican a las estructuras de pecado- la mentada presunción, si bien de naturaleza *iuris tantum*, actuará –en los hechos- como si fuera una de corte absoluto o *iure et de iure*. Lo dicho, puesto que, con la excepción de las conductas penalmente neutrales, difícil será argumentar (y más aún probar) un error de prohibición por

⁶⁴⁹ Cfe. Ambos, Kai. “*Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*”, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2006, pág. 548.

parte de un miembro de una estructura de pecado, dada la función mimética por él desarrollada para decidir cómo cumplimentar con su rol. En atención a ello, y como hemos venido reiterando a lo largo de este análisis, el sujeto debió necesariamente tomar un conocimiento –al menos- básico sobre la finalidad delictiva de la (inter)acción.

Todo lo anterior, claro está, en la medida en que el sujeto esté provisto de suficiente libertad de autodeterminar el modo en que cumplir con su rol; ya que si dicho marco de elección se hallase extremadamente limitado por virtud de amenazas o violencias, directas o indirectas, entonces sí podría fundamentarse una irresponsabilidad penal por el hecho. Mas ello por razón de un estado de necesidad disculpante, y no por razón de un error de Derecho invencible (o vencible atendiendo que la especie típica sólo se castiga a título de dolo).

Así, concluye Werle en plena concordancia con lo dicho *supra* (y con excepción de los *delitos de guerra*, que no son abarcados en la presente investigación, pero cuyo análisis a este respecto se comparte plenamente): “*En esta cuestión, el Estatuto de la CPI se decide básicamente por el principio de manifest illegality. Sin embargo, este principio se interpreta en el Estatuto de tal manera que se produce una concordancia parcial con el principio de absolute liability, como consecuencia de una especie de compromiso al que se llegó en la Conferencia de Roma entre las posiciones encontradas durante la negociación. Según el art. 33.2 del Estatuto de la CPI, las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son siempre manifiestamente ilícitas. Por lo tanto, el Estatuto parte de que la ilegalidad de estas órdenes es evidente para un observador medio desde una valoración objetiva ex ante. Esta solución se corresponde, en sus consecuencias prácticas, con el principio de absolute liability. Con ello, el Estatuto sólo deja espacio para el efecto eximente de la orden en los casos de crímenes de guerra. Esta novedosa diferenciación se justifica si consideramos que los crímenes de guerra, tanto por sus diversas manifestaciones como por los diferentes grados de gravedad que pueden alcanzar, constituyen el ámbito en el que es más plausible considerar circunstancias eximentes de responsabilidad penal.*”⁶⁵⁰

⁶⁵⁰ Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho penal internacional...*” cit., págs. 357-8. En igual sentido vide: Cassese, Antonio. “*International Criminal Law...*” cit., pág. 380 y ss.. Explicando el diferente tratamiento acerca de la obediencia a las órdenes del superior respecto de los delitos de guerra, ha sostenido Cassese: “In some cases courts have denied in the case at bar that the execution of an

II.4. El conflicto de normas: cuando el ordenamiento jurídico interno fomenta la perpetración de delitos internacionales.

Es importante tener presente que, en el ámbito de delitos que estamos tratando en esta investigación, la norma primaria será aquella que emerja (las más de las veces) de las normas internacionales de *Ius Cogens*, estén o no cristalizadas en distintas convenciones internacionales y en la legislación interna de los países involucrados en el conflicto. Ello ya que, tal como advierte en cierta medida Hannah Arendt, en un Estado totalitario (como el caso de la Alemania bajo los nazis, o de la Camboya bajo Pol Pot, o la China comunista bajo el mandato de Mao Tsé Tung durante la llamada “revolución cultural”) la norma es la que indica el deber de matar/eliminar a los “otros” (i.e.: a los indicados por el Régimen como enemigos).

El no matar, entraría, en el mejor de los casos, dentro de los ámbitos de las causales de justificación o de exclusión de la culpabilidad: como se advierte, todo el sistema de valores en virtud de cuya deontología se construye el ordenamiento jurídico penal está, literalmente, patas arriba. De tal guisa, no sería “manifiestamente antijurídica” una orden del *Reichführer* H. Himmler de masacrar a todo judío que habitara en Ucrania durante la operación “Barbarroja”. Es más: conforme al ordenamiento jurídico nazi era plenamente válida y conforme a Derecho (formal, y sustantivamente tras las leyes de Núremberg de 1934). Ello al pasar a considerarse a los judíos y otros perseguidos (católicos, comunistas,

unlawful order could amount to a defence, while conceding in obiter dicta that, however, this might have been the case had the order been given in the heat of the battle, when the subordinate had no time for reflection. (...) in *Calley*, the Court of Military Appeals held, *per* Judge Quinn, that ‘In the stress of combat, a member of the armed forces cannot reasonably be expected to make a refined legal judgment and be held criminally responsible if he guesses wrong on a question as to which there may be considerable disagreement’. Admittedly, it is more difficult for a subordinate to make up his mind and refuse to obey an illegal order in the midst of battle. Nonetheless, even under those extraordinary circumstances he is required to appraise the legality or illegality of the order, provided the legal regulation of the matter is universally accepted and clear beyond doubt. Various US Courts Martial rightly recognized this principle. *Calley*, as well as two cases related to another episode, *Schwarz* and *Green*, stand out.” Cassese, Antonio. “*International criminal law. 2° edition...*” cit., págs. 277 y ss..

homosexuales, gitanos, etc.) elementos extraños y peligrosos respecto de la sociedad y su salud pública.

Ahora bien, cotejando tales sucesos desde la óptica del Derecho penal internacional, tales fundamentos pierden toda sustancia y sustentabilidad. Conforme a los principios fundamentales que hacen a la dignidad humana, y que han venido siendo reconocidos (poco a poco) por la Comunidad de Naciones, semejantes construcciones jurídicas (como las del régimen nazi) lejos de servir de justificación para aquellos que actuaran bajo su amparo, se convierten en verdaderos extremos probatorios de la perversidad del sistema y –en principio- de aquellos que actuaran conforme al mismo.

Concretamente en tales circunstancias la finalidad efectiva de la institución inculca se trasluce plenamente en la finalidad formal –más allá de las “irracionalidades” que exprese el discurso legitimante que “justifique” los actos genocidas o de lesa humanidad-. Luego hemos de tener presente que todos los integrantes de la estructura de pecado se hallan en condiciones de conocer (en mayor o menor medida) la finalidad última de (su) interacción; y de allí su exceso respecto al marco de mutuas (o iguales) libertades. Ello por tratarse de agresiones tan evidentes como las que atentan contra la vida, la integridad física, libertad, etc.

Resulta plenamente aplicable aquí la fundamentación en virtud de la cual Roxin replicara a los críticos del factor de la desvinculación de la organización respecto del Derecho (en la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) que analizáramos *ut supra* en el *apartado I.5.d.ii) del Capítulo II de la II Parte*, y a lo cual nos remitimos *in totum*.

II.5. Conclusión final: la inaplicabilidad a la subespecie de la *defence* de “*Superior order*” u “*Obediencia debida*”.

Tanto se la considere conforme a los ordenamientos jurídicos internos, como causal de justificación; como, conforme al Derecho penal internacional, dentro de esa confusa categoría de las *defences* (que nuclea tanto causales de justificación, como eximentes de culpabilidad y de punibilidad) lo cierto es que en la esencia de este instituto se halla siempre un conflicto de intereses. Este conflicto se genera entre, por un lado, el principio de obediencia y disciplina propio de las organizaciones militares y/o burocráticas (que explica y garantiza el correcto

funcionamiento de tales organizaciones), y, por el otro, el bien jurídico-penal tutelado a través de las distintas figuras del Derecho penal interno e internacional. Obviamente tal conflicto, propio de la estructura de una causal de justificación, siempre ha de resolverse dentro de la referida casuística en favor del bien jurídico-penalmente tutelado.

Lo último expuesto se justifica porque el referido deber de obediencia al superior militar o civil constituye un haz obligacional interno, de la relación superior-subordinado. Ahora bien, tal haz obligacional no observaría una relevancia tal (al menos, desde el punto de vista deontológico) como para fundamentar una intervención en los bienes jurídicos de los integrantes de la comunidad nacional e internacional (relación obligacional externa).⁶⁵¹

De allí que la situación de coacción que sufre el subordinado (en atención al deber de obediencia ante una orden de su superior de cometer un delito contra la humanidad) no puede ser atendida a costa del interés general representado en los bienes jurídico-penalmente tutelados. Bien por el contrario, su tratamiento habrá de ser *necesariamente individual*, descartándose así su incidencia sobre el juicio de *merecimiento de pena*.⁶⁵²

⁶⁵¹ Tal como indica Kai Ambos: “(...) *no se puede fundamentar convincentemente por qué el deber de obediencia del subordinado –del todo razonable- existente en la relación interna, debería facultarlo en la relación externa a intervenir en los bienes jurídicos de los ciudadanos.*” Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal internacional...*” cit., pág. 465.

⁶⁵² Respecto de la tortura y en el mismo sentido (de descartar la solución de estos casos por la vía de las causales de justificación) se ha pronunciado De la Cuesta Arzamendi, quien señala que de conformidad a los arts. 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 10 de Diciembre de 1984, emerge la imposibilidad de sustentar una justificación o tolerancia de la práctica de la tortura sobre las bases de circunstancias excepcionales. Así sostiene: “*Presenta, además, el atractivo de referirse de manera explícita a la imposibilidad de justificación de la tortura por obediencia debida. Esta referencia suscita, sin embargo, la cuestión de si, desde el prisma penal, es posible la justificación de actos particulares de tortura con base en otras causales de justificación: legítima defensa, estado de necesidad..., no excluidas de manera expresa por la Convención.*” Agregando a este último respecto: “*Mucho más adecuado y estricto resulta, en este sentido, el Convenio de Roma de 1950. Este, al lado de la declaración de los correspondientes derechos, incluye las excepciones que pueden justificar su negación –en el caso de la prohibición de la tortura, ninguna- y aun cuando en su artículo 15 autoriza que circunstancias como la guerra o peligros públicos pueden determinar la adopción de medidas al convenio, excluye a la prohibición de la tortura de entre las disposiciones susceptibles de derogación por estas causas. De aquí que*

Dicho tratamiento individual se refiere a la valoración de los efectos que la posible coacción pudiere tener sobre el concreto individuo, y la configuración a su respecto de un *estado de necesidad disculpante* (tratándolo, o bien a nivel de la imputación personal del hecho antijurídico, o bien como causa de exclusión de la punibilidad por entenderse dicha figura como poseedora de una función de recogida o residual).⁶⁵³ Asimismo, podría caber la aplicabilidad del instituto del *error de Derecho*. Empero, y como adelantáramos, por la magnitud y alcance de los delitos aquí estudiados (genocidio, lesa humanidad) resulta cuanto menos llamativo, por lo complicado, el que se pueda sustentar (en algún caso) la efectiva aplicabilidad a la subespecie fáctica de los presupuestos de tal instituto.

Ahora bien, lo que sí está claro es que, en la medida en que terminamos hablando de estado de necesidad por coacción o de error de Derecho, hablamos de la incidencia o no de institutos propios de la teoría de la imputación personal (o culpabilidad) o, para algunos autores, de la teoría de la punibilidad. *Quedando, por ende, descartado el ámbito de la teoría de la antijuridicidad a los efectos de resolver estas cuestiones.*

De allí que el principio de la *absolute liability* sea, a nuestro juicio, el que desde un punto de vista dogmático mejor regula los alcances de la cuestión que plantea la “obediencia debida”. Ello, dado que los extremos relacionados en los capítulos anteriores de esta investigación, *en general* no suelen ser suficientemente graves como para configurar ni un *estado de necesidad por coacción*, ni mucho menos aún, un *error de Derecho*. Por supuesto que, en ciertos casos concretos y excepcionales podría configurarse un estado de necesidad disculpante. Pero ello será por obra y gracia *de algún otro u otros factores exógenos al reo que se superpongan o se unan a aquellos extremos propios de toda estructura de pecado que afectan a los miembros de su estamento infra-estatutario*. Circunstancias excepcionales tales como, *v.gr.*, el riesgo de su propia vida por desobedecer la orden; el riesgo de la vida de un familiar o ser querido; y otros extremos que

pueda afirmarse que en el marco europeo la prohibición de la tortura es realmente absoluta y no admite ninguna excepción ni justificación.” De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “Torturas y otros atentados contra la integridad moral” en https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4104/.../pg_041-120_penales21.pdf.

⁶⁵³ En este último sentido, no compartido por el dicente, véase Kai Ambos. “La parte general del Derecho penal internacional...” cit., pág. 265 y ss..

limiten considerablemente los “posibles de la acción”, prácticamente anulando las posibilidades reales de desobediencia o siquiera de cumplimiento parcial o ineficaz –esto último ocurre cuando, por ejemplo, un sujeto actuando dentro de un pelotón de ejecución, intencionalmente dispara a errar, o para producir heridas de poca entidad, o bien sobre aquellos que (sabe) ya estaban muertos -.

También, y como indicamos, la generalidad de los casos, arrojará la configuración de una *circunstancia atenuante sobre el reo*; y ello en la medida en que se configuren los extremos que analizaremos a continuación.

III. Efectos sobre la necesidad de pena: la ubicación de la fenomenología propia de las estructuras de pecado dentro de la teoría del delito. La imputación personal.

III.1. La fenomenología propia del estamento infraestatutario dentro de una estructura de pecado: su incidencia respecto de la imputación personal.

Conforme a los desarrollos expuestos anteriormente sobre el estamento *infraestatutario*, la incidencia de los extremos que hemos reseñado (tanto acerca de las particularidades fenomenológicas propias de la violencia colectiva, como sobre los resultados de las experiencias científicas de Asch, Milgram, Zimbardo) se ha de verificar en el ámbito de la norma penal secundaria (referente a la necesidad de la pena). Concretamente, se ubicarán dichos fenómenos dentro del segmento correspondiente a la imputación personal (o culpabilidad).

Pero antes de entrar en dicho análisis cabe puntualizar que al ubicarnos dentro del marco de la norma penal secundaria, estamos dejando fuera de este análisis a los casos de imposibilidad absoluta de motivación normativa conforme a la prohibición o al mandato dirigida a la persona por la norma penal primaria. Concretamente en aquellos casos en que tal imposibilidad de motivación afecte a todo ser humano (como los casos de ausencia de comportamiento humano voluntario o *vis compulsiva*); o que tal imposibilidad de motivación afecte al hombre medio (como la ausencia de un riesgo advertible *ex ante*). En estos dos casos, se estará ante la ausencia de condiciones de motivabilidad que son (al mismo tiempo) condiciones de la antijuridicidad –en la medida en que impiden la desvaloración intersubjetiva del hecho-, y condiciones intersubjetivas de la sancionabilidad. De allí que su conducta no solamente no será susceptible de reproche de culpabilidad alguna, sino que derechamente no cabrá juicio de antijuridicidad alguno a su respecto.

El ámbito propio de la subespecie empírica analizada en el presente Capítulo será el de la imposibilidad de motivación normativa, en los casos en que tal imposibilidad concurre solamente en el sujeto concreto (como incapacidad personal). Por lo que para nada se condiciona la antijuridicidad de su conducta (la violación de la norma penal primaria) sino que se ciñe estrictamente al ámbito de la concreta prohibición al sujeto. Tal imposibilidad podrá ser absoluta (en la medida en que, v.gr. se verifique una incapacidad personal de evitar un error objetivamente vencible), o parcial. Y dentro de estas últimas, se podrán apreciar casos en que tal imposibilidad parcial fundamente normativamente una inimputabilidad personal del hecho antijurídico, o, sin llegar a tales extremos, configure una atenuante en tal juicio de imputabilidad.

Desde ya, y como indicáramos varias veces, por regla general no será sencillo encontrar un caso en que se configure una imposibilidad parcial de motivación normativa (por parte del sujeto actuante en el marco de una estructura de pecado) y que conlleve un juicio negativo de imputación personal del hecho antijurídico. Sí será el ámbito general (y esa es la hipótesis) la verificación de una imposibilidad parcial de motivación normativa del sujeto, que conlleve una atenuante respecto del mentado juicio de imputabilidad personal.

Por supuesto que, y siendo fieles a lo ya expuesto acerca del normativismo atemperado por la realidad empírica subyacente, el concepto de imputación personal o culpabilidad que seguimos en estos desarrollos es aquel que la entiende como condiciones normales de motivabilidad. Descartándose así construcciones del orden de “*la libertad de voluntad*” o “*la imposibilidad de actuar de otra manera*”, así como otras que entienden que el juicio de imputación personal o culpabilidad sólo ha de faltar cuando exista una imposibilidad absoluta de motivabilidad por parte del sujeto concreto.

Lejos de todas esas construcciones, seguimos los postulados de Mir Puig, entendiendo que no es conforme a un ordenamiento jurídico penal fiel al Sistema Universal de Derechos Humanos, el llevar a cabo una prevención del delito hasta el extremo de castigar a quienes actúan sin una capacidad normal de motivación por la norma.⁶⁵⁴ Como señala el pre-citado autor, la falta de responsabilidad penal no ha de verse (necesariamente) en la imposibilidad absoluta o total de prevenir los delitos mediante la motivación normativa, sino en una valoración dirigida a limitar la punición de aquel que actúa en una situación de anormalidad motivacional. Así señala:

⁶⁵⁴ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 149. Urruela Mora, Asier. “*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*”, Comares, Granada, 2003, págs. 172 y ss..

“Quien actúa sólo sin responsabilidad penal no deja de ser totalmente motivable por la norma, pero esto no supone que su decisión sea el producto de un proceso de motivación normal. En el sujeto penalmente no responsable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la llamada normativa.

Imponer al primero, pese a ello, la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal. La posibilidad de determinación anormal que subsiste no podría, por ello, ser ejercida lícitamente en un Derecho dispuesto a limitar su función preventiva (Estado social) en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el prisma de la capacidad de resistencia del hombre normal frente al delito y en aras de la exigencia de igualdad de los ciudadanos (Estado Democrático).”⁶⁵⁵

Como se aprecia, lo que se toma en consideración es la capacidad de la persona corriente, común, o normal; y ello como “baremo democrático” de la capacidad de motivabilidad normativa. De allí que se concluya que el principio de *igualdad real ante la Ley* se vería violentado en la medida en que se trate a los inimputables de la misma manera que a dicho “hombre normal”, esto es, desconociendo que carecen de su misma capacidad (normal). Se verifica, pues, que la lógica del sistema normativo no está en el tratamiento igualitario (todas las personas tratadas de igual manera), sino equitativo: exigiéndose el mismo grado de esfuerzo motivacional. Lo anterior, sin desatender el dato empírico de que hay personas que están en una situación endógena y/o exógena tal, que para que puedan lograr motivarse conforme al mandato de la norma penal deberían realizar un esfuerzo muchísimo mayor.

Por lo expuesto, Mir Puig señala que el límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas de la persona normal (esto es, a los integrantes de la colectividad a la que se dirige), es, justamente, lo exigible a dicha persona normal:

⁶⁵⁵ Mir Puig, Santiago. “Derecho penal, parte general...” cit., pág. 536.

*“Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales, supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente cara a los inimputables por encima del que se impone al hombre normal.”*⁶⁵⁶

En definitiva, de lo que estamos hablando es del acceso normal a la motivabilidad de la norma. No de una imposibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma. Ello puesto que el sujeto, aún siendo consciente de la antijuridicidad de su comportamiento, puede resultar inculpable. De lo que realmente trata el juicio de imputación personal es de la incidencia de determinados factores endógenos o (como en la especie) exógenos sobre el proceso de motivación del sujeto, impidiéndole a la norma desplegar la intensidad motivadora que se observa en el común denominador de los sujetos (i.e.: en la persona media).⁶⁵⁷

Observando una postura similar, se encuentra Silva Sánchez, quien sostiene que todas las causas que excluyen la culpabilidad responden (tal como sucede con la propia configuración de la categoría) a una integración de consideraciones de corte utilitarista, de necesidad o innecesidad de pena, y de consideraciones garantísticas derivadas de principios como el de igualdad, humanidad, o tolerancia. Señalando:

“No en vano se ha señalado que determinados casos de exclusión de la culpabilidad no se explican desde perspectivas puramente preventivas, pues en ellos seguiría teniendo sentido preventivo la imposición de una pena. Así pues, parece que debe admitirse que en el ámbito sistemático de la culpabilidad inciden, junto a consideraciones derivadas de las necesidades preventivas, consideraciones

⁶⁵⁶ Mir Puig, Santiago. *“Derecho penal, parte general...”* cit., pág. 538. Urruela Mora, Asier. *“Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica”*, Comares, Granada, 2003, págs. 172 y ss..

⁶⁵⁷ Así se ha dicho: *“(…) si se admite que la falta de responsabilidad penal no supone necesariamente la imposibilidad absoluta de motivabilidad normativa, el fundamento de dicha exclusión de la responsabilidad penal no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos mediante la motivación, sino en un planteamiento valorativo que conduce a imponer un límite a la posibilidad de castigar al que actúa en situación de anormalidad motivacional. Según esto, la responsabilidad penal no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de responsabilidad penal.”* Mir Puig, Santiago. *“Derecho penal, parte general...”* cit., pág. 536.

de juego limpio. En realidad, ello se manifiesta en la voluntad, patente en el ámbito de la culpabilidad, de no exigir de los ciudadanos demasiado, de no pretender hacer de ellos héroes ni santos, de atender a la desigualdad de sus situaciones individuales; pero, junto a todo eso, de tener presente en todo caso las exigencias preventivas. De la permanente colisión y síntesis de uno y otro aspecto resulta la concreta formulación, la configuración de los requisitos que condicionan la aplicación de las diferentes causas de exclusión de la culpabilidad.

*Y es precisamente el tener presente este doble fundamento de las mismas lo que puede permitir criticar su puntual configuración, en atención a si responde o no a la síntesis de principios que se estima propia del momento.”*⁶⁵⁸

De lo anterior se deriva que la culpabilidad o imputación personal se ha de comprender y construir desde la perspectiva de la exigibilidad. Es decir, se comprende que actúa culpablemente la persona a la que puede exigírsele actuar conforme a las normas. Siendo tal grado de “*exigibilidad*” definido conforme a una síntesis entre las necesidades preventivas (que abonarían el establecimiento de mayores niveles de exigencia), y fundamentos utilitaristas de intervención mínima, así como humanitarios y garantísticos (que abonan por su reducción).

Al igual que Mir Puig, entiende que la no imputación personal equivale a una anormalidad que sufre el sujeto para motivarse en las normas del ordenamiento jurídico-penal; sólo que la fundamentación de tal anormalidad de motivación no la halla en el baremo del “hombre normal”, sino que la identifica como el producto de la referenciada síntesis de tesis preventivistas y utilitaristas-garantistas.⁶⁵⁹

Ahora bien, sea cual sea la posición que se prefiera, lo cierto es que los extremos referidos en la presente investigación constituyen elementos de corte psicológico, así como cultural, que podrían en algunos casos fundamentar tanto una “anormalidad en la motivación normativa” comparada con la situación de aquellos sujetos que no se encuentren sujetos a una estructura de pecado. Y a la misma conclusión se ha de arribar como síntesis de razones tanto de corte humanitario,

⁶⁵⁸ Silva Sánchez, Jesús María. “*Aproximación...*” cit., pág. 665.

⁶⁵⁹ *Vide* Silva Sánchez, Jesús-María. “*Aproximación...*” cit., pág. 665 y ss.. De allí que critique la posición de Mir Puig, dado que desde el momento en que el concepto de “anormalidad” no se construye únicamente de elementos de corte psicológicos, sino también normativos, y, dentro de estos últimos de conceptos, criterios, razones, de corte preventivista; luego, difícilmente pueda la culpabilidad constituirse en límite externo a la prevención, tal como el primero sostiene.

como garantísticas, fundadas en los extremos empíricos acreditados en la Primera Parte, pesando más que las tesis preventivistas que abogasen por un juicio de imputación personal positivo.

Mas, en realidad, la generalidad de los casos nos conducirá a sostener que, si bien no son suficientes tales elementos sociológicos, psicológicos, y culturales, para fundamentar una inculpabilidad, sí lo serán a los efectos de acreditar una atenuante; repercutiendo así en una individualización de la pena más leve. En el mismo sentido, expresa Mir Puig que gran parte de la delincuencia normal obedece a factores de desigualdad social y no por eso deja de castigarse. Ello, puesto que no toda desigualdad afecta a la motivación de los sujetos en un grado tal que pueda considerársele por ello “anormal”, perdiendo su sentido la apelación racional que supone la prohibición penal. Empero, como también indica, ello no ha de obstar a que deban tomarse en consideración *distintas circunstancias de desigualdad social a los efectos de atenuar la pena en la medida en que suponga una presión motivacional a favor del delito superior a la medida normal. Sentenciando que el principio de culpabilidad ofrece una vía para la mayor realización, tanto de la exigencia de igualdad material, como de la efectiva que impone el Estado Democrático.*⁶⁶⁰

Los referenciados fundamentos que abogan por (al menos, en la generalidad de los casos) una atenuante en la pena, también abarcan motivos de prevención especial. Ello ya que, recuérdese, muchas de las conclusiones que se siguen de los experimentos de Asch, Milgram y Zimbardo convergen hacia la constatación de que la crueldad se relaciona mucho más con normas de interacción social que con los rasgos de la personalidad u otras características individuales del sujeto. Como sentencia Dave Grossman, algunos individuos tienden a ser más crueles si se encuentran en un contexto que elimina las presiones morales y legitima la inhumanidad. De allí que, eliminados tales contextos, la enorme mayoría de tales individuos no presenten peligrosidad alguna, ni sea menester resocializarles.⁶⁶¹

⁶⁶⁰ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 537. Urruela Mora, Asier. “*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*”, Comares, Granada, 2003, págs. 172 y ss..

⁶⁶¹ Grossman, Dave. “*On killing, the psychological cost of learning to kill in war and society*”, Back Bay Books/ Hachette Book Group, New York, 2009, pág. 265 y ss.. Tal como sentencia Bauman: “En resumidas cuentas, Milgram sugirió y demostró que la inhumanidad tiene que ver con las relaciones sociales. En la medida en que éstas estén racionalizadas y técnicamente perfeccionadas,

Ahora bien, llegados a este punto, cabe preguntarnos cómo hacer para trasladar la realidad empírica subyacente a la teoría del delito (i.e.: a la teoría de la imputación personal o culpabilidad). A dicha pregunta contestaremos que ello ha de hacerse mediante el prisma interpretativo de las estructuras de pecado. Así verificaremos la existencia de unos factores o elementos socio-psicológicos y culturales que influyen sobre el juicio de imputación personal, conllevando lo que denominaremos una *culpabilidad difuminada*, cuyo efecto será el considerar -como presunción simple- la existencia de una atenuante sobre su injusto. Ello sin perjuicio de que, en algunos casos excepcionales, el efecto de tales factores conlleve la conformación de un estado de inculpabilidad.

Hablamos de culpabilidad difuminada, en el sentido de que el sujeto (en principio) si bien conoce la antijuridicidad de su conducta y no tiene seriamente afectada su capacidad pasiva de motivabilidad respecto de la norma penal, empero por efecto de la interiorización del campo estructurado de la interacción y con ello de los factores consustanciales a toda estructura de pecado (distanciamiento de la víctima, factores vinculantes y moralización de la función); se produce en el sujeto un determinado estado de ánimo.

Estado de ánimo este que, no sólo definirá el espacio de la acción posible, sino que constituirá el trasfondo desde el cual el sujeto actuará, condicionando así sus acciones. *No se trata de una emoción*, en el sentido de que experimente un determinado quiebre en el flujo de su vida, específico y reactivo. Por el contrario, de lo que hablamos aquí es de predisposiciones para la acción, que condicionan la manera en que el sujeto es capaz de delinear, especificar, un futuro posible (i.e.: la función mimética).

Lo anterior se traducirá en la estructura de pecado, en la conformación de un *verdadero estado de resignación activa*; en atención al cual el sujeto pretenderá dar una significación moral y ética a su actuación (acoplándose así a la finalidad formal de la institución inicua, a su discurso legitimante). Aunque no por ello deja de ser consciente de que tal “discurso legitimante” de su actuación es mendaz, puesto que no coincide con el sentido moral y jurídico penal general (de la sociedad toda, o de la comunidad internacional).

también lo estará la capacidad y eficiencia de la producción social de inhumanidad.” Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 184.

Lo último puesto que, de nuevo, la capacidad pasiva de motivabilidad conforme a la norma penal primaria no se ve considerablemente afectada. *Lo que sí se verá sobre ella es una pérdida de su intensidad*, ocasionada por el indicado estado de ánimo generado por los factores psico-socio-culturales propios de la estructura de pecado. De allí que empleemos el término “*difuminar*” para caracterizar a este estado de culpabilidad: en el sentido de *pérdida de claridad o intensidad*, más en ningún caso, anulación o restricción severa de tal capacidad de motivarse conforme a la norma.

III.2. Los factores psico-socio-culturales que influyen sobre el juicio de imputación personal.

Nuestra intención, bajo este epígrafe es la de nuclear en tres amplias categorías los distintos factores que generan los efectos de alienación y sometimiento vistos, y que –a su través- afectan a la motivabilidad respecto de la norma penal (deprimiendo a la misma).

Téngase presente que ser motivado “normalmente” significa que, en el proceso de decisión que todo sujeto observa al momento de determinar cómo cumplirá su rol (como actuara su estatuto) y que identificáramos como “función mimética” (o en términos de Arendt, el “diálogo consigo mismo”), cada motivo concurrente (siendo la norma uno de ellos) *debe desplegar su eficacia causal normal*. Siendo justamente tal proceso de motivación aquel conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto, que le llevan a decidir por cuál de las conductas representadas (en la función mimética) se decantará al momento de poner en marcha el curso causal (es decir: al momento de realizar efectivamente su conducta).

La motivabilidad, vista así como una *capacidad pasiva de ser influido normalmente por las normas penales*⁶⁶², se ve perturbada por los efectos causados por las situaciones de alienación y sumisión –fenómenos vistos en el apartado I.2 *supra* y a cuyo análisis nos remitimos-. Aquí analizaremos los factores que producen tales fenómenos y que nuclearemos en tres grandes categorías, siendo

⁶⁶² Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 538, nota al pie de pág. N° 43.

ellas: el *distanciamiento respecto de las víctimas*; los factores vinculantes; y la *moralización de la función*.

Por efecto de tales extremos, la capacidad para ser motivado por las normas penales se hallará más limitada y mermada que en condiciones normales (esto es, fuera del estamento infra-estatutario de una estructura de pecado). Sin llegar por ello a encontrarse anulada; es decir, sin llegar a configurarse a su respecto una causa de exculpación.

La finalidad que buscamos mediante la catalogación de los distintos elementos o factores sociológicos, psicológicos y culturales, es principalmente sistemática: facilitar a su través su estudio, así como su aplicación a la casuística propia de cada caso concreto. Sin dejar de advertir, por ello, lo difícil que resulta trazar fronteras entre los distintos factores aquí estudiados, puesto que se hallan profundamente interconectados al punto que difícilmente exista algún caso en la práctica en que no se presenten varios aspectos de cada uno de ellos al mismo tiempo e íntimamente vinculados. Asimismo, difícil será poder entender a cabalidad el alcance de cada uno de ellos sin tener presente, a su vez, el alcance y contenido de los demás. Veamos:

III.2.a) El “distanciamiento respecto de las víctimas”.

Este factor explica la dicotomía que las estructuras de pecado generan entre aquellos que integran nuestro grupo social y aquellos que visualizamos como extraños, miembros de otros grupos, y como tales, opuestos al nuestro. Esa catalogación de aquellos que no integran nuestro grupo como integrantes de un único grupo -de naturaleza opuesta y enemiga- explica el distanciamiento moral respecto de aquellos y el bloqueo de nuestra natural tendencia empática por el prójimo. Asimismo, explica el fortalecimiento de los lazos respecto de los miembros de nuestro propio grupo. Siendo más proclives a seguir las opiniones mayoritarias –aunque vayan en detrimento de nuestras propias vivencias y deducciones personales- así como a cumplir con las órdenes emitidas por quien consideramos una legítima autoridad. Se trata aquí en gran medida, tanto del llamado “efecto Asch”, como del “estado de agencia” de Milgram (analizados en el capítulo segundo de la Primera Parte de esta obra).

Dentro del fenómeno del distanciamiento respecto de las víctimas, podemos observar dos especies (aunque en la casuística se suelen presentar de manera concomitante): la distancia física y la distancia social. Veamos:

III.2.a.i) La “distancia física”:

Es una de las cuestiones que más sorprendieron de los experimentos de Milgram, la que se refiere a la relación inversa entre la buena disposición hacia la crueldad y la proximidad de la víctima. Así, de los resultados del citado experimento, se vislumbra que es muy difícil para una persona que ha de tener contacto físico respecto de la víctima, el infligirle dolor; siendo mucho más fácil hacerlo cuando no se la ve, o cuando ni se la ve, ni se la oye.

Cuando el hacer daño a una persona implica un contacto corporal directo, se le niega al victimario el alivio de no percibir el vínculo causal directo entre su acción y el sufrimiento de la víctima. Ello por cuanto tal evidencia acerca del vínculo causal pone en evidencia la propia responsabilidad por el dolor/sufrimiento generado.

Ello se manifiesta dentro de la experiencia de Milgram por lo siguiente: cuando les dijeron a los “maestros” que colocaran a la fuerza las manos de los “aprendices” sobre una chapa a través de la cual, supuestamente, se les aplicaría una descarga eléctrica, solamente el 30% siguió cumpliendo las órdenes hasta el final del experimento. Ahora bien, cuando lo que tenían que hacer era pulsar los botones del tablero del generador, el nivel de obediencia subió hasta el 40%. Asimismo, cuando las víctimas estaban en otra habitación, de modo tal que sólo se podían oír sus gritos y lamentos, el nivel de obediencia se elevó hasta el 62,5%. La eliminación de los sonidos apenas incrementó el porcentaje, llegando al 65%.

Al decir de Bauman, parecería como si sintiéramos fundamentalmente por los ojos: *“Cuando mayor era la distancia física y psíquica de la víctima, más fácil resultaba ser cruel. La conclusión de Milgram es simple y convincente: cualquier fuerza o acontecimiento que se sitúe entre el sujeto y las consecuencias de hacer daño a la víctima produce una reducción de esfuerzo en el participante y, por tanto, reduce el nivel de desobediencia. En la sociedad moderna, hay a menudo*

*otras personas situadas entre nosotros y el acto destructor final al que contribuimos.”*⁶⁶³

Claramente, la gran ventaja del distanciamiento físico respecto de la víctima es que le ahorra al sujeto el tener que presenciar el resultado final de su conducta. Asimismo, le facilita el llamarse al autoengaño y convencerse que su conducta, en ningún caso fue causa de desastre alguno (*i.e.* la situación propia de la ignorancia deliberada, analizada anteriormente y que se alimenta de las características de sometimiento y alienación consustanciales a los individuos sujetos a este estamento *infra-estatutario*).

Estos extremos se ven reforzados por uno de los caracteres que definen a la sociedad occidental moderna: la organización científica del trabajo (propia de la cadena de montaje tal como lo pergeñara Frederick Taylor). Ello consiste en dividir la producción final en diversas fases bien definidas y separadas por parte de la autoridad jerárquica, y fragmentada por medio de la especialización funcional. Lo que Milgram vino a comprobar es que a tal proceso de racionalización de la producción le es inherente una facilitación de cualquier comportamiento inhumano y cruel, tanto en sus consecuencias, como también en sus intenciones. Tal como sentencia Bauman: *cuanto más racional sea la organización de la acción, más fácil será causar sufrimientos y quedar en paz con uno mismo*.

Este factor afecta decisivamente a la situación de aquellos agentes/actores “intermedios”, esto es, aquellos que trasladan o derivan órdenes de sus superiores a sus subordinados, ejecutores directos o materiales de los delitos. Sujetos, en definitiva, que nunca toman contacto directo con la ejecución de los mismos. Saben perfectamente cuál será el desenlace de las órdenes que emiten, pudiendo por ello (y por otros extremos como serían, *v.gr.*, la facilitación de los medios necesarios para que los ejecutores directos ejecuten el delito, o bien la determinación de la voluntad de éstos para que efectivamente lleven a cabo los delitos) ser responsabilizados a título de co-autores, instigadores, o cuanto menos cómplices. Empero, su responsabilidad, en principio, habrá de ser atenuada (en el *quantum* de la pena) por razón de éste déficit de culpabilidad.

⁶⁶³ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 185.

III.2.a.ii) La distancia social.

La distancia física produce efectos sociales que refuerzan ese distanciamiento respecto de la víctima, que culmina en la cosificación o deshumanización de ésta. El propio Milgram indicaba estos extremos al señalar que el situar a la víctima en otra habitación no sólo la alejaba del sujeto, sino que acercaba a este último y al experimentador (quien cumplía las veces de superior jerarca). Se generaba entre el experimentador y el sujeto una incipiente función de grupo de la cual la víctima se veía excluida. Al observar tal carácter remoto, la víctima se vuelve un extraño, un ente física y psicológicamente aislado. Es que, una vez más, el aislamiento de la víctima causado por la separación física, se ve reforzado por los efectos de cercanía física entre los perpetradores directos o indirectos y la autoridad jerárquica.

Era la víctima, durante la realización de la experiencia, un blanco permanente: de manera inequívoca se le convertía en objeto, y como tal, poco importaba que fuesen humanos o no. Consecuente con ello, Claude Lévi-Strauss define a nuestra sociedad (occidental) contemporánea como “*antropoémica*” en oposición a “*antropofágica*”. Ello ya que no “devoramos” a nuestros adversarios, sino que los “vomitamos”: los separamos, segregamos, expulsamos y excluimos de nuestro universo de obligaciones humanas.⁶⁶⁴

Estos extremos de aislamiento social los podemos cotejar en los inicios del Holocausto, tal como relata Ian Kershaw: “*En lo que los nazis tuvieron más éxito fue en la despersonalización de los judíos. Cuanto más se expulsaba a los judíos de la vida social, más parecían ajustarse a los estereotipos de una propaganda que intensificó, paradójicamente, su campaña contra la ‘judería’ a medida que iban quedando menos judíos en Alemania. La despersonalización incrementó la ya existente y generalizada indiferencia de la opinión pública alemana y supuso una etapa fundamental entre la violencia arcaica y la aniquilación racionalizada y ‘productivista’ de los campos de la muerte. La ‘Solución Final’ no habría sido posible sin los progresivos pasos para excluir a los judíos de la sociedad alemana, pasos que se dieron abiertamente, que en su forma legal contaron con una amplia*

⁶⁶⁴ Lévi-Strauss, Claude. “*El pensamiento salvaje*”; Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2012, págs.. 234 y ss..

aprobación y tuvieron como consecuencia la despersonalización y la degradación de la figura del judío.”⁶⁶⁵

La masacre que todo delito de obediencia conlleva sólo puede ocurrir en aquellos casos en que las víctimas sean despojadas de las dos cualidades básicas y fundamentales que hacen que todo individuo sea visto (íntegramente) como un ser humano y que, como tal, sus relaciones sociales estén reguladas conforme a los principios morales que gobiernan las relaciones humanas, conforme a aquel “*querer vivir y actuar conjuntamente*” referido por Arendt. Tales dos cualidades son: a) primeramente, *la identidad*, entendiéndole como un individuo distinguible, independiente, capaz de tomar decisiones propias y de conducir su propia vida; y b) en segundo lugar *la comunidad*, como miembro de un grupo de personas que se hallan interconectadas conforme a intereses, valores y principios comunes. Lográndose por intermedio de ambas su integración en una unidad que, empero, no deja de respetar la individualidad y los derechos propios de cada uno de sus miembros (dimensión plural o social de cada ser humano).

De tal guisa, cuando un grupo de personas es definido conforme a una categoría (a la que ellos y sólo ellos pertenecen) y, posteriormente, dicha categoría se define excluida de la familia humana, las restricciones morales que se activan ante el daño o el asesinato de seres humanos pueden ser más fáciles de sortear.⁶⁶⁶

III.2.b) Los “factores vinculantes”.

⁶⁶⁵ Kershaw, Ian. “*Popular opinion and Political dissent in the Third Reich: Bavaria 1933-1945*”, Kindle e-book edition. Al respecto agrega: “(...) *the Jews, a generally unloved minority, had become, as we have just seen, almost totally isolated from the rest of German society. For most people, ‘the Jews’ was now a completely depersonalized image. The abstraction of the Jew had taken over more and more from the ‘real’ Jew who, whatever animosity he had caused, had been a flesh-and-blood person. The depersonalization of the Jew had been the real area of success of Nazi policy and propaganda on the Jewish Question. Coupled with the inevitable concern for matters only of immediate and personal importance, mainly the routine day-to-day economic worries, and the undoubted further weakening that the war brought in questions of moral principle, it ensured that the fate of the Jews would be far from the forefront of people’s minds during the war years.*” (Kershaw, Ian. Op. cit., posición 4180 y 4181).

⁶⁶⁶ Cfe. Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience*”, Yale University Press/ Amazon.co.uk, London, 2010, pág. 19.

En el Capítulo Primero de la Segunda Parte dedicamos una gran parte del mismo al análisis detallado de estos extremos sociales y culturales que condicionan enormemente la psicología del sujeto sometido a una estructura de poder, tanto se halle el mismo en la base de la mentada o en niveles intermedios. Recuérdese que, en sus inicios, el sujeto, si bien suele actuar motivado por aquel “discurso legitimante” emitido por la estructura de poder (dentro del marco de sus políticas de ingeniería social), no es desconocedor (no puede serlo a los efectos de cumplir con su rol) de la finalidad inicua de la institución, ello siquiera en un modo básico o en un grado abstracto. A ello se agrega (con el devenir del tiempo), cuando ya el individuo advierte más nítidamente los reales efectos (finales) de su acción (conjuntamente con las de los demás miembros del sistema), los efectos propios de los “*factores vinculantes*”.

Recuérdese que ya Milgram incluía en sus explicaciones de los resultados de su experiencia a la acción secuencial entre aquellos principales “factores vinculantes” que tienden a atrapar al sujeto (“a sumergirles cada vez más en la ciénaga”). Así, el “*ir hasta el final*” pasa a convertirse en una justificación para el propio sujeto respecto de lo que está haciendo, ello pese a tener plena conciencia del mal que está causando. “Ir hasta el final” que, dentro de los parámetros de una estructura de pecado, significa adoptar la finalidad formal o discurso legitimante de la misma, y seguir cumpliendo con su conducta favorecedora (por interactuar con la de los demás miembros) de la finalidad inicua. De tal modo el sujeto se ahorra el pesado y doloroso “trámite” de evaluar la malignidad de sus actos previos; cosa ésta que sería imposible de sortear si decidiera cesar en su actividad. Ello conllevaría el reconocimiento de que lo efectuado hasta ese momento habría estado mal. “*Empero, si decide seguir adelante, se estaría reafirmando en sus anteriores acciones [considerándolas así correctas]. Así, las primeras acciones hacen surgir disconformidades que pasan a ser neutralizadas por las últimas. De tal modo el sujeto se implica en una conducta destructiva de manera gradual.*”⁶⁶⁷

En el curso de la acción secuencial el actor se convierte en una suerte de esclavo de sus acciones anteriores. Constituyendo ello el fundamento de la acción secuencial, hace de ella el factor vinculante más importante, ya que dura más tiempo que los factores que, al comienzo de la conducta parecían de mayor

⁶⁶⁷ Milgram, Stanley. “*Obedience to Authority...*” cit., pág. 150.

importancia y que desempeñaran una función (*ab initio*) mucho más decisiva. Así, la resistencia a volver a evaluar (a través de un auto-juicio negativo) a las conductas propias anteriores, constituirá un estímulo muy sólido como para continuar avanzando hacia la consecución de la (ahora reconocible) meta criminal:

*“El paso suave e imperceptible de una etapa a otra hace que el actor acabe atrapado. La trampa está en la imposibilidad de abandonar sin revisar y rechazar la evaluación de los propios actos como correctos o, por lo menos, inocentes. La trampa es, en otras palabras, una paradoja: uno no se puede limpiar sin ensuciarse. Para esconder la suciedad hay que permanecer perpetuamente en el fango.”*⁶⁶⁸

Pero incluso esta “acción secuencial” propiciadora de los llamados “factores vinculantes” puede cotejarse no sólo a nivel individual, sino –sobre todo- a nivel social. Aunque obvio sea decir que tal secuencialismo -por así llamarlo- “macro”, también afectará al nivel “micro” (esto es: individual). Se trata de un verdadero sistema en permanente retroalimentación y evolución hacia el aniquilamiento de las víctimas, propio de la ingeniería social consustancial a una estructura de pecado.

Como ejemplo palmario de todo esto, uno de los principales estudiosos del Holocausto, el historiador social Raul Hilberg, en su impresionante obra “*La destrucción de los Judíos europeos*”, ha reseñado los distintos pasos que conducen a la desactivación de los frenos inhibitorios de carácter moral, así como a la puesta en funcionamiento de la maquinaria de destrucción.

Al respecto indica que tal proceso de destrucción dentro de una sociedad moderna se estructura conforme a un esquema secuencial de seis etapas; siendo éstas:

- 1) Definición
- 2) Despido de empleados y expropiación de firmas comerciales
- 3) Concentración
- 4) Explotación del trabajo y medidas para que padezcan inanición
- 5) Aniquilamiento
- 6) Confiscación de efectos personales

Agregando a este respecto que, si se intenta infligir el máximo daño a un grupo de gente, es inevitable que una burocracia, aunque tenga un aparato muy

⁶⁶⁸ Bauman, Zygmund. “*Modernidad y Holocausto*” cit., pág. 188.

descentralizado y no planifique bien sus actividades, empuje a las víctimas a lo largo de cada una de estas fases.⁶⁶⁹

De tal modo las referenciadas fases o etapas se van determinando conforme a una lógica, formando una secuencia racional, que se ajusta a aquellas normas propias de la modernidad que nos incitan a buscar los caminos más cortos y los medios más efectivos para conseguir un fin. Así, descubriendo al principio rector en la solución al problema de la destrucción en masa, hallaremos que las distintas fases sucesivas se estructuran de conformidad con una lógica eliminativa del ámbito del deber moral (o, para utilizar el concepto de Helen Fein, del universo de las obligaciones). Sustituyendo el mismo (producto de las relaciones naturales propias de las instituciones profundas) por otro universo obligacional impuesto por las estructuras de pecado (instituciones secundarias) y cuyas lealtades se dirigen al cumplimiento y satisfacción de las finalidades inicuas.⁶⁷⁰

Mediante la “*Definición*”, lo que realmente se está haciendo es separar, segregar, a determinado grupo de personas del resto de la sociedad (los “*normales*”). Se les priva del carácter de ciudadanos ordinarios, sometiéndoles a un régimen normativo diferente, a un tratamiento especialmente negativo. Como una especie de reminiscencia de la máxima latina *quod licet Jovi, non licet bovi*, esta categoría de individuos no merece el mismo tratamiento que el de los césares, esto es, de los ciudadanos “*normales*”.

Asimismo, la definición conlleva la configuración de un prototipo ideal de individuo que integra dicha categoría; prototipo cuyas características son caricaturizaciones de los verdaderos miembros de tal colectivo. Y ello en un sentido perverso: se le atribuyen especiales intenciones depravadas y malvadas, así como una perenne conspiración dirigida a destruir a los “*normales*” integrantes de la sociedad. Extremos como estos los vemos (como si de un perverso ejemplo de historicismo se tratase) tanto en las tristemente célebres leyes de Núremberg, como en las prédicas de la Juventud del Partido Comunista Chino durante la Revolución Cultural, como en los discursos de los *Khémeres Rojos* en Camboya, etc.

En este sentido, se ha señalado que la deshumanización del enemigo es un fenómeno común en cualquier situación de guerra. Sin embargo en las masacres

⁶⁶⁹ Hilberg, Raul. “*La destrucción de los judíos europeos*”, Akal, Barcelona, 2005, pág. 895 y ss..

⁶⁷⁰ Bauman, Zygmund. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 222.

propias del genocidio o de los delitos de lesa humanidad se presupone un grado de deshumanización más extremo, pues las matanzas no se relacionan como respuestas directa a las amenazas o provocaciones de las víctimas. No es lo que han hecho lo que destina a las víctimas a sufrir su muerte, sino lo que ellas son, la categoría a la que pertenecen. Son las víctimas de políticas que persiguen su destrucción sistemática como el fin deseado (finalidad efectiva), o al menos como medio aceptable para alcanzar determinado fin. Tal deshumanización extrema se hace posible cuando el grupo perseguido puede identificarse como una categoría de personas diferentes, históricamente estigmatizadas y excluidas por sus victimarios; perteneciendo generalmente a un tipo racial, religioso, étnico o político diferente, o bien tenido como inferior o siniestro. Las tradiciones, los hábitos, las imágenes y el vocabulario para deshumanizar a tales grupos se encuentran sólidamente establecidas y pueden determinarse rápidamente (aplicándose) cuando un grupo es seleccionado para una masacre. Así, por ejemplo, las etiquetas suelen servir para privar a las víctimas de una identidad común con los victimarios; tal como el uso de epítetos como “gooks” con los que generalmente se denominaban a los vietnamitas y a todo aquel que presentara rasgos asiáticos.⁶⁷¹

Es recién en la segunda etapa: “*los despidos y las expropiaciones* en la que se efectiviza la segregación física de los integrantes del grupo “definido” de gran parte de las relaciones sociales cotidianas. Así, mucho más permeables se vuelven los ciudadanos “normales” a la prédica sobre los caracteres que componen la figura estereotipada de los otros. Sólo a través de las leyes de Núremberg, mediante las cuales se les prohibió a los judíos ejercer sus profesiones, operar en el mercado, contraer matrimonio, etc. -así como a las mujeres alemanas menores de 45 años a trabajar en casas de judíos-, se logró que los alemanes no judíos sustituyeran su cercanía por un distanciamiento físico y social respecto a aquellos. Pues resultaba difícil para el alemán no judío concebir realmente como exacta la retórica nazi acerca del “sionismo internacional perverso” y del perfil del judío medio conforme al estereotipo labrado por Rosenberg, Streicher, Goebbels et al., en la medida en

⁶⁷¹ *Vide*: Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience...*” cit., pág. 190. La expresión “gook” es un término despectivo, mediante el cual los soldados norteamericanos denominaban a los coreanos durante la guerra de Corea de la década del cincuenta. Aparentemente surgió de un malentendido, dado que la palabra “americanos” se pronuncia en coreano “Mi-gook”; entendiendo los soldados norteamericanos que lo que decían (en un precario inglés) era “yo” (“me”) “gook”.

que seguía asistiendo a la consulta de su médico de cabecera judío, o que trabajara diariamente asesorado por su contable judío, o recibiera el trato amable y justo de sus empleadores judíos. *La proximidad física, el entablar relaciones sociales cotidianas, condensaba un cúmulo de información empírica que servía de barrera de contención a las imágenes y a la prédica de los medios de comunicación manipulados por los nazis.*

Mediante la “concentración” en los campos de concentración o en los ghettos, se culmina la obra de segregación y de separación física y espiritual (de distanciamiento físico y social de la víctima, tal como acontecía en los experimentos de Milgram). A partir de tal momento, el grupo definido y los ciudadanos “normales” ya no vuelven a integrarse y poco o nada sabrán acerca de las vicisitudes de la vida de cada uno. La comunicación social se interrumpe completamente y la preocupación o interés por la suerte de aquellos segregados sencillamente se va apagando cada vez más hasta desaparecer (esto último, mientras que concomitantemente, la prédica acerca de aquel estereotipo se va imponiendo cada vez en el subconsciente social). La agrupación en ghettos o en campos de concentración, conlleva forzosamente penurias de todo tipo y forma, especialmente cuando a ello se le suman los *trabajos forzados y el hambre*. Pero en el campo de concentración ocurre todavía algo peor: las personas allí recluidas pierden su identidad individual, los rasgos de personalidad que les definían; así como también su verdadera identidad colectiva, absorbiendo en parte la falsa retórica del régimen.⁶⁷²

La siguiente etapa, *el aniquilamiento*, tras el hacinamiento y el hambre, y tras la deshumanización que hasta las propias víctimas aceptan de sí mismas, se convierte en algo lógico (claro que ello no era vislumbrable desde el comienzo). Como dice Bauman, disfrazada de humanidad a la inhumanidad, en la medida en que pone fin a un largo padecimiento y a una vida de penurias sin parangón. Así se relata el caso de jefes locales nazis que pidieron permiso a sus superiores para asesinar masivamente a los judíos ubicados en ghettos o campos de concentración bajo su

⁶⁷² El campo de concentración, al igual que el Ghetto, constituyeron verdaderos laboratorios de transformación de la naturaleza humana, en la doble modalidad de la destrucción de la persona y la “desolación”, tal como acreditara en su obra Hannah Arendt. Sobre estos extremos, *vide*: “Bruneteau, Bernard. “*El siglo de los genocidios. Violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda*”; Alianza editorial, Madrid, 2006, págs. 131 y ss..

jurisdicción, y ello *con el “fin” de poner fin* a las agonías de la hambruna o de epidemias de tifus. Como bien señalara Mommsen, el círculo diabólico de las medidas fascistas permite crear deliberadamente condiciones y estados de excepción intolerables, para luego emplearlos para legitimar medidas todavía más radicales.⁶⁷³

La última etapa (confiscación de los efectos personales), *retroalimenta el sistema* y ello por tres razones fundamentales: (i) porque obliga muchas veces a que sean las propias víctimas quienes realicen esas labores sobre los cadáveres, o sobre las víctimas momentos antes de ser ejecutadas (como el triste caso de los “*Sonderkommandos*” judíos en los campos de exterminio nazis) profundizando su deshumanización; (ii) porque elimina todo vestigio de memoria acerca de las personas que fueron exterminadas, prolongando así su exterminio (ahora al campo de la memoria y el recuerdo); y (iii) porque, independientemente del beneficio económico que tales expropiaciones le generen al Estado totalitario, al desprender a la víctima de todos sus pocos bienes no confiscados al ingresar en el gueto (es decir: de sus ropas, anteojos, relojes y poco más), de sus dientes de oro (destinados a hacer lingotes), de sus cabellos (destinados a forrar paredes de los submarinos o a ser relleno de colchones), de sus órganos (destinados a la investigación científica) y hasta de sus grasas de sus órganos utilizados como alimento o para rituales (como en Camboya), no se hace otra cosa sino tratarle como si fuera ganado. Es decir: se lo animaliza, se lo cosifica, se le priva de todo respeto que como ser de la raza humana que fue, se merecía (ello conforme a los parámetros de la Comunidad de Naciones nucleadas bajo el consenso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948). En definitiva, se refuerza el distanciamiento social, la deshumanización del prójimo.

Cotejados todos los pasos o etapas referenciadas, se puede ver cómo en cada uno de ellos el grado de distanciamiento físico y social respecto de las víctimas se va acrecentando. Así es que Bauman manifiesta que los tránsitos entre las fases comparten una misma característica: aumentan la distancia física y mental entre las

⁶⁷³ Mommsen, Hans. “*The realisation of the unthinkable. The ‘Final solution of the jewish question’ in the Third Reich*” in “*From Weimar to Auschwitz*” (Hans Mommsen, ed.), Oxford University Press, Oxford, 1991, págs. 224 y ss..

víctimas y el resto de la población (sean estos últimos autores o testigos del genocidio):

*“En esta cualidad residía su intrínseca racionalidad desde el punto de vista del destino final y su efectividad en hacer que se completara la tarea de destrucción. Evidentemente, las inhibiciones morales no funcionan a distancia. Están inextricablemente vinculadas a la cercanía humana. Por el contrario, cometer actos inmorales se hace más fácil con cada centímetro más de distancia social.”*⁶⁷⁴

Por otro lado, el análisis del conjunto de las fases o etapas delineadas por Hilberg demuestra cómo, a medida que nos vamos alejando de la primera etapa de “Definición”, las otras se van perfilando *conforme a parámetros de tipo racional y técnico*, en donde las inhibiciones de tipo racional poco o nada tienen que decir, y menos que hacer.

III.2.c) La “moralización de la función”.

Fiel reflejo de las “variables situacionales” analizadas por Zimbardo, se explica por la propia naturaleza y funcionamiento del sistema jerárquico y burocrático de poder. Estos hacen muy difícil que los sujetos (muy especialmente aquellos que no ejecutan directamente los crímenes/matanzas) se concienten de la anomalía moral de su propia acción; o incluso que, en caso de advertirlo, ello se constituya en un doloroso dilema moral (para tal sujeto). De hecho, en toda burocracia las preocupaciones morales del funcionario se alejan de la situación de los objetos de la acción, dirigiéndose en otra dirección: *su específica tarea o función laboral y la exactitud con la que la realiza*. Poco o nada importa el destino (ni menos aún el ocasional sufrimiento) de los “objetos” de la acción; sólo interesa la prontitud, eficacia y perfección con la que se ejecutan las órdenes emitidas por sus superiores jerarcas.

“Esta circunstancia fortalece aún más el dominio de los superiores sobre los subordinados. Además de dar órdenes y castigar la insubordinación, también

⁶⁷⁴ Bauman, Zygmund. “Modernidad y Holocausto...” cit., págs. 223-224. Asimismo, vide: Vetsen, Arne Johan. “Evil and human agency. Understanding collective evildoing”; Cambridge University Press, New York, 2009, págs. 43 y ss..

*emiten juicios morales, el único juicio moral que cuenta para la autoestima del individuo.*⁶⁷⁵

Como bien dice el precitado sociólogo polaco, uno de los efectos que produce todo sistema burocrático de autoridad es el de *redefinir las categorías de la moralidad*. Conceptos como “lealtad”, “deber” y “disciplina” reconfiguran la moral, elevando al superior jerárquico al rango de objeto supremo de preocupación moral, a la vez de reconocerse en él a la autoridad moral definitiva. De tal guisa, se ha señalado que en este marco “lealtad” implica realizar las propias tareas tal y como las define el código de disciplina. Al converger y reforzarse (los conceptos de lealtad, deber y disciplina), se afianzan como preceptos morales hasta el punto de que pueden inutilizar y dejar de lado todas las otras consideraciones morales.

Recuérdense, a tales efectos, las conclusiones de Milgram acerca de que la persona subordinada siente orgullo o vergüenza dependiendo de lo bien que haya realizado las acciones exigidas por la autoridad. El superego pasa así, de una evaluación de la bondad o la maldad de los actos, a una valoración de lo bien o mal que uno funciona dentro del sistema de autoridad. Ahora bien, este extremo de la moralización de la tecnología, sumado al factor del distanciamiento respecto de la víctima, generan un fenómeno específico que podemos identificar como “*la inconsciencia del contexto*”. A su respecto ha sostenido Lachs que la distancia que percibimos con respecto a nuestras acciones es proporcional a la ignorancia que vamos generando sobre ellas. Tal ignorancia es provocada en gran parte por la medida de la longitud de la cadena de intermediarios que haya entre nosotros y nuestros actos. Señala el centenario catedrático de la Vanderbilt University: “(*...*) *A medida que va desapareciendo la consciencia del contexto, las acciones se convierten en movimientos sin consecuencias. Al no percibir las consecuencias, las*

⁶⁷⁵ Así, y tomando como referencia el experimento Milgram, señala el sociólogo polaco: “*En respuesta a las expresiones de angustia moral, los experimentadores siempre contestaban con una fórmula rutinaria, insípida y suave: ‘No producirá daños permanentes a los tejidos’.* La mayor parte de los participantes aceptaban con agrado ese consuelo y prefería no pensar en las posibilidades que esa fórmula no descartaba (especialmente, la virtud moral de dañar temporalmente los tejidos o la simple agonía del dolor). **Lo que les importaba era que alguien ‘de arriba’ había meditado sobre lo que es y no es éticamente aceptable.**” Bauman, Zygmund. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., págs. 188-189. Resaltado es nuestro.

*personas pueden tomar parte en los actos más abominables sin plantearse siquiera la cuestión de cuál es su función o su responsabilidad. (...) No es evadir la responsabilidad considerar que uno es inocente y condenar a la sociedad. Es el resultado de una mediación a gran escala que conduce inevitablemente a una ignorancia monstruosa.”*⁶⁷⁶ Extremos éstos que se relacionan (al punto de la identificación) con los ya vistos acerca de *la sumisión y la alienación*.

En el preciso caso de los mandos intermedios o perpetradores indirectos, al mediarse su acción, los efectos finales de ésta se ubican fuera de la “zona estrecha de relaciones sociales” dentro de la cual los impulsos morales despliegan su fuerza regulatoria e inhibitoria. Hete aquí que los actos contenidos en tal zona presentan una inocuidad tal que no ameritan de parte de los sujetos que los realizan (ni de parte de los testigos de ello) juicio ético o moral alguno a su respecto. Así es que, tal como indica Bauman, la minuciosa división del trabajo, como la longitud absoluta de la cadena de actos que median entre la iniciativa y sus efectos tangibles libera a la mayor parte de los componentes (por decisivos que éstos puedan ser respecto del resultado) de la empresa colectiva de la justificación y el escrutinio morales.⁶⁷⁷

En igual sentido se han expresado *Kelman y Hamilton*, al establecer que las posibilidades de que los frenos inhibitorios de la moral intervengan ante el cumplimiento de órdenes dirigidas a dañar o matar a otra persona, se ven en gran medida reducidas al transformar la acción en rutina, mecánica y altamente programada. La cotidianeidad o rutinización cumple con dos funciones: primero, reduce la necesidad de tomar decisiones propias, minimizando así las ocasiones en que pueden nacer dudas o cuestionamientos morales; segundo, hace más sencillo evadir su implicación en el resultado criminal, ya que el actor se concentra en los detalles de su específica tarea más que en el significado de ésta en el contexto global. Claro que, como expresan claramente estos autores, “(...) éste (último) efecto es más propenso a ser verificable entre aquellos que participan en masacres

⁶⁷⁶ Lachs, John. “*Responsability and the individual in Modern Society*”, Harvest, Brighton, 1981, pág. 57.

⁶⁷⁷ Bauman, Zygmund. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 226.

causadas desde la distancia –desde sus escritorios, o incluso, desde las cabinas de sus bombarderos.”⁶⁷⁸

Como ilustración de tales asertos, indica Raúl Hilberg acerca del Holocausto: “*El proyecto, tomado en su conjunto, aparece retroactivamente como un mosaico de pequeños fragmentos insignificantes y banales. Pero esta sucesión de actividades ordinarias, estas notas, memorandos y telegramas integrados en la costumbre, la rutina y la tradición, se transformaron en un proceso de destrucción en masa. Individuos perfectamente ordinarios iban a realizar un trabajo que no lo era. Una falange de funcionarios trabajaba en el objetivo final en los despachos del Estado y en las empresas privadas.*”⁶⁷⁹

Todo esto ayuda a comprender cabalmente aquellos extremos que expusiéramos cuando tratamos del distanciamiento respecto de la víctima y que se referían a los métodos de producción de la fábrica moderna. Lo que los nazis hicieron en sus campos de exterminio, dentro de la “*Aktion Reinhard*” (verano de 1942 hasta 1945), fue diseñar una serie graduada de procedimientos estandarizados, predeterminados y asentados en una verdadera “*cadena de montaje de la muerte*”. Así, la articulación de diferentes funciones agilizó el proceso de destrucción de seres humanos, permitiéndose la realización simultánea de múltiples acciones (por parte de múltiples ejecutores): seleccionar a las víctimas en las rampas no bien llegaban como si de ganado se tratase en trenes de carga, trasladarlas hasta las naves en donde se hallaban las cámaras de gas, ejecutarlas, reciclar sus pertenencias, “*explotar*” a los muertos (extraerles dientes, cabellos, ojos, grasa, etc.), incinerarlos, limpiar las cámaras de gas, compactar las cenizas, limpiar las chimeneas de la cámara, recibir al siguiente convoy, y volver a empezar. Como bien se ha dicho, la intencionalidad última en toda esta división de tareas y adjudicación a varias decenas de personas su concreta ejecución, consistía en banalizar al extremo la muerte; ello hasta convertirla en una simple parada técnica en un proceso complejo (arrancar un motor, depositar cristales de gas), una etapa en la división del trabajo. El delito, en definitiva, se diluye en una serie de operaciones

⁶⁷⁸ Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience...*” cit., pág. 16. V.O.: “*(...) the latter effect is more readily to be achieved among those who participate in sanctioned massacres from a distance –from their desks or even from the cockpits of their bombers.*”

⁶⁷⁹ Hilberg, Raul. “*La destrucción de los judíos europeos*” cit., págs. 953 y ss., y especialmente págs. 1094 y ss..

técnicas, tales como desinfectar, tratar, explotar, etc., *per se stante* inocuas. La propia noción de “verdugo” desaparece.⁶⁸⁰ Y desaparece ya que se diluye, a su vez, en una serie de actores que se ocupan y preocupan de hallar la forma o medios más adecuados para llegar a un específico fin dado (que es siempre parcial); y no de la tarea moral de evaluar el objetivo final, producto de la unión de todas las conductas que participan en la “línea de montaje”; es decir, producto de la interacción de la que todos son responsables (puesto que pertenece, aunque en distinto grado, a todos). *Objetivo final del que generalmente no tienen más que una idea básica, y del que para nada se sienten responsables, ya que en tal caso serán de aplicación los extremos vistos en el apartado anterior relativos a los “factores vinculantes”.*

La división de tareas hace que se consiga un distanciamiento entre los autores y las víctimas que reduce o elimina toda presión por parte de los llamados “frenos inhibitorios” de origen moral. Estos vienen a ser sustituidos por un código de disciplina, lealtad y deber hacia su función y hacia sus superiores jerárquicos que se estructura sobre un *lenguaje técnico*⁶⁸¹ (sobre el que se apoyarían las *nuevas relaciones sociales*) descarnado de toda consideración deóntica-humanista.⁶⁸²

No es de extrañar que, ante todo este cúmulo de argumentaciones, se haya concluido por parte de Milgram que resulta fácil cerrar los ojos ante la responsabilidad cuando uno es tan sólo un eslabón intermedio en una cadena de acciones dañinas y se encuentra alejado de las consecuencias finales de la acción. A

⁶⁸⁰ Cfe. Bruneteau, Bernard. “*El siglo de los genocidios...*” cit., pág. 135.

⁶⁸¹ En tal sentido, sostienen Kelman y Hamilton: “*Bureaucratic inventiveness in the use of language helps to cover up such meaning [about the atrocities]. For example the SS had a set of Sprachregelungen, or ‘language rules’, to govern descriptions of their extermination program. As Arendt points out, the term language rule in itself was ‘a code name; it meant what in ordinary language would be called a lie’.*” Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience...*” cit., pág. 189.

⁶⁸² Era tal el grado de sustitución de la escala axiológica de valores tradicional por un código de disciplina de tal especie en la Alemania nazi, que ha sostenido Hannah Arendt sobre Adolf Eichmann: “*‘Mi único lenguaje es el burocrático [Amtssprache]’.* Pero la cuestión es que su lenguaje llegó a ser burocrático porque Eichmann era verdaderamente incapaz de expresar una sola frase que no fuera una frase hecha. (...) Las solas palabras ‘SS’, o ‘carrera’, o ‘Himmler’ (a quien siempre nombraba con su largo título oficial: Reichsführer SS y Jefe de la policía alemana, aunque no lo admirara en absoluto), ponían en marcha en él un mecanismo que había llegado a ser invariable en su funcionamiento.” Vide: Arendt, Hannah. “*Eichmann en Jerusalén...*” cit., págs. 78 y ss..

un eslabón intermedio de la cadena, su intervención le parecerá exclusivamente técnica, puesto que el efecto inmediato de su acción será otra tarea técnica: presionar un interruptor de un generador eléctrico, o estampar ciertas frases en una hoja de papel que se halla sobre su escritorio. La vinculación causal entre su acción y el sufrimiento de la víctima no es tan nítida, y se puede pasar por alto con un “esfuerzo relativamente pequeño”.

Pero *¿qué sucede con los ejecutores directos, es decir, con aquellos que no pueden observar una distancia física con las víctimas, y por ende, inevitablemente perciben los efectos que tienen sus acciones (la relación causal es clara, contundente, inconfundible)?* Pues bien, en tales casos toma más que especial relevancia el *distanciamiento social*, que se relaciona con el fenómeno ya analizado de la “dehumanización de la víctima”⁶⁸³ y, más estrictamente, con el fenómeno de la *moralización de la tecnología*. Concretando lo último expuesto diremos que se trata de una distancia psicológica (a pesar de la inexistencia de distancia física), que halla su fundamentación en los *conocimientos técnicos*.

Dicho fenómeno se ha explicado conforme a los siguientes extremos:

En primer lugar, para hacer ciertas cosas de forma correcta, se requiere tener conocimientos especiales. Son “especiales”, puesto que se distribuyen desigualmente: hay personas que tienen mayor grado de conocimiento que otras. Asimismo, quienes poseen tal conocimiento especial deben estar encargados de hacer las cosas que requieren de aquéllos. Luego, es el hacer tales cosas lo que les confiere la responsabilidad de que las mismas se hagan. Tal responsabilidad no residiría en el sujeto (conocedor), sino en las técnicas que representan (“*la administración de las cosas, y no de las personas*”). Como se ha dicho, los actores

⁶⁸³ Al respecto se ha dicho: “*The dynamics of the massacre process itself further increase the participant’s tendency to dehumanize their victims. Those who participate as part of the bureaucratic apparatus increasingly come to see their victims as bodies to be counted and entered into their reports, as faceless figures that will determine their productivity rates and promotions. Those who participate in the massacre directly –in the field, as it were- are reinforced in their perception of the victims as less than human by observing their very victimization. The only way they can justify what is being done to these people –both by others and by themselves- and the only way they can extract some degree of meaning out of the absurd events in which they find themselves participating is by coming to believe that the victims are subhuman and deserve to be rooted out. And thus the process of dehumanization feeds on itself.*” Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience...*” cit., pág. 200.

son simples agentes del conocimiento, portadores del *'saber-hacer'*. Su responsabilidad personal se ve limitada a la representación adecuada de tales conocimientos, en hacer las cosas de acuerdo con el estado del conocimiento, con lo mejor que pueda ofrecer tal conocimiento.⁶⁸⁴

Quienes no son poseedores de ese saber hacer, actuando dentro del marco del código de disciplina propio de la “moralización de la tecnología”, forzosamente han de seguir el consejo de quien sí observe tal conocimiento, esto es, su jerarca. Así, *la responsabilidad personal se diluye, pero en este caso, en la autoridad abstracta de los conocimientos técnicos.*

Dicha autoridad abstracta de los conocimientos técnicos se cristaliza en las órdenes o autorizaciones. Desde el punto de vista de la conducta, la autorización obvia la necesidad de hacer juicios o seleccionar opciones. No sólo vuelve inoperantes a los principios morales normales, sino que a la vez –particularmente cuando las acciones son ordenadas explícitamente- pone en funcionamiento todo un nuevo orden moral vinculado al deber de obedecer las órdenes del superior, quien además de un mejor conocimiento (se entiende) es quien tiene cabal conocimiento de *todos* los extremos que congloban a su acción.

Ante una situación de sujeción a la autoridad, el individuo caracterológicamente se siente obligado a cumplir con las órdenes recibidas, sin importar que éstas se correspondan o no con sus preferencias personales. Concretamente se ven a sí mismos sin otra opción más que la de cumplir con tales órdenes, ello en la medida en la que las sigan considerando tanto a aquellas, como a la autoridad de la cual emanan, legítimas.

Los individuos difieren considerablemente en el grado y en las condiciones ante las que se sienten preparados para desafiar la legitimidad de una orden (tanto por considerarla, en sí misma, ilegal; como por considerar que la autoridad se ha excedido del marco de sus poderes o competencias al dictarla; como por considerarla inscripta dentro de una política general que es contraria a los valores fundamentales de su sociedad). Sin perjuicio de tales diferentes modos de reaccionar que observa en tales circunstancias cada persona, lo cierto es que la estructura básica o general en la cual una autoridad legítima emite una orden a su

⁶⁸⁴ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 228.

subordinado, es que éste responda conforme a las obligaciones de su rol, cumpliéndola, haciendo abstracción de sus preferencias personales.

Estos extremos (la existencia de una orden o autorización, expresa o tácita, de la autoridad legítima), sumados al fenómeno ya observado de la división de tareas, arrojan como consecuencia que los perpetradores directos no se sientan del todo responsables de las consecuencias directas de sus acciones. Así se ha concluido que una importante derivación de una situación básica propia de una estructura de poder es la de que los actores (por lo general) no se sientan personalmente responsables por las consecuencias de sus acciones. Si bien es cierto que cada persona presenta diferencias respecto a su capacidad y prontitud para evaluar la legitimidad de las órdenes recibidas, tan pronto se vean en una situación en la que (entienden/evalúan) que no tienen mas opción que la de cumplir con las órdenes, no se sentirán personalmente responsables por sus actos. Ellos preferirán dejar de sentirse agentes propios, y asumir la posición de una mera extensión de la autoridad. De allí que, cuando sus actos causen daño a otros, ellos se sientan relativamente libres de toda culpa. Un mecanismo similar opera cuando la persona se involucra en una conducta antisocial, que no ha sido directamente ordenada por la autoridad, pero que tácitamente le ha sido alentada y aprobada –siquiera a través de dejar en claro que tales conductas no serían perseguidas ni mucho menos castigadas-. En esta situación la conducta que era anteriormente ilegítima, es legitimada mediante la aquiescencia de la autoridad.”⁶⁸⁵ Extremos éstos que se apoyan perfectamente en las conclusiones sobre el estado de agencia de Milgram y en las apreciaciones aportadas por Zimbardo.

III.2.2. Aplicación práctica: el Batallón de Reserva Policial 101.

En su obra “*Aquellos hombres grises*”⁶⁸⁶ el historiador Christopher Browning procedió a realizar una de las más detalladas investigaciones acerca del comienzo de la llamada “operación Reinhardt”, más conocida como la “*Solución Final a la cuestión judía*” desarrollada por el III Reich con ocasión de la invasión de la Unión

⁶⁸⁵ Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience... cit.*”, pág. 16.

⁶⁸⁶ Browning, Christopher. “*Aquellos hombres grises. El Batallón 101 y la Solución Final en Polonia*”, Edhasa, Barcelona, 2011.

Soviética. Para ello se basó en los interrogatorios y el extenso acervo probatorio que se diligenció en la investigación dirigida por la Oficina de la Fiscalía del Estado de Hamburgo entre 1962 y 1972 contra los integrantes del Batallón de Reserva Policial 101.

La particularidad que presentaban los integrantes de dicho Batallón era doble: por un lado se trataba de individuos de mediana edad, que habían sido educados en el contexto del Imperio Alemán y habían madurado durante la democracia de la República de Weimar. Es decir, individuos normales, (en principio) no fanáticos ni ideologizados por el régimen de Hitler, y provenientes (la gran mayoría) de una posición socio-económica media. Por otra parte (y quizás era este el dato histórico más relevante) estos individuos tuvieron el demérito de haber dado inicio a las matanzas generalizadas e indiscriminadas de judíos, comenzando ello en la ciudad de Józefów que se hallaba en el sector de Polonia (hasta ese entonces) bajo control soviético.

Sobre los hechos relacionados con dichos sujetos me propongo (tal como en buena medida realiza el propio Browning) aplicar los extremos sostenidos *supra* acerca de la consideración de una atenuante respecto de la conducta de los integrantes del estamento *infra-estatutario* (como principio general). Advirtiendo en los relatos de los testigos, la configuración (o no) de los factores que “difuminan” la capacidad pasiva de motivabilidad conforme a la norma penal primaria. A tales efectos, entonces, primeramente realizaremos una transcripción del comienzo de las matanzas en Józefów, así como después realizaremos una serie de transcripciones acerca de: el desalojo y matanza de mujeres y niños del gueto; el modo de realización de las ejecuciones en masa; la evidencia de subterfugios y actos de evasión, desobediencia y disidencia; así como los efectos de la división de tareas. Luego de ello, realizaremos unas breves valoraciones a su respecto, relacionándolo con las fundamentaciones hechas anteriormente. Así:

“A primerísima hora del 13 de julio de 1942, los soldados del Batallón de Reserva Policial 101 se levantaron de sus literas en el gran edificio de ladrillo de la escuela que les servía de barracón en la ciudad polaca de Bilgoraj. Eran padres de familia de mediana clase trabajadora y de clase media baja de la ciudad de Hamburgo. Como se los consideraba demasiado mayores para ser útiles en el Ejército alemán, en lugar de eso habían sido destinados a la Policía del Orden.

Muchos eran reclutas novatos sin experiencia previa en el territorio ocupado por Alemania. Habían llegado a Polonia apenas tres semanas antes.

Todavía era de noche cuando los soldados subieron a los camiones que esperaban. A cada uno de los policías se le había dado munición suplementaria y también se habían cargado unas cajas adicionales en los vehículos. Se dirigían a su primera acción importante, aunque todavía no se les había dicho qué se iban a encontrar.

La caravana de camiones del ejército salió de Bilgoraj antes del amanecer con rumbo hacia el este por una desigual carretera de grava llena de baches. Iban a un ritmo lento y tardaron de una hora y media a dos horas en llegar a su destino, el pueblo de Józefów, que estaba sólo a treinta kilómetros de distancia. Se trataba de una típica población polaca de modestas casas blancas con los tejados de paja. Entre sus habitantes había 1.800 judíos.

El pueblo estaba totalmente en calma. Los soldados del Batallón de Reserva Policial 101 descendieron de los camiones y se reunieron formando un semicírculo alrededor de su comandante, Wilhelm Trapp, un policía profesional de cincuenta y tres años que entre sus hombres era conocido de forma cariñosa como “Papá Trapp”.

Había llegado el momento de que Trapp se dirigiera a la tropa y les informara de la misión que el batallón había recibido.

Pálido y nervioso, con la voz entrecortada y lágrimas en los ojos, era evidente que a Trapp le costaba controlarse mientras hablaba. El batallón, dijo de forma lastimera, tenía que ejecutar una tarea terriblemente desagradable. Esa misión no era de su gusto, de hecho era sumamente lamentable, pero las órdenes provenían de las más altas autoridades. Por si eso les facilitaba de algún modo la tarea, los soldados tenían que recordar que en Alemania las bombas caían sobre mujeres y niños.

Entonces volvió al asunto que les ocupaba. Un policía recordaba que Trapp dijo que los judíos habían sido los instigadores del boicot norteamericano que había perjudicado a Alemania. Según otros dos, explicó que en el pueblo de Józefów había judíos que se relacionaban con los partisanos. Ahora al batallón se le había ordenado reunir a esos judíos. A los hombres judíos en edad de trabajar tenían que separarlos de los demás y llevarlos a un campo de trabajos forzados. A los otros (mujeres, niños y personas mayores) tenían que matarlos de un disparo ahí mismo.

Una vez hubo explicado a sus hombres⁶⁸⁷ lo que les esperaba, Trapp hizo una oferta extraordinaria: si alguno de los soldados con más edad no se veía con ánimos para realizar esa tarea podía dar un paso al frente.”

Esa posibilidad que ilustra Browning en las palabras emitidas por el Comandante Trapp, de que aquellos que no se sintieran “con ánimos” para llevar adelante las acciones de matar a los judíos de la aldea dieran un paso al frente para así ser eximidos de actuar, manifiesta la existencia de un “poder actuar de otro modo”, fundamento éste del reproche normativo configurativo de la culpabilidad o imputación personal del hecho antijurídico. Ese tal “poder actuar de otro modo” (conforme a Welzel, verdadera esencia de la imputabilidad) es lo que ha hecho sostener a autores de la talla de Claus Roxin (en su obra sobre autoría y participación) la indudable responsabilidad personal (léase: culpabilidad o imputación personal) de los ejecutores inmediatos o directos.

Ahora bien, por más que tal teoría sobre la culpabilidad dice fundarse en la “naturaleza de las cosas”, y a pesar de que un análisis ligero pudiere conducir al convencimiento de que, efectivamente, los soldados del Comandante Trapp tuvieron una real posibilidad de haberse comportado conforme a la norma penal y por ende no haberse comprometido en las acciones genocidas que ocurrieran en la villa de Józefów, lo cierto es que, empíricamente, ello es, como mínimo, discutible.

Del mismo modo que resulta discutible que dentro del universo de causales de inculpabilidad que recogen los diferentes ordenamientos jurídico penales continentales (el español incluido) se verifique en ellos una imposibilidad absoluta de parte del reo de haber podido actuar de otra forma (conforme a la norma penal internacional). Piénsese, a tales efectos, en las causales de inimputabilidad, más precisamente en lo que respecta a la edad mínima de imputabilidad.

Pues bien, una concepción normativa de la imputación personal, que la entienda como un límite a la imposición de la pena en aquellos casos en los que, tras verificarse la existencia de una conducta antijurídica, *se vea en el sujeto una anormal motivabilidad respecto del mandato de la norma primaria*, aporta mejores respuestas y facilita un mejor análisis de la casuística aquí expuesta.

⁶⁸⁷ Browning, Christopher R. “*Aquellos hombres grises....*” cit., págs. 27 y ss..

Lo expresado anteriormente se ve reforzado por los desarrollos de los experimentos científicos analizados, que demuestran cómo el comportamiento de aquellos sujetos sometidos a estructuras de pecado se hallan en mucho mayor grado determinados a cumplimentar con órdenes cuya sustanciación sea el perfeccionamiento de delitos, que aquellas otras personas sujetas a jerarquía, pero no de dicha naturaleza. Lo que no necesariamente conlleva un grado de anormalidad propio de una inculpabilidad, mas sí justifica la verificación -en este análisis de la imputación personal- de una atenuante.

Así, y regresando al relato de Browning acerca de la tragedia del Batallón de Reserva Policial nº 101, encontramos notorias consonancias con lo arriba expuesto. Veamos:

Sobre el desalojo del pueblo de Józefów: *“Un policía fue categórico al decir que entre los judíos muertos en nuestro sector de la ciudad no había bebés ni niños pequeños. Me gustaría decir que casi de una manera tácita todo el mundo se abstuvo de disparar a los bebés y los niños pequeños.’ En Józefów y también después, observó, ‘incluso a punto de morir, las madres judías no se separaban de sus hijos. Así que toleramos que las madres se llevaran a sus hijos al mercado de Józefów.’ Asimismo, otro policía especificó ‘que prácticamente todos los soldados implicados evitaron de forma tácita dispararles a los bebés y niños pequeños. Durante toda la mañana pude observar que, cuando se las llevaban, algunas mujeres tenían bebés en los brazos y llevaban de la mano a niños pequeños.’ Según ambos testigos, ninguno de los oficiales intervino cuando se llevaron los niños al mercado. Sin embargo, otro policía recordaba que, tras la operación de desalojo, el capitán Hoffmann les hizo reproches a su unidad (sección tercera, tercera compañía).”⁶⁸⁸*

Sobre el modo en que se realizaron las ejecuciones: *“El batallón tenía órdenes de matar judíos, pero no así cada uno de los individuos. Aun así, del 80 al 90 por ciento de los policías siguieron matando a pesar de que casi todos, al menos en un principio, estaban horrorizados y asqueados por lo que estaban haciendo. Sencillamente, romper filas y dar un paso al frente o adoptar abiertamente una*

⁶⁸⁸ Browning, Christopher. *“Aquellos hombres grises...”* cit., págs. 122 y ss..

conducta inconformista era algo que superaba a la mayoría de los hombres. Les era más fácil limitarse a disparar.

¿Por qué? Ante todo, al romper filas, los que no disparaban les estaban dejando todo el ‘trabajo sucio’ a sus compañeros. Aunque fuera el batallón el que tenía que disparar y no los individuos, negarse a hacerlo suponía rechazar la parte que a uno le correspondía en una desagradable obligación colectiva. De hecho, era un acto asocial respecto a los compañeros. Aquellos que no disparaban se arriesgaban al aislamiento, al rechazo y al ostracismo, una perspectiva muy desagradable en el ámbito de una unidad hermanada y destinada en el extranjero, en medio de una población hostil, por lo que el individuo no tenía prácticamente ningún otro sitio donde encontrar apoyo y contacto social.’⁶⁸⁹

“Cuando llegó el primer camión con 35 o 40 judíos, se presentó igual número de policías y, cara a cara, formaron parejas con sus víctimas. Dirigidos por Krammer, los policías y los judíos bajaron a pie por el sendero. Se adentraron en el bosque hasta un punto señalado por el capitán Wohlauf, quien durante el día se ponía a seleccionar los emplazamientos para las ejecuciones. Entonces Krammer ordenó a los judíos que se tumbaran en el suelo en fila. Los policías se colocaron detrás de ellos, pusieron las bayonetas en la espina dorsal sobre los omóplatos, tal como se les había enseñado y, cuando Krammer dio la orden, dispararon al unísono.

(...) A partir de ese momento, el ‘tránsito pendular’ de los dos pelotones de fusilamiento entrando y saliendo del bosque se prolongó durante todo el día. Aparte de un descanso al mediodía, las ejecuciones continuaron hasta la caída de la noche. En algún momento de la tarde, alguien ‘organizó’ un suministro de alcohol para los tiradores. Al final de un día de disparar casi continuamente, los agentes habían perdido por completo la noción de cuántos judíos había matado cada uno. En cualquier caso, según palabras de un policía, fueron ‘muchos’.

(...) A diferencia de la primera compañía, a los hombres de la segunda no les enseñaron cómo debían realizar los disparos. Al principio no se colocaban las bayonetas como guía para apuntar y, tal como observó Hergert, ‘se falló un número considerable de tiros que causaron heridas innecesarias a las víctimas.’ Uno de los policías de la unidad de Hergert notó igualmente la dificultad que

⁶⁸⁹ Browning, Christopher. “*Aquellos hombres grises...*” cit., págs. 334 y ss..

tenían los tiradores para apuntar correctamente. ‘Al principio disparábamos a pulso. Si uno apuntaba demasiado alto, explotaba todo el cráneo. Como consecuencia, salían sesos y huesos disparados por todas partes. Así que nos dieron instrucciones para colocar la punta de la bayoneta en la nuca.’ No obstante, según Hergert, utilizar las bayonetas como guías para apuntar no era una solución. ‘A causa del disparo a quemarropa que de esta manera se requería, la bala golpeaba la cabeza de la víctima en una trayectoria tal que a menudo todo el cráneo o como mínimo la parte trasera quedaba destrozada y la sangre, las astillas de los huesos y los sesos se esparcían por todas partes y ensuciaban a los tiradores.’⁶⁹⁰

Sobre los subterfugios, o actos de evasión, disconformidad y desobediencia: “Al dividir sus agentes en pequeños grupos de tiradores, Drucker mantuvo más o menos un tercio de los hombres de reserva. Al final, todos tenían que disparar, pero la idea era facilitar descansos frecuentes y ‘pausas para el cigarrillo’. Con las constantes idas y venidas a los camiones, el agreste terreno y la frecuente rotación de los turnos, los soldados no se quedaban en grupos fijos. La confusión permitió la ralentización del trabajo y los escabullimientos. Algunos soldados que se apresuraron en realizar su tarea dispararon a muchos más judíos que otros que se demoraron cuanto pudieron. Hubo un policía que después de dos rondas sencillamente ‘se escabulló’ y se quedó entre los camiones en la linde del bosque. Hubo otro que consiguió evitar del todo su turno con los tiradores. De ninguna manera se dio el caso de que aquellos que no querían o podían llevar a cabo la ejecución de seres humanos con sus propias manos no pudieran rehuir esa tarea. En ese sentido no se llevaba ningún control. Por lo tanto, permanecí junto a los camiones que iban llegando y me mantuve ocupado en el punto de llegada. En cualquier caso, hice que mis movimientos lo aparentaran. No pude evitar que uno u otro de mis compañeros se diera cuenta de que no iba a las ejecuciones a disparar a las víctimas. Me colmaron de comentarios como ‘acojonado’ o ‘pelele’ para expresar su indignación. Pero no sufrí ninguna consecuencia por mi comportamiento. Aquí sí que debo mencionar que no fui el único que evitó participar en las ejecuciones.”⁶⁹¹

⁶⁹⁰ Browning, Christopher. “Aquellos hombres grises...” cit., págs. 127 y ss..

⁶⁹¹ Browning, Christopher. “Aquellos hombres grises...” cit., págs.. 133 y ss..

“La mayoría de aquellos a los que les fue imposible soportar los fusilamientos abandonó enseguida. Pero no siempre. Hubo un pelotón de agentes que ya habían disparado a unos diez o doce judíos cada uno al final pidieron el relevo. Tal como explicó uno de ellos: ‘Más que nada pedí que me relevaran por la manera de disparar tan increíble del hombre que tenía a mi lado. Por lo visto siempre apuntaba su arma demasiado alto, y causaba heridas terribles a sus víctimas. En muchos casos les saltaba toda la parte de atrás de la cabeza y el cerebro se desparramaba por todas partes. Yo simplemente no pude soportar ver eso mucho tiempo más.’”⁶⁹²

Si bien la gran mayoría de los integrantes del Batallón 101 (concretamente: todos aquellos que reconocieron haber tomado parte en las matanzas) expresaron su repudio y el profundo asco que les causó todo aquello, lo cierto es que el 80% de ellos decidió participar en todo aquello y siguió haciéndolo hasta el final. Las razones que expresaran más de veinte años después de tales sucesos para explicar su comportamiento se pueden resumir mayoritariamente en dos: que debían cumplir con las órdenes de sus superiores por más en desacuerdo que interiormente estuvieren con ellas (“órdenes son órdenes”); y que hicieran ellos lo que hicieran, la suerte de los judíos ya estaba echada (argumento utilitarista éste que, alejándose del concepto de la santidad de la vida, sigue siendo utilizado para intentar justificar ciertos injustos penales). Asimismo, podemos advertir verdaderas explicaciones contradictorias (estuviere el dicente convencido de ello o no) como la de aquél que sostuviera que mataba a los niños para evitarles así el sufrimiento de tener que encarar una vida de huérfanos: *“Hice el esfuerzo y me fue posible, de disparar sólo a niños. Ocurría que las madres llevaban a los niños de la mano. Entonces el que estaba a mi lado disparaba a la madre y yo al niño que era suyo, porque para mí pensé, que al fin y al cabo, el niño no iba a sobrevivir sin su madre. Se suponía que, por así decirlo, liberar a niños incapaces de vivir sin sus madres iba a tranquilizar mi consciencia.”*⁶⁹³

Ahora bien, más allá de las palabras y justificaciones esgrimidas por estos individuos, del análisis de los extremos que sucintamente hemos transcritos *supra*,

⁶⁹² Browning, Christopher. *“Aquellos hombres grises...”* cit., págs.. 135.

⁶⁹³ Browning, Christopher. *“Aquellos hombres grises...”* cit., págs.. 147.

podemos cotejar tres grandes grupos de razones o motivos que explican el porqué del comportamiento asesino de estos hombres:

(I) En primer lugar, hallamos presentes todos los ingredientes que componen el llamado “efecto Asch”. Véase cómo surgen los extremos correlativos a los deberes de lealtad y al sentido de pertenencia y fidelidad al grupo (en la especie: al Batallón) por encima de lo repugnante que pudiere parecerles la tarea encomendada, y por encima de cualquier cuestión política o económica. El no querer “nadar contra la corriente” de la mayoría, explica en gran medida por qué sólo quince sujetos (uno de ellos cuyo relato citáramos *ut-supra*) dieron el paso al frente cuando se les ofreció abandonar las acciones genocidas. Así como también el evitar insultos o estigmatizaciones (pelele, etc.) que los propios compañeros del Batallón dirigían a aquellos que veían que abandonaban la interacción colectiva. En definitiva: se trata del sentimiento de pertenencia al grupo (*in group*) y de los deberes de lealtad que ello conlleva por parte de cada uno de sus componentes.

(II) En segundo lugar, hallamos en los extremos transcritos cuestiones propias de la teoría del comportamiento por obediencia de Milgram, así como aspectos que dicen relación directa con el (por él llamado) “estado de agencia”. De tal modo se produce en la psiquis del sujeto un “desplazamiento” de la responsabilidad de sus propios hechos hacia el jerarca o superior (aquellos que emiten las órdenes). A la vez, se verifica una absoluta desconsideración hacia el sufrimiento de las víctimas, y una conexión plena o completa hacia quien ostenta la autoridad (tal como en la experiencia de Milgram ocurría entre el “Profesor” y el “Investigador”).

Propio del *estado de agencia* delimitado por Milgram, se verifica también en la especie fáctica una máxima preocupación -por parte de los ejecutores- respecto del modo o forma en que cumplían sus tareas asignadas, desconsiderándose en dicho trance al sufrimiento que dicho modo de actuar conllevaba para las víctimas. Así, de los testimonios de los propios policías más de veinte años después de las matanzas, se desprende cómo se seguía poniendo el acento en la manera en que llevaron a cabo las ejecuciones: si utilizando la bayoneta del fusil como guía apoyándola entre los omóplatos; si disparando arriba o debajo del cráneo; si formando a las víctimas en filas más o menos cerca del lugar de ejecución; si iban o no intercalando distintos “equipos de tiradores”, etc. Resulta especialmente llamativo que el asco y repulsa que testimoniaron haber sentido se refería a una cuestión física (los restos de sesos, sangre y astillas de huesos que les volaban sobre

sus ropas y sus caras cuando ejecutaban a las víctimas) más que moral o del sentido de la propia (falta de) dignidad por el haber realizado semejantes horribles actos. Se aprecia, pues, que los ejecutores manifestaron (luego de décadas) un profundo malestar por el *modo* en que ejecutaron a seres humanos, más que *por haber* ejecutado a seres humanos.

(III) En tercer lugar, podemos nuclear otros extremos dentro de la categoría de *los factores situacionales*, descritos por Zimbardo (que fueron objeto de análisis *supra*). Así, de la descripción que sobre las matanzas aportan los testimonios de los policías emerge cómo dentro de esa atmósfera de agobio, prisas, desorganización (o mejor: permanente reestructuración de los procedimientos genocidas sobre la marcha) en que estaba sumida la ciudad de Józefów, los miembros del Batallón Policial 101 actuaron con total sentido de impunidad, e incluso bajo el anonimato que el proceder en bloque (en pelotón) y bajo el uniforme les proporcionaba. De tal modo, los sentimientos de pertenencia y lealtad al grupo se magnificaban, así como a su vez aumentaba la distancia respecto de las víctimas. Asimismo, otros factores como el adoctrinamiento previo (por parte de la SS) y la finalidad formal de la institución (esto es: el discurso legitimador), que en la especie se verifica en la arenga del comandante Trapp cuando les instaba a no olvidar que “ellos” (las víctimas) eran los que instigaban los bombardeos que (en Alemania) estaban matando a sus familiares y amigos.

Ahora bien, continuando con el análisis del caso, y atendiendo a la metodología propuesta *supra* a los efectos de la verificación de la atenuante respecto de la conducta injusta de los miembros del estamento infra-estatutario de una estructura de pecado, podemos concretar los extremos relacionados anteriormente dentro de los siguientes factores:

El distanciamiento social respecto de las víctimas: tal como surge claramente de lo resumido en los puntos I, II y III; prácticamente no se recogen de los testimonios de aquellos que llevaron a cabo las órdenes, expresiones de solidaridad o empatía alguna respecto de las víctimas (salvo, quizás, por el macabro argumento sostenido por aquel que dijo haber matado niños “para ponerles a salvo” de una situación de desamparo, cuya depravación moral no amerita mayores comentarios). Pero tal es el grado de desaprensión y desinterés por las víctimas, que al momento de prestar declaración (décadas después de los hechos) se seguían refiriendo a las víctimas no como tales (víctimas, personas, seres humanos, prójimos), sino como “los judíos”,

“los objetos de la acción”, “mi judío a ejecutar”, o sencillamente como “ellos”. La despersonalización y deshumanización que sufrieran los judíos al momento de las matanzas, décadas después seguía teniendo –involuntariamente- efectos.

Los factores vinculantes: explican en gran medida por qué el 80% de los policías siguieron matando después de las primeras ejecuciones. Se puede verificar una progresión en la violencia de sus actos (conforme a las órdenes recibidas): así, primeramente el desalojar a las víctimas de sus casas, y ser arrastrados al mercado del pueblo (y dada la laxitud con que se fueron dictando las órdenes, permitiendo evitar matar a aquellos con problemas de movilidad y niños pequeños, sustituyéndolo por permitir que otros familiares cargaran con ellos). Luego, tenemos el seleccionar a aquellos aptos para el trabajo (subiéndoles a camiones que se los llevaron lejos del pueblo a los campos de concentración); el ir conduciendo a las víctimas a los camiones que les conducían al lugar de ejecución; y, finalmente, el disparar una y otra vez a la nuca, o entre los omóplatos, de las víctimas al borde de desniveles naturales que presentaba el bosque. Más allá de los discursos legitimadores aportados por la propia institución, o contruidos por ellos mismos (en el correr de décadas) a los efectos de justificar sus matanzas, lo que resulta incuestionable es el hecho de que de haberse cuestionado sus respectivos accionares (al primer disparo, o al segundo, o al quinto, etc.) hubiese ello significado tanto como cuestionar todos sus procederes. Desde el mismo momento en que al arribaran al pueblo y comenzaran a desalojar a los judíos y reunirlos en la plaza del mercado.

La moralización de la función: íntimamente relacionado con lo expuesto bajo el numeral II *supra*, se explica fundamentalmente a través del fenómeno del estado de agencia. También dentro de este marco se puede ver cómo es que con posterioridad a las matanzas de Józefów, y a los efectos de evitar los problemas de desmoralización en la tropa, se procedió a dividir las tareas –llevando el momento culminante del sacrificio de las víctimas al seno de los campos de exterminio y a la oscuridad de las cámaras de gas-. Así, expresa Browning sobre la división de tareas: “*En resumen, el alivio psicológico necesario para integrar al Batallón de Reserva Policial 101 en el proceso de las ejecuciones tenía que lograrse mediante una división del trabajo en dos aspectos. Todo el grueso de las matanzas se*

trasladaría al campo de exterminio y lo peor del ‘trabajo sucio’ que se hacía sobre el terreno se iba a asignar a los trawnikis. Este cambio demostró ser suficiente para permitir a los agentes del Batallón de Reserva Policial 101 se volvieran a acostumbrar a participar en la Solución Final. Cuando llegó la hora de matar de nuevo, los policías no se ‘volvieron locos’. En lugar de eso, se convirtieron en unos ejecutores cada vez más eficientes y crueles.”⁶⁹⁴ De tal modo, distanciar a las víctimas no sólo socialmente, sino también –al darles muerte- físicamente, simplificó a los policías la posibilidad de concentrarse en el cumplimiento de sus tareas o roles, despreocupándose del resultado final de su actividad. Sacralizando el cumplimiento de su rol por encima de cualquier consideración de los efectos que ello (sumado en la interacción con los aportes de los demás) pudiere causar en el mundo y sobre las víctimas.

Pues bien, los extremos relacionados anteriormente (factores socio-psicológicos y culturales que influyen sobre el juicio de imputación personal) son los que provocan en los ejecutores directos los *estados de alienación y de sometimiento* que analizáramos anteriormente. Así, conforme al primero de ellos, puesto a determinar cómo cumplimentar con su rol (conforme a las órdenes recibidas), los posibles de la acción emergentes del desarrollo de la función mimética resultarán contrarias a su consciencia o ética individual. Empero, los efectos de los factores analizados ensombrecerán los resultados de ese diálogo consigo mismo, o ese recto uso de la razón. Así, el sujeto se decanta por cumplimentar las órdenes de la manera más favorable (que él crea) al jerarca, adoptando para ello los fundamentos de los discursos legitimadores o provenientes de la “finalidad formal” de la estructura de pecado. Conforme al segundo de los estados referenciados, y tal como dijéramos oportunamente, se caracteriza por generar en el sujeto una actitud cada vez más proclive a la indiferencia, así como a la irreflexión del mal causado por su conducta.

Tales estados –con su correspondiente fundamentación en los factores socio-psicológicos y culturales indicados-, afectan la *motivabilidad* del sujeto respecto de la norma penal primaria. Concretamente: si bien los extremos aquí mostrados resultan insuficientes como para fundamentar un estado de inexigibilidad (una imposibilidad de valorar imputable a la persona los efectos de su injusto), *sí que*

⁶⁹⁴ Browning, Christopher. “*Aquellos hombres grises...*” cit., págs. 153 y ss..

conforman un fundamento lo suficientemente amplio como para valorar que la capacidad pasiva de motivación del sujeto conforme a la norma penal primaria se halla deprimida, o, como hemos preferido definir: difuminada. Todo ello, claro está, comparándole con la situación de aquellos sujetos que se hallan expuestos a situaciones corrientes o normales; es decir, aquellos que no se hallan expuestos al estamento *infra-estatutario* de una estructura de pecado.

De allí entonces que, como principio general, deba considerarse la conducta de estos reos beneficiada mediante el cómputo de una circunstancia atenuante, todo ello sin perjuicio de los efectos que el eventual cómputo de circunstancias agravantes u otras atenuantes pudiere generar respecto de la individualización de la pena en cada caso concreto.

Bajo el título de “*Sobre los subterfugios, o actos de evasión, disconformidad y desobediencia*”, recogimos la situación de aproximadamente el 20% de los integrantes del Batallón, cuya conducta se puede sintetizar de la siguiente manera: Se trata de personas que al arribar a Józefów y escuchar las órdenes por parte de Trapp, una vez que desarrollaron (cada uno de ellos) la función mimética a los efectos de determinar cómo cumplimentar sus roles, pesaron más los factores socio-psicológicos y culturales generados por la estructura de pecado que la motivación a cumplir con la norma penal. No distinguiéndose en ello del 97,6% de los 500 miembros del Batallón (puesto que solamente doce de ellos resolvieron entonces actuar de conformidad con la norma negándose a participar en las acciones genocidas, y todo ello en atención a la propuesta realizada por Trapp al arribar a la aldea).

Pese a lo anterior, la situación de alienación que el cumplimiento de las órdenes generó en cada uno de ellos, es decir, el sentimiento de contradicción que experimentaron entre su código de ética personal y su consciencia interna respecto de las acciones u omisiones que realizaban de conformidad con las órdenes recibidas (en atención a su estatuto), fue presentándose cada vez con mayor gravedad y violencia en este 20% de soldados. Lejos de caer en una situación de sumisión (es decir, en la irreflexión y la indolencia), estos sujetos debieron (inconscientemente) echar mano de los llamados “subterfugios” -al decir de Milgram- para de tal modo aliviar la tensión psíquica que experimentaban. Así es que vemos: aquellos sujetos que se escabullían en el bosque cuando sentían que ya

no podían seguir con las ejecuciones; aquellos que hacían la “vista gorda” de niños y ancianos en los desalojos; aquellos que disparaban a errar o contra aquellos que (creían) ya estaban muertos; aquellos que intencionalmente se demoraban más en las rondas de café o de alcohol; aquellos que se dedicaban a realizar (o simular estar realizando) tareas secundarias a las ejecuciones –como controlar el flujo de camiones, o custodiar el perímetro del lugar de las ejecuciones-; aquellos que pidieron ser “relevados”, alegando cansancio físico o repugnancia física por el “modo” en que debían proceder en las ejecuciones.

Como se puede apreciar, los sujetos analizados hicieron cualquier cosa con tal de desentenderse de las ejecuciones en las que estaban participando, excepto plantear expresamente su discrepancia con las órdenes recibidas (y que venían cumpliendo), es decir, planteando su disidencia y dejando de actuar (desobedeciendo). Así como tampoco optaron por reconocer expresamente la antijuridicidad (manifiesta) de las acciones que habían venido realizando hasta el momento de recurrir a los referenciados “subterfugios”.

La posibilidad de *ser motivado conforme a la norma* emerge del hecho probado de que una docena de hombres aceptó la propuesta del Comandante Trapp de abstenerse de participar directamente en las acciones violentas. Es decir, que estos individuos, al desarrollar la función mimética, advirtieron que era posible cumplir su rol sin violar la norma penal: pesando más la motivación de la norma –respetar la vida y la integridad física de las personas- que los factores socio-psicológicos y culturales inculcados por la estructura de pecado.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que estos doce individuos observaron un comportamiento heroico, por encima de lo que haría una persona media? La respuesta claramente ha de ser que no. Ellos, justamente, actuaron de conformidad con la actitud esperada de una persona media: la cual en todo caso, al sopesar de un lado los factores provocados por la estructura de pecado, y del otro la vida y la libertad de las víctimas, se decantaría a la hora de determinar su modo de actuar el rol por la estricta observancia de estos últimos derechos.

III.3. Conclusiones finales: sobre la atenuación de la pena correspondiente a los intervinientes infraestatutarios, como principio general.

Hemos determinado desde el principio de este Capítulo las razones que conllevan a fundamentar por qué se ha de considerar atenuada -como principio general- la conducta injusta de los miembros del estamento *infra-estatutario*. Todo ello en atención a una presunción *iuris tantum* acerca de la existencia de una *culpabilidad difuminada*. Asimismo, hemos acreditado cómo a través de la aplicación de la teoría de las estructuras de pecado, se permite ubicar (dentro de la teoría del delito) estos extremos fácticos dentro del juicio de imputación personal o culpabilidad, apartándonos así de las construcciones que intentan hallar asiento a esta fenomenología en sede del injusto penal (del merecimiento de pena).

Cabe ahora, desde el punto de vista estrictamente dogmático atender a dos cuestiones esenciales, a saber: cómo se han de presentar estos factores o fenomenología para que se verifique (efectivamente) la atenuante sobre el juicio de imputación personal; y en segundo lugar, dónde ubicar estos extremos dentro de las distintas normas de Derecho positivo nacional e internacional. Veamos:

III.3.a) ¿Cómo se han de presentar los factores psico-socio-culturales, para que se verifique una atenuante sobre el Juicio de imputación personal?

Si bien no en sus formulaciones puras, hemos considerado lo postulado por Asch, Milgram, Zimbardo, así como a Bauman en su análisis sociológico, a los efectos de clasificar los distintos factores o fundamentos que justifican una atenuante -cuando no, en casos excepcionales, una inculpabilidad- en el comportamiento injusto de aquellos perpetradores directos o indirectos. Especialmente ello, cuando se trate de sujetos sometidos a jerarquía, actuando dentro de un sistema burocratizado de poder, propio del modelo *top-down*, aunque sin desconocer su incidencia también para casos ubicados dentro de un modelo *bottom-up* en la medida en que las relaciones de obediencia y de presión social (del grupo) observen cierta entidad.

La clasificación que hemos hecho en tres *factores* o *fundamentos* no responde, en puridad, a ninguna de las clasificaciones que los autores multi-citados en esta obra hicieron. Ello se debe a que nuestro interés es el de fijar ciertos lineamientos para facilitar el reconocimiento del fenómeno

psicológico y social que la sujeción a un régimen de obediencia dentro de una estructura burocratizada puede generar. Dicho interés jurídico-dogmático, obviamente, no es el que guiara las apreciaciones teóricas de los autores citados, de allí que nos aventurásemos a crear (sobre las bases por ellos esgrimidos) dicha clasificación.

Así, Kelman & Hamilton, distinguen tres categorías: *autorización*, *rutinización* y *deshumanización*. Si bien es cierto que luego complejizan tal esquema atendiendo a la estructura de la situación de influencia social, en donde se distinguen los momentos correspondientes a: (i) la definición de la situación, exposición, y presentación ante el agente; (ii) una orientación positiva, especificación de la respuesta (e influencia del agente); (iii) una conducta inducida (atendiendo a los siguientes grados: prepotencia, poder percibido, importancia de la inducción); y (iv) las condiciones para la consecución de las metas (e influencia sobre el agente: respuesta a la meta, y meta final). Así se conforma un modelo excesivamente farragoso que, si bien no discutimos desde el punto de vista psicológico y sociológico, sí consideramos demasiado confuso como para trasladarlo al ámbito de la teoría del delito.

Por otra parte, hallamos la posición sustentada por el Teniente Coronel de los US Rangers y Profesor de Psicología en West Point, Dave Grossman, quien sustenta la siguiente clasificación:

- 1) *Demandas de la autoridad*, en donde analiza los factores de la proximidad y el respeto a la autoridad, así como la intensidad de la demanda para matar y la legitimidad con la que cuenta dicha autoridad.
- 2) *La absolución por parte del grupo de pares*, en donde analiza los factores de identificación y proximidad del grupo; así como la intensidad del apoyo para que mate.
- 3) *Predisposición del asesino*: donde analiza el entrenamiento, las experiencias recientes y el temperamento psicológico individual.
- 4) *Distancia total respecto a la víctima*: donde vislumbra los factores de la distancia física y de la distancia emocional (en sus distintos componentes: cultural, moral, social y mecánico).
- 5) *La víctima como blanco de atracción*: donde analiza la relevancia de las estrategias (militares) empleadas, la relevancia de la víctima, y el balance entre la ganancia del asesino y las pérdidas del enemigo (ejércitos).

Claro que el problema del que adolece la presente construcción es que concentra el análisis en las muertes cometidas por soldados en guerras o misiones especiales; dejando por fuera a los demás integrantes de la sociedad o del ámbito administrativo-político. Así, si bien reconocemos una fuerte influencia en los resultados de la experiencia Milgram en los puntos 1,2 y 4.

Zygmunt Bauman, por su parte, diferencia tres “*momentos*” o “*efectos*” (manejando tales conceptos de manera indistinta en su redacción original en inglés): *la cercanía social* y *la responsabilidad moral*; *la supresión social de la responsabilidad moral*; y *la producción social de la distancia*. Claro que tales categorías se relacionan mejor con su análisis y crítica de corte sociológico que, si bien nos será de gran provecho para explicar los fundamentos de la posición de

garante en el capítulo siguiente, empero no resulta la manera más prístina de encuadrar un análisis dogmático-penal referenciado al juicio de imputación personal.⁶⁹⁵

En definitiva, hemos pretendido a efectos didácticos distinguir ciertos factores o fundamentos que faciliten el análisis de una compleja y muy interconectada fenomenología social, que no siempre resulta fácil de dividir. Esto último es una verdadera cuestión caracteriológica: los mentados “factores” se hallan a tal punto relacionados entre sí, que resulta imposible explicar el alcance de cada uno de ellos, sin integrar en su explicación los alcances y fundamentos de (al menos) otro de ellos. Ejemplo de estos asertos, resulta ser el análisis secuencial que realiza Hilberg y que analizáramos al tratar los “factores vinculantes”. Allí se puede vislumbrar una verdadera construcción de ingeniería social que, además de procurar el mentado efecto “vinculante” (por el cual el sujeto se va condicionando a cumplimentar con la siguiente etapa a los efectos de evitar reconocer el carácter delictivo de sus acciones u omisiones anteriores), a su vez va gestando un distanciamiento tanto físico como social respecto de las víctimas.

Así, véase que la primera etapa (“Definición”) consiste en un auténtico esbozo de distanciamiento social: definir a un determinado grupo de personas como *outsiders* o diferentes, enemigos e inhumanos. Las etapas que le siguen, refieren a la misma meta que la primera, mediante la reafirmación del distanciamiento social respecto de las víctimas, mas recurriendo para ello a un distanciamiento físico. Como se aprecia, pues, coexisten dentro de una misma ingeniería social dos factores, pasando a consolidarse y/o reafirmarse cada uno de ellos gracias al otro y viceversa.

No obstante, lo anteriormente expuesto no puede hacernos incurrir en el error de considerar que, de no poder verificarse en el caso concreto la presencia de todos estos factores o fundamentos, luego no se configurarían suficientes razones como para computar la referenciada atenuante. Lo que sí se requiere es la presencia clara y manifiesta de alguno de ellos, en la medida suficiente como para que, conforme al parámetro normativo de *la persona media*, se pueda demostrar que el sujeto

⁶⁹⁵ Kelman, Herbert; Hamilton, Lee. “*Crimes of obedience...*” cit.. Grossman, Dave. “*On Killing. The psychological cost of learning to kill in war and society*”, Back Bay Books/Little, Brown and Company, New York, 2009. Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto*”... cit..

concreto sufrió mayores inconvenientes a los efectos de poder motivarse conforme a la norma. Es decir: podemos acreditar suficientemente (siempre en el caso concreto) que el sujeto experimentó una desigualdad de condiciones para motivarse conforme a la norma penal primaria, y ello comparándolo con un sujeto ubicado fuera del contexto situacional que observara la conducta de aquél. Hallándose en alguna medida perturbada su capacidad pasiva de motivarse conforme a la norma penal, aunque ello sin llegar a un extremo propio de la inexigibilidad.

Lo realmente trascendente dentro del análisis de la imputación personal del injusto es atender no tanto a las *condiciones intrínsecas* (del desarrollo de las capacidades intelectivo-cognitivas, del carácter, del temperamento, o de la personalidad del sujeto), sino *extrínsecas*, sociales (condicionantes de la construcción deontológica que el sujeto hace del mundo que le rodea y de las conductas que en él comete).

Si, por el contrario, atendiéramos a los efectos de fundamentar el juicio de imputación personal únicamente a los datos intrínsecos (la personalidad, su capacidad cognitiva), nada hallaríamos de relevancia como para sustentar una desigualdad de condiciones para motivarse conforme a la norma penal primaria. Mas tal análisis sería contrario a la realidad empírica subyacente, así como facilitaría una atribución de responsabilidad penal por una mecánica imprecisa de redistribuir responsabilidades de naturaleza colectiva (desatendiendo a lo que cada individuo realmente hiciera, y dentro del contexto en que lo hiciera).

Por el contrario, *cotejar los elementos extrínsecos que parcialmente condicionaran psicológica y sociológicamente al sujeto a actuar antinormativamente, permite juzgarle como una persona de carne y hueso, y no como “un mero engranaje de una maquinaria”. Pero ello requiere fundamentar, concomitantemente, la responsabilidad penal de aquellos que crearan tal maquinaria (aquellos que pergeñaron dicha ingeniería social mediante la delimitación de los distintos estatus y la orientación de sus respectivos roles).*

III.3.b) ¿Dónde ubicar la subespecie dentro del Código penal español y dentro del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Lo primero que debemos resolver a este respecto (atendiendo al Derecho penal español) es el descarte de la aplicabilidad del instituto proveniente de la

construcción finalista de la “disculpa” conforme a una causal de exculpación. Así, conforme a dicha construcción, a diferencia de las *causas de exclusión de la culpabilidad* (que anularían la existencia de un juicio de culpabilidad a su respecto), *las causas de exculpación* se compondrían de un menor grado de injusto a la vez de comportar un menor grado de culpabilidad.

Pues bien, desde el momento en que hemos adoptado el concepto de imputación personal propia de un normativismo atemperado, mal podemos considerar aquí aplicable tal *causal de exculpación* derivada del concepto finalista del “*no poder actuar de otro modo*”. Me explico: si se partiera en este trabajo de un concepto de culpabilidad propio de la estructura finalista, habríamos de concluir que la misma consistiría en un reproche (supuestamente ontologicista) fundado en no haber cumplido con el mandato de la norma, habiendo podido “*actuar de otro modo*” (esto es, conforme a los requerimientos de la norma penal). Como consecuencia de ello, las causales de exculpación habrían de entenderse, no como causas que excluyen totalmente a la culpabilidad, sino como causas que producen una disminución relevante sobre tal “*poder actuar de otro modo*”.

Como señala Mir Puig, tal construcción no es convincente y demuestra la inidoneidad de la idea del *poder actuar de otro modo* como fundamento de la responsabilidad penal. El que se tenga una *culpabilidad disminuida* (mas no totalmente excluida), así como también (por ejemplo, en el caso de un *estado de necesidad por coacción*) un *injusto disminuido* (ello en la medida en que la acción injusta tuviere como finalidad el salvaguardar a otro bien jurídico, aunque de menor entidad respecto del lesionado) no justifica –atendiendo al *principio de igualdad y de proporcionalidad penal*- el que se “*disculpe*” de toda la pena. Ello en la medida en que, por ejemplo, las faltas leves sí son objeto de la imposición de una pena, ello aunque objetiva y subjetivamente representen hechos mucho menos graves que el anterior “*disculpado*”.⁶⁹⁶

Por otra parte, no es relevante determinar si -conforme a su libre albedrío- el sujeto pudo desarrollar o no un curso causal hipotético de conformidad con la norma de conducta. La imputación personal no se ha de construir sobre juicios hipotéticos, sino sobre realidades empíricas: determinando si el sujeto concreto, en

⁶⁹⁶ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 601.

el caso concreto, estaba en igualdad de condiciones respecto de la persona media para motivarse conforme a la norma.

De allí que el concepto de imputación personal o culpabilidad que hemos seguido (tal como hemos expuesto *in extenso supra*) sea aquel (normativo) que entiende imputable el hecho antijurídico al sujeto concreto, en la medida en que observara una situación motivacional en la cual le fuere exigible evitar el injusto (por ajustarse aquella situación motivacional a la de la “persona media”). Por ello no cabe concebir una causal de exculpación supralegal construida sobre las bases del “no poder actuar de otro modo”, sino que a lo que tendremos que ceñir el análisis es a la capacidad o incapacidad del reo de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una *motivación normal*.

Conforme a estos últimos extremos, cuando se verifique, sobre una persona sometida a jerarquía y actuando dentro de una estructura burocratizada, alguno o algunos de los factores socio-psicológicos y culturales que expusieramos como (i) distanciamiento de la víctima, (ii) factores vinculantes, o (iii) moralización de la función, *siempre ha de configurarse –cuanto menos- una circunstancia atenuante con la consiguiente rebaja de la pena a ser individualizada*. Esto requiere que en el caso concreto, no se hayan verificado otras circunstancias agravantes como (conforme al CPE) las de ensañamiento (art. 22.5ª: “Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”); la alevosía (art. 22 1ª: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”); en cuyos casos cabría dejar sin efecto la atenuante indicada respecto del *quantum* de la pena que se haya de individualizar.

A los efectos de ilustrar lo anterior, podemos traer a colación el caso de Irma Grese, conocida como “el Ángel de Auschwitz”. Esta guardiana de los campos de concentración de *Auschwitz-Birkenau*, *Bergen-Belsen* y *Ravensbrück* fue condenada a muerte en la horca por el Tribunal militar de la zona de ocupación británica.

Sus delitos se estimaron en una media de treinta crímenes diarios que iban desde abusos sexuales a niños, pasando por torturas y llegando a crueles asesinatos a sangre fría. Concretamente, y conforme a las actas del Juicio de *Bergen-Belsen*:

“Ha sido descrita como la peor mujer de todo el campo. No había crueldad que no tuviese relación con ella. Participaba regularmente en las selecciones para la cámara de gas, torturando a discreción. En Belsen, continuó con el mismo comportamiento, igualmente público. Su especialidad era lanzar perros contra seres humanos indefensos.” (...) “Grese gustaba de azotar con su fusta en los senos a jóvenes bien dotadas, con el objeto de que las heridas se infectaran. Cuando esto ocurría, yo tenía que ordenar la amputación del pecho, que se realizaba sin anestesia. Entonces ella se excitaba sexualmente con el sufrimiento de la mujer.”⁶⁹⁷

A lo anterior se le agrega una larga lista de crímenes tales como dar latigazos; abusar sexualmente de niños y de mujeres luego de someterles a torturas; disparar a matar a las internas cuando por agotamiento físico se caían; lanzar sus perros especialmente adiestrados y hambrientos para que devoraran a sus víctimas; hacer la “selección” de reclusos al llegar al campo, tanto para enviarles a la cámara de gas, como para los experimentos del tristemente célebre Dr. Mengele.

Analizando su historial personal, podemos entender claramente el por qué Grese era “material” más que propicio para integrar el estamento *infra-estatutario* de una estructura de pecado. Veamos: Grese había quedado huérfana de madre siendo muy pequeña y se crió en un hogar donde no abundó el cariño ni especiales atenciones a ella. Carecía de amigas tanto en su niñez como en su adolescencia, y observó un pésimo rendimiento en la escuela (quedando más que acreditado el hecho de que carecía de una inteligencia media). En su adolescencia tardía, halló consuelo y una ferviente fascinación por la *Bund Deutscher Mädel* (Liga de la juventud femenina alemana) que era la variante femenina de las Juventudes Hitlerianas, así como luego por las *Waffen-SS*.

No es difícil presumir entonces que como individuo inmerso en el estamento *infra-estatutario* de las instituciones antedichas, así como de los distintos campos de concentración en los que actuara después, Irma Grese sufrió de los fenómenos de alienación y sumisión, como de las características propias del estado de agencia, analizados *supra*. Todo ello, justificante de la aplicación a su respecto de la atenuante analizada, y ello en atención al déficit de imputación personal o culpabilidad visto.

⁶⁹⁷ Álvarez, Mónica. “Guardianas nazis. El lado femenino del mal”, Edaf, Madrid, 2012, págs. 73 y ss..

Sin embargo, de los testimonios y demás pruebas diligenciadas en el citado juicio emerge la convicción de que (más allá de los efectos que la estructura de pecado en la que se hallaba insertada pudiera generarle) Grese gozaba sádicamente de sus delitos. Tanto por el modo horrendo y salvaje en que cometía sus crímenes, como por los excesos que observaba en el cumplimiento de sus órdenes, está claro que pertenecía a ese margen de entre el 1 y el 2% de sádicos que los psiquiatras sociales y psicólogos concuerdan que existen en toda comunidad o institución humana.⁶⁹⁸

Grese no era una demente, extremo contrastado por los análisis que le practicaron las autoridades inglesas cuando su detención al liberar el campo de *Bergen-Belsen*. Sabía perfectamente lo que estaba haciendo y era capaz de controlar sus actos. No obstante ello, era una sádica que, aprovechando la impunidad y poder que su pertenencia a una determinada estructura de pecado le aportara (como guardiana del campo de concentración), dio rienda suelta a su vicio y malignidad.⁶⁹⁹

Lo anterior es fácilmente constatable en el hecho que, de todas las mujeres provenientes de las *Bund Deutscher Mädel* y que ocuparan cargos policiales dentro del Tercer Reich, sólo *diecinueve* observaron un grado de depravación similar a Grese.

Ahora bien, todas las guardianas nazis (sin excepción) integraron el estamento *infra-estatutario* de una estructura de pecado. Todas, por ende, estuvieron expuestas a los fenómenos vistos que afectan al juicio de imputación personal. Empero, no todas ellas mataron niños a sangre fría, ni amputaron senos, ni atacaron con perros, ni sacaron ojos. Claramente estos extremos delictivos no se explican por la propia dinámica de la estructura de pecado (efectos exógenos de la persona) sino por una especial predisposición del agente respecto del delito (y de una especial malignidad en el modo de perfeccionar tales delitos). Extremos estos que, lejos de sugerir una atenuante al *quantum* de la pena, conducen tanto a la anulación de todo efecto atenuante de la pena, como -por su mayor peso respecto de la función preventiva de la pena- a la imposición de una agravante.

Volviendo ahora al análisis de la circunstancia atenuante, recordemos que como tal, consiste en una circunstancia modificativa de la responsabilidad. Lo propuesto

⁶⁹⁸ Pinker, Steven. “*The better angels of our nature...*”cit., págs. 675 y ss. Stone, Michael. “*The anatomy of evil*”, Prometheus books, New York, 2013, págs. 85 y ss..

⁶⁹⁹ Al respecto, vide: Beresford, N.C. “*The Belsen Trials 1945-48*”, Amazon.co.uk editions, Marston Gate, 2010, págs. 22 y ss..

aquí, pues, consiste en valorar los extremos analizados *supra* como elementos accidentales del delito, puesto que –en la generalidad de los casos– no afectan a la existencia del mismo, sino a la gravedad o cuantía de uno de sus elementos esenciales: su imputación personal.

Dentro del CPE, estas circunstancias hallan asiento en la disposición del art. 21.6º que establece: “*Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.*” Se trata de las llamadas atenuantes analógicas (esto es: circunstancias que son análogas a las expresamente reguladas por la Ley).

Por “análoga significación” ha de entenderse una *equivalencia en su significado*: no requiriéndose (a tales efectos) que exista un *parecido externo* respecto de alguna de las circunstancias expresamente reguladas en la Ley.

Para determinar la referida “*equivalencia de significado*”, se ha de atender al significado propio de las atenuantes: “*(...) el disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena.*”⁷⁰⁰ Habrá atenuante analógica en la medida en que se verifique tal equivalencia de significado, la que se observará en toda circunstancia que aminore cualquiera de los tres extremos indicados en la cita anterior.⁷⁰¹

No obstante lo expuesto, Mir Puig señala que la Jurisprudencia española suele interpretar la mentada norma de forma mucho más restrictiva, exigiendo la verificación de una analogía con los elementos de una circunstancia atenuante expresamente regulada. De allí que proponga el mentado autor, la realización de una interpretación intermedia: “*(...) debe existir analogía respecto al efecto de modificación de injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante, lo que no debe llevar hasta exigir la analogía de elementos*”.¹

Conforme, entonces, a esta posición doctrinal, la atenuante analógica (para ser tal, y tener efectos sobre el caso concreto) habrá de verificar no sólo una disminución del grado de imputación personal del hecho, sino también una identidad (equivalencia) respecto a la específica razón que constituya el fundamento particular de una

⁷⁰⁰ Mir Puig, Santiago. “Derecho penal, parte general...” cit., pág. 613.

⁷⁰¹ Mir Puig, Santiago. “Derecho penal, parte general...” cit., pág. 613. Antón Oneca, José; Rodríguez Muñoz. “*Parte General*”, editorial Reus, Madrid, 1986, pág. 347.

atenuante expresamente regulada en la Ley. En el caso, el fundamento particular de un estado de necesidad exculpante, o un miedo insuperable.

En lo que respecta al *ordenamiento jurídico-penal internacional*, atenderemos aquí a lo regulado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (cfe. Tratado de Roma), por ser dicha normativa la más evolucionada hasta el momento, así como la que vincula a la mayor cantidad de países (que la han ratificado). Conforme a tal sistema, nos encontramos en sede de interpretación con una verdadera norma de reenvío (art. 21.1.c) que se remite a los ordenamientos jurídico-penales nacionales, extremo éste que se ve reiterado en el art. 78 en sede de individualización de la pena. Veamos:

Conforme al art. 21.1.c, se autoriza a la Corte a recurrir a los principios generales del derecho que deriven del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, y más precisamente (aunque sin derivarse de ello ningún orden de prelación) a los que deriven del ordenamiento interno del Estado que, normalmente, ejercería jurisdicción sobre el delito (de no ser por la actuación de la Corte Penal Internacional). De tal guisa, a los efectos de integrar la norma penal secundaria, puede la CPI atender al régimen de circunstancias alteratorias vigente en los ordenamientos jurídicos internos; siendo el régimen de atenuantes reconocido por la vasta mayoría de regímenes jurídico-penales occidentales.

El artículo 78 del Estatuto trata de la determinación o individualización de la pena, y al respecto señala que, para ello, la Corte deberá considerar tanto la gravedad del delito como las circunstancias personales del condenado; permitiéndose a través de estos últimos factores, la consideración de las atenuantes personales (tal como se desprenden de los ordenamientos jurídicos internos, atendiendo al tenor del art. 21 antes referido).⁷⁰²

Por otra parte, lo antes señalado es plenamente compatible con los extremos exigidos por el art. 21.3 del referenciado Estatuto, el que reza: *“La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo ha de ser compatible con los Derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin hacer distinción alguna fundada en razones como el género (definido en el párrafo 3 del*

⁷⁰² Article 78. Determination of the sentence. 1. In determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

art. 7º), la edad, la raza, el color, la religión, el credo, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”⁷⁰³

Interpretado el régimen estatutario bajo esta disposición, no sería aceptable aplicarle a algunas personas el régimen de atenuantes reconocido de modo cuasi-universal por los regímenes jurídico-penales democráticos, y a otras no. Una correcta interpretación lógico-sistemática de ambos numerales del art. 21 exige considerar siempre la aplicabilidad del régimen de atenuantes (en caso, claro está, de que se corresponda con las circunstancias del caso concreto). Ello está parcialmente recogido por el “Comité para la preparación de reglas sobre procedimiento y evidencia de la ICC” (ICCRPE). Este -tras un largo debate acerca de las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena- alcanzó una fórmula de compromiso, a través de la cual dispuso la confección de una lista (corta y con efectos meramente ilustrativos) de los factores que se consideraron viables y apropiados para que fuesen considerados por los jueces de la ICC a la hora de dictar sentencia.⁷⁰⁴

De allí surgió la Regla N° 145 ICCRPE que se refiere al régimen de circunstancias agravantes y atenuantes y que, pese a constituir un importante avance dentro de las legislación penal internacional a este respecto, sigue adoleciendo de la falta de un criterio unificado para la evaluación de las distintas circunstancias, del peso relativo a atribuirle a cada una de ellas, así como de su incompatibilidad respecto del principio de legalidad en lo que a la analogía *in malam partem* y el listado “abierto” de circunstancias agravantes se refiere.⁷⁰⁵

⁷⁰³ Article 21. Applicable law. 3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, color, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.”

⁷⁰⁴ Hallándose tal criterio más próximo al pretendido por las delegaciones alemana, canadiense, australiana y francesa, que al sustentado por la delegación española que abogaba por la confección de una lista no taxativa de las circunstancias atenuantes, y por una taxativa sobre las circunstancias agravantes.

⁷⁰⁵ En tal sentido vide: D’Ascoli, Silvia. “Sentencing in International Criminal Law. The UN ad hoc tribunals and future perspectives for the ICC”, *Studies in International & Comparative Law/Hart Publishing*, Oxford, 2011, pág. 270.

Atendiendo a la regulación misma, hemos de partir (nuevamente) del tenor de la norma del art. 78.1 del EICC que exige que el Tribunal tenga en cuenta a la hora de individualizar la pena los siguientes extremos: la gravedad del delito, y las circunstancias individuales o personales del reo. Dichos extremos –sin perjuicio de lo expuesto anteriormente respecto del art. 21.3- se han aplicar de conformidad con lo dispuesto en la citada Regla 145 ICCRPE. El párrafo 1º de dicha norma establece una serie de indicaciones al Tribunal respecto a la individualización de la pena, señalando el deber de prestar especial atención a los siguientes factores:

Primeramente, de conformidad con sus literales a) y b), se deberá atender al *principio de culpabilidad*:

“a) *Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal;*

b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen”.

De tal modo se dispone, por primera vez en la historia de la codificación del Derecho penal internacional, tal criterio proporcional por el que la medida máxima de la pena a imponer haya de determinarse conforme a la culpabilidad del sujeto respecto del injusto. Conforme a ello, se ha de ponderar (siempre a los efectos de la individualización de la pena) la incidencia de las distintas circunstancias agravantes y atenuantes, las circunstancias personales del reo, así como las particularidades del delito (siendo estos dos últimos extremos, una reiteración innecesaria del texto del art. 78.1 del EICC). Todo ello se desarrolla en el siguiente literal c):

“c) *Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.”*

Así, a los efectos de la ponderación se contemplan cuestiones como la magnitud de la lesión provocada al bien jurídico tutelado, la naturaleza de la conducta injusta, los medios empleados para la ejecución del delito, así como las circunstancias personales del acusado tales como edad, educación, y condición socio-económica. Concretando en las circunstancias atenuantes, el párrafo 2º de la precitada norma

establece un catálogo no taxativo que incluye: los esfuerzos del reo para resarcir del daño causado a las víctimas; la cooperación con el Tribunal; las circunstancias que no sean suficientes para la configuración tanto de una causa de justificación como de una causa de exculpación. Este último caso, comprende tanto situaciones parciales de disminuciones sustanciales de capacidades mentales, como de estados de necesidad disculpantes incompletos. Pues bien, en estas últimas circunstancias, hallan acogida todos los extremos referenciados en este trabajo acerca de la atenuante correspondiente a aquellos ubicados dentro de un estamento *infra-estatutario* de una estructura de poder.

III.4) Las situaciones de inexigibilidad.

Tal como hemos venido indicando, la responsabilidad de los sujetos que integran este estamento *infra-estatutario* se atribuye y (concomitantemente) se restringe al estatuto correspondiente a cada uno de ellos (dentro de la institución inicua). Más concretamente, habrá que estar a la *iniciativa* que concede y reconoce tal estatuto al sujeto. Como bien se ha expresado, las acciones puestas o consideradas por el actor individual dentro del marco de dicho estatuto son suyas, le pertenecen; de allí por qué ha de responder por ellas. Pero eso es así fundamentalmente porque aunque las ponga o considere en un campo de acción estructurado, al sujeto se le reconoce un auténtico margen de libertad y de iniciativa. La efectuación del rol requiere (*prima facie*) una plena responsabilidad individual para aquello que se escoge y se hace en el interior de esta esfera de responsabilidad.

La señalada responsabilidad individual de los sujetos de este estamento deberá presuponerse siempre, *mas ello como principio general, y no como una realidad axiomática o una presunción iuris et de iure*. A continuación habrá de ponderarse (es decir, determinar su *quantum*) por las oportunidades reales de accionar que atribuye el estatuto. Ello bien puede determinar (en atención a una casuística concreta) que un estatuto haya limitado a la persona a tal grado *que ésta no se viere con oportunidades reales de optar cómo ejecutar su rol*. Así, la autonomía individual se puede ver tan reducida por un campo estructurado de acción que el sujeto carezca, en definitiva, de *esfera de iniciativa relevante alguna*. Estos últimos casos que, repetimos, no obedecen a la generalidad de los casos, son los que constituyen la base empírica de las situaciones de inexigibilidad. Aquí ya no

hablamos de una atenuante, sino de una situación de irresponsabilidad penal; situaciones anormales que la persona media tampoco habría podido superar.

Dado que ni la persona media habría podido resistir tal presión sobre la motivabilidad, se concluye que se está ante una situación de inexigibilidad conforme al patrón normativo de no exigirle a nadie lo que la persona media no es capaz de superar o soportar. La anormalidad motivacional no procede de una anormalidad endógena (permanente o transitoria) sino exógena: proviene de la situación en la que se halla suscrita la persona (subsumida en el *estamento infra-estatutario* de una estructura de pecado). El fundamento de su impunidad es que el Derecho no puede castigar las conductas que sean adecuadas al proceder de una persona media; aunque se trate de una conducta prohibida, merecedora de pena. *“Un Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ‘no exigibilidad’: las conductas heroicas no son exigibles.”*⁷⁰⁶

III.4.a) Situaciones de inexigibilidad fuera de los casos de compulsión.

En el presente apartado, trataremos de los casos en los cuales los mismos extremos que justifican la atenuante analizada anteriormente, se presentan en mayor grado. De hecho, de tal forma que justifican la consideración a su respecto de la configuración de una verdadera situación de inexigibilidad.

Así, hallamos situaciones (como insistiéramos anteriormente: excepcionales) en las que el campo estructurado de la acción se halla tan reducido que la propia función mimética se reduce a su mínima expresión (esto es, lo suficiente como para que sigamos hablando de una conducta humana relevante para configurar un injusto merecedor de pena). Tal limitación de la función mimética es producto de los efectos de alienación y sumisión llevados a su más extrema expresión. Es fruto también de factores tales como el distanciamiento de las víctimas, los factores vinculantes y la moralización de la función. Todo ello conduce a una insoportable reducción de la motivabilidad por la norma penal, que desemboca (normativamente) en el reconocimiento de una situación de inexigibilidad o de imposibilidad de imputación personal del injusto penal.

⁷⁰⁶ Mir Puig, Santiago. *“Derecho penal, parte general...”* cit., pág. 592.

Puede sonar extraño *a priori*, que dentro de las situaciones excepcionales que componen estos casos, que me refiera al de los niños soldados. Ello puesto que la posición mayoritaria tanto en los fundamentos de los fallos de los Tribunales internacionales, como de la doctrina sobre Derechos Humanos, suelen identificar estos casos como los más paradigmáticos en lo que a situaciones de compulsión respecta. Empero, un análisis normativo atemperado por la realidad empírica subyacente arroja forzosamente un resultado diferente (respecto de la fundamentación y no de la configuración a su respecto de una causal de inexigibilidad; y siempre todo ello con total independencia de la legislación en materia de inimputabilidad por minoría de edad). Veamos:

La triste realidad a nivel mundial conforme a estadísticas oficiales⁷⁰⁷ es la de que existen al menos medio millón de niños actuando como combatientes en conflictos armados; siendo especialmente delicada la situación en el continente africano (donde, considerando la falta de estadísticas serias, podría superar holgadamente dicha cifra, aunque sin llegar a ciertos números exagerados que a veces manejan los medios de prensa).⁷⁰⁸ Así, ciertos conflictos africanos se caracterizan por la existencia de alistamientos forzados y voluntarios de menores de edad, en casos como el conflicto de Sierra Leona, Uganda y la República Democrática del Congo.

En el último de los conflictos mencionados, se fundamentó la causa llevada adelante por la ICC contra Thomas Lubanga Dylo. En dicha causa, sostuvo el fiscal Moreno Ocampo en su presentación del caso ante la Corte que el EICC encuentra irrelevante que los niños se hayan unido a la milicia de Lubanga voluntariamente o que sus padres (voluntariamente) los hayan allí encomendado. El consentimiento – sostuvo- no es una defensa válida: sencillamente no puede existir libre albedrío

⁷⁰⁷ Informe del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) de 2002, citado por Drumbl, Mark. “*Child soldiers: agency, enlistment, and the collectivization of innocence*” en “*Collective violence and International criminal justice. An interdisciplinary approach.*” (Alette Smeulers, ed.), Interesentia, Amberes, 2010, pág. 207.

⁷⁰⁸ Cfe. Smeulers, Alette; Haveman, R. “*International crimes and criminology: an agenda for future research*” en “*Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*”, Interesentia, Amberes, 2008, pág. 495.

(libertad de decidir) para aquellos niños y sus padres sometidos al contexto violento de (la provincia del Congo) Ituri.⁷⁰⁹

La razón que subyace a estos asertos, es la de sostener una manifiesta incapacidad por parte de los menores a oponerse al cumplimiento de las órdenes, así como a la insoportable compulsión provocada por dichas milicias a la hora de “reclutar” niños para sus filas en las distintas aldeas. Dentro de este marco, es que se ha argumentado: *“Los autores sobre Derechos Humanos tradicionalmente no han percibido la necesidad de teorizar sobre la violencia de los niños y de los adolescentes, puesto que las acciones de estos jóvenes durante un conflicto armado han sido vistas/entendidas como el resultado de actos de comisión u omisión perpetrados por adultos (...) Los niños y niñas soldados son desnudados de todas sus facultades de libre albedrío, sobre la base que sus decisiones de alistarse no son tenidas como ejercicios de una libre y racional decisión. De allí que sus participaciones en los conflictos violentos sean vistas como consecuencia de la intercesión de conductas de adultos, cuyo propósito es –justamente– coaccionar, engañar, explotar, o tomar cualquier otro tipo de ventaja sobre éstos jóvenes.”*⁷¹⁰

Conforme a tales asertos, se facilita la fundamentación de la responsabilidad de determinados líderes políticos o militares por el delito de alistamiento o utilización de niños en hostilidades bélicas. Mediante la consideración de los niños soldados como completamente inocentes, autómatas, y entidades carentes de todo libre albedrío y voluntad propia se evita el tener que recurrir a construcciones dogmáticas de imputación sobre la base de la responsabilidad del superior lo que requeriría la prueba específica acerca de lo que cada niño hizo y de qué modo.⁷¹¹ De tal modo es que Moreno Ocampo, durante el juicio a Lubanga, presentó a los distintos exniños combatientes para que comparecieran como testigos, como víctimas aterrorizadas, abducidas, dirigidas, y forzadas a seguir órdenes; instruídas a matar y violar; en definitiva personas *“cuya niñez fuera robada al forzarles a*

⁷⁰⁹ *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-trial Chamber I, confirmation of charges decisión, ICC-01/04-01/06, de 29 de enero de 2007, par. 9.

⁷¹⁰ Boyden, J. *“Children, war and world disorder in the 21st. Century: a review of the theories and literatura on children’s contribution to armed violence”*, working paper n°138, Oxford University Press, Oxford, 2006, págs. 8 y ss..

⁷¹¹ Cfe. Drumbl, Mark. *“Child soldiers: agency, enlistment, and the collectivization of innocence”* cit., pág. 216.

matar y a violar (...) victimizándoles antes de que tuvieran la oportunidad de convertirse en adultos responsables capaces de tomar sus propias decisiones".⁷¹²

Si bien es cierto que gran parte (si no todos) los testigos presentados en el Caso Lubanga podrían ajustarse a la descripción hecha por el Fiscal Jefe, lo cierto es que no pueden generalizarse tales extremos a todo el universo de conflictos ocurridos en el continente africano, ello conforme a los extremos que mencionaremos a continuación conforme a la evidencia empírica surgida de las investigaciones *in situ* llevadas adelante por distintos investigadores particulares, así como por organizaciones internacionales (fundamentalmente: UNICEF). Empero, lo que no dejan de ser ciertas son las citadas palabras de Moreno Ocampo, en el sentido de que estas personas (Lubanga *et al.*) sí roban la inocencia y la niñez de esos menores, victimizándoles de por vida, pero de un modo aún mucho más perverso, profundo y prolongado que el que una mera compulsión pudiere generar. Me refiero, claro está, a la utilización de la propia dinámica de las estructuras de pecado anteriormente estudiadas.

Con lo anterior, de ninguna manera pretendo desconsiderar tremendas agresiones que, al momento de "reclutar" por la fuerza, algunas de estas milicias llevan a cabo contra la integridad física y psíquica de los niños. Así, v.gr., el Frente Revolucionario Unido (RUF), en Sierra Leona, se caracteriza por ser un brutal grupo armado, secuestrador de niños, a los que al momento de capturarles les marcan a fuego en el pecho las iniciales de la milicia para "marcarles" como de su propiedad de por vida. Otros como la milicia de Joseph Kony, la Armada de Resistencia del Señor (LRA) en Uganda del Norte, se caracterizaron por secuestrar niños en las distintas aldeas de la etnia Acholi a los que, en algunos casos, sometían a programas de control mental, los que incluían extremos como el pasar tremendos períodos de hambruna e incomunicación, así como pasar "pruebas de lealtad" del tenor de tener que herir o matar a otras personas, generalmente hermanos o compañeros de juego de sus aldeas.⁷¹³

Lo que sí vengo a sostener es que la vasta mayoría de niños reclutados en tales ejércitos o milicias no obedecen a técnicas compulsivas y agresivas como las

⁷¹² *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-trial Chamber I, confirmation of charges decisión, ICC-01/04-01/06, de 29 de enero de 2007, *Moreno Ocampo, opening statement*, par. 30.

⁷¹³ McDonnell, F.; Akallo, G. "*Girl soldier: a story of hope for northern Uganda's children*", Chosen Books/Baker Publishing Group, 2007, New York, pág. 24.

anteriores, sino a un sutil juego de ingeniería social que busca destruir todo nexo del menor con las instituciones profundas sociales (que apenas estaba empezando a incorporar mediante la construcción de su propia escala axiológica). En su lugar, se construye –en su lugar- una *Weltanschauung* particular que obedece a instituciones societales que constituyen verdaderos anti-valores respecto de las mentadas relaciones sociales naturales.⁷¹⁴

Así, tomando en consideración los datos emergentes de la Investigación sobre la juventud afectada por la guerra llevada adelante en 2006 por UNICEF Uganda respecto de la milicia de Joseph Kony (LRA) y sus prácticas de abducción de niños en las villas y aldeas del norte de Uganda –pertenecientes al grupo étnico Acholi-, podemos extraer los siguientes datos fácticos:⁷¹⁵

Más de un tercio de los niños y de un sexto de las niñas de Acholiland fueron secuestrados o conducidos por las fuerzas del LRA desde sus aldeas a los campamentos de dichas fuerzas. La mayoría de ellos permanecieron por cortos espacios de tiempo, regresando a sus aldeas en cuestión de días o semanas. Sólo el 62% de las niñas y el 40% de los niños permanecieron más de dos meses en los campamentos, y tan solamente el 18,4% de los niños y el 13,9% de las niñas permanecieron por más de un año. Y una cifra cercana al 20% representa a los varones que nunca regresaron, alistándose definitivamente en las filas del LRA. La gran mayoría de los que regresaron, por su parte, lo hicieron escapando por sus propios medios, al constatar que no estaban siendo vigilados, ni sujetos a amenaza cierta alguna; siendo rescatados o liberados un escasísimo número de ellos.

Por otra parte, la vasta mayoría de los niños manifestó haberse sentido (en algún momento de su cautiverio) parte del LRA, sintiéndose a gusto con permanecer allí, y sintiendo lealtad hacia la persona de Joseph Kony. Agregando el informe que el 50% de los entrevistados (independientemente del tiempo que permanecieron en filas del LRA, o que no regresaran nunca) sostuvo haberse enrolado

⁷¹⁴ Respecto de la constatación que la mayoría de casos de reclutamiento de niños en las milicias africanas no obedece a situaciones de violencia o compulsión, *vide*: Rosen, D. “*Armies of the Young: child soldiers in war and terrorism*”, Rutgers University Press, New Brunswick, 2005, págs.. 298 y ss.

⁷¹⁵ Annan, J; Blattman C.; Horton, R. “*The state of youth protection in northern Uganda: findings from the survey for war affected youth*”, Uganda: Unicef, págs. 51 y ss..

voluntariamente al movimiento (obviamente que con un consentimiento viciado, más no por ello inexistente).

Ahora bien, de aquellos niños reclutados, el 87% fue obligado a realizar tareas de trabajo pesado, como transportar pesadas cargas; el 23% fue obligado a pisotear o vilipendiar de cualquier otro modo los cadáveres de las víctimas; el 13% fue obligado a tomar parte en enfrentamientos armados; el 2% fue obligado a violar mujeres; el 20% fue obligado a lastimar a alguien que fuere un familiar o amigo; y al 8% se le ordenó matar a un familiar o amigo. Dejando al respecto constancia de que cuando el informe dice que se ordenó o que se obligó, no hace referencia a qué tipo de circunstancias rodearon dichos actos de ordenar y/u obligar, a los efectos de determinar la gravedad de los mismos.⁷¹⁶ Aunque tales extremos bien pueden explicarse por lo siguiente:

Del informe surge que si bien los niños “abducidos” por las fuerzas del LRA fueron testigos de tremendas escenas de violencia, sólo una pequeña parte de ellos fueron sometidos a actos de violencia extrema u obligados a tomar parte en delitos internacionales.⁷¹⁷

De dicha minoría, tenemos que los actos de violencia fueron exigidos por las milicias cuando el sujeto llevaba ya un tiempo relativamente extenso en sus filas (generalmente un año). Durante dicho tiempo, las fuerzas del LRA iban generando en el sujeto (niños de entre ocho y quince años) los efectos de alienación y sometimiento propios de un individuo perteneciente al estamento *infra-estatutario* de una estructura de pecado. Lo que en gran medida explicaría por qué recién cuando pasaba tal cantidad de tiempo se le exponía a esas “pruebas”, como también el por qué de la predisposición de los niños a cumplir con ellas. No sería tan relevante el modo en que se exteriorizaran las órdenes genocidas o de lesa humanidad, puesto que las conductas desarrolladas por los menores no se explican como una reacción o consecuencia directa de aquellas, sino de todo el proceso obnubilante generado por la estructura de pecado.

⁷¹⁶ Drumbl, Mark. “*Child soldiers: agency, elistment, and the collectivization of innocence*” cit., pág. 222.

⁷¹⁷ Así se ha señalado: “*Although any instance of this violence is tragic, the fact remains that only a small subset of all abductees were forced to commit violations of International Law.*” Drumbl, Mark. “*Child soldiers: agency, elistment, and the collectivization of innocence*” cit., pág. 222.

Lo anterior, desde el punto de vista antropológico se ha explicado en atención a tres extremos: la adopción o tutela de los niños (*child fostering*); la institución del pupilaje (*apprenticeship*); y los ritos de iniciación propias de sociedades secretas.⁷¹⁸ Así, la adopción o tutela es una institución social muy extendida especialmente en zonas del África occidental, dentro de una sociedad en donde los niños suelen hallarse huérfanos o abandonados por sus familias biológicas, o bien entregados a otras familias u organizaciones para que aporten sus fuerzas laborales a cambio de su subsistencia y cuidados. No es raro, pues, que las milicias suelen emplear el lenguaje y las maneras propias de esta institución, mas con la finalidad (efectiva) de reclutar soldados o mano de obra esclava.

Respecto del pupilaje, la misma resulta ser una institución vital en dichas partes del mundo, constituyendo muchas veces la única fuente para aprender un oficio o entrenarse en determinado arte o disciplina. el pupilaje muestra una naturaleza similar a la que tuviera en las sociedades europeas de la baja Edad Media, “el maestro” o “jefe” adquiere un relieve preponderante, así como se constituye en la fuente (principal, cuando no única) de autoridad legítima. Dentro de dicho marco, se puede visualizar también el proceder de estas milicias (especialmente en Sierra Leona y en Liberia), constituyéndose como centros de preparación y entrenamiento, pero ello no respecto de una determinada disciplina o arte, sino respecto de la misma guerra. se sustituye, asimismo, la figura del maestro o jefe, por la del líder militar o paramilitar, y se observa a su respecto todo lo señalado sobre la experiencia Milgram y del estado de agencia (*vide supra*).

A lo anterior, corresponde agregar los ritos de iniciación propios de las sociedades secretas. Así, el ingreso en las milicias (tanto si los niños han sido llevados de sus hogares de modo voluntario o violento) se suele servir de estos ritos a los efectos de generar sobre los niños la idea del pasaje de la niñez (de la que se les despoja) a la adultez, pasando a considerárseles ya una parte indivisible del grupo. En definitiva, no sólo se atiende en lo anterior al fenómeno del “*bricolaje*” explicado por Lévi-Strauss (*vide supra*) al tergiversar la finalidad de determinados ritos o costumbres sociales; sino que también se visualiza en estos extremos con perfecta nitidez la confirmación de nuevas identidades de correspondencia (el ser parte o no del

⁷¹⁸ Shepler, Susan. “*The rites of the child: global discourses of youth and reintegrating child soldiers in Sierra Leone*”, *Journal of Human Rights* N°4, 2005, págs. 197-211.

grupo) lo que se consolidaría (al menos simbólicamente) a través del rito de iniciación.

Así, la pertenencia a este tipo de grupo supone a su vez una ruptura respecto de las instituciones sociales profundas. En el caso de los niños se afecta directamente a la escala axiológica personal que cada uno de ellos iba construyendo sobre aquellas bases correspondientes al principio de “querer vivir todos juntos”, o de las relaciones sociales naturales. De tal guisa, tal tipo de relaciones sociales se ven sustituidas por relaciones de dominio, propias de las estructuras de pecado. Las relaciones sociales se conforman sobre la base de anti-valores que –a su vez– opacan, dificultan, llegando (incluso) a anular el acceso a los valores correspondientes a la norma penal y su correlativa motivabilidad.

Aquí, derechamente, estas relaciones de dominio pasan a convertirse en los valores que interioriza el individuo (menor de edad) resultándole por ello extremadamente difícil la recepción de motivabilidad alguna por parte de la norma penal y afectándose gravemente la capacidad pasiva del sujeto (incluso cuando alcance la mayoría de edad) para motivarse conforme a la norma. Para esa persona, los valores vida, libertad, libertad sexual, propiedad, etc., pasan a componerse de un modo absolutamente diferente al que –sobre ellos– se habrían formado de haber tenido una infancia normal (incluso dentro de un contexto socio-económico tan complicado como el de la mayoría de las sociedades africanas). Así, resultaría extremadamente injusto –y constituiría una violación flagrante al principio de culpabilidad– imputarle personalmente una acción injusta por no haberse motivado conforme a la norma (es decir: por no haber reconocido la escala axiológica subyacente a la norma penal primaria que, si bien se corresponde a la concepción social, para nada puede ser concebida del mismo modo por el sujeto y sus circunstancias de vida desde su infancia).

III.4.b) Situaciones de inexigibilidad por compulsión: el estado de necesidad disculpante.

Ahora bien, aparte de las situaciones de inexigibilidad o inculpabilidad, existen otras que obedecen a otras razones que a las de alienación y sometimiento, a su vez causadas por los factores de distanciamiento de la víctima, factores vinculantes y moralización de la función. Por el contrario, las situaciones que analizaremos en

este apartado tienen como causa distintas formas de amenazas o violencias que sufren los sujetos integrantes de un estamento infra-estatutario de modo que se elimina la función mimética (o se la reduce a sus mínimos) y con ello también a la motivabilidad por la norma penal. Siempre, claro está, partiendo del supuesto de que la motivabilidad consiste en la capacidad pasiva de ser influenciado normalmente por las normas.

De hecho, la capacidad de motivabilidad del sujeto también se halla anulada (o extremadamente limitada) respecto de los factores sociológicos, psicológicos y culturales propios de la estructura de pecado. Lo que se verifica en el hecho de que, rara vez el sujeto sometido a estas amenazas y violencias directas, desnudas y descarnadas, podrá interiorizar el campo estructural de la interacción, como así tampoco su propio cumplimiento del rol. Para ilustrar más acabadamente estos extremos, analizaremos primeramente el caso de los *Sonderkommandos* bajo el régimen de la Alemania nacionalsocialista. a tal efecto, menester resulta que revisemos los siguientes pasajes de las memorias de Shlomo Venezia, sobreviviente griego de origen judío, que a sus veintiún años fuera deportado con su familia a Auschwitz, e incorporado allí a los trabajos forzados de los *Sonderkommandos*.

“Tras dos horas de ese trabajo especialmente penoso, se escuchó el rugido de una motocicleta que se acercaba. Los veteranos murmuraron con terror: ‘Malahamoves!’. Pudimos hacer entonces el macabro descubrimiento del ‘Ángel de la muerte’. Con esta palabra en yiddish los detenidos calificaban al terrible SS Moll. Bastaba una mirada suya para que nos pusiéramos a temblar. No tardamos mucho en descubrir su crueldad y su sádico placer al maltratarnos. No había puesto todavía los pies en el suelo cuando ya estaba aullando como una bestia furiosa: ‘Arbeit!’, ‘¡A trabajar, cerdos –schweine- judíos!’ El ritmo se aceleró claramente cuando él llegó. Al darse cuenta de que éramos dos para llevar un solo cuerpo, comenzó a enojarse y a gritar: ‘Nein! Nur eine Person für einen Toten!’, ‘¡No! ¡Cada persona, un muerto!’ Llevar un cadáver entre dos no era fácil ya en aquella tierra enlodada donde se hundían nuestros pies. ¡Pero solo...! No sé cómo lo hice para aguantar, me sentía exhausto.

En un momento dado, vi a uno de los hombres que llevaba un cadáver detenerse y permanecer así, inmóvil. Debía de tener unos años más que yo, apenas veinticinco. Todos los que pasaban a su lado, entre el Búnker y las fosas, le incitaban a moverse antes de Moll lo advirtiese. Pero él no respondía a nadie y permanecía

así, inmóvil, con la mirada clavada en el vacío. Cuando Moll lo vio, se acercó aullándole: 'Du, verfluchter Jude!', '¡Tú, maldito judío! ¿Por qué no trabajas, especie de perro judío? ¡Muévete!'. Y comenzó a azotarlo con fuerza. Pero el hombre permaneció inmóvil, como si nada pudiera alcanzarle; ni siquiera intentó protegerse para evitar los golpes. A mi entender, había perdido por completo la razón, su espíritu no era ya de este mundo. No parecía sentir el dolor ni el miedo. El alemán, furioso ante aquella ofensa y aquella falta de reacción ante sus golpes, sacó una pistola de su cinturón. Nosotros seguíamos yendo y viniendo. Le vimos disparar un tiro apuntando al hombre, a una distancia de algunos metros. Pero, como si la bala no le hubiera alcanzado, el hombre permaneció de pie, inmóvil. ¿Cómo podría no caer muerto tras aquel disparo fatal? No sabíamos qué pensar. El alemán, más nervioso aún, disparó un segundo tiro con la misma pistola. Pero nada; las balas, el ruido, el miedo, nada parecía alcanzarle. Pensamos que se trataba de un milagro, pero un milagro que no podría durar eternamente. Por casualidad yo estaba junto a Moll cuando le vi enfundar su pistola y coger otra de mayor calibre. Disparó un tiro y el pobre hombre cayó, muerto. Tuve la mala suerte de estar cerca del cuerpo en aquel momento. Regresaba de la fosa, con las manos vacías, para coger otro cadáver. Moll me hizo una señal: 'Du! Komm her!', '¡Ven aquí!'. Me ordenó que cogiera el cadáver con otro detenido y lo llevara ante las fosas. Apenas habíamos recorrido unos metros cuando comenzó a gritar, como si acabara de pensar en algo: 'Halt!!! Ausziehen!'. Dijo que la ropa pertenecía al III° Reich y no podía ser quemada con el muerto, pues serviría para otro prisionero. Nos ordenó que lo desnudáramos. Desnudar a un muerto aún caliente, a un hombre al que conocíamos... Pero, claro, yo no tenía elección, salvo sufrir la misma suerte que el pobre hombre. No sabíamos qué pensar, estábamos fuera del mundo, en el infierno. Cuando su cuerpo fue arrojado a la fosa, vimos la agitación del brasero, como cuando se arroja un tronco a una chimenea, el fuego se reaviva, de pronto, como para devorar mejor el cuerpo. Hasta entonces, yo me había prohibido, en cierto modo, pensar en todo lo que ocurría, había que hacer lo que nos ordenaban como autómatas, sin reflexionar. Pero viendo arder aquel cuerpo, pensé que tal vez los muertos tenían más suerte que los vivos; ya no estaban obligados a sufrir aquel infierno en la tierra, ver la crueldad de los hombres."⁷¹⁹

⁷¹⁹ Venezia, Shlomo. "Sonderkommando. El testimonio de un judío obligado a trabajar en las

Estos *Sonderkommandos* consistían en brigadas de prisioneros judíos que se hallaban bajo la estricta supervisión de las SS. La finalidad de su creación era la de evitarles a los soldados rasos alemanes tener que contemplar la maquinaria de la muerte nazi (en los campos de exterminio) en toda su dimensión. Se trataba de que las propias víctimas se constituyeran en parte de tal maquinaria. Su misión, por tanto, consistía en ordenar el ingreso de los prisioneros a las cámaras de gas, luego retirarlos de las cámaras para, finalmente, arrojarlos a los hornos crematorios o fosas ardientes. También -y previo a la cremación- se dedicaban al corte de los cabellos, retiro de los dientes de oro, y clasificación de las prendas de las referidas víctimas. Eran fiscalizados por uno o dos guardianes nazis (los “Jefes de Barraca”) de talante fanático y de gran agresividad (como lo representa a la perfección el tal Moll del relato de Venezia). La gran mayoría de estos judíos terminaban siendo asesinados en las mismas cámaras de gas, cuando no eran ejecutados por sus guardias de las SS.

Como se desprende del fragmento transcrito de las memorias de Shlomo Venezia, el campo estructural de la acción que ellos (los *Sonderkommandos*) tenían era prácticamente nulo. Ello, dado que prácticamente todos los detalles respecto del modo de ejecutar sus respectivos roles (conforme a su estatuto) se hallaban delimitados por el Jefe de Barraca. No existía libertad alguna respecto del modo de ejecutar el rol, ni (por ello) posibilidad remota de que se produjese la *interiorización* del campo estructurado de la acción por parte de los ejecutores. En pocas palabras: ellos no sentían tales acciones como propias; de allí el empleo del término “autómatas” elegido por Venezia, a los efectos de describir cómo se sentían respecto de lo que hacían (dándose aquí sí la cualidad descripta por Roxin respecto de la “predisposición del ejecutor inmediato al hecho”, lo que es lógico ya que aquí sí se está ante una situación de inexigibilidad que abre el marco de aplicabilidad de la autoría mediata a su respecto).

Con claridad podemos ver lo antedicho en la orden que Moll les da respecto de cómo cargar con los cuerpos que se arrojaban a la fosa ardiente (un cuerpo por *Sonderkommando*); es decir, que ni siquiera podían elegir éstos cómo cumplir con la macabra tarea de arrojar a sus pares al fuego (tras haberlos sacado de la manera más horrorosa de la cámara de gas). De nuevo: la acción no es libre en nada, no

cámaras de gas”, RBA, Barcelona, 2010, págs. 79-80.

existiendo operación mimética alguna. El sujeto, bien por la amenaza (más que) cierta de ser asesinado⁷²⁰, bien por el cierto riesgo de perder su vida⁷²¹, se presta a actuar conforme a la voluntad de su superior (exactamente igual que se da en todo estado de esclavitud, o bien en ciertos procedimientos militares como es el paradigmático ejemplo del *escuadrón de fusilamiento*).

Ubicados estos extremos *dentro de las categorías de la dogmática jurídico-penal*, claramente nos hallaríamos dentro del campo del *estado de necesidad por coacción (duress)*. Ello dado que son las amenazas y coacciones recibidas (muchas de ellas, emergentes del propio ámbito o circunstancias en las que los individuos se hallaban inmersos), las que restringen las capacidades de determinar la acción a realizarse (*los posibles de la acción*) e incluso el propio modo en que ejecutar el rol (la *mímesis*). Ubicando estas situaciones dentro del marco normativo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (EICC), nos encontramos con el art. 31.1. d que reza:

Artículo 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal: En adición a las demás circunstancias proveídas en este Estatuto que eximen de responsabilidad penal; no será penalmente responsable quien en el momento de incurrir en una conducta:

d) [la conducta] que presuntamente constituya un delito de la competencia de la Corte, haya sido causada por una coacción resultante de una amenaza inminente de muerte o de continuas o inminentes lesiones corporales graves, para él u otra persona; y que la persona actúe necesaria y razonablemente para evitar tal amenaza; siempre que no tuviere la intención de causar un daño mayor del que se proponía evitar. Dicha amenaza bien podrá:

i) haber sido hecha por otras personas;

ii) o estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Ahora bien, la precitada norma sirve a los efectos de definir el marco propio del estado de necesidad coactivo, tanto como del estado de necesidad general. En el *estado de necesidad coactivo (duress)*, el sujeto se ve obligado a realizar un hecho punible, ello por la existencia de una situación de peligro inminente para su vida o integridad física, producto de la amenaza/coacción esgrimida por otra persona. En

⁷²⁰ Como se comprueba en la especie, con lo que hiciera Moll a aquel sujeto que entró en estado de shock.

⁷²¹ *V.gr.* porque de lo contrario pasaría a vivir con el resto de los detenidos, con apenas alimentos y agua, y más que probablemente, al debilitarse, enfermaría y sería destinado a perecer en las cámaras.

el estado de necesidad general (*necessity*), por su parte, el sujeto también se ve obligado a realizar un hecho punible debido a la existencia de un peligro inminente para su vida o integridad física, más ello proveniente de un suceso natural.

Como bien señala Werle, el art. 31.1.d EICC es la expresión de un principio general, resultante de la exhaustiva investigación de Derecho comparado realizada por la Cámara de Apelaciones ICTY,⁷²² así como en atención a los lineamientos preexistentes como Derecho consuetudinario internacional, ya expresados en sendos fallos del pre-citado Tribunal Internacional *Ad-hoc*. Así, y concretamente respecto del estado de necesidad por coacción (*duress*) ha sostenido el Juez Cassese en sentencia ICTY de 7 de Octubre de 1997 (*Erdemovic*):

“(i) el acto que se le imputa fue realizado bajo una inminente amenaza de un severo e irreparable daño a su integridad física y vida, (ii) no existiendo ningún otro medio para evitar el mal, (iii) el crimen cometido no fue desproporcionado respecto del mal evitado, (iv) la situación que llevará al estado de necesidad por coacción no fue voluntariamente provocada por la persona coaccionada.”

Manifiesta al respecto Werle, que el sujeto que actúa en estado de necesidad se ve determinado a la comisión de un delito internacional como consecuencia de un estado de necesidad coactivo, ya sea por la inminencia del peligro de muerte (*“threat of imminent death*), o de lesiones graves (*“threat of continuing or imminent serious bodily harm”*). De tal guisa, resulta que las situaciones de amenazas o coacción psíquica sólo quedan comprendidas dentro del instituto referenciado, en la medida en que supongan una amenaza o coacción psicológica dirigida directamente contra la integridad física o la vida de la víctima.

Conforme al pre-citado art. 31.1.d del EICC y a los extremos contenidos en los fallos del ICTY que versaran sobre esta cuestión (cuyo valor es de Derecho internacional consuetudinario), el sujeto que actúa en estado de necesidad lo hace de forma “necesaria” y “razonablemente”. La *necesidad* se refiere a que la conducta lesiva desplegada por el sujeto constituya la única vía posible para eliminar, de modo inmediato y cierto, el peligro. La *razonabilidad*, por su parte, se refiere a la eficacia de la conducta para evitar el peligro, ello sin caer en consecuencias desproporcionadas. También, del pre-citado artículo emerge la exigencia de que el

⁷²² Concretamente, en el voto particular de Kirk McDonald, en: *Prosecutor vs. Erdemovic*, Cámara de Apelaciones, ICTY-96-22-A, juicio de 7 de Octubre de 1997.

sujeto actúe con el *ánimo de evitar el riesgo de muerte o lesión grave* exteriorizado por la amenaza. Así, el sujeto ha de tener conocimiento de encontrarse en las circunstancias propias del *estado de necesidad justificante* o *exculpante* y actuar con la finalidad última de eliminar la amenaza sobre su vida o integridad física (más allá de los móviles adicionales o subsidiarios que pueda, además, tener su conducta).

Mas hete aquí que se nos genera un problema de interpretación respecto de la exigencia (en el precitado artículo) respecto de que el actor “*no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.*” Evidentemente, nos hallamos ante una referencia subjetiva: la proporcionalidad entre el bien atacado y el preservado. Generalmente requerida como elemento objetivo, ahora (expresamente) se exige como representación subjetiva por parte del agente de la conducta antes de poner en marcha el curso causal de su acción. Esta fórmula, como bien se ha indicado, no halla sustento en el Derecho penal internacional consuetudinario, ya que todo lo que éste siempre ha hecho a este respecto ha sido una ponderación *ex post facto* entre los bienes atacado y protegido, siendo ello de una naturaleza indiscutiblemente objetiva (sin perjuicio de poder fundamentarse, a su respecto, un error de hecho por parte del sujeto).⁷²³ Pero, en adición a lo anterior, lo que complica aún en mayor grado este extremo subjetivo exigido por el art. 31.1.d del EICC es que no distingue si se refiere al *estado de necesidad justificante* solamente, o también al *exculpante* (lo que, en este último caso, *complicaría su interpretación lógico-intradogmática*).

Pues bien, al respecto hemos de decir que dicha confusión entre el *estado de necesidad justificante* y el *estado de necesidad exculpante* no resulta tan sorprendente dentro del ámbito del Derecho penal internacional, desde el momento en que no existe a nivel de la jurisprudencia penal (internacional), y ni siquiera a nivel de la doctrina anglo-americana (internacional) una clara diferencia entre tales institutos. De hecho, en el propio ámbito del Derecho penal angloamericano suelen conglobarse todas las causales de justificación y de exculpación bajo el instituto de las “*substantive defences*” (defensas sustantivas). Resulta especialmente confusa la naturaleza que le reconocen a la *duress*. Empero, es cierto que algunos autores

⁷²³ Werle, Gerhard. “*Tratado de Derecho Penal Internacional...*” cit., pág. 343.

(Robinson) en dicho ámbito han intentado diferenciar entre las “*objective justifications*” (causales de justificación) y las *excuses* (causales de exculpación):

(i) Las *objective justifications* hallan su fundamento en principios valorativo-sociales de tenor positivo-utilitario (como, *v.gr.* el principio del mal menor). De tal guisa, en estos casos si bien hay lesión del bien jurídico, sin embargo no se verifica un juicio de desvaloración objetiva a su respecto (*wrongfulness*).

(ii) Las *excuses*, por su parte, hallan su fundamento en la ausencia de responsabilidad por el daño causado. Lo que se excluye es el juicio de desvalor personal, de reproche del *actus reus* (*blameworthiness*). De allí que observen una naturaleza normativa, ya que aunque se nutran de elementos psicológicos o sociales, su fundamento es estrictamente valorativo.⁷²⁴

Lo que sucede es que, a pesar de estos esfuerzos (reitero: sólo doctrinarios) de diferenciar a unas de otras causales, ni la jurisprudencia, ni la doctrina mayoritaria (angloamericana) suelen tener muy claro cuándo procede individualizar la casuística en uno u otro instituto. Como dijéramos, ello cobra especial nitidez en los casos de individuos que han de actuar bajo coacción o presión (*duress*). Como bien se ha señalado al respecto: “*La regulación por el Common Law de estas defensas se ha desarrollado con arreglo a criterios particularistas en la resolución de los casos concretos, lo que ha dificultado la falta de unidad y coherencia, tanto en la configuración de la naturaleza de estas defensas como en la adopción de criterios generales en su tratamiento, que además han sido de tipo utilitarista (por ejemplo, principio del mal menor) y que resultan de escasa utilidad en la actualidad por la mayor complejidad de las situaciones fácticas que se ofrecen.*”⁷²⁵ Estas desinteligencias explicarían las densas discusiones que se observarían en la Conferencia de Roma (a la hora de redactar el estatuto de la Corte Penal Internacional), incluso respecto a si podía quedar exento de pena un sujeto que matara a otro en estado de necesidad.

La posición tradicional del *Common Law* ha sido la de entender siempre punible el homicidio de un civil inocente; computándose (en el mejor de los casos) tan

⁷²⁴ Cfe. Bernal del Castillo, Jesús. “*Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*”, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 171 y ss..

⁷²⁵ Cfe. Bernal del Castillo, Jesús. “*Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental...*” cit., pág. 176.

solamente una atenuación de la pena. Posición que también sustentara el ICTY, en ocasión de pronunciarse sobre esta temática en el caso Erdemovic. Veamos:

Drazen Erdemovic era un soldado del ejército bosnio (concretamente del Décimo Destacamento de Sabotaje del ejército de la República Serbia), en el que se había enrolado por razones de necesidad económica (esto es: Erdemovic se hallaba en una *relación de dependencia necesaria* respecto de la institución ejército-serbio-bosnio, debiendo repercutir tales extremos sobre el juicio de culpabilidad del mismo). El 16 de julio de 1995 fue enviado con su unidad a una granja cercana a la localidad de Pilica, al noroeste de Zvornik. Allí se les informó que en unas horas arribarían a dicha granja varios autobuses con prisioneros de origen musulmán (de edades comprendidas entre los diecisiete y los sesenta años). Tales prisioneros eran unos mil doscientos civiles desarmados que se habían entregado voluntariamente tras la caída de la “*zona de seguridad*” de las Naciones Unidas en Srebrenica. Al llegar los buses, fueron escoltados en grupos de a diez hasta un campo lindero a las casas de la granja; y allí alineados de espaldas a un pelotón de fusilamiento. Drazen Erdemovic integraba tal pelotón de ejecución que se encargó de disparar y matar a todos los prisioneros.

Asimismo, el mentado Erdemovic indicó al momento de declararse culpable, el haber actuado en atención a una obligación física o moral, determinada por una necesidad urgente de obedecer a la orden de su superior: Si el acusado hubiera rechazado la orden de proceder con la masacre de los civiles, le habrían matado y, más que probablemente, la represalia se extendería asimismo sobre su familia (mujer e hija). Una coacción, pues, determinada por una conducta humana idónea para oprimir la libertad moral del agente en el momento de la comisión del crimen.

El ICTY, confundiendo una vez más la causal de justificación con la causal de exención falló en contra de la exculpación de Erdemovic, señalando al negar la exención de pena: “*El estado de necesidad no permite una defence completa respecto de un soldado con cargos por un hecho delictivo que se refiere al asesinato de seres humanos inocentes.*” (“*Duress does not afford a complete defence to a soldier charged with a crime involving the killing of innocent human beings*”). El fallo del ICTY, como hemos advertido, se inscribe en aquella concepción de la jurisprudencia y doctrina angloamericana que suele confundir el *estado de necesidad justificante* con el *estado de necesidad disculpante*, y que niega que la muerte de un tercero inocente pueda quedar impune. Así en el Caso

“*Dudley and Stephens*” de 1884, Lord Coleridge sentenció que la defensa de *necessity* no resulta aplicable en los casos de muerte intencionada de otra persona. La fundamentación a su respecto, resulta más del tipo moral que jurídico, resolviéndose una sustitución de la pena de muerte por una de seis meses de prisión.

Este caso, mejor conocido en la doctrina continental como el “*Caso de la Mignonette*”, consistió en lo siguiente: tres marineros experimentados y un joven grumete de unos diecisiete o dieciocho años de edad naufragaron en la fragata *Mignonette* en medio de una fuerte tormenta en alta mar, quedando a la deriva sobre una improvisada balsa, sin agua y sin comida por dieciocho días. Entonces, dos de ellos, Dudley y Stephens, (ya que el tercero no quiso participar) decidieron ejecutar al muchacho para después comérselo. Luego de matarle, los tres se alimentaron de la carne del chico por cuatro días. Al final del cuarto día fueron avistados y rescatados por una fragata inglesa; hallándose vivos mas en estado de postración. Conducidos a un puerto inglés, y habiendo tomado conciencia del crimen cometido por ellos, fueron sometidos a juicio y condenados a pena de muerte. Empero, la Corona conmutó la pena por una de seis meses de prisión, atendiendo para ello a las circunstancias en las que actuaron y al arrepentimiento exhibido por los reos.

No obstante, la fundamentación del fallo de la Corte inglesa sigue siendo utilizada hasta el día de hoy –como viéramos- como precedente judicial para excluir el estado de necesidad como causal de exculpación (dándole, como mucho, un valor de atenuante de la pena) y fundándose para ello en la relación existente entre la Moral y el Derecho. Así, señala la mentada sentencia que, si bien la Moral y el Derecho no son lo mismo -ya que muchas cosas que son susceptibles del reproche de inmoralidad no son, empero, antijurídicas-, sin embargo ello no puede desembocar en un divorcio absoluto entre ambas disciplinas. Semejante proceder conllevaría a tener efectos fatales para la sociedad toda. Por ello se indica con respecto a estos casos que sólo la tentación de proceder en base a un Derecho absolutamente divorciado de la Moral podría explicar la constitución de una *defence* absoluta en la casuística analizada.

En el caso concreto de un naufragio, sostuvo la fundamentación del fallo, el deber de preservar la propia vida ha de ceder en atención al principio moral de salvaguardar la vida de los más débiles y de sacrificar la propia vida por la de los demás.⁷²⁶

⁷²⁶ Así señala la referenciada sentencia: “*Though law and morality are not the same, and many things may be immoral which are not necessarily illegal, yet the absolute divorce of law from morality would be of fatal consequence; and such divorce would follow if the temptation to murder in this case were to be held by law an absolute defence of it. It is not so. To preserve one’s life is generally speaking a duty, but it may be the plainest and the highest duty to sacrifice it (...) The duty, in case of a shipwreck, of a captain to his crew, of the crew to the passengers, of soldiers to women and children (...) these duties impose on men the moral necessity, not of the preservation, but of the sacrifice of their lives for others, from which in no country, least of all, it is*

Ahora bien, tales apreciaciones se hallan aún plenamente vigentes en los casos Howe de 1987 y Gotts de 1992; y se concretan en dos extremos: i) que el derecho no puede eximir de responsabilidad a aquel que decide que un ciudadano inocente tiene más derecho a vivir que otro; y ii) que tales casos se han resolver por la vía ejecutiva reduciendo la pena o absteniéndose el fiscal de accionar a su respecto.⁷²⁷

La mentada postura, en definitiva, lo que hace es partir de una concepción de la *duress/necessity* como una *excuse de alcance muy limitado* puesto que no alcanza a los casos en que se haya dado muerte por parte del actor. Así, se la da una regulación jurisprudencial (en cuanto a los presupuestos que han de cumplimentarse para que la eximente se configure) que termina resultando siempre inoperante en los casos de delitos de lesa humanidad o de genocidio puesto que faltará siempre el presupuesto de la proporcionalidad entre el bien protegido y el bien atacado. Empero, sí puede operar como una circunstancia atenuante de la pena, mas ello siempre que se acrediten extremos tales como: “la inevitabilidad de la situación en la que se encontrara el agente”; “la ineludibilidad de una orden superior a la que se debía obedecer”; “la exposición a un peligro de muerte inmediata o inminente”, “ello tanto respecto del agente como de sus familiares cercanos”; “la falta de posibilidad de elección moral en sentido de oposición a la orden del superior”.⁷²⁸

to hope, in England, will men ever shrink, as indeed they have not shrunk, it is not correct, therefore, to say that there is any absolute or unqualified necessity to preserve one's life.” (sombreado es nuestro). Extraído de: Walker, Andrew. “*Is eating people wrong?: Great Legal Cases and how they shaped the world*”, Cambridge University Press, New York, 2011, págs. 22 y ss..

⁷²⁷ Cfe. Bernal del Castillo, Jesús. “*Derecho penal comparado...*” cit., pág. 176, nota nº 259.

⁷²⁸ *Prosecutor vs. Erdemovic, Cámara de Apelaciones, ICTY-96-22-A*, juicio de 7 de Octubre de 1997. Comentando este caso, sostiene Cornacchia: “A la misma [*Duress*] se le atribuye, sin embargo, un valor de circunstancia atenuante: en concreto, surge, siempre según los jueces de primera instancia, como factor de mitigación de pena –que deja intacto el *an debeatur* de la responsabilidad penal- la urgente necesidad que deriva del *duress* o de la orden del superior.

La solución se obtiene tras una especie de razonamiento *a fortiori* en conexión con la tradición anglo-americana: dado que la mayoría de los ordenamientos del *Common Law* excluye la aplicación de la *duress* a los delitos especialmente salvajes, como el de *murder*, esto debe valer con mayor razón respecto del asesinato indiscriminado de un gran número de personas.” Cornacchia, Luigi. “*Caso Erdemovic*” in “*Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*” (Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Coordinador), La Ley (Wolters-Kluwer), Madrid, 2011, pág. 598.

Pues bien, a pesar de la *penumbra* en la que se hallan en el Derecho penal internacional estos extremos, entiendo que en los casos de marras, en principio, *estaremos en sede del estado de necesidad exculpante*. Conforme a la casuística propia de la especie, estaremos ante una conducta que produce un injusto propio del Derecho penal Internacional, tal como fuere el caso de los *Sonderkommandos*: unos sujetos que participaron en la matanza sistemática de millones de personas, pero respecto de los cuáles se puede fundamentar una inexigibilidad de conducta conforme a la norma penal primaria. Esto, por las propias circunstancias que rodearan a tal estado de necesidad (coactivo o general). No obstante, lo que no es sostenible a su respecto es la ponderación de bienes propia del *estado de necesidad justificante* (pretendiendo dar más valor a una vida que a otra) y sustentarse así la inexistencia de *merecimiento de pena* a su respecto (es decir, la inexistencia de un injusto penal). Así, ha manifestado con meridiana claridad en el ámbito anglosajón Ashworth que lo que se halla en juego en estos casos es la santidad de la vida, el mayor bien jurídico que el Derecho protege; de allí que sólo pueda haber casos concretos en donde se verifique una exculpación, más nunca una justificación.⁷²⁹

Estos últimos asertos sirven para rechazar de plano la posición sustentada por los jueces del ICTY Ninian Stephen y Antonio Cassese (en sus respectivos votos discordes) en el caso Erdemovic. Tal posición sostiene la existencia de una proporcionalidad en el estado de necesidad, en la medida en que el crimen internacional se hubiera cometido de todas formas, por alguien distinto al sujeto que actuase bajo coacción (“Cuando un crimen vaya a ser cometido en todo caso por una persona distinta de aquella que actuara bajo coacción/compulsión”; “entonces el precedente ha de hacer una excepción para aquellas instancias en las que –conforme a los hechos- es altamente probable, si no cierto, que si la persona actuando bajo coacción hubiese rehusado cometer el crimen, éste en todo caso se hubiera perpetrado a través de otra u otras personas”).⁷³⁰

⁷²⁹ Ashworth, Andrew.; Horder, Jeremy. “*Principles of Criminal Law*” 7º edición, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 129 y ss.. También, y con un detallado análisis de los criterios jurisprudenciales, estatutarios y doctrinales sobre la casuística médica y de menores, vide: Bernal del Castillo, Jesús. “*Derecho penal comparado...*” cit., págs. 170-179.

⁷³⁰ Voto disorde del Juez Antonio Cassese en: *Prosecutor vs. Erdemovic*, Cámara de Apelaciones, ICTY-96-22-A, juicio de 7 de Octubre de 1997. Posteriormente, y en su Manual de Derecho penal Internacional, señala el mentado jurista: “*The best example is where an execution squad has been*

La *ratio* de esta posición radica en el análisis –en el caso concreto- acerca de si una conducta diversa a la observada por el sujeto coaccionado hubiera efectivamente salvado la vida de las personas inocentes (tal como en la dogmática alemana se suele emplear en el instituto de los *cursos causales hipotéticos*). Así, en casos como el de Drazen Erdemovic se sostiene que, haya el mismo disparado en el pelotón de fusilamiento, o se haya puesto él mismo entre las víctimas (tal como le señalara su superior), de todos modos, los musulmanes prisioneros hubieran muerto. No se trataba de un caso en donde se enfrentaran de un lado, la vida de Erdemovic, y del otro la vida de los prisioneros. Por el contrario (según esta posición) se trataría de una ponderación de, por una parte, la vida de los prisioneros y la de Erdemovic; y por el otro, la vida de los prisioneros sin Erdemovic. De allí extraen la equivalencia o proporcionalidad: tanto en una como en la otra opción, los prisioneros mueren.

En realidad, esta posición se remonta a la resolución del Caso “*Masetti*”, dictado por la Corte Regional de L’Aquila (Italia). En la misma, el acusado Masetti alegó la excusa del *estado de necesidad por coacciones* respecto del cargo, levantado en su contra, de haber organizado (bajo las órdenes de su Comandante de Batallón) la ejecución por fusilamiento de dos partisanos. En la fundamentación del fallo que diere lugar a tal defensa, sostuvo la Corte que el posible sacrificio de sus vidas, por parte de Masetti y sus hombres del pelotón de fusilamiento, de haberse negado a cumplir con las órdenes recibidas, hubiera sido en vano y sin ningún efecto práctico respecto a la ejecución de las víctimas. Ello, ya que éstas hubieran sido ejecutadas de todas maneras, aun sin la ayuda de aquellos (los acusados).

assembled to kill the victims, and the accused participates, in some form, in the execution squad, either as an active member or as an organizer, albeit only under the threat of death. In this case, if an individual member of the execution squad first refuses to obey but has then to comply with the order as a result of duress, he may be excused: indeed, whether or not he is killed or instead takes part in the execution, the civilians, prisoners of war, would be shot anyway. Were he to comply with his legal duty not to shoot innocent persons, he would forfeit his life for no benefit to anyone and no effect whatsoever apart from setting a heroic example for mankind (a task that the law cannot demand him to fulfill). His sacrifice of his own life would be to no avail.”

Y agrega en relación al art. 31.1.d el ECPI: “*To a very large extent this provision codifies customary international law as interpreted above, in that, among other things, it does not exclude in principle the excuse at issue in the event of a person under duress killing another person.*” Cassese, Antonio. “*International criminal Law...*” cit., pág. 289.

Del mismo modo que razonara la Corte de L'Aquila, los jueces Stephen y Cassese del ICTY concluyeron primeramente que la *defence* de *duress* no procedería en los casos en que se diere muerte a una o varias personas, mas ello siempre que exista *a priori* una elección entre la pérdida de la vida de la persona que actúa bajo coacción (para que mate a un tercero) y la muerte de tal tercero. Así, quien coacciona ha de amenazar al sujeto de la siguiente manera: “si no matas a tal sujeto, yo te mataré a ti”. Ante tales casos, señalan los citados jueces, los precedentes del *Common Law* disponen que el coaccionado ha de morir antes de matar a un tercero inocente (no dando así lugar siquiera a la *excuse*, como sí se entiende procedente en el Derecho continental europeo).

Si, por el contrario, y como ellos entendían ocurría en el caso Endermovic, la elección que debe enfrentar el sujeto coaccionado es entre, por una parte, la muerte del tercero o terceros inocentes, y por otra parte la de sus muertes sumada a la muerte de él mismo, entonces sí cabe la aplicación de la *duress* (con efectos disculpantes). Ello ya que las razones por las que en el caso anterior no se admitía, es decir: la falta de proporcionalidad, ya no se verificaría en la subespecie. Así señalan: “*La elección no era entre una vida u otra, entre un inocente y otro, sino entre la segura pérdida de las vidas de muchas personas inocentes y el tomar la vida del acusado en adición a las vidas de aquellos. Se ha sostenido, conforme al criterio de los distinguidos jueces, que a pesar de la mencionada excepción a la duress sostenida en los países del Common Law, uno puede sustentar la concepción de que existe en el Derecho internacional una defence derivada de un principio general, reconocido por los mayores sistemas legales del mundo, y que tal principio se aplica al Derecho penal internacional, al menos cuando las circunstancias que dan fundamento a la excepción sostenida por el Common Law, no se presentan.*”⁷³¹ Y más adelante manifiestan: “*El tercer criterio –la proporcionalidad– significa de que el remedio no ha de ser desproporcionado para con el daño evitado, o que el menor de los dos males ha de ser escogido, debe en la práctica ser el más difícil de satisfacer cuando la ofensa subyacente se refiere al asesinato de inocentes. Quizás –y aunque ello vaya a ser materia a resolver por la Cámara o el Juez– nunca podrá ser una razón satisfactoria, en la medida en que*

⁷³¹ ICTY, *Prosecutor vs. Erdemovic, Drazen*. Cámara de Apelaciones, juicio de 7 de Octubre de 1997, par. 91.

el acusado salve su propia vida a expensas de la de su víctima. Ello dado que existen enormes, quizás inabarcables dificultades filosóficas, morales, y legales a la hora de medir o sopesar la vida de uno respecto de la del otro u otros. De tal modo, ¿cómo puede un juez sentirse satisfecho al sustentar que la muerte de una persona es menos dañosa que la muerte de otra? Empero, y sin embargo, cuando no se trate de un caso de elección directa entre la vida de la persona actuando bajo duress, y la vida de la víctima –en otras palabras, en situaciones donde existe una alta probabilidad de que la persona bajo duress no estará en condiciones de salvar la vida de las víctimas, haga lo que haga- entonces la duress bien puede servir como defence.”⁷³²

Esta postura, amén de también confundir la justificación con la *excuse*, y exigir por lo tanto el presupuesto de la proporcionalidad entre el bien jurídico protegido y el atacado, observa el defecto de fundarse en apreciaciones meramente utilitaristas. Me explico: se parte de la base de que las vidas de la víctimas (v.gr. de los civiles musulmanes en el caso Erdemovic) están irremediabilmente perdidas, siendo un valor nulo a la hora de sopesar tal proporcionalidad entre bienes. Graficando estos extremos, tendríamos las siguientes ecuaciones:

- (i) (a) VIDA DE LAS VÍCTIMAS= (b) VIDA DEL EJECUTOR.
- (ii) (a) VIDA DE LAS VÍCTIMAS = (b) VIDA DE LAS VÍCTIMAS+VIDA DEL EJECUTOR
- (iii) (a) ~~VIDA DE LAS VÍCTIMAS~~= (b) ~~VIDA DE LAS VÍCTIMAS~~+ VIDA DEL EJECUTOR
- (iv) MUERTE DE TODOS= VIDA DEL EJECUTOR.

En la primera fórmula (i) representamos de un lado el valor (bienes jurídico-penalmente tutelados) vidas de las víctimas que serán fusiladas (a); y del otro lado, el valor de la vida del (potencial) ejecutor (b). Esta ecuación es la que verdaderamente subyace en todo caso: el conflicto entre la vida de quien se ve compelido a matar para evitar que le maten a él. Un conflicto desde el punto de vista cualitativo entre dos bienes jurídicos de la misma magnitud y relevancia, que –por ello- no admite solución en el instituto del estado de necesidad justificante.

⁷³² ICTY, *Prosecutor vs. Erdemovic, Drazen*. Cámara de Apelaciones, juicio de 7 de Octubre de 1997. Voto disorde del Juez Ninian Stephen., par. 41.

En la segunda fórmula (ii), y siguiendo los lineamientos de la pre-citada argumentación del ICTY, la ecuación pasa a estar conformada por, de un lado (a) las vidas de las víctimas y del otro (b) las vidas de las víctimas sumada a la del ejecutor, como efecto de la decisión de éste de no colaborar en el asesinato de las primeras. Llevando estas apreciaciones a la última formulación (que es su consecuencia): dado que el factor vidas de las víctimas se halla irremediamente perdido (por hallarse a ambos lados de la ecuación), el único factor susceptible de (verdadera) salvaguarda sería la vida del (potencial) ejecutor. Puesto que las vidas de las víctimas se hallan en todo caso perdidas, se anulan como un valor o factor a tomar en cuenta dentro de la ecuación o ponderación: lo que justificaría, entonces, que el ejecutor mate para salvar su vida. Ya que la ponderación sería: vida del ejecutor frente a muerte de todos (iv).

Ahora bien, a nuestro juicio esta argumentación (como suele suceder con las valoraciones meramente utilitaristas aplicadas a estas cuestiones) es irremediamente falaz. Ello por lo que se dirá:

Primeramente, y como se puede notar ya en la redacción de las fórmulas, descartamos (al igual que hacen los jueces del ICTY) toda valoración estrictamente cuantitativa; ello, en el sentido de que “muchas vidas” valgan más que “una vida”. Como se puede apreciar, hablamos de “vida” de las víctimas y “vida” del ejecutor; ya que se trata del mismo bien jurídico (con la misma entidad y consiguiente valor) a ponderar: la vida (sin ser, repito, relevante el que numéricamente haya más vidas humanas de un lado que del otro). De allí que estemos de acuerdo en el planteo del problema, es decir en la fórmula (i), puesto que toda la cuestión se reduce a una confrontación vida contra vida. Pero hasta aquí llegan nuestro acuerdo con la pre-citada argumentación.

Cuando llegamos al planteo (ii), discrepamos que el factor “Vida de las víctimas” ubicada en (a) sea el mismo que el ubicado en (b). Véase que, desde un punto de vista *estrictamente causal*, es insostenible decir que la muerte de las víctimas sea la misma en un caso que en otro. Aunque la negativa de participar en el fusilamiento signifique prolongar un segundo más la vida de tales personas, se tratará de un segundo más de unos dones únicos e irrepetibles como lo es la vida de cada ser humano. Por ello –repetimos- desde un punto de vista causal, no puede hablarse de una equivalencia o proporcionalidad sobre la base de que una virtual condena de

muerte ya conlleve la anulación de todo valor de dicho bien jurídico penalmente tutelado (en el sentido de que sea igual matar ahora, que dentro de treinta minutos).

Concatenando con los últimos asertos, y ya ubicados en un punto de vista estrictamente *normativo* en atención al principio de la *dignidad humana*, no podemos aceptar la formulación hecha en el apartado (iii) que obedece a una construcción estrictamente utilitarista derivada del punto anterior (ii). Ello, puesto que no se puede considerar a una persona como un “muerto viviente”, como una persona cuya vida ya no tenga valor alguno (por más comprometida que la misma se encuentre), en definitiva: no cabe valorar cualquier vida humana como un valor nulo o inferior respecto de otro u otros. Concretamente, y conforme a lo dicho acerca de la improcedencia de ponderaciones realizadas en atención a criterios meramente cuantitativos respecto del valor vida-, hemos de tener presente que dos o veinte vidas humanas tienen el mismo valor que una sola. Asimismo, *si una o varias vidas humanas valen siempre lo mismo (rectius: vida), lo que no puede sostenerse es que algunas de ellas observen un valor nulo, o que computen como meras inexistencias*. Ello conllevaría contradecir las bases de lo anterior (i) (sobre lo que, al menos, en lo que a la fundamentación del fallo de los jueces del ICTY respecta, no existían objeciones ni posiciones encontradas).

De lo anterior se deriva nuestra crítica a la conclusión a la que arribaran los precitados magistrados en el punto (iv): la ponderación de bienes no es entre una inexistencia, una nada, o meros cadáveres por un lado, y la vida del (compelido) ejecutor del otro. La ponderación es siempre entre la vida de las víctimas y la vida del (potencial) ejecutor que es amenazado de muerte en caso de no matar a las primeras. *Ergo*: la ponderación es siempre entre Vida y Vida. Tan claro está esto, que *al sujeto no se le determina a “matar cadáveres” sino a seres humanos vivos*; es allí donde radica el error de todo el planteo. Y surge ello ya en el punto (ii) desde donde se empieza a concebir la vida de las *víctimas como un valor negativo, o –al menos- matemáticamente simplificable o anulable*.

Tras todo lo expuesto, hemos de concluir que ha sido la visión desordenada e imprecisa que tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria anglo-americana tienen acerca del *estado de necesidad justificante (objective justification)* y del *estado de necesidad disculpante (excuse)*, lo que desembocó tanto en la incorrecta apreciación por parte del ICTY al resolver la causa Erdemovic, como por parte de los redactores del Estatuto de la Corte Penal Internacional al formular el art.

31.1.d.. En lo que a este artículo respecta, el haber codificado esta desinteligencia profunda acerca del alcance y presupuestos de dos institutos distintos, genera una fuerte inseguridad jurídica, así como también presenta una gran dificultad para el intérprete que pretenda mantener una coherencia intra-sistemática mínima en sus interpretaciones. Está claro que no puede existir una proporcionalidad objetiva –ni mucho menos su conocimiento *ex ante* por parte del sujeto- en la eximente de culpabilidad (*i.e.*: estado de necesidad exculpante); siendo ello únicamente posible de verificarse en una situación de estado de necesidad justificante. Empero, difícil (si no imposible) será concebir un estado de necesidad justificante en la casuística a la que está destinada a regular esta norma. Lo dicho, dado que la acción típica del que actúa en estado de necesidad debe ser la propia de un delito internacional (genocidio, lesa humanidad, respecto de los cuales tiene jurisdicción la Corte Penal Internacional). Y difícil será concebir un peligro inminente para un bien jurídico que sea proporcional a semejantes resultados de la (supuesta) acción defensiva.

De allí que la solución a todo este farrago de desinteligencias pase por tener al art. 31.1.d del EICC como una causa de exención de la responsabilidad jurídico-penal (*excuse*) de alcance muy limitado, ya que la misma no concurrirá en ningún caso donde el bien jurídico atacado sea la vida de un tercero inocente. Dicha limitación, no hallaría su razón de ser en el deber de soportar el peligro (fundado ello en la posición de autor), ni a una causación –previa- de la situación configurativa del estado de necesidad. Por el contrario, dicha fundamentación se hallaría en aquellas relaciones entre el Derecho y la Moral que, conforme se indicara en la jurisprudencia citada, en este tipo de casos –donde se eliminan vidas inocentes de terceros- jamás pueden ser desatendidas.

Si bien, personalmente, entiendo no cabe cuestionar tales asertos en el marco del merecimiento de la pena (esto es: en la determinación de la existencia de un injusto) salvo por la falta de fundamentación del deber de soportar el peligro, la principal falencia que esta fundamentación *ius-filosófica* jurisprudencial (y ahora legislativa) observa es en el marco de la necesidad de pena. Ello puesto que no esgrime las razones en virtud de las cuáles se fundamentaría la finalidad preventiva de la pena en estos casos. De allí que, sin perjuicio de esta *excuse* con efecto limitado, cabe considerar a la excusa de *duress* o *estado de necesidad disculpante* (es decir, sin referir a proporcionalidad alguna) como Derecho consuetudinario

derivado de los ordenamientos jurídicos nacionales (conforme lo dispuesto en el art. 21 ECPI). Así, reza la referida norma:

“Artículo 21. Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;*
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas de derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;*
- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.”*

Habiendo hallado anclaje en la normativa internacional para el instituto analizado, hemos de retomar ahora el estudio sobre el estado de necesidad disculpante. Así, primeramente hemos de tener presente que, al tratarse de una *excuse* o *causal de exculpación* (o disculpa del reproche de culpabilidad), el fundamento de la misma no se hallará en el no merecimiento de pena, sino por el contrario, se partirá de la base (indiscutible) de la existencia a su respecto de una violación plena de la norma penal primaria. *No obstante, por las circunstancias que rodearan a la acción, y en su influencia sobre la particular capacidad del sujeto para ajustar su conducta a lo exigido por la norma penal primaria, es que se reconoce la ausencia de necesidad de pena (i.e. la aplicabilidad concreta por el juez de la norma penal secundaria).*⁷³³

En el mismo sentido expresa Bernal del Castillo: *“La defensa de ‘Duresis’ no se está fundamentando en criterios valorativos objetivos de ponderación de bienes en busca del mayor beneficio social o del mal menor, sino en criterios que tienden a la comprensión de la persona que actúa por miedo a sufrir las consecuencias que*

⁷³³ Señala al respecto Ambos: “Se trata de una causa de exculpación, pues la comisión de graves crímenes internacionales nunca puede ser justificada mediante una ponderación de intereses o bienes, sino sólo exculpada sobre la base de la compasión y comprensión de las debilidades humanas del autor, esto es, desde el punto de vista trascendental de la inexigibilidad normativa de la conducta.” Ambos, Kai. *“La parte general del Derecho penal internacional...”* cit., pág. 494.

*proviene bien de la amenaza de un tercero (duress by threat) bien de otro tipo de circunstancias (necessity of circumstances).”*⁷³⁴

Para que estemos ante un estado de necesidad exculpante, hemos de estar ante un caso en el cual el sujeto actúa sin poder superar su miedo a la amenaza cierta e inminente que (sobre sí o sobre un tercero allegado) recibiera. Amenaza ésta que ha de repercutir sobre bienes jurídicos fundamentalísimos: la vida, o la integridad física. Estos extremos han sido recogidos incluso por los tribunales anglosajones a través de un criterio o estándar objetivo de valor. Así, las amenazas deben ser de una gravedad tal que “*una persona de templada firmeza no las hubiera podido resistir.*”⁷³⁵

Esta “*persona de templada firmeza*” no es más que una construcción normativa que atiende a lo que, en las mismas circunstancias de hecho, haría el *hombre medio*, esto es, un hombre que actúa del modo que es corriente y natural en tal tipo de relaciones sociales. En el mismo sentido se dirigen los *tests* o formularios propios del *Case Law*, en virtud de los cuales se compara la acción concreta del sujeto con la exigibilidad media o nivel de exigencia conforme a Derecho; más ello sin dejar de considerar aspectos concretos de su personalidad: tales como su sexo, edad, limitaciones físicas.

En definitiva, se trata de concretar el concepto normativizado atendiendo al caso particular y al sujeto en particular. No obstante, y como bien advierte Bernal, la eficacia o el grado de la amenaza se examina no desde la percepción subjetiva del sujeto concreto que la recibe, sino atendiendo a una valoración eminentemente objetiva.

En contra de esta postura se levantan las voces de autores como Fletcher, quienes sostienen que hay que recordar que se está ante una *excuse*, por lo que la fundamentación de la misma no ha de ser tanto valorativo-objetiva sino más bien psicologista: atendiendo a los déficits subjetivos del actor, *i.e.* “la defectuosa voluntariedad del acto cometido bajo coacción (*duress*)”.⁷³⁶ Sin embargo estas posturas a la hora de concretarse, irremediabilmente acuden a valoraciones objetivas: así se habla por Fletcher de una “*involuntariedad moral*” dado que el sujeto, bajo la coacción, observa un menor grado de libertad y de capacidad de elección que el que se verifica en los casos normales. Ashworth, por su parte, señala que la actuación del sujeto bajo coacción o amenaza será no culpable

⁷³⁴ Bernal del Castillo, Jesús. “*Derecho penal comparado...*” cit., pág. 180.

⁷³⁵ Bernal del Castillo, Jesús. “*Derecho penal comparado...*” cit., pág. 180.

⁷³⁶ Fletcher, George. “*Rethinking criminal law...*” cit., pág. 803.

(exculpante) cuando la resistencia a la misma no pudiese ser *razonablemente* esperada en tales circunstancias.⁷³⁷

Ahora bien, estas divergencias doctrinarias que se verifican en el ámbito del *Common Law*, en gran medida ya han sido analizadas y superadas en el ámbito del *Statute Law*, más concretamente, por el Derecho penal alemán y el español. Ello a través de la creación y desarrollo del concepto normativo de “exigibilidad”. Concepto éste creado por Freudenthal⁷³⁸ ya a fines del Siglo XIX, y considerado por éste el fundamento general de la reprochabilidad a la vez que una causa supralegal de exculpación. Consintiendo en la exclusión de la culpabilidad cuando, en el caso concreto, no fuese exigible al autor una conducta ajustada a Derecho (*i.e.: no merece una pena criminal, quien según las circunstancias del hecho, no pudo evitar su comisión*).⁷³⁹ De acuerdo a su formulación original, el criterio de la *exigibilidad* era uno esencialmente subjetivo (*i.e.* se atendía a lo que resultaba exigible o no al sujeto concreto) lo que resultaba extremadamente complicado para determinar, y por ello poco aplicable por los tribunales. De allí que sufriera una pobre acogida por parte de la doctrina y jurisprudencia alemana. Empero, Freudenthal reformuló la misma, objetivándola: atendiendo para ello a la capacidad de motivación del hombre medio, y logrando de tal forma una gran recepción por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

Hoy en día, la concepción de una causa supralegal de exculpación se halla prácticamente desechada, ello fundamentalmente por la inseguridad jurídica que produciría el admitir por vía analógica situaciones de menor intensidad que las exigidas por la ley para exculpar en el *estado de necesidad*.⁷⁴⁰ No obstante, el concepto de la inexigibilidad se sigue empleando hoy día, pero como fundamento de todas las causas (legales) de exculpación (especialmente una vez superado el concepto finalista del “*poder actuar de otro modo*”).

Recordemos que (tal como expresamos al inicio de este apartado) como indica Silva Sánchez la culpabilidad se explica desde la perspectiva de la *exigibilidad*, actuando culpablemente la persona a la que puede exigírsele actuar conforme a las

⁷³⁷ Ashworth, Andrew; Horder, Jeremy. “*Principles...*” cit., pág. 210.

⁷³⁸ Freudenthal, Berthold. “*Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*”; B de F, Buenos Aires, 2006.

⁷³⁹ Mir Puig, Santiago. “Derecho penal, parte general...” cit., pág. 594.

⁷⁴⁰ Cfe. Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 595.

normas.⁷⁴¹ El concepto normativo de *exigibilidad* emerge como el resultado de una ponderación respecto de una permanente fricción producida entre, por una parte, *las finalidades preventivas de la pena*⁷⁴², y, por otra parte, un *cúmulo de principios y garantías como la igualdad, la dignidad humana, el bien común y la condescendencia ante las debilidades humanas*. Extremos estos últimos que se concretan, a su vez, en dos premisas normativas: (i) primeramente, *no exigir demasiado a los ciudadanos (los mismos no son, ni han de actuar, como héroes ni como santos)*; (ii) en segundo lugar, *atender a las concretas situaciones individuales*. Veamos.

(i) Al respecto se ha indicado por Ambos, que al derecho sólo le estaría permitido imponer aquellas exigencias cuyo cumplimiento pueda serle exigido razonablemente a la generalidad de los destinatarios de la norma. De lo contrario, perdería su credibilidad y podría ser calificado de “hipócrita”.⁷⁴³ Asimismo, y al respecto ha señalado el American Law Institute: “*Es decir, que la ley resultaría ineficaz en el más profundo de los sentidos, además de hipócrita, si sobre un agente que ha tenido la mala suerte de enfrentarse a semejantes dilemas, se*

⁷⁴¹ Silva Sánchez, Jesús María. “*Normas y acciones en Derecho penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 65.

⁷⁴² Analizando las distintas finalidades preventivas de la pena en estos casos, manifiesta con gran agudeza Kai Ambos: “*Tampoco desde la óptica de la Teoría del fin de la pena en estos casos se puede fundamentar convincentemente una punición. En primer lugar, no existe desde el punto de vista especial-preventivo una necesidad de pena, pues un autor que comete un homicidio bajo “extreme duress” no muestra un carácter hostil al derecho, sino que actúa acorde a sus intereses vitales, en cierto modo, de forma enteramente ‘humana’. Por tanto, desde el punto de vista de la prevención especial su actitud no debe ser corregida. Del mismo modo, tampoco se puede esperar que este autor –si llegara alguna vez a encontrarse nuevamente en una situación semejante- actuara diversamente y sacrificara su vida –en un atípico ataque de heroísmo-. Por ello, es poco realista esperar éxitos preventivo especiales, cuando la particularidad del caso concreto hace aparecer inexigible una conducta conforme a derecho. Además, es también dudoso que en estos casos una punición pueda tener fácticamente un efecto de prevención general negativa, es decir, que pueda desalentar la comisión de crímenes futuros, modificando la conducta concreta de los combatientes en el campo de batalla. Para Rowe la punición podría conducir, por el contrario, al resultado opuesto del homicidio de una enorme cantidad de civiles, ya que el combatiente debería partir de que no escaparía a la pena incluso en una situación de coacción extrema.*” Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal Internacional...*” cit., págs. 492 y ss..

⁷⁴³ Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 489.

impusiera un estándar que los propios jueces no estarían preparados para afirmar que ellos deberían y podrían cumplimentar de verse envueltos en una situación de idéntico tenor.

Una condena en tal caso está destinada a ser una amenaza ineficaz; y lo que es, sin embargo, más significativa: estaría, por injusta, divorciada de cualquier base moral. Por lo que sería tanto personal como socialmente debilitante, el demandar semejante heroísmo como estándar legal. De hecho, el correcto tratamiento que ha de darse a un héroe no es el de eviattrle una censura social (a través de la imposición de una pena), sino reconocerle su talante extraordinario, y darle (así) su justa recompensa.”⁷⁴⁴

El estado de necesidad por coacción (*disculpante*), tal como se halla extendido a lo largo y ancho del Continente europeo y en Iberoamérica, se funda en la premisa de que no se puede esperar de una persona “normal” que rehúse cumplir la orden de cometer un homicidio sí, al negarse, él mismo corre el riesgo de ser asesinado. Se trata de una concepción humana y realista del Derecho penal, de la que se concluye que aunque el aniquilamiento de otras vidas para salvar la propia vida siempre constituya un injusto penal, éste sin embargo podrá ser exculpado en el marco del estado de necesidad por coacción. Como se ha sentenciado: “*el Estado no puede exigir bajo pena un heroísmo moral*”⁷⁴⁵, así como que “*el derecho exige soportar peligros pero no el sacrificio consciente de la vida.*”⁷⁴⁶

(ii) Como segunda premisa normativa, tenemos que, en todo caso, *se ha de atender siempre a las desigualdades de las situaciones concretas e individuales.* Para ello hemos de considerar que tanto *la prevención* como *la finalidad de no exigir demasiado a los ciudadanos*, resultan perfectamente objetivables, atendiendo para ello al grado de exigencia media social para el tipo de actividad o circunstancias en las que se hallaba el sujeto al momento de poner en marcha el curso causal. Empero, y a su vez, ello siempre atendiendo a las características personales del sujeto concreto: edad, sexo, cultura, medios económicos, etc.

⁷⁴⁴ Al respecto *vide*: Dubber, Markus Dirk. “*Criminal Law: Model Penal Code*”, Turning Point Series/Foundation Press, New York, 2002.

⁷⁴⁵ Ambos, Kai. “*La parte general del Derecho penal Internacional...*” cit., pág. 488.

⁷⁴⁶ Roxin, Claus. “*Derecho penal, parte general...*” cit., par. 22, num. 41.

En lo que hace referencia al tipo de *actividades o circunstancias en las que se hallaba el sujeto*, dichos extremos se han de analizar conforme a las categorías de la estructura de pecado:

Concretamente a través del análisis del *campo estructural de la acción*; de las *posibilidades de la acción* que tenía dicho sujeto conforme a una evaluación *mimética* acerca del modo en que pudiese cumplimentar con su estatuto.

Tanto si analizamos la situación en la que se hallaba Venezia, como la correspondiente a Erdemovic, se puede apreciar en ambos casos la distinta situación en la que se hallaban tales personas para cumplir con la norma penal: con respecto a aquellos que no pertenecieran al estamento *infraestatutario* o al menos con respecto a aquellos que -perteneciendo a tal estamento- observaran una mayor libertad para determinar el modo en que cumplirían con su estatuto. Es claro que en los casos aquí analizados, el sujeto se hallaba con una libertad casi nula; ello ya que el marco o campo estructural de su acción era limitadísimo.

Baste para ello tener presente la reconstrucción de los hechos referentes al caso Erdemovic (realizado por Slavenka Drakulic, empleando para ello las actas de los juicios de primera y de segunda instancia):

“Se acercó al comandante y las manos le temblaban. ‘No quiero hacer esto’, le dijo. Brano Gojkovic se volvió a mirar a Drazen, como si no le hubiera oído bien. ‘¿Qué?’, le preguntó. Drazen conocía el truco. Gojkovic quería que lo repitiera lo bastante alto para que todos pudieran oírle, para tener testigos, por lo que pudiera ocurrir después. Drazen miró a los soldados. ‘Camaradas, yo no quiero hacer esto. ¿Estáis bien de la cabeza? ¿Sabéis lo que estáis haciendo?’, dijo, pero cada vez con menos firmeza, sintiendo que su valor se iba desvaneciendo a medida que los otros evitaban sus ojos cuidadosamente. Peré se rió de él abiertamente. Siguió un momento de incómodo silencio. Gojkovic miró a Drazen estoicamente, con expresión seria. ‘Erdemovic –dijo- si no quieres hacerlo, vete allí y ponte con los prisioneros para que te disparemos también. ¡Dame tu ametralladora!’

Drazen debió de entender instantáneamente que el oficial hablaba en serio. Pero estaba confuso; no había esperado una reacción como aquella. Había pensado, por un momento, que podía salirse de aquel lío simplemente diciendo que no. ¿Qué esperaba? Recordó haber oído un caso anterior de desobediencia, cuando un soldado fue ejecutado por orden del teniente coronel Milorad Pelemis. Entonces se dio cuenta de que ya era demasiado tarde para decir que no. (...) Durante un

minuto o incluso menos, Drazen se quedó allí, inmóvil, con el Kalashnikov en sus manos. Por un momento pensó en huir al bosque. Pero vio la cara de su mujer ante él y se sintió indefenso. Podían vengarse con ella y el niño en cualquier momento. Él era responsable de tres vidas. Era un excusa, sí; la verdad es que él había demostrado ser un cobarde y lo sabía, pero ¿qué otra cosa habría podido hacer? Gojkovic no habría dudado en ordenar que lo mataran, y Peré lo habría hecho con placer, aunque Drazen no entendiera qué tenía contra él. Tal vez Drazen no fuera serbio puro, y por eso tenía que tomarse más en serio la amenaza de Gojkovic.

El comandante ya no lo miraba, como si su decisión ya no le interesara. Ordenó a los soldados situarse tras los presos y a los presos arrodillarse en el suelo. Drazen ocupó su lugar al final del pelotón. El corazón le latía aún con más fuerza cuando apuntó a un hombre mayor, cuyo rostro por suerte no había visto antes. Rápida, febrilmente sopesó sus opciones. Por supuesto, podía disparar entre dos presos. Pero alguien tendría que matar a su prisionero. Y eso sería como tener que morir dos veces. Además, el pelotón era pequeño, sólo doce soldados, y si no apuntaba bien, lo detectarían de inmediato. El comandante lo sabría y le ejecutarían. No, tenía que apuntar bien. Entonces llegó la orden –‘¿Fuego!’-, y el hombre desapareció de su vista. Solo recordaba que su primera víctima llevaba una camiseta gris. Drazen cerró los ojos e intentó calmarse. Pero ya tenía a los nuevos prisioneros delante de él. Drazen siguió disparando cada pocos minutos sin pensar siquiera en lo que estaba haciendo. Sólo tenía conciencia de que intentaba apuntar a gente mayor antes que a los jóvenes: le parecía una pérdida menor. Pronto el autobús estuvo vacío.’⁷⁴⁷

Aplicando a este caso las pautas derivadas de la teoría sobre las “estructuras de pecado” como parámetro interpretativo de los hechos, desembocamos sin mayores problemas en una constatación de una situación de inexigibilidad derivada de un estado de necesidad disculpante, y como tal, de una falta de imputación personal del injusto a Erdemovic. Veamos:

Primeramente, analizando las *posibles desigualdades* que presentara la situación concreta que debiera afrontar Erdemovic, hemos de atender a sus características psico-físicas; todo ello a los efectos de determinar desde allí la *ponderación* entre

⁷⁴⁷ Drakulic, Slavenka. “No matarían ni una mosca. Criminales de guerra en el banquillo”; Global Rhythm Press/ Penguin Books; Barcelona, 2007. Pág. 126.

las *razones de prevención penal* que aconsejarían la imposición de la pena (la necesidad de pena) y aquella *finalidad de no exigir demasiado a los ciudadanos* (atendiendo al grado de exigibilidad media para el tipo de actividad en la que se hallaba inserto el sujeto). Así es que no hallamos a este respecto ninguna particularidad relevante: Erdemovic era un hombre adulto, maduro y con plenitud de sus facultades mentales y físicas, que provenía de un entorno pacífico y ordenado, con un nivel cultural medio para su sociedad, con sentido de la responsabilidad (era casado y padre de una menor de edad, ocupándose plenamente del mantenimiento de su familia), y de un nivel socio-económico bajo pero nunca indigente. Es decir, pues, que en lo que respecta a sus particularidades sobre edad, sexo, cultura y medios económicos, Drazen Erdemovic no presentaba ninguna singularidad como para no imputarle su responsabilidad personal por haber participado en los señalados hechos antijurídicos.

La particularidad, empero, *surgirá del tipo de actividad y circunstancias en las que se encontraba en el momento de (co)ejecutar el injusto.*

(a) Así, y en primer término, lo anterior se deriva del hecho de haber integrado una verdadera estructura de pecado, tal como era el ejército serbio durante la llamada Guerra de los Balcanes. Una institución en la que él pasó a integrarse voluntaria y consensualmente, aceptando y reconociendo de tal modo su compromiso funcional para con dicha institución, así como la autoridad (legítima a su entender) de sus superiores al mando.

Como integrante *infraestatutario* de la institución inicua, a Erdemovic se le atribuyó un estatus y sus correlativos roles, así como una difusa normativa respecto del modo en que debiera cumplimentar sus deberes. Esta se resumía básicamente en: la obligación de cumplimentar con las órdenes recibidas de sus superiores; el cumplimiento –por lo general- de solamente una parte o compartimento de la actividad delictiva; un conocimiento muy escueto acerca de la finalidad real o efectiva de la actividad colectiva de la institución –ello, claro está, hasta el momento en que se le exigió asesinar directamente a las víctimas, en cuyo caso tal finalidad inicua quedó más que de manifiesto-; una continua ideologización de sus actividades dentro de la institución, que iba dirigida irremediabilmente a provocar un alejamiento moral respecto de las víctimas, a través de procesos de deshumanización, segregación y odio (en el caso: respecto de los musulmanes serbios y croatas).

(b) En segundo lugar, habrá de tenerse en cuenta el campo estructural de la acción en el que se desarrollara la actividad colectiva. Así, en la especie fáctica, se trata de un fusilamiento realizado por un pelotón de doce miembros (integrado por el reo) contra grupos de aproximadamente una docena de víctimas que eran ubicadas a pocos metros, arrodilladas y de espaldas a los primeros. Conforme a tal campo estructural de la acción, es claro que no se está ante un distanciamiento físico respecto de las víctimas; empero, los efectos del distanciamiento moral a su respecto sí que estaba plenamente vigente. Baste para ello tomar en consideración la figura del tal *Peré* al que se hace referencia como la expresión más radical de ello. Asimismo hay otro extremo, que define a este “*campo estructural*” y que influyó indudablemente sobre Erdemovic, y es el que refiere a la desindividuación (en el sentido dado por Zimbardo *supra*) que se genera en el actuar dentro de un pelotón de fusilamiento. El actuar dentro de dicho marco hace que la actividad específica del sujeto se torne cuasi-anónima, ya que difícil es distinguir la misma de la del grupo todo. Tales extremos facilitan al sujeto el trasladar su responsabilidad individual hacia el colectivo, pensando en el pelotón de fusilamiento como una entidad ajena; si bien él sabe que la integra, la siente como autónoma e independiente.

(c) En tercer lugar, hemos de atender a los “posibles de la acción”, esto es, al cúmulo de posibles acciones que pudo –atendiendo a la función mimética– representarse, a los efectos de dar cumplimiento a su rol.

Su rol consistió en el de soldado raso que debía cumplir las órdenes de su superior. Una vez recibida una orden claramente antijurídica de parte de éste último, en principio, se le abrió un abanico de posibles acciones que iban desde la desobediencia, pasando por la disidencia, y llegando hasta el cumplimiento piedadista de la misma.

Ahora bien, atendiendo a las circunstancias que rodearon a su conducta, ¿tuvo éste verdadero margen para desobedecer? Conforme a los hechos, está claro que no. A diferencia de situaciones –hoy avaladas por historiadores– vividas bajo el III Reich, en donde los sujetos podían negarse a cumplir con las órdenes de ejecutar a los judíos sin mayores consecuencias sobre su vida, libertad e incluso carreras funcionariales; aquí está clara la existencia de una amenaza cierta, grave e inminente contra su vida, emitida por el superior jerárquico, y latentemente por parte de sus colegas (*Pére*). Prueba de que el no cumplimiento de la acción

individual (inmediata) no formaba parte de los posibles de la acción, surge del hecho contrastado de que, ante la disidencia verbal, se contestó con la amenaza (de allí que, quien no puede lo menos, nunca puede lo más).

La disidencia (que en la especie se corresponde de forma idéntica a como la identificara Milgram –*vide supra*–) constituye un estadio previo a la desobediencia, que consiste en la manifestación del desacuerdo que experimenta el sujeto entre su moral autónoma y la orden recibida. Es un modo de liberar tensión, pero no necesariamente (como ha sucedido en la especie) conlleva una efectiva negativa a cumplimentar la orden a través de su (inter)acción. Para ello se requería dar un paso más (paso importante dada su pesada carga psicológica) que el sujeto no pudo por no hallarse el mismo dentro de sus opciones. Ello, dada la amenaza recibida, que limitó considerablemente la auto-determinación del sujeto a su respecto, poniéndole en una situación de desigualdad con respecto a cualquier miembro de un pelotón de fusilamiento que no recepcionara semejantes amenazas (como el ya expresado caso de los nazis).

Como se aprecia del relato, todo lo más que pudo determinar Erdemovic respecto del modo en que realizar su conducta fue el de (en lo posible) disparar contra aquellos sujetos de más edad, obviando así a jóvenes y niños. Él no pudo dejar de participar del pelotón (aunque lo intentara); no pudo evitar disparar (dada la escasa cantidad de integrantes del escuadrón, por lo que quedaría fácilmente en evidencia); como tampoco pudo disparar a errar (de nuevo, puesto que quedaría en evidencia ante su oficial en jefe). Todo lo anterior obviamente repercute sobre la capacidad de elección del sujeto: haciendo a la misma tan escueta y nimia que, desde una óptica garantista, no puede sustentarse una voluntariedad dirigida a la violación de la norma penal, de grado tal que justifique una *necesidad de pena* a su respecto.

Siendo sintéticos (y sin perjuicio de un más acabado análisis de estas cuestiones *infra* al analizar los efectos sobre la imputación personal/culpabilidad) en los casos vistos, estamos ante personas a las que *no se les permitió una motivación normal* respecto de la norma penal internacional.

Siguiendo los lineamientos del análisis que hiciéramos sobre la atenuante, una última consideración respecto de este tema merece hacerse respecto del Derecho penal español. En atención al mismo, las cuestiones propias de la *duress* o de un estado de necesidad disculpante, hallan asiento en la causa de exculpación prevista en el art. 20.6 del CPE de miedo insuperable.

Ello se debe, principalmente, al hecho de que el estado de necesidad tal como se halla regulado en el art. 20.5 CPE, sólo alcanza a su modalidad justificante (como causal de justificación) puesto que se plantea (como presupuesto) un conflicto que no genere un mal mayor al que se trate de evitar.

Al respecto, se ha señalado que el art. 20.5 CPE obedece a una colisión de intereses, en la cual se considera que actúa justificadamente quien salva al suyo sin causarle un mal mayor al otro. No siendo relevante para nada la existencia de un conflicto psicológico que afecte a la normalidad motivacional del sujeto.⁷⁴⁸

Todo lo contrario sucede respecto de la causa de exculpación del miedo insuperable en la cual sí se exige que exista una amenaza que genere o cause en el sujeto una anormal situación motivacional. Anormalidad que se determina en atención a resultar -la misma- insuperable para la persona media, es decir, para una persona normal.

Así el individuo (como en los casos vistos de Venezia y de Erdemovic) no pierde ni su racionalidad, ni su juicio crítico, ni sus capacidades volitivas, sino que se halla sometido a un mal *intersubjetivamente* insuperable. Así, el sujeto *carece de una normalidad motivacional*. Ello se verifica en el hecho de que, ante lo exiguo y determinado del campo estructural de la acción, *no tuvo capacidad pasiva de ser influido por la norma penal*. Al menos, no tuvo capacidad pasiva de ser influido por la norma de modo normal: tal como la que observa un sujeto sito en un marco situacional diferente. Resultando acreditado (a nuestro juicio) dichos extremos *en la casi nula función mimética que pudiere desplegar el sujeto*.

⁷⁴⁸ Así vide: Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal, parte general...*” cit., pág. 598.

TERCERA PARTE.

Capítulo Segundo: La responsabilidad jurídico penal del estamento supra-estatutario.

II.1.1. Planteo.

Concluíamos anteriormente que (atendiendo a las demostraciones arrojadas en las experiencias Milgram et al.) los sujetos integrantes del estamento *infra-estatutario* de una estructura de pecado que, cumpliendo sus roles, obedeciendo órdenes, perpetran directa o indirectamente delitos de genocidio o de lesa humanidad, han de considerarse (*como principio general*) amparados por una circunstancia atenuante, fundada en una imputación personal (culpabilidad) deprimida.

Ahora bien, también señalábamos que ese juicio de imputación personal deprimido o atenuado se funda en la existencia de circunstancias o factores psico-sociales y culturales que afectan (en diversos grados) a la capacidad motivacional del sujeto (pudiendo llegar, en casos extremos, a determinar una situación de inexigibilidad dándose una importante diferencia motivacional respecto de una persona media).

Dichos factores psico-sociales y culturales son la razón que explica tal culpabilidad limitada, a la vez que explican por qué el sujeto actúa obedeciendo las órdenes aun cuando no se sienta conforme con las mismas, y más aún: cuando dichas órdenes le causen un profundo desagrado. Lo anterior es consustancial a toda situación de alienación.

Pues bien, nuestra hipótesis es que aquellos que crean y organizan tal complejo cúmulo de relaciones o factores que ocasionan tales efectos sobre el sujeto *infra-estatutario* deben ser responsabilizados por ello, pues resultan intervinientes en los delitos perpetrados por aquellos (afectados por dichos extremos). A los efectos de explicar cómo ha de atribuírsele responsabilidad a estos sujetos, primeramente hemos de delimitar –concretamente- a quiénes se refiere, y luego hemos de profundizar los fundamentos del porqué de aquello.

II.1.2. Los integrantes del estamento supra-estatutario.

Cuando se estudian los distintos sistemas de imputación de responsabilidad penal generalmente aceptados en el Derecho penal internacional, uno suele encontrar una categoría de intervención integrada por los denominados como “líderes”, “superiores”, o “jerarcas”. No obstante, nosotros no compartimos el criterio (expuesto principalmente por Roxin) de identificar al “Superior” con aquel o aquellos sujetos ubicados en un supuesto “*vértice de la pirámide*” mediante la cual se grafica una determinada estructura de poder. En efecto, no consideramos que este extremo normativo se haya de interpretar atendiendo a un mero criterio formalista, ni equiparándole al concepto de Derecho administrativo que lo identifica con el sujeto titular (“resorte”) de un órgano que tiene, a su vez, a otros órganos a él –administrativa y formalmente- subordinados.

No creemos, pues, que desde el punto de vista empírico quien ostente realmente el poder sea siempre aquel sujeto que “figure” como la máxima autoridad de determinado gobierno (tanto *de iure*, como *de facto*): así, el Jefe de la Junta Militar que encabeza formalmente un gobierno de facto, o el Presidente de determinado Estado, o el Rey, o el Comandante en Jefe, etc.

Asimismo, y tal como ya hemos señalado, el pensar en una estructura de poder que pueda ser gráficamente representada mediante una pirámide no se compadece con la evidencia empírica de las cosas. Baste como muestra, remitirnos al verdadero caos organizacional que mostraba la Alemania nazi en lo relativo a la aplicación de la llamada “solución final al problema judío”: organismos cuyas competencias se superponían; cuyos límites de competencia no estaban claros; que cuentan con la misma persona física a su frente; que se efectuaban mutuos controles, cuando no derechamente compitiendo unos con otros a los efectos de cumplimentar mejor o más rápidamente las políticas del partido o del Estado. Todo ello figura como ejemplo de la compleja red de órganos y organismos en la que (generalmente en todo Estado totalitario) se distribuye el poder.

De allí que el sostener una *interpretación fundamentalmente formal*, o fundada en aspectos normativos divorciados de la realidad empírica, conduzca a fundamentar toda una estructura jurídico-dogmática normativa *inútil e injusta*. *Inútil*, ya que al no dirigirse a los centros de donde verdaderamente emerge (o emergía) el poder, nunca cumplirá con los efectos preventivos generales ni especiales de la pena.

Injusta, ya que hará caer el peso de la pena sobre las espaldas equivocadas (generalmente aquellas más expuestas, o bien políticamente más débiles a la hora de enfrentar el proceso penal).

El concepto de “*superior jerarca*” o “*autoridad*” que manejamos aquí intenta romper con tales formulaciones meramente formalistas. Partimos de la comprensión sobre el concepto de “*poder*” equivalente al definido por Arendt como de “*dominio*”: socavar la relación fundada en el *querer vivir y actuar conjuntamente*, por la *imposición de una voluntad sobre la otra, y la destrucción de un grupo social al que se le priva de todo derecho* –al que se le deshumaniza-. De allí que el acento haya de ponerse, no en quien emite las órdenes, o en quien se halle en la “*cúspide*” de un organigrama burocrático, sino sobre las personas que crean y/o ponen en marcha políticas de ingeniería social propias de una estructura de pecado.

A diferencia de los planteos comunes en la doctrina, no identificamos forzosamente a la figura del “*jerarca*” con aquel que emite las órdenes de perpetrar delitos de genocidio o de lesa humanidad. De nuevo, el que emite las órdenes no es el sujeto más relevante desde nuestro punto de vista político criminal, sino quien o quienes crean el contexto situacional de una estructura de pecado a través de instituciones sociales secundarias (“*sociales*” al decir de Bauman)⁷⁴⁹, en donde se asumen como normales y razonables tanto la emisión como la ejecución de tales órdenes (como normal cumplimiento de un rol). No vamos a reiterar aquí todo lo ya expuesto acerca de las instituciones profundas y secundarias, así como sobre los efectos y alcances de las estructuras de pecado; remitiéndonos *in totum* a lo ya dicho. Lo mismo cabe indicar respecto de las responsabilidades colectivas objetiva y subjetiva ya estudiadas al tratar de la situación de los miembros del estamento *infra-estaturario*.

Los individuos que ahora interesan, planifican un campo estructurado de la acción (de la interacción), determinando los distintos estatutos y roles correspondientes a cada uno, orientando todo ello a la consecución de una finalidad (real, efectiva) inicua, que en la especie se caracteriza por desatender las relaciones sociales fundamentales y básicas, recogidas en las instituciones sociales profundas o

⁷⁴⁹ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., págs.. 199 y ss..

primarias.⁷⁵⁰ Dicha desatención se realiza a través de instituciones sociales secundarias que, lejos de construir las relaciones sociales, jurídicas, políticas y económicas de conformidad con las instituciones profundas indicadas, lo que hacen es –por el contrario- desvirtuar, desconocer, o directamente oponerse a tales instituciones. De tal modo se procede a regular las relaciones sociales conforme a un marco de dominación y no de poder –bien entendido-: como aquel deseo y voluntad inquebrantable de vivir y actuar todos conjuntamente. Verificándose esto último tanto en la negación de la posibilidad moral y legal de mediatizar a cualquier persona a favor de otra u otras, o de desconocer la faceta social (cualidad o dimensión colectiva) consustancial a cada una de las personas.

Tampoco se estará ante una concepción como la que sostiene Rawls, quien mediante una aplicación de la *regla maxi-min* y en virtud de su construcción de un pacto social hipotético fundado en la razón y ante una situación de desconocimiento del modo en que los dones y beneficios naturales y sociales se hallan repartidos en la sociedad; resolverán que las instituciones sociales sirvan a los efectos de garantizar una igualdad de acceso (de condiciones) para todos los miembros de la sociedad.⁷⁵¹

Tampoco se estará ante una concepción como la sustentada por Popper, quien identifica a todo político (en particular a todo legislador) como un ingeniero social que puede obedecer bien a una política utópica, o bien a una “gradual”. Conforme a ésta última (que identifica Popper como la modalidad de ingeniería social correcta), se entiende que lo que persigue es ofrecer toda la ayuda posible a los que sufren, adoptando el método de buscar y luchar contra los mayores y los más vigentes males de la sociedad, en lugar de buscar y luchar por “el mayor bien último” que no consiste en otra cosa más que en la modificación profunda de las bases sociales de la sociedad a través –esencialmente- de la violencia.⁷⁵²

Sí se estará aquí ante un tipo de *ingeniería social utópica* –conforme la clasificación hecha por Popper-, ya que busca –como fin fundamental y último- la modificación o destrucción de las bases profundas de la sociedad, de las relaciones pre-sociales que fundamentaran (ontológica y deontológicamente) a la sociedad. Lo

⁷⁵⁰ Cfe. Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural...*” cit., págs. 146 y ss..

⁷⁵¹ Rawls, John. “*Teoría de la Justicia...*” cit., pág. 251 y ss..

⁷⁵² Popper, Karl. R. “*Después de la sociedad abierta. Escritos sociales y políticos*” (Jeremy Shearmur, Piers Norris Turner, eds.), Paidós, Madrid, 2010, págs.. 100 y ss..

anterior a través de estructuras de pecado que, lejos de reafirmar a las instituciones profundas, van socavando su vigencia y su autoridad.

Conforme a todo lo expuesto tenemos que el *hacer ingeniería social dirigida a destruir las relaciones sociales naturales* conlleva las siguientes (dos) condiciones:

Por un lado (1) crear o fomentar un haz de políticas dirigidas a deshumanizar a cierto sector de la sociedad.

Asimismo (2) poseer o detentar el poder de crear o modificar, instituciones sociales secundarias con su correlativo campo estructurado de la (inter)acción y los correspondientes estatutos y roles a desempeñar por los miembros infra-estatutarios; y todo ello direccionado hacia una finalidad inicua: la establecida en el anterior numeral (1).

Si no se presentan ambas condiciones, no se estará ante un miembro del estamento *supra-estatutario*. Siendo particularmente relevante la segunda (2) condición, que explica *la posición de garante* que recae sobre el sujeto integrante de este estamento *supra-estatutario*. Así como la primera (1) condición que fundamenta por qué ha de *responder como garante*, es decir, por qué se le imputa la calidad de interviniente en el delito (muy posiblemente, además, a título de autor).

Lo anteriormente dicho se justifica puesto que el poder de crear o modificar instituciones sociales secundarias conlleva una asunción del control de determinadas conductas, colocándose el sujeto en una posición de especial relevancia para la evitación de conductas delictivas de terceros. Ahora bien, el que alguien emplee tal poder para la consecución de una finalidad inicua correlativa a una estructura de pecado (en vez de reforzar o expandir los efectos de las instituciones sociales profundas) es lo que permitirá imputar su intervención en el delito: por haber incumplido activa u omisivamente (y siempre que sea dolosamente) los deberes previamente asumidos. Todo ello conforme a lo que se fundamentará *infra* cuando se analice la fundamentación de esta posición de garante. Pero previo a ello veamos un caso real donde se pueden cotejar los extremos hasta aquí relacionados.

II.1.3. Ejemplo de ingeniería social propia de una estructura de pecado: la Alemania nacionalsocialista.

Bajo, justamente, el título de “ingeniería social” ha sostenido Bauman lo siguiente respecto de la Alemania nacionalsocialista: “(...) *mucho antes de construir las cámaras de gas, los nazis, siguiendo las órdenes de Hitler, intentaron exterminar a sus compatriotas física o mentalmente disminuidos por medio del ‘asesinato misericordioso’, falsamente llamado ‘eutanasia’, y criar una raza superior por medio de la fertilización organizada de mujeres racialmente superiores por hombres racialmente superiores (eugenesia). Lo mismo que estos intentos, el asesinato de los judíos fue un ejercicio más en la administración racional de la sociedad. Y un intento sistemático de utilizar el planteamiento, los principios, y los preceptos de la ciencia aplicada.*”⁷⁵³ Ilustremos los anteriores asertos:

Cuando los dirigentes nazis (empezando por el propio Hitler) pusieron en marcha el programa T-4 consistente en la práctica generalizada en el territorio alemán de una eutanasia eugenésica sobre todos los enfermos mentales y niños discapacitados, de plano entendieron que el mismo debía mantenerse en el más absoluto secretismo. Mas sin embargo, una vez que los centros de exterminio se extendieron a lo largo y ancho de Alemania (dirigidos desde la tristemente célebre casona sita en la Tiergartenstrasse nº 4 que fuere ocupada por el Führer⁷⁵⁴, y fuera cedida a los efectos de montar allí el primer centro de ejecuciones y las oficinas centrales del proyecto), tal secreto no pudo ser mantenido con la misma eficacia, y ciertos sectores sociales de opinión pública comenzaron a criticar las extrañas muertes que se estaban produciendo sobre tales sectores más débiles de la población. En especial la crítica llevada adelante por autoridades de las Iglesias, así como por parte de importantes centros de opinión de la comunidad internacional, arrinconaron en pleno año 1935 al gobierno nazi, llevándole a abandonar el programa. Máxime considerando que los nazis pretendían en aquel entonces ofrecer una buena imagen internacional ante el advenimiento de los Juegos Olímpicos de Berlín de 1936.

⁷⁵³ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 96.

⁷⁵⁴ Casona ésta que no solamente estaba situada en la zona más exclusiva de Berlín, sino que estaba en la misma manzana de la embajada de EEUU, a dos cuadras de la residencia de Ernst Röhm, y a cuadra y media de la Sede Central Alemana de la Cruz Roja.

Pero la principal razón por la cual (por un tiempo) los nazis debieron suspender el proyecto T-4, se halla en el hecho de que el mismo iba en contra de la opinión y la sensibilidad de la mayoría del electorado alemán conservador y nacionalista, del cual los nazis obtenían la mayor parte de sus votos. En tal sentido, estudios actuales demuestran cómo la Operación T-4 contaba (*a priori*) con la desaprobación expresa de los principales dirigentes de la derecha conservadora, así como de los sectores nacionalistas (tanto de centro-derecha como de centro-izquierda). En cambio, una vez que se produjo la escalada de propaganda racista nazi, así como cuando se verificaran los primeros efectos de las políticas ostracistas respecto de los judíos, tales niveles populares de desaprobación se evaporaron.⁷⁵⁵

Los nazis aprendieron bien la lección, al punto que, en lo referente al Holocausto de judíos, gitanos, homosexuales, comunistas y demás disidentes políticos, no volvieron a cometer el error de actuar a espaldas de la opinión pública, sino que previamente *procedieron a adoctrinar a la comunidad en pos de una desocialización y deshumanización de las futuras víctimas*. De allí que los grupos de presión social no actuaran en favor de los judíos cuando estos fueron perdiendo paulatina pero progresivamente sus derechos, ni cuando fueron desterrados de la actividad profesional y comercial, ni cuando fueron desposeídos de sus bienes y trasladados a guetos, ni cuando, finalmente, fueron condenados a perecer en los campos de exterminio. El triste y aberrante éxito de la política de exterminio del holocausto se debió no tanto a la existencia de una convicción asesina, y de una serie de personas con poder político y militar que dictaron órdenes, sino a la *previa constitución de instituciones societales que desarticulaban las relaciones sociales primigenias que se habían construido sobre las bases de que cada vida humana vale lo mismo, y de que todos tenían iguales derechos respecto a su propia existencia* (ello, al menos desde la aprobación por ley de la emancipación de los judíos de 1871).

Así, frente a las acciones de “boicot” a los comercios judíos durante el año 1933, la mayoría de los alemanes desaprobaban los métodos empleados (principalmente) por las SA, dada la “barbarie” que encarnaban puesto que comprendían acciones claramente vandálicas, destrucción de la propiedad privada, y un ejercicio

⁷⁵⁵ Al respecto *vide*, por todos: Aly, Götz. “*Los que sobran. Historia de la eutanasia social en la Alemania nazi 1939-1945*”, Crítica, Barcelona, 2014.

claramente contrario a las convenciones legales que regían las relaciones sociales alemanas desde hacía siglos. Ante dicho fracaso, Hitler y sus principales colaboradores se dieron cuenta de que debían modificar su estrategia.

El principal escollo que hallaba el alto funcionariado nazi respecto de la “destrucción” del enemigo sionista era que la opinión pública (mayoritaria, es decir, aquella que trascendía a sus votantes que en aquel entonces rondaba el 30 % del electorado alemán) no sentía tanto repudio hacia los judíos como sí sucedía respecto de los comunistas, y más tarde, de los socialistas y personalidades de centro-derecha. Siendo ello especialmente claro en el marco de las grandes ciudades.⁷⁵⁶

Estos extremos se traslucen en la siguiente (tenebrosa) declaración de Himmler: “*‘Hay que exterminar al pueblo judío’ dicen todos los miembros del partido. ‘Está claro, es parte de nuestro programa, la eliminación de los judíos, su exterminio, bien, lo haremos.’ Y luego se presentan todos, los ochenta millones de buenos alemanes, y cada uno de ellos tiene a su judío decente. Por supuesto, todos los demás son unos cerdos pero este es un judío de primera.*”⁷⁵⁷

Conforme a la nueva estrategia, la finalidad que debía perseguir el estado nacionalsocialista respecto de la cuestión judía era lograr su *ostracismo* social. Quitarlos de la vida cotidiana, eliminándolos de todos los sectores de actividad social, sería el medio para que la propaganda oficial antisemita pudiera permear en la mente del alemán medio de aquella época. Claro que ello difícilmente se lograría en la medida en que tal ciudadano medio tuviera como referente empírico a su contable, a su médico, al pediatra de sus hijos, al dueño del comercio donde diariamente compra sus provisiones, etc., judíos, que en nada se asemejaban a aquel que pintaban los afiches en la vía pública, o que se describía en los editoriales del “*Der Stürmer*”.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Al respecto de la particular situación de Baviera, vide: Kershaw, Ian. “*Popular opinion and political dissent in the Third Reich, Bavaria 1933-1945*”, Oxford University Press, New York, 2005, págs. 224 y ss..

⁷⁵⁷ Extraído de: Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 219.

⁷⁵⁸ En tal sentido vide: Arendt, Hanna. “*Eichmann en Jerusalén...*” cit., págs.. 96 y ss.. Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., págs. 215 y ss. Broszat, Martin. “*The Third Reich and the German people*” en “*The challenge of the Third Reich: The Adam von Trotta Memorial lectures*” (Hedley Bull, ed.), Clarendon Press, Oxford, 1986, págs. 90 y ss.. Mommsen, Hans. “*Anti-jewish*

Para lograr dicho fin, y en un ejercicio propio de aquel mecanismo que viéramos de “bricolaje” tal como lo definiera Lévi-Strauss, los nazis echaron mano de ciertos aportes de las Ciencias naturales –claro que torciendo y retorciendo sus postulados– a los efectos de fundamentar la existencia de un “gen judío” que explicaría el riesgo que dicha “raza” significaba respecto de la pureza racial “aria” (significativa ésta última de la “raza superior” conforme al credo nazi). Así, por ejemplo, se recurrió (especialmente por Hitler) a las ideas (hoy claramente equivocadas) de Lamarck, en virtud de las cuales se sostenía que si una persona que sufriera de una cierta tara, o de un defecto físico, se reprodujera con alguien sano, el fruto de dicha unión fatalmente sufriría de las mismas taras o deficiencias que su progenitor. Esta sería la “razón científica” que explicaría por qué la unión del “gen judío” con el “gen ario” provocaría un fruto degenerado por la potencia del primero, en vez de verse suprimido en sus efectos por la –supuesta– “superioridad” del “gen ario”.⁷⁵⁹

Otro claro ejemplo de lo anterior lo representa el claro uso (retorcido) de las demostraciones de Mendel respecto a las leyes de la herencia genética que formulara en atención a sus estudios sobre las plantas. Siguiendo los planteos genotípicos de Mendel, los nazis formularon las “razones científicas” que demostrarían los efectos del gen judío sobre su descendencia de primer y de segundo grado y que fueran recogidas en la legislación de Núremberg.

De tal guisa, lo que hasta entonces no eran más que planteos racistas y antisemitas que hallaban sus raíces en lo más profundo del Siglo XIX⁷⁶⁰, y una formulación de odio expresado a través de métodos fanáticos y “bárbaros” (como las persecuciones y agresiones en plena calle, las amenazas vertidas por los matones de la SA impidiendo la entrada a las tiendas de dueños judíos, cuando no derechamente destrozando los locales y la mercadería; o incendiando casas y sinagogas) pasó a disfrazarse con los ropajes de aquella parte de la cultura que –entonces como hoy–

politics and the interpretation of the Holocaust” en “*The challenge of the Third Reich: The Adam von Trotta Memorial lectures*” (Hedley Bull, ed.), Clarendon Press, Oxford, 1986, págs. 116 y ss..

⁷⁵⁹ Sobre el particular, *vide*: Miller, Richard Lawrence. “*Nazi Justiz. Law of the Holocaust*”, Praeger Publishers, Connecticut, 1995, págs. 11 y ss..

⁷⁶⁰ Cfe. Aly, Götz. “*¿Por qué los alemanes? ¿Por qué los judíos? Las causas del Holocausto*”, Crítica, Barcelona, 2012, págs. 23 y ss..

cuenta con mayor prestigio social (sinónimo de seriedad y de absoluta neutralidad): la ciencia.⁷⁶¹

A lo anterior se sumó el medio que, para el alemán medio, significaba el mejor modo de regular (de modo general y abstracto) tales “realidades científicamente demostradas”: la Ley.⁷⁶² Así, a una semana de constatarse el rotundo fracaso de los boicots, Hitler “desempolvó” un proyecto de ley que ya en 1925 había presentado ante el Parlamento del Reich el entonces diputado nacionalsocialista Wilhelm Frick (ahora Ministro del Interior). Dicho proyecto de ley pretendía la expulsión inmediata de todos los judíos de las actividades públicas referentes a las finanzas, la policía, el ejército y el servicio diplomático.⁷⁶³ En 1933, y de un modo más amplio, la “Ley para la restauración de un funcionariado civil profesional”, reformulada por los “expertos sobre raza” del Ministerio del Interior y conforme a los postulados del (cada vez más influyente) secretario del Ministerio de Justicia Roland Freisler, conllevó la expulsión de más de dos millones de funcionarios públicos federales, provinciales y municipales de sus puestos. Incluyéndose a jueces, fiscales, profesores universitarios, becarios del sistema educativo, miembros del servicio diplomático, miembros de todos los ministerios y gobiernos central y descentralizados, policía y ejército.⁷⁶⁴

Dicha Ley, en su párrafo 3.I (conocido en adelante como el “párrafo ario”) ordenaba que: “Los funcionarios que no sean de origen ario deben retirarse”. El 11 de Abril de 1933, el primer decreto de desarrollo de la ley definía como “no ario” a aquel que descendiese de padres o abuelos no arios, particularmente judíos. Bastando con que uno de los padres o de los abuelos fuese no ario a los efectos de

⁷⁶¹ Cfe. Aly, Götz. “¿Por qué los alemanes? ¿Por qué los judíos? Las causas del Holocausto”, Crítica, Barcelona, 2012, págs. 263 y ss.

⁷⁶² Cfe. Steinweis, Alan; Rachlin, Robert. “The Law in nazi Germany and the Holocaust”, en “The Law in nazi Germany. Ideology, opportunism, and the perversion of justice” (Alan E. Steinweis & Robert D. Rachlin, eds.), Berghahn Books, New York, 2013, págs. 1 y ss..

⁷⁶³ Vide al respecto: Friedländer, Saul. “El Tercer Reich y los Judíos (1933-1939). Los años de persecución”, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2009, págs.. 205 y ss..

⁷⁶⁴ Cfe.: Hilberg, Raúl. “La destrucción de los judíos europeos...” cit., pág. 73 y ss.. Aly, Götz, “Los que sobran. Historia de la eutanasia social en la Alemania nazi 1939-1945...” cit., págs.. 179 y ss.; Ortner Helmut. “El verdugo. Roland Freisler: un asesino al servicio de Hitler”, Editorial Sombra, Barcelona, 2010, Capítulos 3 a 5. Di Porto, Valerio. “Le leggi della vergogna. Norme contro gli ebrei in Italia e Germania”, Le Monnier, Florencia, 1999, págs. V a XLVII.

la determinación de su cualidad de no ario.⁷⁶⁵ El mismo día, el *Reichstag* (para entonces una mera marioneta en manos de Hitler) sancionó el proyecto de ley elevado por Hitler y su Ministro de Justicia Gürtner, por el cual se excluyó a todos los abogados judíos de los tribunales del Reich. Ello con idénticos alcances y con los mismos procedimientos y personal encargado de fiscalizar y ejecutar su cumplimiento, que las reguladas y correspondientes a la Ley del Funcionariado.⁷⁶⁶

El 25 de Abril del mismo año, se promulgó la Ley contra el hacinamiento en las Escuelas y Universidades alemanas (también llamada de “*numerus clausus*”) dirigida a alumnos y estudiantes no arios. Limitaba la matriculación de estudiantes judíos a un 1,5% del total de nuevos solicitantes, y establecía un tope de alumnado judío por institución de un 5% sobre el total del alumnado global.⁷⁶⁷ En Septiembre del mismo año, se promulgó la prohibición de que los judíos pudieran tener granjas o cualquier otro tipo de explotación agropecuaria. Así, expresa Friedländer al respecto: “*Según el pensamiento racial nazi, la comunidad nacional alemana extraía su fuerza de la pureza de la sangre y de su arraigo al sagrado suelo alemán. Tal pureza racial era una condición inexcusable para la creación cultural superior y para la construcción de un Estado poderoso, garante de la victoria en la lucha por la supervivencia y la dominación raciales. Desde el principio, por tanto, las leyes de 1933 apuntaban a la exclusión de los judíos de todas las áreas clave de esa visión utópica.*”⁷⁶⁸

Todo lo anterior derivó en el dictado de las tristemente célebres Leyes de Núremberg de 1935. En tal línea, ha sostenido Rafecas: “*El avance implacable sobre los derechos ciudadanos de los integrantes de la comunidad judía alemana era acompañada por un estridente coro de voces de juristas en el ámbito del derecho público, quienes avalaban las consignas del Estado racial y anticipaban,*

⁷⁶⁵ Cfe. Hilberg, Raúl. “*La destrucción de los judíos europeos...*” cit, pág. 79 y ss.. Rafecas, Daniel. “*Historia de la Solución Final...*” cit., págs. 42 y ss.. Miller, Richard L. “*Nazi Justiz...*” cit., págs. 14 y ss..

⁷⁶⁶ Cfe. Hilberg, Raúl. “*La destrucción de los judíos europeos...*” cit, pág. 79 y ss.. Ortner, Helmut. “*El verdugo...*” cit., págs. 81 y ss..

⁷⁶⁷ Cfe. Hilberg, Raúl. “*La destrucción de los judíos europeos...*” cit, pág. 80 y ss.. Rafecas, Daniel. “*Historia de la Solución Final...*” cit., págs. 44 y ss..

⁷⁶⁸ Friedlander, Saúl. “*El Tercer Reich y los Judíos (1933-1939)...*” cit., págs. 56 y ss.. También vide: Rafecas, Daniel “*Historia de la Solución Final...*” cit., págs. 44-45.

*desde la doctrina, propuestas de medidas concretas para consagrar la más amplia discriminación, empujando a los colectivos apuntados –en especial, el judío- a asumir el rol de meros súbditos despojados de atributos jurídicos, en sintonía con la creciente aceptación del estereotipo del Jude como enemigo mortal de la comunidad del pueblo alemán.”*⁷⁶⁹

Hitler tenía el proyecto de ley delineado por su Ministro del Interior y por el de Justicia (especialmente delineado, además, por Freisler) desde el año 1933. Pero recién en 1935 estaba la Nación lista para tomar por buena y “normal” esta legislación que significó la muerte civil para los judíos alemanes; así como el cumplimiento de la primera etapa en la escala de Hilberg que explica los genocidios y los delitos de lesa humanidad.

Las leyes de Núremberg estaba integrada por la “Ley de protección de la sangre y el honor germánicos” que prohibía la celebración de matrimonios mixtos, así como todo tipo de contacto o relación sexual entre un ario y un no ario (léase: judío). Asimismo, tipificaron nuevas figuras penales que se referían al incumplimiento de lo establecido por la novel legislación, así como todo tipo de comercio carnal extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre “pura” alemana. También dispuso la prohibición de que una mujer alemana (aria) menor de 45 años realizara tareas de servicio doméstico para judíos.

La otra pieza legislativa (en realidad, un decreto), la Primera Ordenanza de la Ley de Ciudadanía del Reich, estableció un método automático para determinar quién era o no, un judío. Para ello se siguió un modelo idéntico al de las construcciones de los fenotipos (demostraciones de la herencia genética de los genes dominantes) de Mendel: De tal guisa, aquel sujeto (hombre o mujer) descendiente de dos abuelos judíos y pertenecientes a la religión judía (practicantes); o casado con un judío al 15 de Septiembre de 1935; o descendiente de tres o cuatro abuelos judíos (fueren practicantes de la religión o no) era considerado por la Ley (irremediabilmente y sin excepciones) como un Judío. Pudiendo retrotraerse la cualidad de judíos de los antepasados (a los efectos de saber si los abuelos o padres eran o no judíos) a 1871 fecha de la emancipación de los judíos en Alemania.

Todo sujeto (hombre o mujer) que tuviera un abuelo judío, o dos abuelos judíos (pero no practicantes de la religión) sería considerado *Mischling* –híbrido-. Ésta

⁷⁶⁹ Rafecas, Daniel. “*Historia de la Solución Final...*” cit., págs.. 45 y ss..

categoría limitaba sus derechos civiles y políticos igual que a los judíos, pero le salvaba –de momento- de las requisas, de la (posterior) emigración forzosa, (posterior) internamiento en guetos y en campos de concentración, y (posterior) internamiento en campos de exterminio. Señalé que tal condición fue “de momento” ya que tuvo una escasa duración temporal, especialmente una vez que comenzara la Guerra. En dicha ocasión, los *Mischlinge* recibieron por lo general el mismo trato genocida que los considerados –por las Leyes de Núremberg- judíos. En adición a lo anterior, la categoría de *Mischlinge* sobre la base de tener dos abuelos judíos no practicantes de la religión judía casi inmediatamente tras la promulgación de la Ley fue descartada, y se les consideró a todos los efectos como judíos.⁷⁷⁰

Una vez que uno era declarado judío, todas las medidas jurídicas y administrativas, pasadas y futuras, le alcanzaban directa e inmediatamente sin excepciones.

Ahora bien, la legislación analizada, *no solamente determinó la manera técnico-legal de definir (determinar) quién era o no judío para el Reich, sino que también determinó la organización de la maquinaria burocrático-estatal puesta al servicio de la persecución de los judíos; y que luego fuere extendida a todos los territorios anexados, conquistados, o asociados durante la Guerra.*

Salvo Wilhelm Frick (condenado y ejecutado por sentencia del IMT en 1946), los nombres de Hans Pfundter, de los *Ministerialrat* Wilhelm Stuckart, Medicus, Lösener, Seel, del *reichsärzte Führer* Wagner, y del Secretario del Ministerio de Justicia Roland Freisler no son recordados, y menos aún asociados al piélago de calamidades que sufriera el pueblo judío europeo antes y durante la II Guerra Mundial.

Desde luego, ellos no suelen figurar como principales criminales nazis en los Manuales de Derecho penal internacional, ni en los de Historia general. Sin embargo, *como miembros de la Comisión que ideara y asesorara en la aplicación de las leyes que hemos indicado anteriormente, y conforme al planteamiento aquí defendido; ellos fueron integrantes del estamento supra-estatutario y, desde allí –y teniendo en consideración las particularidades de sus casos- autores penalmente*

⁷⁷⁰ Hilberg, Raúl. “*La destrucción de los judíos europeos...*” cit., págs. 87 y ss..

responsables por el delito de genocidio conocido como el Holocausto del pueblo judío.

Lo anterior se funda en los mismos extremos que relacionáramos en el apartado anterior respecto de los integrantes del estamento *supra-estatutario*:

Primeramente, se trató de personas investidas de un poder real (delegado por Hitler, y los Ministros Frick y Gürtner) actuando en el marco de una Comisión, a través de la cual modificaron instituciones sociales secundarias (v.gr.: Derecho público/Constitucional; Administrativo; Penal; Civil; Proceso Civil; Proceso Penal; Poder Judicial; Sistema educativo; Policía, etc.) así como crearon también otras nuevas (como el Tribunal Popular dirigido por Freisler; los campos de concentración; etc.).

También, dentro de ese marco, delimitaron tales miembros de la Comisión los estatutos de todos aquellos integrantes del estamento *infra-estatutario*, correspondientes a la Policía, al Poder Judicial, a los servicios educativos, a las SS, Wehrmacht, etc., que interactuaran dentro del *campo estructurado de la interacción ingeniado por los integrantes de la Comisión*.

En segundo lugar, dicho campo estructurado de la interacción (y sus correlativos estatutos y roles) estaba dirigido a la consecución de una finalidad inicua: deshumanizar a todo un sector de la sociedad, despojándoles de sus Derechos (violando irremediabilmente al principio de igualdad), y socavando así las bases de las instituciones profundas sobre las que se construyera la sociedad alemana contemporánea.

Estas personas procedieron a cumplimentar las dos primeras fases que conducen (siempre) a un genocidio (o a un delito de lesa humanidad): la definición y el posterior ostracismo de las víctimas, lo que conduce ya –irremediabilmente- a la destrucción física y espiritual de dichas personas.

Al emplear un método pseudo-científico así como el manto civilizado de la legislación, los nazis adquirieron la masiva y mansa aceptación de los alemanes; aquellos mismos que –al mismo tiempo- rechazaran las acciones violentas de las SA de Röhm durante los boicots de 1933, así como la acción pseudo-secreta de la acción T-4. Atendiendo a los postulados previos, a estas alturas del análisis, menester se vuelve que entremos de lleno en los fundamentos del porqué de la responsabilidad penal de estos individuos; constituyendo a su respecto una posición de garante:

II.2.1. Los fundamentos de la posición de garante: la relación entre Derecho penal internacional y la Moral.

Partiendo de la premisa de que el fundamento de la existencia de una relación de sentido (o conexión) entre las conductas de los miembros de los estamentos *infra* y *supra-estatutario* es *normativa*, para decir que existe intervención en el caso de estos últimos se ha de acreditar la existencia de normas por parte del ordenamiento jurídico cuya finalidad sea la de, justamente, evitar que esas conductas pasen a formar parte de la organización delictiva genocida o de lesa humanidad de otros.

Así, podemos recurrir a estos efectos a la argumentación dada por Robles Planas: *“La primera excepción a la impunidad del sujeto que obra en primer lugar viene dada por la lesión de deberes especiales. En ella se encuentra un criterio fundamental para hallar la definición o sentido delictivo de una conducta. Se trata de las tradicionalmente denominadas posiciones de garantía, si bien debe precisarse que la virtualidad de las posiciones de garantía no queda únicamente delimitada a las conductas omisivas, sino que despliegan sus efectos también en relación con aportaciones activas. Está cada vez más admitido en la doctrina que, en la medida en que un sujeto sea garante de la evitación de determinados resultados, la infracción de tales deberes es un factor de imputación también en el ámbito de la comisión activa (...) Quien como garante responde por la no evitación de los peligros creados por terceros, a fortiori debe responder por la creación de las condiciones que favorecen la comisión del delito. En este sentido, la posición de garante simboliza la expectativa normativa de que el primer sujeto está obligado por razón de esa especial situación a impedir determinados acontecimientos lesivos.”*⁷⁷¹

A los efectos de acreditar la existencia de tales normas del ordenamiento jurídico cuya *ratio legis* sea evitar que las conductas de estos sujetos (miembros del estamento *supra-estatutario*) pasen a formar parte de la organización delictiva de otros (es decir: que constituye sobre aquellos una posición de garante) imperioso resulta comenzar por analizar la íntima relación existente entre el Derecho penal internacional y la Moral (relación ésta mucho más cercana que la existente entre ésta y el Derecho penal clásico). Veamos:

⁷⁷¹ Robles Planas, Ricardo. *“La participación en el delito: fundamento y límites...”* cit., págs. 292 y ss..

Indicamos que existe, respecto del tipo de delitos que trata este análisis, una íntima relación entre Moral y Derecho. De tal grado que si graficáramos dicha relación en sendos círculos que se intersectan, el área correspondiente a la intersección ocuparía la mayor parte del área total de toda la figura. Ello se debe a que las normas de Derecho penal internacional se han fundamentado (en lo que respecta a su validez, rango y vigencia) en las normas de *Ius Cogens*.

Este tipo de normas, cuya trascendencia dentro del ámbito del Derecho penal internacional fuera considerada por primera vez ante el Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg, han sido reconocidas expresamente en el art. 53 de la Convención de Viena de 1969 (Sobre el Derecho aplicable a los Tratados y Convenciones Internacionales). Las referidas normas se construyen sobre una moral internacional, como tal inderogable por cualquier convención nacional o internacional. Moral, ésta, reconocida *consuetudinariamente* por la colectividad de Naciones, en *todo tiempo y espacio*, y que se refiere a ciertos derechos fundamentales del hombre (luego positivizados en gran medida, y primariamente a nivel global, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948).

Sobre las normas de *Ius Cogens*, la Doctrina de Derecho internacional público y de Derechos Humanos, es conteste en sostener que se trata de obligaciones *erga omnes* del Derecho internacional público. Tal tipo de obligaciones fue definida primeramente por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, en cuya sentencia de 24 de Julio de 1964 dictó: “*Una distinción elemental ha de establecerse en particular entre las obligaciones de los Estados frente a la Comunidad Internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su propia naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados. A la luz de la importancia de los derechos considerados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes*”⁷⁷²

⁷⁷² Corte Internacional de Justicia de La Haya, *Asunto Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd., de 24 de Julio de 1964*. Consultado en: www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf, pág. 93 y ss..

Asimismo, y en otros pronunciamientos, la Corte ha afirmado el carácter *erga omnes* respecto de las obligaciones sobre la libre determinación de los pueblos, del Derecho internacional humanitario, y sobre la Convención sobre el Genocidio; indicando, a su respecto, que todo Estado contratante no observa un interés propio, sino que sólo tiene (junto con los demás Estados) un interés común: preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención.⁷⁷³

Asimismo, son obligaciones *erga omnes* las que prohíben y establecen la responsabilidad internacional penal por los delitos de guerra, lesa humanidad y genocidio.⁷⁷⁴

Como expresáramos anteriormente, las normas de *Ius Cogens* están expresamente recogidas en el art. 53 de la Convención de Viena de 1969 que reza: “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*”

Si bien algunos autores prefieren reconocer en las normas de *Ius Cogens* no otra cosa más que principios fundamentales que emergen de la normativa internacional (pública) vigente, considero en lo personal que la única manera de fundamentar su carácter inderogable es su fundamentación en normas consuetudinarias (usos y costumbres internacionales) que no requieren del consenso expreso de los Estados para verificar su validez y alcance.⁷⁷⁵

⁷⁷³ Corte Internacional de Justicia de La Haya, *Asunto sobre Timor Oriental (Portugal contra Australia)*, de 30 de Junio de 1995; *Asunto sobre la aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia)*. *Excepciones preliminares*, de 11 de Julio de 1996.

Consultado en: www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1992-1995.pdf, págs. 90 (y ss.) y 123 (y ss.), respectivamente.

⁷⁷⁴ Weil, Prosper. “*Le Droit international en quete de son identité. Cours Général du Droit international public*” Vol. 237, Martinus Nijhoff (nijhoffonline) 1992.

⁷⁷⁵ Así sostiene May: “*Mauricio Ragazzi suggests that there are norms of customary international law that are legally binding on States ‘irrespective of whether or not has expressed its consent to be bound’.* Ragazzi says that this principle is widely shared among other international legal scholars.

Bien cierto es que la naturaleza de dichas normas en un principio (y manteniéndose dicha posición hasta hoy día por una gran parte de autores) se fundó en el Derecho Natural. Así, el Fiscal General de Nüremberg, el Juez Robert Jackson, fundó sus acusaciones ante el Tribunal Penal Militar Internacional contra los líderes nazis que habían cometido atrocidades y persecuciones raciales o religiosas, en la llamada Cláusula Martens de la Convención de la Haya de 1907 que preveía dos fuentes relacionadas de Derecho Internacional: los principios del Derecho de las Naciones, como resultado de los usos y costumbres establecidos y reconocidos entre las personas civilizadas; y, en segundo lugar, los dictados por la conciencia pública.

Bien, puntualmente el fundamento lo hallaba en los principios del Derecho Natural que son aquellos “dictados por la conciencia pública”: que resultan ofendidos en la medida en que los seres humanos sean tratados de manera inhumana, haciéndoles sufrir de manera meramente arbitraria. Tal sufrimiento arbitrario ha de ser considerado como violatorio, entonces, de la Ley Natural en tanto que viola los estándares básicos acerca de cómo los humanos han de tratarse entre ellos; estándares éstos que emergen de la razón. Los seres humanos, se supone, han de tratarse unos a otros conforme a un mínimo de decencia fundada en la idea de que cada persona humana es portadora de un valor intrínseco que siempre ha de ser respetado.

Empero, dentro de la Doctrina anglo-americana, los autores positivistas -distantes de concepciones de Derecho Natural- siguiendo los postulados de John Austin, se

Of course, that is widely shared does not yet tell us if it is plausible. If States can relieve themselves of the international obligations related to jus cogens norms, then such important matters as basic international human rights cannot be secured against the actions of States that claim not to recognize the legitimacy of a given human right. But if the express consent of states is not required, then it is hard to see how the norms in question can originate in what is consensually customary or conventional.

But perhaps what Ragazzi is suggesting is that part of so-called customary international law is not grounded in the consent of States. Whether Ius Cogens norms are conceptualized as a non-consensual part of customary international law, or as a part of the general principles of international law, it remains clear that they cannot be consensual, or they will lose any claim to be universal and inviolable (not subject to derogation).” May, Larry. “Crimes against humanity. A normative account”, Cambridge Studies in Philosophy and Law/ Amazon Kindle e-book edition, position 519.

negaron a reconocer la existencia de las normas de *Ius Cogens*, ello bajo el postulado de que la ley es lo que, conforme a su soberanía, sostiene cada Estado.

No obstante, ya pioneramente Hart reconocía la existencia de un mínimo contenido de la Ley Natural que provee el fundamento para *normas tanto legales, como morales* de toda sociedad. Verdross, con posterioridad, recoge la idea de Hart e identifica tal “mínimo contenido de Ley Natural” con las normas de *Ius Cogens* (“Las normas de *Ius Cogens* contienen un mínimo moral que toda comunidad debe atender, si es que pretende [poder] emitir normas vinculantes”).⁷⁷⁶

Claro que la idea central para Verdross era el reclamo normativo a todo Estado, en el sentido de que este último no actuara en detrimento de la seguridad jurídica de todos sus habitantes. Para Verdross tal reclamo normativo era de naturaleza (explícitamente) moral: *Si un Estado no le proporciona [ninguna] seguridad a sus súbditos, entonces éstos no están obligados a obedecer sus leyes.*⁷⁷⁷ Verdross extiende luego esta idea al ámbito internacional: *si un Estado no protege a todos sus habitantes, tal Estado no puede oponer su soberanía a la Comunidad Internacional.*⁷⁷⁸

Más próximo en el tiempo, el también neo-positivista May ha reconocido las normas de *Ius Cogens* sobre las mismas bases que Verdross, mas reconociendo que obedecen a un “*principio [internacional] de seguridad*” fundado en la Moral. Conforme a éste, un Estado estaría faltando al debido respeto a la comunidad internacional en la medida en que permita el maltrato a todo un segmento de su población; siendo ello la idea central que inspirara tanto a la Convención de Naciones Unidas contra el Genocidio, como a las demás convenciones internacionales que condenaran tanto al Apartheid, como a la tortura. Es, justamente, la violación de tal principio internacional (construido sobre un

⁷⁷⁶ Así se ha sostenido: “Verdross, unlike Hart, was explicit in describing a moral minimum for any legal system, and thought that it applied to domestic as well as to international law. The minimal moral content of law provides the rationale for obedience to law and for the obligations thought to attach to membership in a political society.” May, Larry. “Crimes against humanity...” cit., posición 601.

⁷⁷⁷ Verdross, Alfred von. “Forbidden treaties in international law” en *American Journal of International Law*, vol. 31, año 1937, págs. 571 y ss..

⁷⁷⁸ En términos similares sentencia Larry May: “If a State did not protect its citizens, that State’s sovereignty was not due international respect either.” May, Larry. “Crimes against humanity...” cit., posición 649.

minimalismo moral à la Verdross) la que justifica y habilita la actuación del Derecho penal internacional y de los Tribunales Internacionales:

*“El minimalismo moral sostiene que cuando un Estado actúa con la finalidad de destruir la seguridad de uno de sus súbditos, se viola un mínimo de moral aceptable en las conductas por parte de los Estados. Y no sería injusto que los tribunales internacionales tomen acciones que, en otro contexto, podrían verse como injustas violaciones a la soberanía estatal.”*⁷⁷⁹

Todas estas concepciones sostienen la existencia de una base mínima de derechos individuales que los Estados han de reconocer y proteger, ello si pretenden que sus súbditos, así como la Comunidad Internacional, les reconozcan su legitimidad y obedezcan sus leyes. Y dentro de tal “minimalismo moral” se ubican aquellos derechos individuales reconocidos y tutelados a través de los delitos internacionales que son objeto de nuestro análisis (delitos de genocidio, de lesa humanidad). *De allí que la determinación de la incidencia de la moral, en lo que a las relaciones sociales y en lo que a las instituciones societales respecta, resulte menester a los efectos de realizar cualquier análisis dogmático jurídico-penal (y mucho más aún a los efectos de fundamentar cualquier instituto de tal naturaleza) en lo que a estos tipos de delitos respecta, puesto que tales extremos constituyen la verdadera (y única) deontología de la Norma penal primaria.*

La moral es el fundamento sobre el cual se constituyen las normas de *Ius Cogens*, en virtud de las cuales se fundan, a su vez, las normas penales internacionales; pero asimismo, representará dicho “minimalismo moral” la raigambre individual, aquel sustrato deóntico que habrá de fundamentar el reproche jurídico-penal. Ello en la medida en que el sujeto no ajuste su conducta para la observancia del mismo (esto es: capacidad de motivación conforme al precepto normativo penal). Toda persona normal actuando en un contexto corriente (esto es: toda persona que se halle en las mismas condiciones que una persona media) tiene intrínsecamente la capacidad de reconocer dicho *minimum* moral en que se fundamenta la norma penal internacional y, en situaciones normales, la capacidad de motivarse conforme a ello.

Ahora bien, la pregunta a la que corresponde responder en estas alturas del análisis es la referente a la razón jurídica por la cual –entendemos- el ordenamiento jurídico impone un deber de garante sobre todo sujeto con poder de ingeniería

⁷⁷⁹ May, Larry. “Crimes against humanity...” cit., posición 835.

social, cuya finalidad es la de evitar que sus conductas (activas u omisivas) dolosas pasen a formar parte de la organización genocida o de lesa humanidad por parte de otros. A tales fines que dedicaremos los siguientes dos apartados:

II.2.2. Los fundamentos de la posición de garante: la relación entre Derecho penal internacional y Moral: la posición de Zygmunt Bauman.

Habiendo señalado lo anterior sobre la relación de la moral con las normas de *Ius Cogens* y de estas últimas con la norma penal primaria, bien vale que sobre ella hagamos las siguientes precisiones, máxime cuando será sobre tal relación que se fundamentará la posición de garante. Para Emile Durkheim, cuyos escritos siguen siendo hoy día las bases de la teoría sociológica dominante, la moral es un producto de la sociedad, más concretamente, el producto de las necesidades de cohesión e integración social. Así, se sostiene que el sistema moral preserva la existencia de la Sociedad, salvaguardando su identidad a través de la fuerza vinculante que se obtiene por medio de los procesos de socialización y de las sanciones punitivas. Se entiende que la continuidad de la sociedad se logra y sustenta imponiendo restricciones sobre las predilecciones naturales (a-sociales, pre-sociales) de los miembros de la sociedad, es decir, forzándolos a actuar de una manera que no contravenga la unidad de la sociedad. Concretamente, reseña Bauman:

*“Dice Durkheim, que cada sociedad tiene una moralidad porque la necesita. Al ser la necesidad de la sociedad la única sustancia de la moralidad, todos los sistemas morales son iguales desde el único aspecto en el que se pueden medir y evaluar legítimamente (objetiva y científicamente): su utilidad para satisfacer dicha necesidad.”*⁷⁸⁰

Sin embargo, toda esta construcción, que tozudamente se intenta sostener aún hoy día (como emblema de los beneficios y virtudes de la sociedad moderna) choca de frente con las trágicas realidades que presentan los genocidios y los delitos de lesa humanidad cometidos a lo largo y ancho del Siglo XX y en esta primera década del Siglo XXI. El Holocausto del pueblo Judío europeo, el genocidio del pueblo

⁷⁸⁰ Bauman, Zygmunt. *“Modernidad y Holocausto...”* cit., pág. 203. Desarrollando este concepto, vide: “Vetsen, Arne Johan. *“Evil and human agency. Understanding collective evildoing”*, Cambridge University Press, New York, 2009, págs. 21 y ss..

camboyano bajo el régimen de Pol-Pot, la revolución cultural China, o las masacres que el ejército Sirio perpetra actualmente contra su pueblo son ejemplos lapidarios de cómo tal construcción sociológica que entiende a la moral como el producto de las normas sustentadas por el grupo social capaz de coordinar con preeminencia el espacio social bajo su supervisión conlleva una imposibilidad de fundamentar cualquier sanción jurídico-penal.

Los anteriores asertos se explican en el siguiente razonamiento de Bauman acerca del Holocausto: “(...) *Las respuestas políticas y legales al crimen nazi pusieron sobre el tapete la necesidad de legitimar el veredicto de inmoralidad que se adjudicó a las acciones de un gran número de personas que habían seguido fielmente las normas morales de su propia sociedad. Si la distinción entre lo correcto y lo erróneo, el bien y el mal, se encontraba única y exclusivamente a disposición del grupo social capaz de ‘coordinar con preminencia’ el espacio social (como asevera la teoría sociológica dominante), entonces no habría una base legítima para acusar de inmoralidad a esas personas ya que no violaron las normas del grupo. Podríamos sospechar que si Alemania no hubiera sido derrotada, ninguno de estos problemas se habría planteado. Pero fue derrotada y la necesidad de abordar el problema se planteó.*”⁷⁸¹

Como se ve, conforme a dicha posición, no habrían existido criminales de guerra ni ningún Derecho a juzgar y ejecutar a personajes como Eichmann; ello a menos que existiera alguna fundamentación para concebir que pudiera ser criminal el comportamiento disciplinado y totalmente conforme a las normas morales de *ese momento* y de *ese lugar*. Es decir: las normas morales de las estructuras de pecado instauradas por el régimen nacionalsocialista.

Si las normas morales fueran el producto de las *instituciones societales, tras la constitución política de la sociedad*, la única forma de explicar eventos como el Holocausto, sería recurrir a consideraciones del orden de que el Régimen Nazi conformaba un conjunto de seres atávicos (no socializados correcta o convencionalmente) y unos bárbaros incapaces de comportarse “civilizadamente”. Es decir, personas que no han podido ser socializadas, de allí que no hayan desarrollado una moral, y se hayan regulado por sus pasiones e instintos amorales y atávicos. Mas ello, ya hemos visto que no fue cierto: el régimen nazi no fue el

⁷⁸¹ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 207.

producto de un conjunto de neuróticos, sino de seres psico-socialmente normales, regulares, banales; y pretender que Alemania en pleno Siglo XX no era una sociedad civilizada, resulta cuanto menos, llamativo.

De allí que si los crímenes nazis fueron producto de las concepciones morales y éticas aceptadas por su sociedad (al punto que individuos como Eichmann preveían el suicidio como opción antes que el incumplimiento de las órdenes provenientes de sus superiores, *ergo* de las instituciones societales –estructuras de pecado-), la única manera –conforme a la tesis sociológica clásica y dominante- de fundamentar el castigo sería la de la fórmula de la “venganza de los vencedores sobre los vencidos”.

El reconocimiento de una base moral y ética a las normas penales internacionales (de *Ius Cogens*), conlleva el reconocimiento de bases supra societales (esto es: relaciones sociales equivalente a instituciones profundas), en virtud de las cuales se demuestre que las acciones a punir han contravenido no tan solamente unas normas legales retrospectivamente aplicadas por la potencia vencedora, sino también unos principios morales que responden a la esencia de toda relación inter-humana en las que se funda toda sociedad humana. Y que la sociedad políticamente instituida podría llegar a suspender (a través de instituciones societales), más nunca anular completamente.

Recuérdese que por relaciones sociales, comprendemos a las relaciones inter-humanas en virtud de las cuales –y fundado o motivado en razones genéticas y de supervivencia de la especie- los hombres conviven gregariamente, fundando sociedades o comunidades políticas; y que aquí identificamos con las instituciones sociales profundas o primarias. Por relaciones e instituciones societales, entendemos al conjunto de relaciones e instituciones, creadas o modificadas con posterioridad a la constitución política (institucionalización) de la sociedad. En estas últimas (las relaciones societales) priman intereses particulares o sectoriales, así como otras cuestiones que no hacen referencia a aquellas razones constitutivas. Se identifican las mismas con las llamadas instituciones sociales secundarias o micro-instituciones sociales; dentro de cuyo universo se ubican (como versión degenerada de las mismas) las estructuras de pecado.

Volviendo al análisis del error de considerar que las relaciones sociales (previas a la institucionalización de la comunidad y al surgimiento de las relaciones e instituciones societales) carecen de moral (por ser ésta última el producto de las

necesidades emergentes de las relaciones sociales y recogida en instituciones del mismo orden [societal]) señala Bauman: “(...) *Tras el Holocausto, la práctica legal y, por tanto, también la teoría moral, tuvieron que enfrentarse con la posibilidad de que la moralidad se pueda manifestar como insubordinación contra principios defendidos por la sociedad y como una acción abiertamente opuesta a la solidaridad y el consenso social. Para la teoría sociológica, la simple idea de que existan bases pre-sociales del comportamiento moral anuncia la necesidad de una revisión radical de las interpretaciones tradicionales sobre las fuentes de las normas morales y de su fuerza vinculante.*”⁷⁸²

Por lo dicho, Bauman sentencia que la autoridad y la fuerza vinculante de la distinción entre el bien y el mal no puede legitimarse haciendo referencia a los poderes sociales que la sancionan y aplican; una conducta puede ser moral y correcta aunque la condene el grupo por incorrecta, y viceversa.

De lo expuesto, emerge una conclusión ineludible: la capacidad humana para distinguir dentro de la casuística propia de los delitos de genocidio y de lesa humanidad lo correcto de lo incorrecto desde el punto de vista moral no admite relativismos, no está sometida a las constantes variaciones de opinión propias de la opinión pública o de la “*conscience collective*”. *Por el contrario, se trata de una capacidad individual e innata, al igual que los atributos biológicos, las necesidades fisiológicas o los impulsos psicológicos.* Y esto último nos retrotrae al análisis que hicieramos en el capítulo Primero, acerca de los postulados de Hannah Arendt sobre la dimensión colectiva o plural de toda persona humana, así como sobre la finalidad que define a toda relación de poder sobre la que asienta (o debiera asentar) toda institución social –primaria o secundaria- aquel *deseo de vivir y actuar de manera conjunta.*

Los ingenieros sociales, por su parte, lo que hacen –o intentan hacer- es someter tal capacidad individual a los propios fines colectivos de la sociedad, especialmente canalizándola en una dirección que considere útil para la colectividad toda, o neutralizando los efectos de ella que se considere adversos a tales intereses colectivos (situación ésta propia de las micro-instituciones o instituciones secundarias puras, es decir, que no obedecen a la forma degenerada de una estructura de pecado).

⁷⁸² Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 208.

Al decir del multi-citado Bauman, el proceso de socialización consiste en la manipulación de la capacidad moral, no en su producción; y tal manipulación supone tanto la existencia de aquellos principios previos (que serán los objetos pasivos del procesamiento social), como también la capacidad de oponerse, escapar y sobrevivir a dicho proceso de manipulación. En última instancia, la autoridad y responsabilidad de las elecciones morales siguen residiendo donde lo hacían desde un principio: en el ser humano.⁷⁸³

La capacidad moral no es el producto de los llamados “procesos socializadores” (cuando no, derechamente civilizadores o humanizadores) sino su objeto. Los ingenieros sociales (generalmente el legislador) a través de determinados institutos y procesos represivos busca imponer sus pautas, encauzar tensiones; manejando, moldeando o transformando a aquella capacidad moral individual. *Tal capacidad moral, entonces, no halla su origen en institutos o procesos sociales (esto es: derivados de la constitución política de la sociedad), sino en las relaciones sociales, constitutivas de la sociedad. De allí que se sostenga que el comportamiento moral solamente se concibe en el contexto de la coexistencia, en el “estar con otros” en un contexto social.*

Puntualmente, Bauman, en contra de la sociología clásica sostiene: *“Parece que los enfoques sociológicos más comunes no le conceden mayor importancia o alcance del hecho de ‘estar con otros’ (es decir, con otros seres humanos). Los Otros se difuminan en conceptos mucho más amplios como el contexto de la acción, la situación del actor o genéricamente, el ‘entorno’: vastos territorios donde residirían las fuerzas que impulsan las decisiones del actor en determinada dirección o limitan su libertad de elección, y en donde estarían contenidos los objetivos que incitan la actividad deliberada del actor y, por tanto, le proporcionan motivos para la acción. A los otros no se les reconoce la subjetividad que los podría diferenciar de los demás componentes del ‘contexto de la acción’. O, mejor dicho, se reconoce su condición singular de seres humanos aunque, en la práctica, no se suele considerar como una circunstancia que exija al actor realizar una tarea cualitativamente distinta. A todos los efectos, la ‘subjetividad’ de los otros se reduce a una previsibilidad decreciente de sus respuestas y viene a constituirse,*

⁷⁸³ Tester, Keith. *“The social thought of Zygmunt Bauman”*, Palgrave MacMillan, London, 2004, pág. 124.

*por tanto, en una limitación a la pretensión del actor de tener completo dominio sobre la situación y sobre la realización eficiente de la tarea fijada. La conducta errática del otro humano, diferenciado de los elementos inanimados del campo de acción, es un estado.”*⁷⁸⁴

La condición primaria del “estar con otros” no genera por sí misma (es decir, a menos que la fuercen presiones externas) ninguna problemática moral. Cualquier consideración moral que pueda interferir con ella proviene, con toda seguridad, del exterior. Cualquier limitación que pueda imponerse sobre la elección del actor no procede de la lógica intrínseca del cálculo de medios y fines. Analíticamente hablando, las limitaciones pertenecen al ámbito de los factores irracionales. Cuando el “estar con otros” queda absolutamente organizado en función de los objetivos del actor, la moralidad es una intrusa. La relación –al decir de Arendt- ya no será de *poder (querer vivir y actuar conjuntamente con los otros)* sino de *dominio (imposición de criterio por fuerza o similar)* anulando la *dimensión colectiva*.

Desde el punto de vista jurídico-penal todo lo anterior tiene especial importancia, mas precisamente ubicados dentro de la imputación personal del acto injusto así como en la fundamentación del porqué de la posición de garante respecto del ingeniero social. A tales efectos hemos de precisar:

La capacidad moral es innata a todo ser humano, a la vez de tratarse de la base fundamental sobre la que se erigen las relaciones sociales (que darán después lugar a las instituciones sociales secundarias o construcciones societales).

Las Normas penales internacionales que se refieren a los delitos de genocidio, de lesa humanidad, al estar fundadas en las normas de *Ius Cogens*, observan un *substrato deontológico*, ético y moral, innegable.

Existe, en los delitos contra la humanidad y genocidio, una identidad (que emerge de la verificación de los dos extremos analizados en los literales anteriores) entre tal *capacidad moral* y la *capacidad de motivación* conforme al precepto de la Norma penal internacional (fundamento éste último de la imputación personal del hecho antijurídico).

Demostramos en el Capítulo anterior cómo dentro de una estructura de pecado es posible manipular a los sujetos sometidos a dicha jerarquía –*infra-estatutarios*-,

⁷⁸⁴ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad y Holocausto...*” cit., pág. 211. En un análisis más amplio, del mismo autor *vide*: “*Libertad*”, Losada, Barcelona, 2010, págs. 27 a 72; 177 a 195.

influyendo directamente sobre la capacidad moral, y por ende, también sobre la capacidad de motivación (conforme a la Norma penal) de tales sujetos subordinados y determinándose así a su respecto una atenuante en el juicio de imputación personal. Ello ya que, indudablemente, tales sujetos no verifican el mismo grado de normalidad de motivabilidad que el de aquellos sujetos que no se hallan sujetos a tales tipos de relaciones societales (esto es: que no se hallan inmersos en una estructura de pecado).

De lo anterior emerge que los déficits de culpabilidad o imputación personal (por hallarse la misma atenuada) de los agentes intermedios y ejecutores directos de los delitos contra la humanidad (siempre dentro del contexto de una estructura de pecado) han de imputárseles a aquellos sujetos que pergeñaran y pusieran en marcha (concretaran fácticamente) las políticas de ingeniería social perversa que, mediante tales estructuras, generaran tales ámbitos de manipulación (léase: que degeneran las relaciones sociales).

Ahora bien, ese *poder* de ingeniería social que detentan los integrantes del estamento *supra-estatutario* conlleva un correlativo *deber*: el no ser empleado en contra de las relaciones sociales primigenias o fundamentales –instituciones profundas- (una vez más: aquel definido por Arendt, como *querer vivir y actuar conjuntamente*), creando estructuras de pecado o modificando instituciones secundarias “sanas” tornándolas en estructuras de pecado. *Deber que se fundamenta en que, de proceder así (en contra del mismo) se iría en detrimento de las normas de Ius Cogens y de la moral internacional. A su vez atenta contra la norma penal que tipifica el genocidio y el delito de lesa humanidad, puesto que –no ha de olvidarse- el fundamento último deontológico de la norma penal es, justamente, la moral internacional cristalizado en las normas imperativas de Ius Cogens.*

II.2.3. Buscando una explicación ius-filosófica a la “capacidad moral” así como a la posición de garante de todo ingeniero social: la ética de la alteridad de Emmanuel Lévinas.

Todos somos responsables de todo, y de todos los hombres sobre todo, y yo más que todos los demás: con esta célebre frase del escritor ruso Fiódor Dostoyevski, el

filósofo francés Emmanuel Lévinas se inspiró para construir las bases de un sistema ético-filosófico en contraposición al propio de la filosofía trascendental moderna.⁷⁸⁵

Para Lévinas, “estar con otros”, es el más primario e inamovible atributo de la existencia humana y se concreta en el concepto de Responsabilidad: *“Como el otro me mira, yo soy responsable de él sin haber asumido siquiera responsabilidades respecto a él. Mi responsabilidad es la única forma en que el Otro existe para mí; es la forma de su presencia, de su cercanía: el Otro no está simplemente cerca de mí en el espacio o cerca de mí como un familiar, sino que se acerca a mí esencialmente en tanto que yo me siento (en tanto que yo soy) responsable de él. Es una estructura que en modo alguno se asemeja a la relación intencional que cognitivamente nos une al objeto, no importa a qué objeto, incluso un objeto humano. La proximidad no revierte en esta intencionalidad. En particular, no revierte en el hecho de que yo conozca al Otro.”*⁷⁸⁶

Así, la responsabilidad de cada uno de nosotros respecto del “Otro” congénere, es incondicional:

Primeramente; no depende de los conocimientos previos acerca de las cualidades del objeto, puesto que le precede.

En segundo lugar; no depende de una determinada intención dirigida hacia el objeto, puesto que también le precede.

De allí que, concluye Bauman, ni el conocimiento ni la intención hacen la cercanía del Otro; no hacen el modo específicamente humano de estar juntos. Es que, como puntualiza al respecto Lévinas: *“El vínculo con el Otro queda anudado sólo como responsabilidad. Esto incluso, lo aceptemos o lo rechacemos, sepamos o no sepamos cómo asumirlo, seamos capaces o incapaces de hacer algo concreto por el Otro. Decir: me voici. Hacer algo por el Otro. Dar. Ser un espíritu humano, eso es todo... Yo analizo la relación entre los humanos como si, en la proximidad del Otro (más allá de la imagen que yo elaboro del otro hombre), su rostro, lo que el Otro expresa (y todo el cuerpo humano es en este sentido más o menos como un rostro) fuera lo que me ordena servirle (...) El rostro ordena y me ordena a mí. Su*

⁷⁸⁵ La frase, pronunciada por el monje Zosima y luego reiterada por Aliosha el personaje principal de la novela “Los hermanos Karamazov” (1880), reza: *“También te diré, Madre, que cada uno de nosotros es culpable ante todos por todos y por todo, y yo más que los otros”*.

⁷⁸⁶ Lévinas, Emmanuel. *“Ética e infinito”*; La balsa de la medusa-Machado libros, Madrid, 2008, págs. 79 y ss..

*significación es una orden que significa. Para ser preciso, si la cara significa una orden para mí, no es en la forma en que un signo normal significa su significante. Esta orden es la significación misma del rostro.”*⁷⁸⁷

Es la Responsabilidad, la “responsabilidad por el Otro”, por lo que “no es una acción mía o por lo que ni siquiera me importa”, la estructura esencial, primaria y fundamental de la subjetividad. Esta *responsabilidad existencial* no tiene que ver con las obligaciones convencionales (contractuales), ni con cálculo alguno de obtención de beneficio recíproco sinalagmático: no asumo mi responsabilidad por orden de una fuerza superior, sea éste un código moral sancionado con la amenaza del infierno, o un código legal sancionado con la amenaza de la prisión. *Considerando lo que mi responsabilidad no es, no la llevo como una carga. Me hago responsable cuando me constituyo como sujeto. Hacerme responsable es constituirme como sujeto. Por lo tanto, es asunto mío y sólo mío. La relación del Otro sin esperar reciprocidad, aunque tuviera que morir por ello. La reciprocidad es asunto suyo.*⁷⁸⁸

Tal como señala Schiffer, Lévinas pone de manifiesto, a través de sus tesis filosóficas, no sólo un vínculo existente e imprescriptible entre ética moral y política, sino también (e impulsado por lo anterior) una revaluación de los Derechos Fundamentales del Hombre, como manifestación eminentemente moral.⁷⁸⁹ Así, expresa el mismo Lévinas:

“El descubrimiento de los derechos que bajo el título de ‘derechos del hombre’ se vinculan con la propia condición de ser hombre, independientemente de cualidades tales como el rango social, la fuerza física, intelectual y moral, virtudes y talentos mediante los cuales los hombres difieren unos de otros, y la elevación de esos derechos al rango de principios fundamentales de la legislación y del orden social, marcan ciertamente un momento esencial de la conciencia occidental. Aunque los imperativos bíblicos ‘No matarás’ o ‘Amarás al prójimo’ debieran esperar desde

⁷⁸⁷ Lévinas, Emmanuel. “Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro”, Pre-textos, Valencia, 2001, pág. 214.

⁷⁸⁸ Cfe. Bauman, Zygmunt. “Modernidad y Holocausto...” cit, págs. 214 y ss.. También véase Galcerà, David. “Holocausto y filosofía. Educar contra la barbarie”, Objeto perdido ediciones, Palma de Mallorca, 2011, págs. 167 y ss..

⁷⁸⁹ Salvatore Schiffer, Daniel. “La philosophie d’ Emmanuel Levinas. Métaphysique, esthétique, éthique”, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pág. 135.

*hace milenios la entrada de los derechos, vinculados con la humanidad del hombre, en el discurso jurídico primordial de nuestra civilización.”*⁷⁹⁰

Este marco argumentativo exige una nueva visión de los Derechos Humanos que conlleve una fundamentación ius filosófica que impida que se vuelvan a constituir sistemas jurídico-políticos que nieguen el alcance de aquellos respecto de determinados sectores de la población. De allí que se perfila con claridad un rechazo de parte de Lévinas de las bases del pensamiento del trascendentalismo moderno.

Conforme a este último, el sujeto de conocimiento determina *a priori* al objeto, construyendo la objetividad del mismo. Al decir de Kant, lo que conocemos de las cosas, es lo que hemos puesto nosotros en ellas: los conceptos del sujeto son las condiciones de la posibilidad misma del objeto. Ahora bien, una teoría como el trascendentalismo, que parte de la base de un sujeto constituyente que convierte a la cosa (animada o inanimada, objeto, animal o persona) en objeto, más concretamente, en fenómeno determinado por el propio sujeto; excluye toda posibilidad de acceso a aquello que resulte absolutamente otro, al “Otro como otro” (al decir de Lévinas). Entendiendo por “Otro” o “rostro” a una persona con un valor idéntico al observador, que nunca puede ser mediatizada por éste; que nunca puede ser considerado como una mera cosa u objeto. Que jamás podría ser catalogado como ser inferior, o como entidad carente de su propia naturaleza de “Otro”, de “Igual”, de “Humano”.

Bien se ha señalado, en atención a los principios del idealismo trascendental, que el sujeto que conoce ejerce una actividad constituyente sobre lo que ha de conocerse. De tal modo, la manifestación de la cosa no se produce de conformidad con las determinaciones propias de la cosa misma (por lo que la cosa, realmente, es en sí misma), sino conforme a las determinaciones que sobre ella proyectan las estructuras *a priori* del entendimiento del sujeto observador (las estructuras del pensamiento/entendimiento kantiano). De tal guisa, el sujeto trascendental por intermedio de las estructuras y juicios *a priori*, y de sus funciones de unidad del entendimiento (categorías kantianas), conforma a la cosa, la desfigura, adecuándola así a su propia constitución: *el sujeto trascendental objetiva al Otro, le da sentido,*

⁷⁹⁰ Lévinas, Emmanuel. “Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro...” cit., pág. 201.

lo hace aparecer como esto o como aquello, no dejándole ser como tal, como “Otro”.

Como se ha señalado acerca del idealismo trascendental: “(...) el sujeto posee categorías que son formas mediante las cuales conforma a la cosa, reduciéndola a objeto y adecuándola a su propia constitución. Las formas a priori, por otra parte, son funciones sintéticas que llevan a unidad la pluralidad de las impresiones empíricas. Para Kant la unidad del objeto es el producto del hacer del sujeto. No hay unidad del objeto ni objeto si no son puestos por la actividad sintética del entendimiento. Para conocer la cosa, el sujeto tiene que objetivarla y hacerla inteligible ajustándola a las condiciones de su constitución de sujeto. La objetualidad y la inteligibilidad del objeto comportan unidad, la cual remite al hacer sintético del sujeto. Éste pone la objetualidad y hace la inteligibilidad por medio de las categorías. Objetivar es unificar y es el ‘Yo pienso’, la unidad trascendental de la autoconsciencia, dice Kant, el fundamento último de toda unidad y de toda síntesis unificadora. El objeto no es, en consecuencia, otra cosa que el resultado de la síntesis realizada por el ‘Yo pienso’. Por eso puede ser presentado –la expresión es de Lévinas- como un acontecimiento del Yo.”⁷⁹¹

Denuncia Lévinas que el rasgo caracterizante del idealismo trascendental (tanto en Kant, como en Husserl) es su *tendencia a unificar y a totalizar*: conocimiento es visión y unifica lo diverso en una totalidad fenoménica (ser como panorama).

“Siempre la mirada teórica totaliza y es totalitaria, reduce ‘todo lo que tiene sentido a una totalidad en donde la conciencia abarca al mundo (...) y así llega a ser pensamiento absoluto. La conciencia de sí es al mismo tiempo la conciencia del todo.’ Por medio de su actividad, unificadora, el conocimiento trascendental reduce a la cosa y al Otro a unidad, a su unidad, a la unidad que el sujeto pone y es. De allí que el saber trascendental sea representación, y representar consiste en hacer presente a la cosa, anulando su trascendencia y reduciéndola a la unidad del ‘Yo pienso’. El ‘Ser-como-presencia’ se vincula al traer a presencia mediante representación y depende de una síntesis lograda por la unidad de apercepción trascendental, del ‘Yo pienso’.”⁷⁹²

⁷⁹¹ Pérez Quintana, Antonio. “La crítica de Lévinas a la filosofía trascendental moderna” en “Emmanuel Lévinas. La filosofía como ética”, PUV, Valencia, 2008, pág. 70.

⁷⁹² Pérez Quintana, Antonio. “La crítica de Lévinas a la filosofía trascendental moderna...” cit., pág. 71.

En el saber y representar propios del idealismo trascendental, ningún lugar queda para la alteridad y para la trascendencia del “Otro”. Así, señala Lévinas que el “Otro” no puede ser reducido a aquello que la actividad sintética del entendimiento establece entre los términos diversos que se ofrecen a tal operación sinóptica. El Otro es lo inenglobable; no lo alcanza ninguna síntesis ni puede ser el objeto de un pensamiento totalizante y sinóptico.

Al concepto del “Otro” conformado u objetivado por el sujeto trascendental, opone Lévinas la idea del Otro como tal: como *Otro absolutamente trascendente*, irreductible a la esfera de nadie (lo que también denomina “rostro”). Como bien se ha señalado, ya en el Prefacio de *“Humanismo del otro hombre”* Lévinas caracteriza su propio pensamiento por la ruptura con el ideal de inteligibilidad de la filosofía trascendental, al que contrapone la idea de la relación con una alteridad que cae fuera de la totalidad constituida por las funciones sintéticas del Yo trascendental.⁷⁹³

En el esquema Levinasiano no es el conocimiento la vía de acceso al Otro: no lo puede ser puesto que ello conlleva el germen del abuso; del desconocimiento de su verdadera esencia, de su cosificación, de su mediatización. Por el contrario, la referida vía de acceso sólo podrá ser posible –sin descuidar la verdadera alteridad- mediante la Ética.

La alternativa Levinasiana a los trascendentalismos se concreta en la concepción de una relación ética anterior e irreductible al saber, de una relación que rompe la unidad de la percepción trascendental y permite el encuentro con lo absolutamente “Otro”. *Es la relación ética, y no la gnoseología, la que explicará correctamente las relaciones entre los hombres: la relación social, originaria y pura, base fundamental de todas las (posteriores) relaciones sobre la base de instituciones sociales secundarias.*

Así, si bien postula un alejamiento del idealismo trascendental, reivindica, empero, las enseñanzas de Kant acerca de la relevancia fundacional de la razón

⁷⁹³ “La conciencia entendida como reflexión retrotrae las significaciones a sus fuentes subjetivas: ‘elabora su inventario trascendental’ y convierte así al Otro en Mismo. De esta conciencia que retorna a sí, separa totalmente Lévinas una subjetividad a la que define la relación con el Otro, una relación a la que ‘ningún método trascendental podría corromper ni absorber’ y que remite a un significado trascendente a todo fenómeno y a toda donación de sentido.” Pérez Quintana, Antonio. “La crítica de Lévinas a la filosofía trascendental moderna...” cit., pág. 77.

práctica. La propia idea de una trascendencia no objetiva, no constituida trascendentalmente, sino a través de la moral... de aquella “voz interior” innata a todo ser humano y que nos indica lo moralmente correcto.

Desde una relación ética, el “Otro” es considerado irreductible en su alteridad; caracterizándose por el respeto a él: se lo reconoce por lo que él es; no se lo objetiva, no se le manipula, no se le reduce, no se le cosifica. De tal modo, se exorcizan los riesgos propios del idealismo trascendental. Riesgos del idealismo que se verifican en la medida en que se llega al reconocimiento de la existencia y esencia de los otros seres humanos a partir del propio entendimiento de cada uno de nosotros: *existen las personas en la medida en que les reconozcamos como existentes; serán seres humanos iguales, sólo en la medida en que les reconozcamos como seres humanos iguales*. De allí que se les pueda llegar a considerar (desde específicas “categorías” xenofóbas o racistas, *inculcadas mediante instituciones societales, instituciones de pecado*) como cosas, como entes o entidades infrahumanas, en consideración de su religión, pensamiento político, raza, etc.

El ubicar a la ética como cerne de la relación social, conlleva entender al sujeto, no como sujeto trascendental, sino *como subjetividad constituida*. Opone a la constitución trascendental del Otro por el sujeto, la constitución del sujeto ético por el mandato del Otro que lo asigna a responsabilidad:

*(...) En la metafísica del Otro, el Yo es destituido de su posición dominante de sujeto trascendental para pasar a tener su centro de gravedad en el Otro, el cual lo afecta al interpelarlo (‘¡No matarás!’), suscitando en él la responsabilidad por el prójimo y determinándolo como receptividad pura.*⁷⁹⁴ Véase la profunda relación que existe entre estos asertos y la dimensión social o plural de toda persona señalada por H. Arendt.

Como indica Lévinas conforme a lo anteriormente transcrito, el Otro que se revela como Otro, apela a un sujeto que es pasividad más pasiva que la receptividad de la conciencia trascendental, la cual va unida aún al gesto de asumir el dato.⁷⁹⁵ Existe una ordenación del Yo al Otro, más tal ordenación no ha de ser concebida ni como

⁷⁹⁴ Pérez Quintana, Antonio. “La crítica de Lévinas a la filosofía trascendental moderna...” cit., pág. 78.

⁷⁹⁵ Lévinas, Emmanuel. “Humanismo del otro Hombre”, Caparrós, Madrid, 1993, pág. 90.

intencionalidad, ni como una tendencia natural al Otro, sino como efecto de la afección del Yo por el Otro⁷⁹⁶, de la inspiración que le proviene del mismo Otro y del Bien. La responsabilidad no es asumida, el sujeto es ordenado hacia el prójimo por el Bien, el cual convierte al Yo en sujeto responsable del Otro hasta llegar a la sustitución, la cual no puede hacerse efectiva sin la desnucleación del sujeto trascendental.⁷⁹⁷

La alternativa al sujeto trascendental, a la que la filosofía moderna une una voluntad de poder que hace que el fin sea fin y que el bien sea bien, es, en Lévinas, una subjetividad que es elegida por el Bien y en la que *la ordenación al Bien es puesta por el mismo Bien antes de que la subjetividad haya podido tematizarlo*.

A diferencia del sujeto trascendental, asociado en la filosofía moderna a reflexión y a coincidencia consigo mismo, el sujeto de la responsabilidad se define por la salida de sí hacia el Otro: no es “para –sí”, sino que ha sido constituido como “un uno –para –el –otro”. No retorna a sí para coincidir consigo, a través del “no –Yo”, como el “Yo” del idealismo trascendental. El “uno –para –el –otro” *está vacío de sí*

⁷⁹⁶ Lévinas, Emmanuel. “Humanismo...” cit., pág. 77.

⁷⁹⁷ Lévinas, Emmanuel. “Dios, la muerte, y el tiempo”; Cátedra, Madrid, 1994, pág. 262. Sobre tales extremos se ha dicho: “*El sujeto responsable no es quien se justifica por sí mismo o desde sí mismo, sino quien responde, atiende, cuida o está al servicio del otro. El sujeto responsable no es aquel que se toma su vida como proyecto y se sitúa como soberano autónomo en el mundo; es aquel que se des-vive y entiende su autonomía como heterónoma. Aquí hay algo de contradictorio, radical y paradójico porque la responsabilidad no se determina desde los niveles de la conciencia del sujeto y sí desde su atención, sensibilidad y cuidado del otro. Cuando la filosofía se reduce al cuidado de sí corre el peligro de convertirse en egología, en puro ensimismamiento; corre el peligro de reducirse a simple ontología o metafísica, haciendo del sujeto bien un objeto más, bien el ente supremo. (...) Cuando nuestras explicaciones por la acción responsable se centran únicamente en la primera persona e intentan dar cuenta y razón del yo que actúa, el sujeto rinde cuentas de sí y corre el peligro de reducir la responsabilidad a pura justificación del cuidado de sí, como si la responsabilidad se redujera a un mecanismo de defensa del yo. Esto explicaría un tipo de vida moral sin horizonte comunitario ni conciencia histórica, reducida a la inmediatez del presente y acostumbrada a juzgar sin perspectiva ni horizonte histórico. Esta desmoralización de la responsabilidad sería una consecuencia de una entronización del yo, de una radicalización individualista y monológica de la autonomía moral.*” Domingo Moratalla, Agustín. “Responsabilidad y diálogo en Lévinas. Reflexiones para una ética del cuidado y la solicitud”, en “Emmanuel Lévinas. La filosofía como ética” (Andrés Alonso Martos, ed.), PUV, Valencia, 2008, pág. 175.

*y de su identidad. No puede ser reducido a la unidad de la apercepción trascendental. Por eso acoge al “Otro” sin asimilarlo.*⁷⁹⁸

Podemos, a estas alturas del análisis, concluir sobre las apreciaciones de Lévinas:

Primeramente, que la moral constituye la estructura primaria de la relación intersubjetiva en su forma primigenia, cuando no la afecta ningún factor no moral, como el interés, el cálculo de beneficios, la búsqueda racional de soluciones óptimas, o la rendición ante la coacción.⁷⁹⁹

La moralidad se define como un deber hacia el Otro, y no como una obligación en la que se verifica la existencia de intereses unilaterales o bilaterales (sinalagmáticos o no). Dentro de dicho marco, el Otro jamás podrá ser *asimilado*: mediatizado ni objetivado (de allí el rechazo a los postulados del idealismo trascendental).

Las micro- instituciones o procesos sociales (entendiendo por éstos a instituciones sociales secundarias, sean o no de estructuras de pecado) surgen o toman lugar cuando la moralidad ya existe.

Luego la moralidad no es un producto de la sociedad, sino algo pre-constituido a la misma y que la sociedad manipula: explota, dirige o bloquea.

El comportamiento inmoral conlleva una renuncia o desconocimiento de la responsabilidad hacia el Otro; y es el producto de la incidencia de procesos o instituciones sociales (aquí sí: estructuras de pecado). No es el producto de atavismos, ni de ausencias de procesos socializadores o civilizadores; sino por el contrario de políticas de ingeniería social especialmente dirigidas a degenerar o desnaturalizar las *bases naturales de la sociedad*.

Como de manera prodigiosamente clara señala el mentado filósofo lituano:

“La ética, la solicitud dirigida al ser de quien es diferente de sí mismo, la no indiferencia a la muerte del otro y, de allí, la posibilidad de morir por otro; la oportunidad de la santidad, sería la distensión correspondiente a esa contracción ontológica expresada por el verbo ser, el desinterés que quiebra la obstinación del ser, que inaugura el orden de lo humano, de la gracia y del sacrificio. Esta inversión humana del en-sí y del para-sí, del ‘cada cual para sí mismo’ en un Yo ético, en la prioridad del para-Otro; esta substitución del para-sí de la obstinación

⁷⁹⁸ Pérez Quintana, Antonio. “La crítica de Lévinas a la filosofía trascendental moderna...” cit., pág. 80.

⁷⁹⁹ Cfe. Bauman, Zygmunt. “Modernidad y Holocausto...” cit., pág. 213 y ss..

ontológica por un Yo que en tal caso es sin dudas único, pero único en por su elección de una responsabilidad respecto de otro hombre –irrecusable e intransferible-, esta inversión radical se produce en lo que llamamos encuentro con el Rostro del Otro. Tras la compostura que se da –o que soporta- en su aparecer, me invoca y me ordena desde el fondo de su desnudez indefensa, de su miseria y de su mortalidad.”⁸⁰⁰

Este ”desplazamiento hacia el otro” que efectúa Lévinas, se ha interpretado como una inversión: la prioridad que asigna a la responsabilidad por el otro, la convierte en la prioridad absoluta de la ética, incluso a costa del propio yo. Ahora bien, en principio esta ética de responsabilidad se perfila como una ética del olvido y descuido del sí, de la disponibilidad absoluta para atender, cuidar y cargar con el otro. No obstante, bien se ha reconocido en tales extremos un discurso hiperbólico: un discurso con tendencia a la exageración para incidir en el olvido, descuido y descarga del otro que los pensamientos moderno y contemporáneo han ocasionado.⁸⁰¹

La llamada de atención de Lévinas respecto del otro, no conlleva (forzosamente) un olvido del yo, de la primera persona; supone sí un replanteamiento moral de la identidad ética. Común al concepto de la dimensión plural de toda persona conforme al planteo de Arendt y seguido en grandes líneas por Ricoeur, el concepto de sí mismo deja de entenderse (y visualizarse) como una pura interioridad o individualidad (reflexivamente), para pasar a ser comprendido en términos comunicativos, fácticos y existenciales. Se verifica, pues, una base estructural dialógica entre las existencias del yo y del otro. Así:

“Una cosa es ser responsable del otro y otra bien distinta ser rehén del otro, como afirma hiperbólicamente Lévinas. La ética de la disponibilidad hacia el otro

⁸⁰⁰ Lévinas, Emmanuel. *“Entre nous. Essais sur le penser-à-l’autre”*, éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 2010, págs. 221 y ss. [Se ha prescindido de la edición castellana previamente citada; la traducción es nuestra-]

⁸⁰¹ Ricoeur, Paul. *“Sí mismo como otro...”* cit., fundamentalmente Capítulos 3 y 4. En tal sentido se ha expresado que “la ética del cuidado y la solicitud” que propone Ricoeur se presenta como una “urbanización” de la ética de la alteridad de Lévinas. De la misma manera que Gadamer urbanizó las reflexiones de Heidegger porque las hizo comprensibles e integrables dentro de la propia historia de la filosofía, así podemos decir que Ricoeur urbaniza las reflexiones de Lévinas haciéndolas comprensibles e integrables en la historia de la ética.” Moratalla, Agustín. *“Responsabilidad y diálogo en Lévinas...”* cit., pág. 181.

no es una ética de la indisponibilidad respecto a sí mismo. No puede haber disponibilidad saludable hacia el otro si el sujeto tiene mermadas sus capacidades o facultades.”⁸⁰²

Tal “responsabilidad” que se traduce en el reconocimiento de que la propia individualidad no se puede explicar sin considerar –como parte intrínseca y a la vez completamente independiente, libre- al “otro” (o “los otros”), y que se comprende (se alcanza a definir) desde un “diálogo” entre las existencias del “uno-con-los-demás” (“uno con el otro”), precede a toda norma puesto que sitúa a la vida moral en una dimensión supra-ética. De allí que toda institución secundaria (y desde allí: toda norma) en su interpretación no pueda contradecirla, ni desentenderse de la misma.

En el fondo, lo que Lévinas viene a sustentar mediante su construcción filosófica es que las bases del relacionamiento social (de las instituciones sociales profundas o principales, conforme nuestro análisis) se constituyen sobre un reconocimiento mutuo y no recíproco. Es decir que el reconocimiento del “otro” no está condicionado (no puede estarlo) a un cálculo de costes y beneficios, o siquiera a un mero acto de voluntarismo (o falta del mismo). Por el contrario, el reconocimiento del “otro” (léase: de toda persona integrante de la sociedad, y como tal portadora de los mismos derechos y obligaciones fundamentales) se funda en la gratitud y en la gratuidad: en la fundamentación de aquella responsabilidad primigenia, que constituye la única manera de “abordar” al “otro”, al “prójimo”, al “conciudadano”.

Respecto de lo anterior, se ha señalado: *“Lévinas remarca la naturaleza lingüística de la llamada o la solicitud del rostro, que él caracteriza como ‘expresión’. Aquí, expresión no es una cuestión de transmisión de información sobre, por ejemplo, ‘el mundo interior y escondido’ del Otro. Por el contrario, ‘en la expresión’, un ser se presenta a sí mismo y en una forma que ‘no deja espacio alguno para la contradicción’. Existen, por supuesto, formas del lenguaje que representan que las cosas son de una cierta manera, y la representación permite siempre, en principio, una respuesta escéptica: ‘no pienso así’, ‘parecen serlo, pero no estoy de seguro’, o nada más que un gesto de desdén o un silencio incrédulos. Pero ‘el ser que expresa, se impone... sin que yo sea capaz de hacer*

⁸⁰² Moratalla, Agustín. “Responsabilidad y diálogo en Lévinas...” cit., pág. 182.

oídos sordos a esa llamada'. La 'imposición' no se hace, sin embargo, a través de una presentación del poder o de la majestuosidad de un rostro, sino 'con su destitución y desnudez'. El rostro presenta su vulnerabilidad con el ruego de 'No me mates'. Y el Yo es, por ese mismo hecho, responsable del Otro.'»⁸⁰³

Esta construcción que Lévinas realiza acerca de la responsabilidad para con el Otro, la constituye en inevitable, absoluta e incondicional. Decíamos, también, a su respecto que se trata de una construcción meta-ética. Su finalidad es la de explicar el origen de toda obligación moral, a través de una experiencia (sensorial) por intermedio de la cual nos hacemos conscientes de ella: nuestro encuentro con el “rostro”, o con el “Otro”.

Así, se ha expresado: “(...) la aproximación de Lévinas que la hace interesante es la conexión que hace de la ética con otros dominios normativos. Es comprensible que los lectores estén sumamente impresionados por el lenguaje dramático de la vulnerabilidad del rostro rogando ‘¡No me mates!’ e imponiendo una responsabilidad infinita. Pero, como vimos, el efecto operativo de mi encuentro con el rostro es el de trasladarme al interior del espacio de las razones morales. Lo imperativo no es, en efecto, decir ‘véndelo todo y dáselo a los pobres’ sino justificar mi comportamiento hacia los otros con buenas razones. Una vez establecido este punto ético, la siguiente preocupación de Lévinas es mostrar cómo el encuentro con el Otro es fuente de otras clases de obligación racional. Así, la sección que sigue a ‘La ética y el Rostro’ es ‘La Razón y el Rostro’, que sostiene que podemos desplegar el lenguaje en indagaciones guiadas por la evidencia más que por el interés propio, solamente porque la presencia del Otro requiere una discusión desinteresada.”⁸⁰⁴

De todo lo anterior, emergen dos cuestiones fundamentales en toda esta construcción:

Por un parte (i), el “Otro” se nos presenta (como fenómeno) como una demanda pura de responsabilidad: *fundamenta la responsabilidad sobre la comunidad toda, sin convertirla (a la responsabilidad) en la resultancia de un acuerdo contingente.* Ello puesto que tal responsabilidad (de justificarnos ante los demás) es la fuente de

⁸⁰³ Gutting, Garing. “Pensando lo imposible. Filosofía francesa desde 1960”, Avarigani, Madrid, 2014, págs. 237 y ss..

⁸⁰⁴ Gutting, Garing. “Pensando lo imposible...” cit., págs. 241 y ss..

todas las clases posibles de normatividad (ética, semántica, lógica, epistemológica).

Asimismo (ii) *tal responsabilidad consiste en que todo discurso se construya sobre estándares compartidos de validez*: cuando la discusión trate de cómo responder a las necesidades y a los derechos de todas las demás personas, no limitándose a la expresión (o imposición) de mis propias demandas o (propios) intereses; entonces se estará ante una normatividad ética.

La responsabilidad que se tiene respecto del Otro (y de los demás Otros que componen la sociedad toda) es de regular las relaciones humanas (sociales) conforme a parámetros de razón y racionalidad.

No se trata de asumir una responsabilidad frente al Otro en términos infinitos (y como tales, absurdos) de darle todo aquello que tenga, y más aún aquello que no tengo, o de brindarle mi entera existencia en una relación de servidumbre-esclavitud. De lo que se trata es de una *imposibilidad (total, infinita) de ignorar las necesidades de los demás; debiendo proveer de razones (justificaciones) racionales que expliquen –de ser ése el caso– por qué no se pueden satisfacer dichas necesidades*.

Como bien se ha dicho, la responsabilidad que requiere el Rostro se concreta en la obligación de responderle siempre al Otro en términos de racionalidad: “(...) *nos sitúa en el ‘espacio de las razones’, donde se nos requiere que desarrollemos, por medio del discurso con los Otros, normas específicas, como criterios o justificaciones. Hasta donde llega la explicación de Lévinas, el ‘¡No me mates!’ del Otro tiene, literalmente la fuerza de ‘¡No ignores mi presencia!’ (o ‘¡No actúes como si yo no existiese!’). Es sólo esta demanda de diálogo la que no puede ignorarse; el ignorar una orden específica, incluso ‘¡No me mates!’ , puede, en un caso dado, ser justificada.*”⁸⁰⁵

A estas alturas del análisis hemos de concretar (dentro del contexto aquí estudiado) los efectos que la constitución de la institución social profunda o primaria del Estado, conlleva sobre las bases del “reconocimiento mutuo” *ut-supra* descrito.

Sobre el particular manifiesta Lévinas:

⁸⁰⁵ Gutting, Garing. “*Pensando lo imposible...*” cit., pág. 244.

“(…) En una espiritualidad que yo defino por esta responsabilidad respecto de otro –para la que el Yo ha sido elegido o a la que ha sido condenado, invocando a responder de otro (lo que quizás es ya incluso misericordia y caridad)-, es preciso también comparar; comparar a los incomparables, a los únicos. No se trata de una vuelta al ‘para sí’ de cada cual, se trata de que hay que juzgar a los demás. En el encuentro con el Rostro no había que juzgar: el Otro, el único, no soporta juicio alguno, se antepone de entrada a mí, estoy obligado para con él. El juicio y la justicia se hacen necesarios cuando aparece el tercero. En el propio nombre de los deberes absolutos para con el prójimo es preciso un cierto abandono de la obligación que el otro me exige. Tal es el problema del nuevo orden, para lo que hacen falta instituciones y política, todo el armazón del Estado. Pero de un Estado liberal: siempre preocupado por su retraso en la obediencia al rostro del otro. Estado liberal –categoría constitutiva del Estado- que no es en absoluto una posibilidad empírica contingente; un Estado que admite, más allá de sus instituciones, una legitimidad incluso transpolítica de la búsqueda y la defensa de los derechos humanos. Un estado que se extiende más allá del Estado. Más allá de la justicia: exigencia imperiosa de todo aquello que debe añadirse a sus necesarios rigores, y que proviene de la unidad humana de cada cual de sus ciudadanos reunidos en la nación; que procede de recursos que no son deducibles de las generalidades de una legislación. Los recursos de la caridad que no tienen por qué desaparecer en la estructura política de las instituciones: la inspiración religiosa o el espíritu profético del hombre.”⁸⁰⁶

De lo anterior se deduce, que todo ingeniero social (i.e.: todo “tercero” conforme a la terminología de Lévinas) tiene un poder limitado por una responsabilidad primigenia (no derivada de la legislación, sino de una dimensión supra-ética) que conlleva el reconocimiento mutuo entre los hombres. Esta responsabilidad, es propia y a la vez transferida por los otros, a los efectos de crear/modificar instituciones secundarias que fomenten o potencien tal responsabilidad primigenia.

Está claro que el campo estructurado de la acción perteneciente a la institución “Estado” (y de allí, de los resortes físicos que por ella actúan tanto *de iure* como *de facto*) provoca una limitación de la responsabilidad que cada individuo tiene respecto del “otro” u “otros”, ya que aquél *sustituye* a éstas en dicha observancia de

⁸⁰⁶ Lévinas, Emmanuel. “Entre nous. Essais sur le penser-à-l’autre...” cit., págs. 222 y ss..

responsabilidad. Sobre los sujetos no-estatales, persistirán unos *deberes de solidaridad* cuya violación dará mérito a –por ejemplo- una posible imputación de un delito de omisión de socorro (la posibilidad radicará en que se verifiquen – además- todos los elementos del tipo objetivo, la falta de toda causal de justificación, la imputación subjetiva, así como la imputación personal del injusto).

Ahora bien, tal responsabilidad “transferida” al Estado (y fundamentado tanto en el pacto social –conforme a los iusnaturalistas-, o bien en una norma hipotética fundamental -como hacen los positivistas-) no puede ser en ningún caso (y por los fundamentos ya dados) extinguida o menoscabada por aquél a través de instituciones secundarias.

Como lógica deducción de lo anteriormente expuesto acerca de la institución primaria Estado, corresponde una idéntica argumentación (de hecho con más razón aún) respecto de cualquier otra microinstitución o institución secundaria. Así, los campos estructurados de la interacción correspondientes a aquellas, de ninguna manera podrían tener como finalidad (efectiva) una que suponga el desconocimiento de la mentada responsabilidad primigenia.

Bien ha señalado Schiffer, que resulta inútil enumerar los acontecimientos mediante los que se concretan en la realidad histórica los “derechos del hombre”. Ello, puesto que resultan los mismos demasiado evidentes: la libertad (individual y colectiva), la independencia de juicio, el rechazo de toda imposición (humillación, miseria, tortura, dolor, exilio, crueldad, violencia, maldad...) que no esté de acuerdo con las leyes de la humanidad. De ahí esa posición privilegiada en la que Lévinas coloca, tanto desde el punto de vista espiritual como existencial, al hombre en el seno de lo que él denomina, como buen metafísico que sigue siendo, el “Ser”.⁸⁰⁷ Así expresa Lévinas: “*El ser en tanto hombre tendrá derecho a un lugar excepcional en el ser y, por eso mismo, resulta exterior al determinismo de los fenómenos; tendrá el derecho a una independencia o a la libertad de cada uno reconocida por cada uno. Tendrá derecho a una posición que lo proteja contra el orden inmediato de las necesidades inscriptas en las leyes naturales que comandan las cosas, los seres vivos y los seres pensantes de una Naturaleza que, sin embargo, también en cierto sentido, concierne y engloba a los humanos. Tendrá un lugar*

⁸⁰⁷ Schiffer, Daniel Salvatore. “*La philosophie d’ Emmanuel Levinas. Métaphysique, esthétique, éthique...*” cit., pág. 129.

excepcional, con el derecho a querer ser libre, a estar garantizado y protegido por las leyes en lo sucesivo instituidas por el hombre. Derecho a rebelarse ante la obligación –incumbente no obstante a los propios hombres libres- de evitarle al hombre una dependencia en la que fuera puro medio de una finalidad en la que de ninguna manera fuera el fin. Obligación de evitar al hombre las imposiciones y las humillaciones de la miseria, del nomadismo e incluso del dolor y de la tortura que aún conllevan los encadenamientos de los fenómenos naturales –físicos y psicológicos-, la violencia y la crueldad de las malas intenciones de los seres vivos.”⁸⁰⁸

Podemos hallar asiento de los asertos anteriormente expuestos, en determinadas normas positivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como: El Preámbulo y artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948; las 29 Resoluciones y Proclama de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán (recogidas en la Resolución de la Asamblea de la ONU de 20 de Diciembre de 1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, el que recoge en su texto ciertas normas de *Ius Cogens*: el derecho a la vida (art. 6); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); derecho a no ser sometido a esclavitud y servidumbre (art. 8), el principio de legalidad penal (art. 15); derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente (art. 10); derecho a no ser encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (art. 11). Asimismo contempla otros derechos tales como: el derecho a circular libremente, la igualdad ante los tribunales, al debido proceso, a la personalidad jurídica, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, de la familia, domicilio y/o correspondencia, honor o reputación, a la libertad de pensamiento y expresión, opinión, conciencia y religión, derecho de reunión, de asociación, de fundar una familia, contraer matrimonio, participar de la vida pública, igualdad ante la ley y derechos de las minorías.

Teniendo especial relevancia (dentro de este análisis) el art. 2º de dicho Tratado internacional, que regula las obligaciones de los Estados respecto de la vigencia del mismo. Conforme al mismo, éstos tienen “(...) el compromiso de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a

⁸⁰⁸ Lévinas, Emmanuel. “*Entre nous. Essais sur le penser-à-l’Autre...*” cit., pág. 215.

su jurisdicción los derechos reconocidos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Además, a tal efecto deben adoptar un conjunto de medidas.

Dentro de este marco, la constitución del Comité de Derechos Humanos (como órgano de interpretación y de control del cumplimiento del Pacto por parte de los Estados miembros) ha influido notablemente para la eliminación de toda discriminación racial, y por motivos de género, económicos, sociales y culturales.

Asimismo, lo indicado respecto del art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reitera en el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, también del año 1966. Constituyendo tales extremos (generalmente nombrados “cláusula de no discriminación”) una verdadera clave de bóveda del sistema universal de Derechos Humanos que prohíbe a los ingenieros sociales (estatales, para-estatales, o – conforme a normas internacionales derivadas de éstas- quien haga sus veces como es el caso de los sistemas de violencia bottom-up) discriminar a ciertos sectores sociales, deshumanizando a una parte de la sociedad.

II.3. Concretando la posición de garante y su violación.

Concretar la posición de garante, equivale a contestar a la siguiente pregunta: ¿qué es lo que –desde un punto de vista normativo- hace que el principio de autorresponsabilidad respecto de los ejecutores directos, deba ceder y permitir la imputación de los miembros del estamento *supra-estatutario* como interviniente en el delito?

Conforme al referenciado principio de autorresponsabilidad, aunque exista previsibilidad, sólo excepcionalmente se puede también imputar el resultado típico a una persona que solamente haya creado con su conducta una *condición* para su producción.⁸⁰⁹

⁸⁰⁹ Así: Robles Planas, Ricardo. “La participación en el delito: fundamento y límites...” cit., pág. 291. Lenckner, Theodor, en “Schönke, Adolf; Schröder, Horst. Strafgesetzbuch Kommentar, 25ª ed., Munich, 1997, previo a §§ 13 y ss..

Por lo expuesto es que se ha sostenido la necesidad de buscar una razón especial respecto de la (propia) conducta del interviniente que permita fundamentar la pertenencia (también a él) del hecho típico. Siendo tal razón, que su conducta –en sí misma considerada- contiene un riesgo especial de continuación delictiva: la realización de la conducta contiene (*per se stante*) la posibilidad intrínseca de ser llevada hasta lo delictivo (no dependiendo ello de la arbitrariedad del autor).⁸¹⁰

El sujeto interviniente con su conducta, genera una *conexión*: una *relación de sentido* conjunto con el otro u otros intervinientes. De allí que por lo que responde penalmente el sujeto sea por aquello que él hiciera (el resultado inmediato) dentro de la interacción en la que participa: *i.e.* responde penalmente por conectar su aportación a un hecho delictivo.⁸¹¹

La relación de sentido o “conexión” mínima entre dos o más conductas -menester para la fundamentación de la calidad de interviniente del sujeto/s- es una relación de *carácter normativo*: mediante ella se valora el contexto en el que tuvo lugar la (supuesta) conducta de intervención. Ahora bien, *en ciertos supuestos, es el propio ordenamiento jurídico quien establece ciertas normas cuya finalidad es la de evitar que determinadas conductas pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos.*⁸¹²

Las “normas” precitadas son las que constituyen sobre el sujeto ciertos deberes especiales; deberes cuya violación o lesión por parte de la conducta del sujeto, conlleva la valoración de esta última como de intervención en el delito. “*Deberes especiales*” que pueden ser violados (tal como indicáramos anteriormente) tanto mediante una omisión (omisión impropia), como mediante una conducta activa.⁸¹³

⁸¹⁰ Cfe. Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 291.

⁸¹¹ Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 291 y ss..

⁸¹² En tal sentido *vide*: Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 291.

⁸¹³ Así: Jakobs, Günther. “*La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*” en “*Estudios de Derecho penal*” traducción al español al cuidado de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, págs. 260 y ss.. Feijóo Sánchez, Bernardo. “*Límites a la participación criminal: ¿existe una ‘prohibición de regreso’ como límite general del tipo en Derecho penal?*”, Comares, Granada, 1999, págs. 80 y ss.. Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 293.

Bien se ha señalado al respecto por Frisch, que constituiría una contradicción valorativa (“grotesca”) el obligar jurídicamente a un sujeto a impedir determinados perjuicios, y a la vez, permitirle la realización de acciones creadoras de tales perjuicios. Señalando Robles Planas que, quien como garante responde por la no evitación de los peligros creados por terceros, *a fortiori* debe responder por la creación de las condiciones que favorecen la comisión del delito.⁸¹⁴

De lo expuesto emerge que la calidad de garante jurídico-penal conlleva como presupuesto que el ordenamiento jurídico le atribuya ciertos deberes que le obliguen a tener en cuenta (a la hora de configurar su conducta) las (eventuales) conductas posteriores de parte de terceros. Deberes que, de resultar incumplidos, fundamentarán la imputación al sujeto, del resultado típico perpetrado por tal/es tercero/s. Asimismo la calidad de garante puede tener un significado y alcance distintos en función de si de lo que se trata es del control o vigilancia de conductas de terceros sobre determinados bienes (protección del bien jurídico), o del aseguramiento de determinados objetos peligrosos (control de una fuente de peligro). Respecto del control o vigilancia de la conducta de terceros, se requiere que el garante haya asumido el control de cierto tipo de conductas de aquéllos, colocándose –expresa o tácitamente- en una posición de especial relevancia para la evitación de tales conductas delictivas.⁸¹⁵

Ahora bien, fuera de las particularidades acerca de los criterios constitutivos de una posición de garante, expresa Mir Puig *un fundamento común a toda posición de garante*; fundamento que habrá de analizarse aquí a los efectos de verificar si la posición de garante aquí sostenida, lo cumplimenta o no. Así, indica Mir Puig como tal (doble) fundamento:

*Primeramente, la creación o el aumento, ex ante, de un peligro atribuible a su autor; y en segundo lugar; que tal peligro determine, en el momento del hecho típico, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.*⁸¹⁶

Explica el citado autor respecto de *la creación o aumento de un riesgo ex ante* que, si bien no es un –aún- un riesgo típico, empero es lo que permite afirmar que el

⁸¹⁴ Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 293.

⁸¹⁵ Así: Robles Planas, Ricardo. “*La participación en el delito: fundamento y límites...*” cit., pág. 294. Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal. Parte general...*” cit., pág. 317.

⁸¹⁶ Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal. Parte general...*” cit., pág. 318.

sujeto no resulta ajeno al peligro del bien jurídico penalmente tutelado. Bien por el contrario, es responsable de dicho riesgo y está obligado personalmente a evitar que se convierta en lesión. Lo anterior, en la medida en que se verifique en él tanto dolo (es decir, que lo haya hecho voluntariamente) como que se esté en condiciones que permitan atribuírselo por virtud de una determinada función social. Respecto del segundo fundamento la dependencia personal del riesgo, exige que la existencia o indemnidad del bien jurídico penalmente tutelado (cuyo peligro él ha creado) quede efectivamente en manos del sujeto. Es decir, bajo su control personal.

Así, señala al respecto: *“Ambos elementos concurren en los casos más inequívocos de posición de garante. Así sucede con la creación o aumento anterior de un peligro atribuible, entendida no sólo como creación o aumento de la fuente naturalística o inmediata del peligro, sino también como determinación de otras personas a asumir riesgos o a no socorrer (un riesgo naturalístico encierra más peligro de lesión si se impide a otros controlarlo). En este sentido, la creación o aumento del peligro tendrá lugar tanto por originar la fuente del peligro (supuestos de deber de control de una fuente de peligro), como por crear en los demás expectativas de confianza que les llevan a correr riesgos que de otro modo no asumirían (supuestos de comunidad de peligro o de ciertas relaciones familiares o cuasi-familiares) o a no socorrer a quien está en peligro por creer que ya se le atenderá (así en los casos de asunción voluntaria de un riesgo y en relaciones familiares próximas). Y a su vez, dicha creación de peligro puede proceder tanto de una actuación anterior como de una determinada posición familiar o social que genere ciertas expectativas sociales de dependencia o control. En cualquier caso deberán concurrir, además, los requisitos de atribuidad del riesgo (sea por voluntariedad de su asunción o por otras razones de previsibilidad o de imputación social) y de concreta dependencia personal.”*⁸¹⁷

Pues bien, en atención a *la atribuidad del riesgo*, tanto en lo que refiere a la voluntariedad de su asunción, como en lo referente a la previsibilidad y su imputación social, nos remitimos a lo ya expuesto acerca del poder de ingeniería social y del deber/responsabilidad que limita a aquél. Sin perjuicio de ello, podemos indicar que el sujeto que posee un poder de ingeniería social (consistente en configurar o reconfigurar instituciones secundarias o micro-instituciones, y de

⁸¹⁷ Mir Puig, Santiago. “Derecho penal. Parte general...” cit., pág. 319.

crear a su través un campo estructurado de la acción, con sus correspondientes estatus y roles) *soporta los deberes de reconocimiento mutuo y de no instrumentalización de ninguna persona*, recogidos –entre otros- en las cláusulas de no discriminación sita en los arts. 2, de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, respectivamente. Como contrapartida del poder que conlleva la ingeniería social, el sujeto *asume dentro de su ámbito*, la evitación de los peligros que procesos de deshumanización o instrumentalización de personas puedan acarrear.

Asimismo –y en la misma línea que lo antes expuesto- se puede argumentar que el ingeniero social viola un deber de evitación de peligros que puedan surgir de su propio ámbito de organización, ello en la medida en que define delictivamente el marco (campo estructurado de la acción) en el que deberán actuar los integrantes del estamento *infraestatutario*. De allí que sea garante de los delitos que éstos puedan llegar a perpetrar actuando dentro del marco (pre-configurado) de la interacción institucionalizada (es decir: en la medida que hayan configurado una estructura de pecado).

Con respecto a la *concreta dependencia personal del bien jurídico penalmente tutelado* respecto del ingeniero social (causante del peligro a través de la violación de la responsabilidad primigenia de reconocimiento mutuo) la misma resulta clarísima. Es evidente la configuración de la misma en los casos aquí analizados, ya que sólo el ingeniero social (en la medida que miembro *supra-estatutario* de la institución incua) estará en condiciones de redefinir el campo estructurado de la interacción: dirigiéndolo hacia una finalidad (efectiva) conforme a las relaciones sociales naturales (instituciones profundas); y anulando los efectos de los factores psico-sociológicos y culturales que *merman o difuminan*, la capacidad moral de los miembros del estamento *infra-estatutario*/ motivabilidad conforme a la norma penal.

El deber o posición de garante recae sobre aquellas personas que dentro de su sociedad verifiquen el ejercicio de poder real sobre instituciones o procesos societales (no bastando con meros posicionamientos formales), y se concreta en el deber de *no degenerar, desvirtuar o suspender las relaciones sociales fundadas en el reconocimiento mutuo entre los hombres, a través de las estructuras o procesos societales que ellos controlan*. Deber que se viola mediante la cosificación o mediatización del prójimo –de un grupo de congéneres- a quienes se les niega su

condición de Hombres; y su correlativa generación en los miembros del grupo dominante de una opacidad sobre su capacidad moral existente en cada uno de ellos y que les indica su “*responsabilidad por el Otro*” (en el sentido Levinasiano ya indicado).⁸¹⁸

Atendiendo a los extremos anteriormente expuestos, podemos concretar que se configuraría la *violación a la posición de garante*, cuando una persona ubicada en una posición real de *poder de ingeniería social*, verifique estos extremos:

Primeramente, que mediante su acción u omisión favorezca la creación o modificación, de instituciones secundarias que promuevan el “distanciamiento social” de un grupo de personas. Desconociendo sus iguales derechos, su calidad de seres humanos titulares de derechos humanos. Derivado todo ello de las bases del relacionamiento social (de las instituciones sociales profundas o principales) que se consituyen sobre un reconocimiento mutuo. Reconocimiento éste, que pertenece a una dimensión supra-ética, y por tal, preceden a toda institución secundaria y sus correlativas normas.

En *segundo lugar*, mediante la creación o modificación de dicha institución secundaria, se crea un (nuevo) campo estructurado de la interacción, delimitando los estatutos correspondientes a los miembros *infra-estatutarios*. Los que, en virtud de ciertos factores psico-sociológicos y culturales que el propio campo estructurado de la institución genera o potencia, se verán sumergidos en sendos estados de alienación y/o sumisión que deprimirán u opacarán sus respectivas capacidades de motivabilidad conforme a la norma penal (equivalente ésta a la “capacidad moral” de reconocimiento mutuo del otro).

⁸¹⁸ Si se quiere, y a los efectos de aclarar mejor lo aquí expuesto, podemos recurrir -prescindiendo de su connotación teológica- a la distinción hecha por San Agustín entre *amor Frui* y *amor Uti*:

El *amor Frui*, consistente en el amor a Dios, es el único y verdadero amor; mientras que el *amor-Uti*, es el amor a las personas, a las cosas, y a sí mismo, que será correcto y válido sólo en la sola medida en que esté ordenado al único bien que cabe amar por sí mismo: Dios.

Aplicándose didácticamente tales extremos metodológicos a la subespecie, hemos de concluir que todas las instituciones y procesos societales –identificados con lo Uti- es menester que estén ordenados a las relaciones sociales –identificados con lo Frui-. La legitimación y validez de los referenciados procesos e instituciones secundarias (societales o micro-instituciones) se verificarán en la medida en que no desnaturalicen, ni desconozcan, las particularidades de la relación social primaria, tal como desentrañáramos a partir de las enseñanzas de Lévinas.

Por supuesto, a lo anterior se ha de verificar en *tercer lugar*, que los sujetos sometidos a tales políticas de ingeniería social, perfeccionen alguno de los delitos de genocidio o de lesa humanidad tal como se hallan tipificados, bien en las normas penales internacionales, o bien en las nacionales. Ello en estricta obediencia al *principio de legalidad penal*; no pudiéndose configurar una responsabilidad jurídico penal sobre el garante, en la medida en que no se verifique, siquiera el perfeccionamiento de una tentativa, de genocidio o de lesa humanidad por parte de los sujetos que se hallen sometidos a las directivas de tal estructura jerárquica de poder burocratizada.

Respecto del grado de intervención en el delito, me remito a lo expuesto en el último apartado del Capítulo Tercero de la Segunda Parte de esta obra. Ahora bien, cabe puntualizar que –tal como indica Robles Planas-, la infracción de la posición de garante no conlleva necesariamente la valoración de su intervención a título de autor. Concretamente, la violación de una posición de garante podrá valorarse como propia tanto de autoría, como de partícipe, cómplice, o bien (para el caso concreto) penalmente irrelevante. Todo ello dependerá, en definitiva, de lo que el sujeto haya –efectivamente- configurado.

Empero, en la mayoría de los casos (dentro de la casuística aquí estudiada) la valoración sobre el grado de intervención en el delito resultará en gran medida delimitada (predeterminada) por la clase de posición de garante que ocupa un miembro del estamento *supra-estatutario* y el casi omnipotente poder (que como ingeniero social) posee.

De allí que –y prestando especial atención al criterio normativo de pertenencia al delito expresado *ut-supra* difícilmente alguien se halle en mejor posición para disputarle la calidad de autor. No obstante, en situaciones como las que pretenden resolverse mediante el sistema de imputación de la JCE III, *el aporte* realizado por aquellos que configuraran el campo estructurado de la interacción, y sobre el cual ciertos miembros (del estamento *infra-estatutario*) se aprovechan para perpetrar ciertos *delitos concomitantes y previsibles* (respecto de aquel que configura la finalidad efectiva de la institución) *cabe ser valorado respecto de estos últimos (delitos) como de cooperación o siquiera de complicidad.*

Siguiendo los extremos relacionados *supra*, es que –a modo de ejercicio demostrativo- procederemos a analizar suscitadamente algunos casos paradigmáticos de Derecho penal internacional. Veamos:

Julius Streicher, fue un nazi director y principal editorialista del periódico (en realidad de un folletín nauseabundo) denominado Der Stürmer que desde principios de la década del treinta del Siglo pasado se dedicó a desparramar en Alemania un profundo y enfermizo antisemitismo. En dichas publicaciones, Streicher una y otra vez identificó a los judíos como los responsables de todos los males habidos en Alemania. Así desde la primera plana de su libelo, les acusaba de cosas tan dispares como: de la crisis económico-financiera que causara la caída de la República de Weimar; de la ola de inseguridad en las calles de las principales ciudades alemanas; de ser los dueños de los grandes conglomerados económico-financieros que se enriquecían mientras condenaban a la pequeña burguesía y al proletariado al más paupérrimo de los estados socio-económicos; de ser los voceros del marxismo-leninismo y querer llevar adelante en Alemania una revolución *à la* soviética; de degenerar la raza superior aria a través de su sangre contaminada; de provocar embarazos en mujeres arias cuyos frutos eran... primates y simios; de poseer una lascivia incontenible en demérito de la cual se dedicaban a estudiar y ejercer la profesión médica con el sólo fin de abusar sexualmente de las niñas alemanas... etc, etc.

Atendiendo a la legislación en virtud de la cual se le juzgara ante el IMT en 1946, y conforme al sistema de imputación aquí propuesto, Streicher debió ser condenado como cómplice de delitos contra la Humanidad.

Lo anterior, puesto que él nunca fue un miembro del estamento *supra-estatutario*. Es cierto que colaboró y aportó un material muy utilizado por el régimen nacional-socialista alemán para “adoctrinar” su judeofobia. Es decir: propició, facilitó, colaboró con una política estatal dirigida a deshumanizar a todo un sector de la sociedad alemana: los judíos.

Sin embargo, Streicher nunca tuvo el poder de crear o de modificar instituciones societales, direccionándolas hacia la deshumanización de los judíos. Él nunca determinó ningún campo estructurado de interacciones, ni por ello, determinó los estatutos de nadie. De hecho: él sí que estuvo inmerso en una institución societal (la perteneciente a las políticas de propaganda oficial que fuera delimitada por Joseph Goebbels conjuntamente con Otto Dietrich (como director de prensa) y Max Amman (como director de publicaciones) en lo mediático.

Como integrante del estamento *infra-estatutario* no podría valorarse su intervención como la propia de un inductor, puesto que sus proclamas y mendacidades pseudo-periodísticas iban dirigidas al público en general, y no a determinada persona o personas. De allí que su intervención quede determinada en un grado propio de cooperación simple, o complicidad.

Si a lo anterior, le sumamos la atenuante que *–como presunción simple–* le atribuimos a todo integrante del estamento *infra-estatutario*, resulta (conforme a nuestro modelo) más que cuestionable la condena impuesta por el IMT. Véase que Stricher, fue considerado por el IMT como el mayor artífice de la propaganda anti-semita y como aquel individuo que se ocupó de esparcir el veneno de la judeofobia entre los alemanes corrientes. Ahora bien, ello no es ajustado a la realidad de las cosas: Streicher pocas veces fue considerado serio por sus compatriotas, gozando de respetabilidad únicamente entre los más fanáticos seguidores del régimen. Su periódico nunca tuvo un tiraje superior a los doscientos mil ejemplares (generalmente no superaba los quince mil ejemplares vendidos) y rara vez llegaba a venderse fuera de las grandes ciudades alemanas. Asimismo, Streicher nunca fue capaz de delinear una política acompañada de la configuración de un campo estructurado de interacciones institucionalizadas; *es decir que Streicher nunca fue alguien que se asemejara a Joseph Goebbels*, ni creó una institución societal como el Ministerio de Propaganda del Reich, a través del cual se delimitaron los estatutos correspondientes a los miembros de la radio, prensa escrita, literatura, cine, arte, teatro, sinfónicas, etc.⁸¹⁹

De allí que *–principio de proporcionalidad de la pena, mediante–* el IMT no debió haber condenado a un miembro del estamento *infra-estatutario* (afectado plenamente por los factores psico-sociológicos y culturales propios de toda estructura de pecado) con la mayor pena. Esto es: la misma que correspondiera a quienes sí integraron el estamento *supra-estatutario* (es decir que estuvieron desafectados de los pre mentados factores consustanciales a una estructura de pecado), y ello en calidad de autor, como por ejemplo Goëring, o Speer.

Éste último, que diseñara la institucionalización de los trabajos forzados de los detenidos en los campos de concentración para la elaboración de armamento y de

⁸¹⁹ Al respecto *vide*: Thacker, Toby. “*Joseph Goebbels. Vida y muerte*”, Ariel, Barcelona, 2010, págs. 385 y ss..

mano de obra para empresas privadas (que pagaban por ello un canon al Reich por cada esclavo), sin embargo recibió una de las penas más blandas de todas las dictadas por el IMT: veinte años de prisión en la fortaleza de Spandau por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

No constituye el caso de Speer la única incongruencia realizada por el IMT de Núremberg. Así, podemos citar el caso de Hans Fritzsche, quien comenzara sus labores para el III Reich como comentarista radiofónico en jefe en 1937 para, a partir de 1942 desempeñar el puesto de Director de la sección radiofónica del Ministerio de Propaganda.

Desde su defensa, sostuvo Fritzsche que su cometido (tan sólo) fue conseguir la cooperación voluntaria en la lucha del Reich, sobre todo en los territorios ocupados. Quedando la política de propaganda en las únicas manos de Otto Dietrich, Max Amman y Joseph Goebbels. Empero, para lograr su cometido, Fritzsche (conforme al sistema aquí propuesto) reconfiguró una micro-institución (el Servicio Nacional Radiofónico) poniéndolo al pleno servicio de la finalidad (inicia) pretendida por Goebbels: la aniquilación de todos los judíos europeos, y el dominio pleno (político, económico, y cultural de la raza aria sobre el resto de los pueblos europeos). Así procedió a reconfigurar los estatutos (y desde allí los roles) a cumplir por los funcionarios a él subordinados; a estatizar de facto todos los servicios radiofónicos alemanes; a constituir sendos protocolos de actuación donde la censura previa por parte del Ministerio de Propaganda era lo más corriente; etc.

Sin embargo, Fritzsche no sólo resultó absuelto de toda culpa y cargo por parte del Tribunal de Núremberg, sino que posteriormente fue considerado por un Tribunal de desnazificación de la ex República Federal Alemana, como un sujeto “*explotado y utilizado*” por Goebbels sin particulares responsabilidades respecto de los crímenes cometidos por los nazis.

Ahora bien, cabe señalar en atención a los estatutos del ICTY, ICTR e ICC, que la conducta de Streicher sería valorable como la propia de un autor de un delito de instigación al genocidio (figura introducida por dichos instrumentos internacionales, de conformidad con la Convención contra el genocidio de la ONU). Eso sí: con su pena atenuada por los efectos propios de la estructura de pecado sobre el estamento *infra-estatutario* que integrara.

La misma valoración hecha sobre Streicher, cabe realizarse respecto de aquellos periodistas-editorialistas y locutores de radio de la *Radio Nacional de Ruanda* y de la *Radio-television Libre des Mille Collines*, respecto del genocidio de los tutsis en Ruanda en la década de los noventa del Siglo pasado. Sin perjuicio de lo anterior, distinta es la valoración que cabe realizar respecto del coronel Théoneste Bagosora y del profesor Ferdinand Nahimana (ambos respecto del genocidio ruandés). Pero - antes de ello- veamos un poco acerca de los antecedentes del referenciado genocidio:

A finales de la década de los ochenta, la relación de poder en Ruanda se hallaba favorable a los Hutu, que integraban el 90% de la población de dicho país. Desde hacía veinte años el gobierno se hallaba en las manos de Juvénal Habyarimana y de su partido (único) el *Mouvement Républicain National pour la Démocratie et le Développement* (MRND). Dictador éste que había gobernado con mano de hierro, hasta los últimos años de la referenciada década, cuando los precios del café y del té (principales producciones del país) habían caído notablemente en el mercado internacional, generándose así una fuertísima crisis económica en Ruanda.

Providencialmente para Habyarimana, en 1990 el RPF (*Rwandan Patriotic Front*) una guerrilla integrada principalmente por refugiados e hijos de refugiados tutsis que se hallaban en Uganda (y que allí estaban desde su expulsión de Ruanda en la década de los sesenta) lanzaron un ataque contra el territorio ruandés. Permitiéndole al mandatario aprovechar tales circunstancias para recuperar su popularidad y “distraer” la atención de la población de los graves problemas económicos y de corrupción de su régimen.

De tal guisa Habyarimana, y la plana mayor de su régimen, llevaron adelante una campaña de persecución de todos aquellos tutsis que se hallaran dentro del territorio ruandés, acusándoles de pertenecer al RPF y de boicotear la economía y el éxito de las políticas estatales. Motivados por dicha política estatal, tuvieron lugar al menos quince grandes episodios de masacres de tutsis sobre el suelo de Ruanda desde 1992 a 1994, cuando el genocidio generalizado tuvo lugar.

Dentro de dicho marco, especial relevancia tuvo la *Radio Nacional de Ruanda*, cuyas emisiones eran las únicas en llegar a todo el país. En un país sin teléfonos, ni ordenadores, ni televisión; con una población en su enorme mayoría analfabeta, sólo la radio tenía el poder de llegar a las masas. Así, no solamente servía para anunciar al pueblo las medidas gubernamentales, sino también como medio de

transmisión de noticias familiares como podrían ser: anuncios de bodas, nacimientos o muertes a familiares que se hallaban viviendo en otras aldeas o pueblos. La radio formaba parte de la vida cotidiana de los ruandeses a un nivel total; y total era la confianza que la gente corriente sentía por dicho medio de comunicación.

Pues bien, al frente de la *Radio Nacional de Ruanda*, el régimen de Habyarimana puso a un joven profesor de historia universitario: Ferdinand Nahimana. Este sujeto reconvirtió una institución societal como la referenciada radio, en una verdadera estructura de pecado en la cual los integrantes de la misma (periodistas, locutores, músicos, tertulianos) se pusieron al servicio de la finalidad (nueva) del régimen: aniquilar a los Tutsis, no sin previamente achacarles todos los males de la sociedad.

El primer ensayo de ingeniería social de Nahimana tuvo lugar en una población ubicada al sur de la capital nacional Kigali, llamada Bugesera. Haciendo referencia a un supuesto mensaje especial enviado por una inexistente organización no gubernamental (supuestamente) sita en Nairobi, la Radio dedicó todo el tiempo de su emisión a advertir a los pobladores Hutu de dicha región acerca de la existencia de un plan secreto del RPF y los pobladores Tutsis de allí para aniquilarlos. De hecho, Nahimana ordenó a todos los locutores y tertulianos que insistieran a la población civil hutu de dicha zona para que tomaran las armas y aniquilaran (como legítima defensa preventiva a los cientos de tutsis que –hasta entonces- eran sus vecinos de toda la vida).

Motivados por dicha propaganda, y asistidos por las milicias del MRND (Iterahamwe) así como por el ejército nacional; los civiles hutu de Bugesera procedieron a masacrar a todos los tutsis –hombres, mujeres, niños y ancianos- que allí habitaban.

Ahora bien, sin perjuicio del levantamiento en armas de la población civil, y de toda la propaganda oficial; lo cierto es que el ejército nacional no pudo hacerle frente a las tropas del RPF (máxime cuando Francia le retirara su apoyo incondicional a Habyarimana). Extremo que conllevó el pacto de un armisticio entre las partes, que debilitó la posición de poder del presidente/dictador y el ascenso de otros (nuevos) partidos de facciones Hutus aún más radicales que el MRND respecto de los tutsis. Nahimana, por su parte, se vio despedido de la Radio Nacional de Ruanda y del Ministerio de propaganda (que había sido creado conforme a sus recomendaciones por Habyarimana).

A raíz de todo lo anterior, y del inminente fracaso de la política de apaciguamiento propiciada por la ONU a través del armisticio, el número dos del MRND, coronel Théoneste Bagosora, conjuntamente con el presidente Habyarimana, propusieron a Nahimana abrir una nueva emisora de radio al completo servicio del MRND: *La Radio-Television Libre des mille collines*.⁸²⁰

Esta emisora cumplía con las finalidades de un plan nacional secreto de defensa elaborado por Bagosora y Nahimana, e implementado desde abril de 1994. Las referidas finalidades de dicho plan secreto, eran las de destruir físicamente a toda la población tutsi, así como de los hutu moderados o defensores de tutsis; y la de apropiarse de todos los bienes de dichas víctimas. Para ello se proponían como medios, tanto el movilizar a la población civil hutu de todo el territorio como el emplear a tales fines toda la programación de la novel radio.⁸²¹

RTLTM llevó adelante una obra de ingeniería social dirigida a la deshumanización de los Tutsis (y a su posterior destrucción), empleando para ello tanto la técnica del “bricolaje” tantas veces comentada en esta obra, y la llamada por Desforges “política de espejo” que analizáramos *ut-supra* (págs. 30 y ss. Cuando tratáramos sobre el Caso Akayesu, y a cuyos comentarios nos remitimos *in totum*).

Respecto de la mencionada técnica de “bricolaje” en la especie se verificó a través de la falaz mezcla de la realidad de la Ruanda de la década de los noventa del Siglo XX con la situación que se viviera durante la descolonización 40 años antes. Mediante la explotación de la idea de que los Tutsis buscaban retomar el poder que detentaban en la colonia, y ello a través de la matanza generalizada de hutus (que, por otra parte, se presentaba como una “venganza” por las masacres que éstos entonces hicieron para expulsarles a aquellos del país en 1959). El que durante cuatro décadas, los Tutsis que vivieran en Ruanda, se hubiesen acoplado

⁸²⁰ Sobre RTLTM, *vide*: Kimani, Mary. “*RTLTM: the médium that became a tool for mass murder*” en *The media and the Rwanda genocide*” (Allan Thompson, ed.), Pluto Press/ Fountain Publishers/International Development Research Centre, Londres, 2007, págs. 110 y ss.. Mironko, Charles. “*The effect of RTLTM’s rethoric of ethnic hatred in rural Rwanda*”, en *The media and the Rwanda genocide*” (Allan Thompson, ed.), Pluto Press/ Fountain Publishers/International Development Research Centre, Londres, 2007, págs. 125 y ss..

⁸²¹ Así *vide*: Des Forges, Alison. “*Call to genocide: radio in Rwanda, 1994*” en “*The media and the Rwanda genocide*” (Allan Thompson, ed.), Pluto Press/ Fountain Publishers/International Development Research Centre, Londres, 2007, pág. 42.

perfectamente a la nueva situación política, y no hubieran apoyado ningún levantamiento armado en los países vecinos, ni expresado especial simpatía por el RPF, resultaba irrelevante. La realidad se distorsionaba, ciertos episodios históricos se retorcían, cuando no se inventaban, y más aún: se los presentaba como si tuvieran plena vigencia en el entramado social de la Ruanda de 1994. Todo ello para que sirvieran de apoyo a las proclamas genocidas que se disfrazaban de “llamado a la legítima defensa de la vida, libertad y propiedad de los Hutus”.⁸²²

Ahora bien, en el caso del Coronel Bagosora, el ICTR le condenó a cadena perpetua mediante sentencia firme de condena por delitos de inictación al genocidio, genocidio y delitos de lesa humanidad, de fecha 18 de Diciembre de 2008. A pesar de lo anterior, cabe señalar que en la fundamentación de dicha sentencia, no existen referencias directas al papel de Bagosora como ideólogo y co-creador de RTLM.

Cosa distinta ocurrió respecto de Habimana, que resultara condenado a cadena perpetua en primera instancia, y a treinta años de prisión por la Cámara de Apelaciones del ICTR. Como decíamos, a diferencia de los fundamentos de la condena de Bagosora, las sentencias de condena de Nahimana se fundamentan específicamente en su relación personal respecto de RTLM y la instigación al genocidio de los Tutsis que permanentemente se hiciera desde sus micrófonos.

Mediante una confusa fundamentación, donde se mezclan conceptos propios de la teoría de la empresa criminal conjunta, del dominio del hecho, y de la omisión

⁸²² Así se ha dicho: “*Through RTLM, the Hutu elite of the time created an environment in which the ‘Tutsis of the past’ and the ‘Tutsis of the present’ became the same. The ‘Tutsis of the past’, who had –according to mistaken beliefs of the past and contemporary histories– ruled Rwanda with an iron fist and exploited the Hutu mercilessly, and the ‘Tutsis of the present’, who were –allegedly– invading and trying to take over power, were one and the same. They had to be fought and they had to be taught that the Hutu would never submit to them again.*

The general picture painted of the Tutsi community by RTLM was that of a treacherous people, people who had hoodwinked the Hutu, living with them in apparent peace while all the while planning an attack.

In the last months before the genocide, RTLM emphasized the similarity between what was happening in 1994 and what had happened in 1959. It was a choice of going back to the slavery that preceded 1959 or rising up and protecting one’s freedom, even one’s life. For that, one could not trust any Tutsi civilian because it was not possible to know how deeply the RPF had infiltrated such people.” Kimani, Mary. “*RTLM: the médium that became a tool for mass murder...*” cit., pág. 112.

impropia respecto del instituto de la responsabilidad del superior; la Cámara de Apelaciones construyó la imputación de responsabilidad penal de Nahimana sobre la base de dos líneas:

Por un lado, el no haber hecho nada por detener los mensajes de odio y la manipulación de la verdad que realizaban –contínuamente- los locutores y tertulianos de RTL. Ello en la medida en que –quedó suficientemente probado- que Nahimana tenía un pleno control sobre todo el personal de la radio, tomando todas las decisiones acerca de la programación y del contenido de ésta; y estando todo el personal (técnico, y artístico y periodístico) sometido a su jerarquía. La construcción mentada, como adelantara, posee una fundamentación dogmática fundada en el instituto de la responsabilidad del superior, y más concretamente en la omisión impropia. Lejos de condenar a Nahimana por lo que hizo: una verdadera obra de ingeniería social destinada a desnaturalizar las relaciones sociales naturales (de reconocimiento mutuo) que imperaba en la sociedad de Ruanda en los últimos cuarenta años; su condena se limitó a un no hacer, un omitir: no frenar aquello cuando pudo hacerlo. Sin relacionar directamente ese “aquello” con la actividad previa (de verdadera logística) desempeñada por Nahimana. De allí que el *ad quem* entendiera pertinente rebajar la condena de perpetuidad a treinta años.

La otra línea sustentada por la Cámara, fue la de la existencia de una relación causal directa entre las emisiones de RTL y los asesinatos de aquellos Hutus pro-Tutsis, o Tutsis prominentes, cuyos nombres, teléfonos y (siendo esto lo más relevante) sus domicilios, fueran denunciados al aire, e incitando a la masa a que fuera allí a “ejecutar justicia” (al respecto *vide* nota al pie de pág. N° 24 *ut-supra*).

Pues bien, la Cámara no se plantea en ningún lado, cómo es que dicha “relación de causalidad” se le atribuye directamente a la conducta de Nahimana (*que, por lo demás, es valorada en la misma sentencia como omisiva*), ni cómo se supera en dicha construcción teórica los límites que impone el principio de autorresponsabilidad respecto de los ejecutores directos de los asesinatos. La sentencia comentada no responde a estos interrogantes; es más, ni siquiera se los plantea.

Nuestra construcción teórica, sin embargo, *permite de modo más depurado y ajustado a la realidad empírica que subyace a los hechos enjuiciados imputar la responsabilidad de Nahimana dentro de una autoría accesoria fundada en la violación de su posición de garante –proveniente de su cualidad de ingeniero*

social-. Siendo ello fundamental para calibrar en sus justos términos la peligrosidad de su accionar y no terminar cayendo en una banalización del mismo. Como la de la comentada sentencia que resolvió que, dada la inexistencia de una conducta activa por parte de Nahimana, que permitiera hilvanar -a su través- todos los hechos típicos ocurridos con posterioridad, aquél no necesitaba de una pena mayor que la impuesta a aquellos que cantaron canciones, o que leyeron proclamas que incitaran al genocidio desde los micrófonos abiertos de la radio.

CONCLUSIONES.

1- Hemos dedicado toda la Primera parte de este trabajo al estudio de la fenomenología propia de los delitos de genocidio y de lesa humanidad, encontrando como nota común a ellos el fenómeno de la violencia colectiva generada tanto en el marco de un sistema *top down* como en un sistema *bottom-up*. Tales extremos obedecen a nuestra convicción de tener en la realidad empírica subyacente a estos fenómenos macro-delictivos el cerne sobre el cual determinar el alcance de toda la construcción normativo-penal. Ello fundamentalmente respecto del alcance e interpretación del injusto y de los criterios de imputación de responsabilidad penal. Así, dentro de dicho marco, procedimos a acreditar los referenciados extremos fenomenológicos mediante sendas demostraciones científicas, cuya relevancia radica, fundamentalmente, en el marco de la imputación personal. Experiencias científicas estas (de Asch, Milgram y Zimbardo) provenientes de la psicología y psiquiatría social, y que se encuentran consolidadas y repetidas por la comunidad científica a lo largo y ancho del mundo.

2- Asimismo, en la Segunda parte, hemos estudiado los distintos sistemas de imputación de la responsabilidad individual dentro de los delitos de genocidio y de lesa humanidad, así como las distintas críticas a los mismos fundadas en sus propias disfunciones y contradicciones intrasistemáticas. Extremos éstos que oportunamente analizáramos y que no reiteraremos aquí.

3- A lo que sí atenderemos aquí es a la crítica que alcanza por igual a los dos principales sistemas de imputación de la responsabilidad personal, esto es, tanto a la *Joint Criminal Enterprise* como a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Refiriendo dicha crítica a la deficiencia (de ambos sistemas) para captar la referenciada fenomenología subyacente.

4- Conforme a lo desarrollado en esta obra, podemos individualizar las razones de todo ello en (fundamentalmente) dos:

4.a- El partir en la lógica que subyace a estas construcciones normativas desde una concepción cartesiana, en virtud de la cual se procede a dividir el “problema” en que consiste la interacción o acción colectiva en “pequeños problemas o unidades” constituidos (cada uno de ellos) por cada acción individual. Dicha lógica no sirve

para analizar estas cuestiones ya que, de procederse a la síntesis de las resoluciones e interpretaciones que se hacen sobre cada una de las acciones individuales (en sí mismas), veremos que la misma no se corresponderá con el punto de partida: con la interacción, es decir, con la realidad empírica subyacente.

Ello se debe al hecho de que la responsabilidad individual de los intervinientes no es un “agregado” que se le ha de atribuir a ciertas personas individuales, ni tampoco constituye una “transferencia” de responsabilidades (tal como postula el modelo de Lampe). Por el contrario, la relación para con dicha interacción se ubica en el reconocimiento de esa naturaleza dual de toda persona humana: que advierte tanto una faz individual como una colectivo-social (“*plural*” en la terminología de Arendt). No es, por ende, una responsabilidad emergente de un evento ajeno (o no del todo propio, de allí que en parte “agregada”), sino que emerge de un evento (la interacción colectiva) que le es consustancial al sujeto (a cada uno de ellos) en su totalidad.

Dentro de tal marco de intervención en la interacción, se ha de reconocer –principio de culpabilidad mediante- la necesidad de no tratar a todos los intervinientes de la misma manera, bajo los mismos parámetros normativos de imputación. Ello puesto que existen dos grupos bien diferenciados de sujetos, aunque ambos sean intervinientes en la interacción y como tales, en principio, responsables por ella.

4.b- El problema de estas construcciones normativas se halla, también, en la pretensión de trasladar directamente toda esta fenomenología a las categorías de responsabilidad individual de la teoría del delito. Proceso en el cual se termina irremediabilmente torciendo esa realidad subyacente, cuando no directamente se la desconoce. Extremos estos que conllevan una disfunción en todo el sistema, ya que la pena no estará orientada a la prevención de las verdaderas causas del fenómeno de la violencia colectiva.

Así, entonces, tenemos por una lado la realidad empírica compuesta tanto de elementos ontológicos y naturalísticos, como de extremos culturales y simbólicos. Por el otro lado tenemos a la teoría del delito, construcción normativa y funcionalmente orientada a la consecución de las funciones preventivas de la pena tanto sobre el individuo como sobre la sociedad toda. De allí que, antes de procesar dicha realidad de los delitos de violencia colectiva a través de los institutos y categorías de la teoría del delito, menester resultará “traducir” aquella en clave normativa.

5- Para ello recurrimos a la teoría de las estructuras de pecado, de la cuál rescatamos sus categorías pero despojándolas de todas las fundamentaciones y finalidades teológicas, sustituyéndolas por las apreciaciones sociológicas de Zygmunt Bauman y filosófico-existencialistas de Emmanuel Lévinas. No dejando de ser así, una teoría normativa cuyas categorías atienden especialmente a las características fundamentales y a los particularismos propios de la realidad empírica de los fenómenos de violencia colectiva. De tal modo, al ser todo ello luego “procesado” por la teoría del delito, no se caerá en el riesgo de incurrir en una construcción normativa despegada de la realidad empírica subyacente (puesto que, como expresara, ello conllevaría la imposibilidad de cumplir con las funciones de la pena). La propuesta es, en definitiva, interpretar jurídico penalmente estos fenómenos bajo el prisma de la teoría de las estructuras de pecado.

6- Dentro de dicha lógica, estas estructuras de pecado conducen al reconocimiento de dos grandes grupos: el estamento *supra-estatutario* y el estamento *infra-estatutario*; así como al distinto modo en que la fenomenología analizada y canalizada a través de las categorías de la teoría de las estructuras de pecado correspondientes a cada uno de estos estamentos impacta sobre la interpretación (*i.e.* el alcance) de las distintas categorías de la teoría del delito. Así, hemos verificado las distintas influencias de todo ello sobre el merecimiento de pena (tanto respecto de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva) así como respecto a la necesidad de pena (tanto en la imputación personal o culpabilidad, como sobre las causales de exculpación). *Siendo, justamente, en el análisis de estos extremos donde hallamos la comprobación de las dos hipótesis planteadas en esta investigación.*

7- Así, atendimos por un lado al *campo estructurado de la interacción* y de la determinación (dentro del mismo) de los distintos *estatutos* y sus correspondientes *roles*, todos ellos orientados a la consecución de la *finalidad inicua (efectiva)* de la *institución de pecado*. De dicho análisis pudimos distinguir la existencia de los dos grandes estamentos o grupos:

7.a- Aquellos que crean, o modifican una micro-institución o institución secundaria orientándola no a la consecución de las finalidades de las instituciones profundas (aquella definida abstractamente por Arendt, como el “querer vivir y actuar conjuntamente”) sino a una finalidad inicua (principio de legalidad mediante, la consumación de un genocidio o de un delito de lesa humanidad). Individuos estos

que integran el estamento *supra-estatutario*, y que ostentan un poder de ingeniería social por el que configuran tanto al campo estructurado de la interacción como a los distintos estatutos y los correlativos roles que habrán de cumplimentar los sujetos encargados de los mismos.

7.b- Aquellos que cumplen tales roles, los miembros del llamado estamento *infra-estatutario*, que se hallan sometidos a la estructura de pecado observándose a su respecto los efectos estudiados por Asch (*efecto Asch*), Milgram (*estado de agencia*) y Zimbardo (*factores vinculantes*). Siendo constatados dichos extremos dentro de los fenómenos –consustanciales a estos individuos- de *alienación* y *sometimiento*.

8- Asimismo el fenómeno analizado de la *interiorización*, por medio del cual se constata la existencia de una función mimética por parte del sujeto al momento de resolver cómo ejecutará su rol, acredita la existencia de un conocimiento (al menos básico) de la *finalidad inicua*. Ello, a los efectos de poder ajustar su comportamiento al marco común (campo estructurado) de la interacción. Dichos extremos permiten, (a) de un lado, fundamentar el dolo siquiera en el grado de dolo eventual. Es cierto que la gran mayoría de los integrantes de este estamento *infra-estatutario*, como consecuencia de los efectos psico-sociales generados por el propio campo estructurado de la acción, fomentan una “*ceguera voluntaria*” (una especie de *willfull blindness*) sobre la finalidad inicua. Así, prefieren adoptar como verdadera y cierta la *finalidad formal* que se corresponde con el discurso legitimante de la propia estructura de pecado. Empero, y por las razones oportunamente esgrimidas, su tratamiento debería ser (desde el punto de vista normativo jurídico-penal) idéntico al correspondiente al dolo eventual. Asimismo, (b) ayudan a configurar con mayor precisión las llamadas conductas neutrales. Siendo aquellas en las que, para su correcto desempeño del rol, el sujeto no necesita conocer ni considerar la finalidad inicua de la institución y de su respectivo campo estructurado de la interacción. También permiten (c) verificar en dicha instancia los efectos del estado de *alienación* y –posterior- *sometimiento* que sufren los miembros del estamento *infra-estatutario* y que se concretan en los llamados *factores psico-socio-culturales*: distanciamiento físico y social de la víctima; factores vinculantes; moralización de la función o de la tecnología. Efectos estos que provienen de las políticas de ingeniería social de los miembros del estamento *supra-estatutario* al delimitar el campo estructurado de la interacción. Y que, a su

vez, generan en los miembros del estamento *infra-estatutario* un determinado efecto sobre la imputación personal (culpabilidad) que hemos dado en llamar *culpabilidad difuminada*.

9- Lo que suscitan los reseñados factores psico-socio-culturales en la psique de los miembros del estamento *infra-estatutario* no son emociones sino predisposiciones respecto de su (futuro) accionar. Concretando más, lo que provocan es un condicionamiento sobre la capacidad de determinar, delinear o perfilar su actuación futura; o lo que es lo mismo decir que condicionan la función mimética a desarrollar por cada uno de ellos antes de dar cumplimiento a su rol. El sujeto sigue disponiendo de un conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, así como de una capacidad pasiva de motivabilidad respecto de la norma penal. No obstante, al interiorizar el campo estructurado de la interacción, sufrirá los efectos de los señalados factores propios de la estructura de pecado perdiendo, así, intensidad la referida capacidad pasiva de motivabilidad.

10- Por ello empleamos el término “*difuminada*” para caracterizar a esta capacidad. Dicha expresión proviene de la técnica de arte renacentista del *sfumato*, consistente en que los contornos y las líneas de dibujo de las figuras son sustituidas por gradaciones de color y de luz, mediante la superposición de delgadas capas de pintura. Con ello se consigue que los límites de las formas se vuelvan imprecisos, y deban ser completados de acuerdo a la apreciación e imaginación del espectador. De igual modo que sucede con los objetos representados por dicha técnica pictórica, la capacidad de motivarse conforme a la norma –por efecto de la estructura de pecado- se “*difumina*”, perdiendo claridad e intensidad, aunque sin llegar a la extinción de dicha capacidad. De allí que hayamos manifestado que la mejor forma de definir a este fenómeno (desde el punto de vista psicológico) sea el de un *estado de resignación activa*: el sujeto elige darle una significación de conducta inocua a su comportamiento (conforme a la finalidad formal proclamada por la estructura de pecado) aunque no por ello deja de ser del todo consciente de que dicho comportamiento sea en realidad antijurídico por no coincidir con el sentido moral y jurídico-penal general.

11- Como desarrollo de lo anterior, hemos formulado como principio general la consideración de una atenuante a favor de todos aquellos miembros del estamento *infra-estatutario* que intervengan en un delito de genocidio o de lesa humanidad. Todo ello sin perjuicio de constatar la posibilidad de que, en ciertos casos puntuales

se verifiquen verdaderos estados de inculpabilidad. Bien sea ello por constatarse un verdadero *estado de inexigibilidad* en el caso concreto, dado el gran peso de los factores psico-socio-culturales sobre el individuo, que genera un estado de *alienación y sometimiento* superlativo, como es el caso analizado de –algunos- niños soldados en África. También hemos de considerar aquí los casos de compulsión y amenazas, en virtud de las cuales se verifica en el sujeto pasivo de las mismas una inexistente capacidad mimética del sujeto a la hora de determinar el modo de cumplimentar con su rol, tal como el ejemplo visto de los *Sonderkommandos* judíos. En estos últimos casos, el individuo no interioriza voluntariamente nada (ningún rol); sólo actúa por efecto de la *vis compulsiva* y por la salvaguarda del bien jurídico amenazado.

12- Respecto de los miembros del estamento *supra-estatutario*, y como planteáramos como hipótesis, su intervención en el delito se verifica a través de la violación de la posición de garante que deriva de su condición de ingenieros sociales. Concretamente, por crear las estructuras de pecado que propician la comisión de los delitos de lesa humanidad y genocidio, y generar –a través de aquellas- el déficit de culpabilidad (*i.e.*: culpabilidad *difuminada*) que caracteriza a la responsabilidad de los integrantes del estamento *infra-estatutario*.

Así, el sujeto que posee un poder de ingeniería social (por el que se reconfiguran o crean instituciones secundarias y por el que configuran –a su través- un campo estructurado de la acción con sus correlativos estatutos y roles) ha de soportar los deberes de reconocimiento mutuo y no instrumentalización de persona alguna, recogidos expresamente en los arts. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales del sistema universal de derechos humanos. Como lógica contrapartida del poder de ingeniería social, el sujeto ha de asumir (dentro de su ámbito) la evitación de los riesgos que un proceso de deshumanización e instrumentalización de un determinado colectivo, pudiere causar.

13- Estos extremos impactan sobre la teoría del delito, permitiendo comprender las razones por las que a los integrantes del estamento *supra-estatutario* se les constituye en garantes. Concretamente, la creación o el aumento *ex ante* de un peligro atribuible a su autor, y que tal peligro determine en el momento del hecho típico una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. El ingeniero social, en estos casos, violaría su deber de evitar aquellos

peligros que emergen de su (propio) ámbito de organización, en la medida en que delinea el campo estructurado de la interacción orientándolo hacia la consecución de una finalidad inicua/delictiva (propia del perfeccionamiento de un delito de genocidio o de lesa humanidad). Por ello es que, en la medida que son ellos (*supra-estatutarios*) los que definen dicho campo estructurado de la interacción en el que habrán de actuar los integrantes del estamento *infra-estatutario*, serán también – aquellos- penalmente responsables de los delitos que los últimos puedan llegar a ejecutar actuando conforme a tal marco.

14- Como hemos indicado, partimos de la existencia de un deber de no degenerar, desvirtuar o suspender las relaciones sociales fundadas en el reconocimiento mutuo entre los hombres, a través de las estructuras o procesos sociales que ellos provocan. Violándose tal deber en la medida que persigan (tales procesos sociales/societarios) la cosificación o mediatización de cualquier ser humano, y la correlativa generación en los miembros del grupo dominante (el que se corresponde con el estamento *infra-estatutario* de la estructura de pecado) de una “difuminación” sobre sus respectivas capacidades morales (*i.e.*: capacidad pasiva de determinarse o motivarse conforme a la norma).

15- Finalmente, los analizados conceptos de *responsabilidad común objetiva* y *subjetiva*, sirven a los efectos de conglobar todos los extremos analizados anteriormente y trasladarlos al ámbito de las distintas instituciones y estructuras de la teoría del delito.

15.a- Así, la *responsabilidad común objetiva* explicará los efectos sobre la *antijuridicidad*: tanto en el ámbito de la tipicidad subjetiva (relación entre el dolo eventual y la ignorancia deliberada), como en el de las causales de justificación (puesto que ayudará a descartar la aplicación del instituto del cumplimiento de órdenes superiores u obediencia debida), o bien dentro del ámbito de la imputación personal (constatándose a su respecto el fenómeno de la *culpabilidad difuminada*).

15.b- La *responsabilidad común subjetiva* pone de relieve la *dimensión plural* de todo ser humano por la que se permite identificar la pertenencia total respecto de la interacción a cada uno de los intervinientes y desde allí sentar las bases para proceder a disvalorar tales conductas del punto de vista jurídico penal. Asimismo, será en atención a la misma como se determinará el grado de intervención en el delito. Conforme a esto último, se ha de imputar a cada individuo lo que hizo o lo que debió hacer respecto de la interacción. Extremos estos (*i.e.*: intervención) que

se verán matizados (en su *quantum* y grado de responsabilidad) atendiendo a la relevancia de su rol conforme al estatus que observe el sujeto dentro del campo estructurado de la interacción de la institución inicua. Extremos estos que, a su vez, ayudarán a delimitar (mejor: a fundamentar) normativamente respecto de cada sujeto interviniente, la mayor o menor pertenencia del hecho.

Índice de bibliografía

- Agustín de Hipona.** “*La ciudad de Dios*”; Tecnos, Madrid, 2010.
- Allen, William.** “*The Nazi seizure of power*”; Franklin Watts, New York, 1984.
- Aleo, Salvatore.** “*Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*”, Milán, 2005.
- “*Diritto penale e complessità. La problemática dell’organizzazione e il contributo dell’analisi funzionalistiche*”; Torino, 1999.
- Alonso Martos, Andrés; et Al.** “*Emmanuel Lévinas. La filosofía como ética*”; PUV, Valencia, 2008.
- Álvarez, Mónica.** “*Guardianas nazis. El lado femenino del mal*”, Edaf, Madrid, 2012.
- Aly, Götz.** “*La utopía nazi. Cómo Hitler compró a los alemanes*”; Crítica, Barcelona, 2008.
- “*Los que sobran. Historia de la eutanasia social en la Alemania nazi 1939-1945*”, Crítica, Barcelona, 2014.
- “*¿Por qué los Alemanes?, ¿Por qué los Judíos? Las causas del Holocausto*”; Crítica, Barcelona, 2013.
- Ambos, Kai.** “*Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*”, Konrad Adenauer Stiftung E.V., Berlín, 2006.
- “*Fundamentos de la imputación en Derecho Internacional Penal*”; Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009.
- “*Impunidad y Derecho penal internacional*” 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- “*La Parte General del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*” traducción al español al cuidado de Ezequiel Malarino; Duncker & Humblot- Temis- Konrad Adenauer Stiftung, Nomos, Bogotá, 2005.
- “*Tatherrschaft durch Willensherrschaft Kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1998.

- “*Temas de Derecho penal internacional y europeo*”; Marcial Pons, Madrid, 2006.
- “*Principios e imputación en el Derecho penal internacional*”, Atelier, Barcelona, 2008.
- “*Zur ‘rechtlichen’ Struktur der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien. Ein Kommentar aus juristischer Sicht*”, in (Nolte, comp.) “*Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*”, Frankfurt, 1996.
- Ambos, Kai; Grammer, Christoph.** “*Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann*” in “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*”, Buenos Aires, 2003.
- Ambos, Kai; Meini, Iván.** “*La autoría mediata. El caso Fujimori*”; ARA, Lima, 2010.
- “*Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*”; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.
- “*Cuestiones esenciales en la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*”; Comares, Granada, 2008.
- Andrés Domínguez, Ana Cristina.** “*Derecho penal internacional*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Annan, J.; Blattman, C.; Horton, R.** “The state of youth and youth protection in Northern Uganda. Findings from the survey for war affected youth”, Unicef Uganda, 2006. Puede consultarse en: (última entrada 20 de marzo de 2014)
<http://chrisblattman.com/documents/policy/sway/SWAY.Phase1.FinalReport.pdf>
- Antón Oneca, José; Rodríguez Muñoz.** “*Parte General*”, editorial Reus, Madrid, 1986.
- Arendt, Hannah.** “*Crisis de la república*”, Taurus, Madrid, 1991.
- “*De la historia a la acción*”; Paidós, Barcelona, 1995.
- “*Eichmann en Jerusalén*”; De Bolsillo, Barcelona, 2010.
- “*Eichmann y el Holocausto*”; Taurus great ideas, Madrid, 2012.
- “*Entre el pasado y el futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*”, Península, Barcelona, 2003.
- “*El concepto de amor en San Agustín*”, Encuentro, Madrid, 2009.
- “*Escritos judíos*”, Paidós, Barcelona, 2009.
- “*La condición Humana*”, Paidós, Barcelona, 2010.
- “*Los orígenes del totalitarismo*”, Alianza, Madrid, 2010.

- “*Responsabilidad y juicio*”, Paidós, Barcelona, 2007.
- “*Sobre la violencia*”, Alianza Editorial, Madrid, 2010.
- Aristóteles**. “*Poética*”, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- Ashby, W. R.** “*Introductions to cybernetics*”, Chapman and Hall Ltd., Londres, 1999.
- Ashworth, Andrew; Horder, Jeremy.** “*Principles of criminal law*” 7ª edición, Oxford University Press, Gosport, 2013.
- Aukerman, Miriam.** “*Extraordinary evil. Ordinary crime: a framework for understanding transitional justice*” in “*Harvard Human Rights Review*” Nº 15, Cambridge, 2002.
- Bacigalupo Zapater, Enrique.** “*La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo Código penal alemán*” in “*Estudios penales, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*”, editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- Baldó Lavilla, F.** “*Algunos aspectos conceptuales de la inducción. A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos*”, ADPCP, 1989.
- Bassiouni, M. C.** “*Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*”; 1ª edición, Cambridge University Press, New York, 2011.
- “*La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*”, Milán, 2005.
- Baum, Steven K.** “*The Psychology of Genocide. Perpetrators, Bystanders, and Rescuers*”; Cambridge University Press, New York, 2008.
- Baumann, J.** “*Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung*” in *NJW*, Bonn, 1963.
- Bauman, Zygmunt.** “*Modernidad y Holocausto*”, Sequitur, Madrid, 2010.
- “*Libertad*”, Losada, Barcelona, 2010.
- “*Vida líquida*”, Paidós, Barcelona, 2010.
- Béjar, Helena.** “*Identidades inciertas: Zygmunt Bauman*”; Herder, Barcelona, 2007.
- Belknap, Michael R.** “*The Vietnam War on Trial. The My Lai massacre and the Court-Martial of Lieutenant Calley*”; University Press of Kansas, Lawrence, 2002.
- Beltrán Montoliu, Ana.** “*La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*”; Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- Benedicto XVI.** “*Caritas in veritate*” Carta Encíclica de 29 de Junio de 2009.
 -- “*El elogio de la conciencia. La verdad interroga al corazón*”, Palabra, Madrid, 2010.
- Beresford, N.C.** “*The Belsen trials 1945-48*”, Amazon.co.uk editions, Marston Gate, 2010.
- Berruezo, Rafael.** “*Autoría y participación, desde una visión normativista*”, B de F, Buenos Aires, 2012.
- Blanco Cordero** “*Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*”, Comares, Granada, 2001.
- Blass, Thomas.** “*The man who shocked the world. The life and legacy of Stanley Milgram*”; McGraw-Hill/Basic Books, New York, 2004.
- Bloxham, Donald.** “*The Final Solution. A Genocide*”, Oxford University Press, New York, 2009.
- Bolea Barón, Carolina.** “*La autoría mediata en Derecho penal*”; Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Bosch, N.** “*Organisationsverschulden in Unternehmen*”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.
- Bottke, Wilfried.** “*Criminalidad económica y Derecho criminal económica en la República Federal de Alemania*” in “*Revista Penal, n° 4*”, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999. (Puede consultarse en: https://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_4/21-30.pdf).
- Boyden, J.** “*Children, war and world disorder in the 21st. Century: a review of the theories and literatura on children’s contribution to armed violence*”, working paper n°138, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Brauman, Rony; Sivan, Eyal.** “*Elogi de la desobediència*”; Lleonard Muntaner editor, Palma (Mallorca), 2008.
- Broszat, Martin.** “*The Third Reich and the German people*” en “*The challenge of the Third Reich: The Adam von Trotta Memorial lectures*” (Hedley Bull, ed.), Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Browning, Christopher R..** “*Aquellos hombres grises. El Batallón 101 y la Solución Final en Polonia*”, Edhasa, Barcelona, 2011.
 -- “*À l’intérieur d’un camp de travail nazi. Récits des survivants: mémoire et histoire*”, Les Belles Lettres, Paris, 2010.

-- "*Les origins de la solution finale. L' evolution de la politique antijuive des nazis septiembtre 1939-mars 1942*", Les Belles Lettres, Paris, 2007.

Bruneteau, Bernard. "*El siglo de los genocidios. Violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda*"; Alianza editorial, Madrid, 2006.

Cancio Meliá, Manuel. "*Comentarios a los delitos contra la Constitución y de terrorismo*" en "*Comentarios al Código Penal*" (Rodríguez Mourullo, Director); Madrid, 1997.

-- "*¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa*", in (Mir Puig, Corcoy Bidasolo, Directores) "*Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*", Madrid, 2006.

Cannon, W. B. "*The wisdom of the body*"; WW Norton, New York, 1932.

Carruthers, Bob. "*The Nüremberg trials. The complete proceedings, vol. IV, Individual responsibility of the defendants*" (Bob Carruthers ed.), Coda Books Ltd, Warwickshire, 2011 (kindle e-book edition).

Cassese, Antonio. "*International Criminal Law*" 2ª edición; Oxford University Press, New York, 2008.

-- "*Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine*", in "*Prosecutor vs. Kaing Guek Eav, alias 'Duch'*", 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-24 (27 Oct 08).

-- "*Rome Statute, Part I*", Oxford University Press, New York, 2002.

-- "*The proper limits of individual responsibility under the doctrine of Joint Criminal Enterprise*" in "*Journal of International Criminal Justice*" nº 5, Oxford University Press, 2007.

Cassese, Antonio; Acquaviva, Guido; Fan, Mary; Whiting, Alex. "*International Criminal Law. Cases & Commentary*"; Oxford University Press, New York, 2011.

Cassese, Antonio et Al. "*The Tokio Trial and beyond*", Polity Press, Cambridge-USA, 1997.

Cavaliere, Antonio. "*Effetività e criminalità organizzata, en Moccia*" en "*Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*", Nápoles, 1999.

Cerezo Mir, José. "*Derecho penal. Parte general*", B de F, Buenos Aires, 2008.

- Ceretti, Adolfo.** “*Collective violence and International crimes*” in *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Tomo I; Oxford University Press, New York, 2009.
- Chenu, Michel.** “*Liberté chrétienne et libération. Instruction de la congrégation pour la doctrine de la foi*”; CERF, Paris, 1986.
- Churchland, Patricia.** “*El cerebro moral.*”, Paidós, Barcelona, 2012.
- Ciampi, Luc; Endert, Elke.** “*Gefühle machen Geschichte. Die Wirkung kollektiver Emotionen –von Hitler bis Obama*”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2011.
- Clément, Fabrice; Kaufman, Laurence.** “*Le mon selon John Searle*”, Les éditions du Cerf, Paris, 2005.
- Cohen, David.** “*Beyond Nüremberg: individual responsibility for war crimes*” in “*Human Rights in political transitions N°53*” (Carla Hesse and Robert Post, eds.), 1999.
- Cohen-Levinas, Danielle; et Al.** “*Levinas*”, Bayard éditions, Paris, 2006.
- Comisión Teológica Internacional. “*Memoria y reconciliación: la Iglesia y las culpas del pasado*”, 2000.
- Combs, Nancy.** “*Fact-findings without facts. The uncertain evidentiary foundations of international criminal convictions*”, Cambridge University Press, New York, 2010.
- Conferencia General del Episcopado Latinoamericano.** “*La Iglesia en la transformación actual de América Latina a la luz del Concilio Vaticano II: conclusiones de Medellín*”, ediciones de la Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, 1986.
- Congregación para la Doctrina de la Fe.** “*Libertatis nuntius*” de 6 de agosto de 1984.
- Cornacchia, Luigi.** “*Caso Erdemovic*” en “*Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*” (Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Coordinador); La ley (Wolters-Kluwer), Madrid, 2011.
- Crozier, M.; Friedberg, E.** “*L’acteur et le système*”, París, 1977.
- Cuerda Riezu, Antonio; Jiménez García, Francisco; et Al.** “*Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales, y Derechos fundamentales*”; Tecnos, Madrid, 2009.

- D'Ascoli, Silvia.** “*Sentencing in International Criminal Law. The UN ad hoc tribunals and future perspectives for the ICC*”, *Studies in International & Comparative Law*/Hart Publishing, Oxford, 2011.
- Daly, M. W..** “*Darfur’s Sorrow. A history of destruction and genocide*”, Cambridge University Press, New York, 2007.
- Damgaard, Ciara.** “*Individual responsibility for Core International Crimes. Selected pertinent issues*”, Springer, Würzburg, 2008.
- Darcy, Shane; Powderly, Joseph.** “*Judicial creativity at the International Criminal Tribunals*”; Oxford University Press, New York, 2010.
- De Francesco, Giovannangelo.** “*Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*” en “(Giostra, Insolera, dirs.) “*Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*”; Milán, 1995.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis.** “*Torturas y otros atentados contra la integridad moral*” en https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4104/.../pg_041-120_penales21.pdf.
- “*Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986.
- “*¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional*” en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989.
- Des Forges, Alison.** “*Call to genocide: radio in Rwanda, 1994*” en “*The media and the Rwanda genocide*” (Allan Thompson, ed.), Pluto Press/ Fountain Publishers/International Development Research Centre, Londres, 2007.
- Di Porto, Valerio.** “*Le legge della vergogna. Norme contro gli ebrei in Italia e Germania*”, Le Monnier, Florencia, 1999.
- Díaz y García Conlledo, Miguel; García Amado, Juan Antonio; et Al.** “*Estudios de filosofía en Derecho penal*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- Dinstein, Yoram.** “*The Defence of ‘obedience to Superior Orders ‘ in International Criminal Law*”, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Domingo Moratalla, Agustín.** “*Responsabilidad y diálogo en Lévinas. Reflexiones para una ética del cuidado y la solicitud*”, en “*Emmanuel Lévinas. La filosofía como ética*” (Andrés Alonso Martos, ed.); PUV, Valencia, 2008.

- Donna, Edgardo.** “*El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin*” in “*Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*”, UNED, Madrid, 2001.
- Drakulic, Slavenka.** “*No matarían ni a una mosca. Criminales de guerra en el banquillo*”, Global Rhythm Press/Penguin Books, Barcelona, 2007.
- Drumbl, Mark.** “*Child soldiers: agency, enlistment, and the collectivization of innocence*” en “*Collective violence and International criminal justice. An interdisciplinary approach.*” (Alette Smeulers, ed.), Interesentia, Amberes, 2010.
- Ehrenfreund, Norbert.** “*The Nüremberg Legacy. How the Nazi War Crimes Trials Changed the Course of History*”; Palgrave-MacMillan, New York, 2007.
- Ehrhardt, Anne.** “*Unternehmens delinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- Eley, Geoff et Al.** “*The Goldhagen effect. History, memory, nazism. Facing the German past*”, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2010.
- Etcheson, Craig.** “*After the killing fields: lessons from the Cambodian genocide*”; Simon & Schuster, New York, 2005.
- Evans, Suzanne E..** “*Hitler’s forgotten victims, the Holocaust and the disabled*”, The History Press, Stroud-Gloucestershire, 2010.
- Faraldo Cabana, P.** “*Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Feijóo Sánchez, Bernardo.** “*Límites a la participación criminal. ¿Existe una ‘prohibición de regreso’ como límite general del tipo en Derecho penal?*”, Comares, Granada, 1999.
- Fernández Ibáñez, Eva.** “*La autoría mediata en aparatos organizados de poder*”; Comares, Granada, 2006.
- Fernández-Pacheco Estrada, Cristina.** “*El genocidio en el Derecho penal internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Ferrajoli, Luigi.** “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*” Sexta edición; Trotta, Madrid, 2004.
- Ferrer Lloret, Jaume.** “*Las consecuencias del hecho ilícito internacional*”, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1998.

- Finkelstein, Norman; Birn, Ruth.** “*L’Allemagne en procès. La thèse de Goldhagen et la vérité historique*”, éditions Albin Michel, Paris, 1999.
- Fischer, Thomas.** “*Comentario a los §§ 129, 129^a StGB*” en *StGB und Nebengesetze*, 53^o ed, Munich, 2006.
- Fletcher, Laurel; Weinstein, Harvey.** “*Violence and social repair: rethinking the contribution of justice to reconciliation*” in *Human Rights Review* N° 24, 2002.
- Frankemölle, H.** “*Sünde und Erlösung im Neuen Testament*”, Friburgo, 1996.
- Freud, Sigmund.** “*Group psychology and analysis of the ego*”, Harvard University Press, New York, 1995.
- “*Group Psychology and the analysis of the Ego*”, Bantam Books, New York, 2002.
- Freund, Georg.** “*Strafrecht AT. Personale Straftalhere*”, Berlín, 1998.
- Friedländer, Henry.** “*The origins of Nazi Genocide. From Euthanasia to the Final Solution*”, The University of North Carolina Press, 1995.
- Friedländer, Saul.** “*El Tercer Reich y los Judíos (1933-1939). Los años de la persecución*”; Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores; Barcelona, 2009.
- “*El Tercer Reich y los Judíos (1939-1945). Los años del exterminio*”; Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores; Barcelona, 2009.
- “*¿Por qué el Holocausto? Historia de una psicosis colectiva*”, Gedisa, Barcelona, 2007.
- Friedman, L.** “*The Law of war. A documentary history*” Vol. II; Random House, New York, 1972.
- Frisch, Wolfgang.** “*Comportamiento típico e imputación del resultado*”, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Fritzsche, Peter.** “*De alemanes a nazis. 1914-1933*”, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2006.
- Fromm, Erich.** “*Sobre la desobediencia*”, Paidós, Barcelona, 2011.
- “*El miedo a la libertad*”; Paidós, Barcelona, 2008.
- Gaetano, Marini.** “*La responsabilité pénale individuelle devant les juridictions pénales internationales: aspects introductifs*” in “*La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Études des Law Clinics en Droit pénal international*” (Emanuela Fronza, Stefano Manacorda, directores), Dalloz- Giuffrè editore, Milán, 2003.

- Galcerá, David.** *“Holocausto y filosofía. Educar contra la barbarie”*; Objeto Perdido Ediciones, Mallorca, 2011.
- Garapon, Antoine.** *“Des crimes qu’ on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale”*, Editions Odile Jacob, Paris, 2002.
- García Caveró, Percy.** *“La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso Alberto Fujimori Fujimori”* in *“La autoría mediata”* (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010.
- García-Pablos de Molina, Antonio.** *“El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal”*, en *RGLJ*, LXXII, 1976.
- García Vitor, E.** *“La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”* in *“Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin”*, Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- Gardiner, J. B.** *“The SS on Trial. Testimony from Nuremberg. The illustrated edition”* (J.B. Gardiner, editor), Parchment Publishing, Coventry, 2012.
- Geerds, F.** *“Täterschaft und Teilnahme –Zu den Kriterien einer normativen Abgrenzung”*, Jura, 1990.
- Gellately, Robert; Kiernan, Ben.** *“The spectre of Genocide. Mass murder in historical perspective”*, Cambridge University Press, New York, 2003.
- Getsadze, Giorgi.** *“International criminal law. Danger to replace state responsibility by individual criminal liability in crime of Genocide”*; Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2010.
- Gil Gil, Alicia.** *“Derecho penal internacional”*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Giddens, Anthony.** *“The constitution of society”*; University of California Press, Berkeley, 1984.
- Gimbernat Ordeig, Enrique.** *“Autor y cómplice en Derecho penal”*, B de F, Buenos Aires, 2006.
- *“La causalidad en Derecho penal”*, Anuario de Derecho Penal, 1962.
- Giner, Salvador.** *“Historia del pensamiento social”* XIIIª edición, Ariel, Barcelona, 2013.
- Goldhagen, Daniel Jonah.** *“Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes y el holocausto”*; Taurus, Madrid, 2008.

- Gómez Colomer, Juan Luis; González Cussac, José Luis; Cardona Lloréns, Jorge, et Al.** “*La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*”; Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Gómez-Jara Díez, Carlos.** “*Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*”, Comares, Granada, 2005.
- “*La culpabilidad penal de empresa*”, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Grossman, Dave.** “*On Killing. The psychological cost of learning to kill in war and society*”, Back Bay Books/Little, Brown and Company, New York, 2009.
- Grosse, Christina.** “*Der Eichmann-Prozess zwischen Recht und Politik*, Frankfurt am Main, 1995.
- Grosso, Carlo Federico.** “*Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*”, en (Moccia, ed.) “*Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*”, Nápoles, 1999.
- Gustafson, Katrina.** “*The requirement of an ‘express agreement’ for Joint Criminal Enterprise liability: a critique of Brdanin*” in “*Journal of International Criminal Justice*” nº 5, Oxford University Press, 2007. (Puede consultarse en: www.jicj.oxfordjournals.org.)
- Gutiérrez Rodríguez, María.** “*Joint Criminal Enterprise: ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho penal internacional?*” in “*Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*” (Alicia Gil Gil, directora; Elena Maculan, coordinadora), Dykinson, Madrid, 2013.
- “*La responsabilidad penal del coautor*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Gutting, Garing.** “*Pensando lo imposible. Filosofía francesa desde 1960*”, Avarigani, Madrid, 2014.
- Haan, V.** “*The development of the concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*”, in “*International Criminal Law Review*” Nº 5, 2005.
- Halioua, Bruno.** “*Le procès des médecins de Nuremberg. L’irruption de l’éthique médicale moderne*”, Vuibert, Paris, 2007.
- Hassemer, Winfried.** “*Staatsverträge Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung, Grundlagen der ‘Mauerschützen’ BGHSt und des Bundesverfassungsgerichts*” in “*50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft*” IV, Verlag C.H. Beck, Munich, 2000.

- Hauriou, Maurice.** “*Écrits sociologiques*”, Editions Dalloz, Paris, 2008.
- Heberer, Patricia.** “Early postwar justice in the American zone: The ‘Hadamar Murder Factory’ Trial” en (Jürgen Mattháus y Patricia Heberer, eds.) “Atrocities on Trial. Historical perspectives on the politics of prosecuting war crimes”, University of Nebraska Press, Lincoln, 2008.
- Heine, Günter.** “*Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung*” en (Dölling, ed.) “*Jus Humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70*”, Geburtstag, Berlin, 2003.
- “*Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik*” in “*Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtsag von Albin Eser*”, Edition iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1995.
- “*Kollektive Verantwortlichkeit*” en “*Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*”, Friburgo, 1998.
- Hefendehl, Roland.** “*Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*”, Köln, 2002.
- Heller, Kevin Jon.** “*The Nüremberg Military Tribunals and the origins of International Criminal Law*”, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Hernández Plasencia, J.** “*La autoría mediata en Derecho penal*”, Comares, Granada, 1996.
- Hernández Suárez-Llanos, Francisco Javier.** “*La exención por obediencia jerárquica en el Derecho penal español, comparado e internacional*” Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2011.
- Herzberg, Rolf.** “*Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder*” in “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010.
- “*Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*” in (Knut Amelung, ed.) “*Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*”, Pro Universitate Verlag, 2000.
- Hilberg, Raul.** “*La destrucción de los judíos europeos*”, Akal, Barcelona, 2005.
- “*Perpetrators, victims, bystanders. The jewish catastrophe 1933-1945*”, Harper Perennial, New York, 1993.
- Hirsch, Hans-Joachim.** “*Die Frage nach der Straffähigkeit von Personenverbänden*”, Colonia, 1993.

-- “*Acerca de los límites de la autoría mediata*” in “*Derecho penal, Obras completas, Tomo II*”, Rubinzal Culzoni, 2000.

Hruschka, Joachim. “*Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*”; B de F, Buenos Aires, 2008.

IMT. “*Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals 14/XI/1945-X/1946*”, sito en:

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judgen.htm>.

Isaacs, Tracy. “*Moral responsibility in collective contexts*”, Oxford University Press, New York, 2011.

Jäger, H. “*Individuelle Zurechnung Kollektiven Verhaltens. Zur Strafrechtlich Kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*”; A Metzner, Frankfurt am Main, 1985.

Jakobs, Günther. “*Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*” 2ª edición corregida, traducción al español al cuidado de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

-- “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*”, en (Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez, coords.) “*Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*” Vol. 2º, Madrid, 2006.

-- “*La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*” en “*Estudios de Derecho penal*” traducción al español al cuidado de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.

-- “*Moderna dogmática penal. Estudios compilados*”; Editorial Porrúa, México D.F., 2006.

-- “*Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*” in “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010.

-- “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*”, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

Jardim, Tomaz. “*The Mauthausen trial. American military justice in Germany*”; Harvard University Press, Cambridge, 2012.

Jaspers, Karl. “*El problema de la culpa*”, Paidós, Barcelona, 2011.

- *"The question of German guilt (with a new introduction by Joseph W. Koterski)"*; Fordham University Press, New York, 2001.
- Jean, Jean-Paul; Salas, Denis.** *"Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire"*, Éditions Autrement, Paris, 2002.
- Jones, Adam.** *"Genocide. A comprehensive introduction"*, Routledge, New York, 2006.
- *"Genocide and structural violence: charting the terrain"* in *"New directions in Genocide research"* (Adam Jones, ed.), Routledge, Oxon, 2012.
- Juan Pablo II.** *"Reconciliatio et penitentia"* de 2 de Diciembre de 1984.
- *"Sollicitudo rei socialis"* de 30 de Diciembre de 1987.
- *"Tertio millennio adveniente"* de 10 de Noviembre de 1994.
- *"Incarnationis mysterium"* Bula convocante del Gran Jubileo del año 2000, de 29 de Noviembre de 1998.
- Jung, Heike.** *"Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrer"*, en Esser/Huber/Cornils (eds), *"Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht"*, Friburgo, 1998.
- *"Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht"*; Friburgo, 1998.
- Kaufmann, Armin.** *"Dogmática de los delitos de omisión"*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Kaufmann, Arthur.** *"Filosofía del Derecho"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Kelman, Herbert; Hamilton, Lee.** *"Crimes of obedience"*, Yale University Press/Amazon.co.uk, London, UK, 2010.
- Kenny, C. S.** *"Outlines of Criminal Law"* 19ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 1966
- Kershaw, Ian.** *"Popular opinión and Political dissent in the Third Reich: Bavaria 1933-1945"*, Kindle e-book edition, Amazon.com, 2011.
- *"El mito de Hitler. Imagen y realidad en el Tercer Reich"*, Crítica, Barcelona, 2012.
- Kessel, Joseph.** *"Jugements derniers. Les procès Pétain, de Nuremberg et Eichmann"*, Éditions Tallandier, Paris, 2007.
- Kiernan, Ben.** *"The Pol Pot regime. Race, power, and genocide in Cambodia under the Khmer Rouge, 1975-79"*, 3ª edición, Yale University Press, New Haven, 1996.

- Kimani, Mary.** “*RTLM: the médium that became a tool for mass murder*” en *The media and the Rwanda genocide* (Allan Thompson, ed.), Pluto Press/ Fountain Publishers/International Development Research Centre, Londres, 2007.
- Kindhäuser, Urs.** “*Strafrecht Besonderer Teil*” I, Baden-Baden, 2005.
- Kindhäuser, Urs; Mañalich, Juan Pablo.** “*Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*”, B de F, Buenos Aires, 2011.
- Klein, Benoît; Ferro, Marc.** “*Pétain, J’accepte de répondre. Les interrogatoires avant le procès*”; André Versaille éditeur, Bruselas, 2011.
- Klemperer, Victor.** “*LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*”; editorial Minúscula, Barcelona, 2010.
- Knauer, C.** “*Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausakität und Mittäterschaft*”, Verlag C.H.Beck, Munich, 2001.
- Kochavi, Arieh J.** “*Prelude to Nüremberg. Allied war crimes policy and the question of punishment*”, The University of North Carolina, Chapel Hill, 1998.
- Köhler, Michael.** “*Strafrecht AT*”, Berlin, 1997.
- Krammer, Arnold.** “*War Crimes, Genocide, and the Law. A guide to the issues*”, Praeger, Santa Bárbara, California, 2010.
- Kühl, Karl.** “*Strafrecht AT, 4ª ed.*”, Vahlen Franz, Munich, 2002.
- Küper, Georg.** “*Der gemeinsame Tatenschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft*”, ZStW N° 105, 1993.
- Laban Hinton, Alexander.** “*Why did they kill? Cambodia in the shadow if genocide*”; University of California Press, Los Angeles, 2005.
- Lachs, John.** “*Responsability and the individual in Modern Society*”, Harvest, Brighton, 1981.
- Langneff, K.** “*Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich Handelndem Werkzeug*”, Shaker Verlag, Aachen, 2000.
- Lampe, Ernst-Joachim.** “*Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*”, Köln, 1993.
- “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*” en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, tomo 106; 1994.
- “*Injusto del sistema y sistemas de injusto*”, en “*La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*” traducción al español al cuidado de Carlos Gómez-Jara Díez; Grijley, Lima, 2003.

-- "*Verantwortlichkeit und Recht*", 1989.

Lascano, Julio. "*Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*" in "*Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*", ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001.

Latane, B; Darley, J. "*The unresponsive Bystander: why doesn't he help?*"; Appleton Century Craofts, New York, 1970.

LeBon, Gustave. "*Psicología de las masas*" traducción al español al cuidado de Alfredo Guerra Miralles, 5ª edición; ediciones Morata, Madrid, 2005.

Lenckner, Theodor. "*Comentario a los §§ 129 y ss. StGB*" en (Schönke, Schröder, eds.) "*Kommentar zum StGB*" 26º ed., Munich, 2001.

Leventhal, H., et Al. "*The Nuremberg verdict*", Harvard Law Review, 1947.

Lévinas, Emmanuel. "*Autrement qu'être, ou au-delà de l' essence*"; Kluwer Academic/Liberdúplex, Sant Llorenç d'Hortons, 2008.

-- "*De la existencia al existente*", Arena Libros, Madrid, 2006.

-- "*Difícil libertad*", LILMOD, Buenos Aires, 2008.

-- "*Dios, la muerte, y el tiempo*"; Cátedra, Madrid, 1994.

-- "*Entre nous. Essais sur le penser-à-l'autre*"; éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 2010.

-- "*Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*", Pre-Textos, Valencia, 2010.

-- "*Ética e infinito*", La balsa de la medusa-Machado Libros, Madrid, 2008.

-- "*Humanismo del otro Hombre*", Caparrós, Madrid, 1993.

-- "*Nombres propios*", Fundación Emmanuel Mounier, Salamanca, 2008.

-- "*Trascendencia e inteligibilidad*"; ediciones-Encuentro, Madrid, 2006.

-- "*Totalidad e infinito*"; ediciones Sígueme, Salamanca, 2012.

Lewis Koehl, Robert. "*Las SS. El cuerpo de élite del nazismo, 1919-1945*"; Crítica, Barcelona, 2009.

Lifton, Robert Jay. "*Medical Killing and the Psychology of Genocide. The Nazi Doctors*"; Basic Books, New York, 2002.

Lindholm, Charles. "*Análisis del fenómeno carismático y su relación con la conducta humana y los cambios sociales*" 3ª edición, Gedisa, Barcelona, 2001.

Liwerant, Sara. "*Crimes sans tabou. Les meurtres collectifs en jugement*", Bruylant, Bruselas, 2009.

- Lower, Wendy.** *“Las arpias de Hitler. La participación de las mujeres en los crímenes nazis”*, Crítica, Barcelona, 2013.
- Luizzi, Vincent.** *“New balance, evil, and the scales of justice”* in *“Evil, law and the state. Perspectives on state power and violence”* (John T. Parry, ed.), Amsterdam, 2006.
- Mackie, John Leslie.** *“Ética. La invención de lo bueno y lo malo”*; Gedisa, Barcelona, 2000.
- Manacorda, Stefano.** *“Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale”*; G. Giappichelli Editore, Torino, 2008.
- Manacorda, Stefano; Meloni, Chantal.** *“Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring approaches in the practice of International Criminal Law?”* in *“Journal of International Criminal Justice”* n° 9, Oxford University Press, 2011.
- Manacorda, Stefano; Fronza, Emanuela.** *“La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc”*; Dalloz-Giuffrè editore, Milán, 2003.
- Marchuk, Iryna.** *“The fundamental concept of crime in International Criminal Law. A comparative Law Analysis”*, Springer, La Haya, 2013.
- Marrus, Michael R..** *“The Nuremberg War Criminal Trial 1945-6. A documentary History”*; University of Toronto/Bedford/St.Martin’s, Boston, 1997.
- Marxen, Klaus.** *“Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen straflehre”* en (Klaus Lüderssen, ed.) *“Aufgekärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?”*, Band III: Makrodelinquenz, Frankfurt am Main, 1998.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos.** *“Derecho penal económico y de la empresa”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Mathewes, Christian T.** *“Evil as a privation. Hannah Arendt’s Augustinian Ontology”* en *“Evil and the Augustinian Tradition”*; Cambridge, New York University Press, 2001.
- May, Larry.** *“Crimes against humanity. A normative account”*, Cambridge Studies in Philosophy and Law/ Amazon Kindle e-book edition.
- McDonell, Faith; Akallo, Grace; Haseltine, Dan.** *“Girl soldier: a story of hope for northern Uganda’s children”*, Chosen Books/Baker Publishing Group, New York, 2007.

- McFayden, A.** *“Bound to sin: abuse, holocaust and the Christian doctrine of sin”*; Cambridge University Press, Londres, 2000.
- Meloni, Chantal.** *“Command responsibility in International Criminal Law”*, TMC Asser Press, La Haya, 2010.
- Mettraux, Guènaël; et Al.** *“Perspectives on the Nuremberg Trial”*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Meyrowitz, H.** *“La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de l’appartenance à une organisation criminelle en application de la loi N° 10 du Conseil de Contrôle Allié”*; Pinchin et Durand Auzias, Paris, 1960.
- Mildt, Dick Welmoed.** *“In the name of the people: Perpetrators of Genocide in the Reflection of their Post-War Prosecution in West Germany”*, London, Martinus Nijhoff, 1996.
- Milgram, Stanley.** *“Obedience to authority. An experimental view”*, Pinter&Martin, London, 2010.
- Militello, Vincenzo.** *“Participation in a criminal organisation as a model of european criminal offence”*, in (Militello, Huber; eds.) *“Towards a European criminal Law against organised crime”*; Friburgo, 2001.
- Miller, Rochard Lawrence.** *“Nazi Justiz. Law of the Holocaust”*, Praeger Publishers, Connecticut, 1995.
- Mir Puig, Santiago.** *“Derecho penal, parte general”* 7ª edición, B de F, Buenos Aires, 2004.
- *“Bases constitucionales del Derecho penal”*, IUSTEL, Madrid, 2011.
- *“Límites del normativismo en Derecho penal”* en *“Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”*, Civitas, Madrid, 2005.
- *“Estado, pena y delito”*; B de F, Buenos Aires, 2006.
- *“Introducción a las bases del Derecho penal”*, B de F, Buenos Aires, 2003.
- *“Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”* en XVI Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología, Universidad Mayor de San Marcos (ed.), 2004.
- Miró Llinares, Fernando.** *“Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito”*; Atelier, Barcelona, 2010.
- Mironko, Charles.** *“The effect of RTLTM’s rethoric of ethnic hatred in rural Rwanda”*, en *The media and the Rwanda genocide* (Allan Thompson, ed.), Pluto

Press/ Fountain Publishers/International Development Research Centre, Londres, 2007.

Moccia, Sergio. “*La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*”, 2ª edición, Nápoles, 1997.

Mochulsky, Fyodor Vasilevich. “*Gulag boss. A soviet memoir*”; Oxford University Press, New York, 2011.

Mommsen, Hans. “*The realisation of the unthinkable. The ‘Final solution of the jewish question’ in the Third Reich*” in “*From Weimar to Auschwitz*” (Hans Mommsen, ed.), Oxford University Press, Oxford, 1991.

-- “*Anti Jewish politics and the interpretation of the Holocaust*” en “*The challenge of the Third Reich: The Adam von Trotta Memorial lectures*” (Hedley Bull, ed.), Clarendon Press, Oxford, 1986.

Morgado, Ignacio. “*Psicobiología de la maldad*”, en Revista *Claves de razón práctica*, Nº 216, Octubre de 2011, Madrid

Mulisch, Harry. “*Criminal Case 40/61. The Trial of Adolf Eichmann. An eye witness account*”, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2005.

Muñoz Conde, Francisco. “*¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?*”, in Revista Penal nº 6, Universidad Castilla - La Mancha, 2000.

-- “*La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado*” in “*Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*” (Alicia Gil Gil, Dir.), Dykinson, Madrid, 2013.

-- “*Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico*”, en Revista Penal Nº 9, Valencia, enero 2002.

Murmann, Uwe. “*Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zueiner personalen Tatherschaftslehre*”, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

Nebel, Mathias. “*La categoría moral de pecado estructural. Ensayo de teología sistemática.*”, Trotta, Madrid, 2011.

Neitzel, Sönke; Welzer, Harald. “*Soldados del Tercer Reich. Testimonios de lucha, muerte y crimen*”; Crítica, Barcelona, 2012.

Niebuhr, Robert. “*Moral man and immoral society: a study in ethics and politics*”, Charles Scribner’s Sons, New York, 1960.

Novick, Peter. *“The Holocaust in american life”*, Houghton Mifflin, New York, 2000.

Ohlin, Jens David. *“Three conceptual problems with the doctrine of joint Criminal Enterprise”* in *“Journal of International Criminal Justice”* nº 5, Oxford University Press, 2007.

-- *“The one and the many”*, Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series, Vol. 15 No. 5, 09/06/2013. (se puede consultar en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2252036).

Olásolo Alonso, Héctor. *“Ensayos de Derecho penal y procesal penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-- *“The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes”*; Hart Publishing, Portland, 2010.

-- *“Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional. En homenaje al Profesor Augusto Ramírez Ocampo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Ortner, Helmut. *“El Verdugo. Roland Freisler: un asesino al servicio de Hitler”*, Editorial Sombra, Barcelona, 2010.

Osiel, Mark. *“Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder”* in *“Collective violence and International criminal justice. An interdisciplinary approach”*, Intersentia, Amberes, 2010.

-- *“Obeying orders: atrocity, military discipline, & the law of war”*, Transaction Publishers, New Jersey, 1999.

Pastor Muñoz, Nuria. *“Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación politico-criminal y dogmática”*; Atelier, Barcelona, 2005.

Pawlik, Michael. *“La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal”*; Marcial Pons, Madrid, 2010.

Pendas, Devin O.. *“The Frankfurt Auschwitz trial, 1963-1965. Genocide, history, and the limits of the law”*; Cambridge University Press, New York, 2006.

Peñaranda Ramos, Enrique. *“La participación en el delito y el principio de accesoriidad”*, Tecnos, Madrid, 1990.

Peters, Karl. *“Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess”* in *Eckart-Jr 1961/1962*, Berlin, 1961.

-- *“Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess”* in *Eckart-Jr 1961/1962*, Berlin, 1961.

- Pinker, Steven.** *“The better angels of our nature. The decline of violence in history and its causes”*, Allen Lane/ Penguin Books, London, 2011.
- Powell, William; Smith-Doerr, Louis.** *“Networks and economic life”* in *“The handbook of economic sociology”* (N.J. Smelser, R. Swedberg, editors); Princeton University Press, New Jersey, 1994.
- Prieto, Rafael.** *“Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio”* (Rafael A. Prieto Sanjuán, Director); Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2006.
- Prinz, Jesse J.** *“The emotional construction of morals”*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Prior Olmos, Ángel.** *“Voluntad y responsabilidad en Hannah Arendt”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009.
- Queralt, Joan J.** *“Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”*, in *Revista Centro de Estudios Constitucionales N°5*, Madrid, 1990.
- Ragués i Vallés, Ramón.** *“¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la exYugoslavia”* in *Revista de Derecho penal y criminología N° 7*, 2001.
- *“La ignorancia deliberada en Derecho penal”*, Atelier, Barcelona, 2007.
- Rauschning, Hermann.** *“The voice of destruction”*; Putnam, New York, 1940.
- Rawls, John.** *“Teoría de la Justicia”*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010.
- Rees, Laurence.** *“El oscuro carisma de Hitler”*, Crítica, Barcelona, 2012.
- Renard, Gustave.** *“La théorie de l’institution”*, Paris, 1930.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel, et Al.** *“Derecho penal y modernidad”*, ARA, Lima, 2010.
- Ricoeur, Paul.** *“Historia y verdad”*; Ediciones Encuentro, Madrid, 1990.
- *“Sí mismo como otro”*, ediciones Siglo XXI, Madrid, 1996.
- *“Finitud y culpabilidad”*, Trotta, Madrid, 2010.
- Robertson, Geoffrey.** *“Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global”*; Siglo XXI, Madrid, 2008.
- Robles Planas, Ricardo.** *“La participación en el delito: fundamento y límites”*; Marcial Pons, Madrid, 2003.

- "*Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*", Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- "*La construcción del sistema del delito en la Aproximación al Derecho penal contemporáneo*" en "*La crisis del Derecho penal contemporáneo*" (Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez- Ostiz Gutiérrez, coord.), Atelier, Barcelona, 2010.
- Röling, Bert V.** "*Aspects of the criminal responsibility for violations of the Laws of war*" en (Antonio Cassese, ed.) "*The new Humanitarian Law of armed conflict*", Ed. Scientifica, Nápoles, 1979.
- Rosen, David.** "*Armies of the Young: child soldiers in war and terrorism. Series in childhood studies*", Rutgers University Press, New Brunswick, 2005.
- Rotsch, Thomas.** "Tatherrschaft Kraft Organisationsherrschaft" in "*112 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*", 2000.
- Roxin, Claus.** "*Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú*", en "*La autoría mediata*" (Kai Ambos, Iván Meini; editores); ARA Editores, Lima, 2010.
- "*Autoría y dominio del Hecho en Derecho penal*" 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- "*Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*", Civitas, Madrid, 1997.
- "*La teoría del delito en la discusión actual*", Grijley, Lima, 2007.
- "*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*" in "*Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*", Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- "*Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*" in "*FS für Gerald Grünwald zum 70*" (Erich Samson, Friedrich Dencker, Peter Frisch, Helmut Frister, Wolfram Reiss, Eds.), Geburtstag, Baden-Baden, 1999.
- "*Strafrecht, AT*" Tomo II, Verlag CH Beck, Berlín, 2003.
- "*Über den Tatentschluss*" in "*Gedächtnisschrift für Horst Schröder*", C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, Munich, 1978.
- "*Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes*" in "*FS für H. Salger*", Köln, 1995.
- Rudolphi, Hans-Joachim.** "*Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129^a StGB*" en "*(Frisch, Schmid, eds.) "FS für Hans-Hürgen Bruns zum 70"*" Köln, 1978.
- Safrian, Hans.** "*Eichmann's men*", Cambridge University Press, New York, 2010.

- Salomoni, Antonella.** “*La Unión Soviética y la SHOAH. Genocidio, resistencia, silenciamiento*”; PUV, Valencia, 2010.
- Salvatore Schiffer, Daniel.** “*La philosophie d’ Emmanuel Levinas. Métaphysique, esthétique, éthique*”, UPF (Presses Universitaires de France), Paris, 2007.
- Sancinetti, Marcelo; et Al.** “*Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Schabas, William.** “*Unimaginable atrocities. Justice, politics, and rights under war criminal tribunals*”, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Shahabuddeen, Mohamed.** “*Judicial creativity and Joint Criminal Enterprise*” in “*Judicial creativity at the International Tribunals*” (Shane Darcy, Joseph Powderly, eds.), Oxford University Press, New York, 2010.
- Scharf, Michael P.** “*Seizing the ‘Grotian Moment’: application of Joint Criminal Enterprise liability to the proceedings of the Cambodia genocide tribunal*” in “*Collective violence and International Criminal justice. An interdisciplinary approach*” (Alette Smeulers, ed.), Interesentia, Amberes, 2010.
- Scheff, Thomas.** “*Emotions, the social bond, and human reality. Part/whole analysis*”; Cambridge University Press, New York, 2006.
- Schmidhäuser, Eberhard.** “*Strafrecht Besonderer Teil*”, 2ª edición, 1983.
- Schroöder, Friedrich Christian.** “*Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*”, Berlín, 1965.
- “*Disposición al hecho versus fungibilidad*” in “*La autoría mediata*” (Kai Ambos, Iván Meini, eds.), ARA, Lima, 2010.
- Schünemann, Bernd.** “*Obras completas*” tomos I y II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.
- “*Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*”, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Searle, John.** “*Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*”; Paidós, Barcelona, 2005.
- “*Making the social world. The structure of human civilization*”, Oxford University Press, New York, 2010.
- Shepler, Susan.** “*The rites of the child: global discourses of youth and reintegrating child soldiers in Sierra Leone*”, Journal of Human Rights N°4, 2005.

Shore, Bradd. *“Culture in mind: cognition, culture, and the problem of the meaning”*; Oxford University Press, New York, 1996.

Silva Sánchez, Jesús-María. *“Aproximación al Derecho penal contemporáneo”* Segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2010.

-- *“La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales”*; B de F, Buenos Aires, 2010.

-- *“La intervención a través de organización ¿Una forma moderna de participación en el delito?”* en *“Delitos de organización”* (Jesús-María Silva Sánchez, Manuel Cancio Meliá); B de F; Buenos Aires, 2008.

-- *“¿Pertinencia o intervención? Del delito de ‘pertinencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”*, in (Octavio de Toledo, et Al., Coordinadores.) *“Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón”*; Valencia, 2004.

-- *“Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural”* (Editorial), *InDret Penal*, 3/2011.

-- *“Fundamentos del Derecho penal de la empresa”*, B de F/ Edisofer, Madrid, 2013.

-- *“Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen”* en *“Einzelverantwortung und Mitletverantwortung im Strafrecht”* (Albin Eser, Barbara Huber, Karin Cornils, eds.), Friburgo, 1998.

Silva Sánchez, Jesús-María; Cancio Meliá, Manuel. *“Delitos de organización”*; B de F, Buenos Aires, 2009.

Simpson, Gerry. *“Men and abstract entities: individual responsibility and collective guilt in international criminal law”* in (André Nollkaemper; Harmen van der Wilt, eds.) *“System criminality in International Law”*; Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2009.

Smeulers, Alette et Al. *“Collective violence and International Criminal Justice. An interdisciplinary approach”*; Interesentia, Amberes, 2010.

Smeulers, Alette; Haveman, R. *“International crimes and criminology: an agenda for future research”* en *“Supranational criminology: towards a criminology of international crimes”*, Interesentia, Amberes, 2008.

Smith, Bradley F. *“The American road to Nuremberg. The documentary record 1944-1945”*, Hoover Institution Press, Stanford, 1982.

-- *“Reaching judgement at Nuremberg”*, Basic Books, New York, 1977.

Spitz, Vivien. “*Doctores del Infierno. Un cruel relato de los experimentos que los Nazis practicaron con humanos*”, Tempus, Barcelona, 2009.

Staub, Ervin. “*The roots of evil: the origins of genocide and other group violence*”; Cambridge University Press, New York, 1999.

-- “*Overcoming evil. Genocide, violent conflict, and terrorism*”, Oxford University Press, New York, 2013.

Stearns, Jason K. “*Dancing in the glory of monsters. The collapse of the Congo and the great war of Africa*”, Public affairs, Perseus Books Group, New York, 2011.

Steinweis, Alan; Rachlin, Robert. “*The Law in nazi Germany and the Holocaust*”, en “*The Law in nazi Germany. Ideology, opportunism, and the perversion of justice*” (Alan E. Steinweis & Robert D. Rachlin, eds.), Berghahn Books, New York, 2013.

Stoltzfus, Nathan; Friedlander, Henry. “*Nazi crimes and the law*”, Publications of the German Historical Institute- Cambridge University Press, New York, 2008.

Stone, Michael H. “*The anatomy of evil*”, Prometheus Books, New York, 2012.

Stratenwerth, Günther. “*AT*” T. I, 4ª edición, 2000.

Tavares, Juarez E. X. “*Teoría del injusto penal*”, B de F, Buenos Aires, 2010.

-- “*Bien jurídico y función en Derecho penal*” traducción a cargo de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Tester, Keith. “*The social thought of Zygmunt Bauman*”, Palgrave MacMillan, London, 2004.

Thacker, Toby. “*Joseph Goebbels. Vida y muerte*”, Ariel, Barcelona, 2010.

Tooby, John; Cosmides, Leda. “*The adapted mind. Evolutionary psychology and the generation of culture*”; Oxford University Press, New York, 1992.

Torres Pérez, María; Bou Franch, Valentín. “*La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*”; Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Totani, Yuma. “*The Tokyo War Crimes Trial. The pursuit of Justice in the wake of World War II*”, Harvard University Press, Cambridge-USA, 2008.

Turner, Jonathan; Stets, Jan. “*The sociology of emotions*”; Cambridge University Press, 2009.

Truc, Gerome. “*Assumer l’Humanité. Hannah Arendt: la responsabilité face à la pluralité*”, Editions de l’Universite de Bruxelles, Bruselas, 2008.

- Tugendhat, Ernst.** *“Antropología en vez de metafísica”*, Gedisa, Barcelona, 2007.
- TWC.** *Juicios de Criminales de Guerra ante los Tribunales Militares de Nuremberg bajo la Ley del Concejo de Control Aliado N° 10*, vols. III, IV, y V, Servicio de impresos del Ejército de los Estados Unidos de América, Nüremberg/Washington D.C., 1949-1953.
- UNWCC (United Nations War Commission).** *“History of the UN War Crimes Commission and the development of the Law of war”*; His Majesty’s stationary Office, Londres, 1948.
- *“Law reports of trials of War Criminals”*, Volumenes I al XV, His Majesty’s stationary Office, Londres, 1947-1949.
- *“Digest of Laws and cases”*, Volumenes III al VII, His Majesty’s Stationary Office, London, 1947.
- Urruela Mora, Asier.** *“Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica”*, Comares, Granada, 2004.
- Van Der Wilt, Harmen.** *“Joint Criminal Enterprise: possibilities and limitations”* in *“Journal of International Criminal Justice”* n° 5, Oxford University Press, 2007.
- Van der Wolf, W; de Ruiter, D.** *“Genocide on trial”*, International Courts Association/ Wolf legal publishers, La Haya, 2011.
- Van Sliedregt, Elies.** *“Individual criminal responsibility in International Law”*, Oxford University Press, Croydon, 2012.
- Vatter, Miguel; Nitschack, Horst.** *“Hannah Arendt: sobrevivir al holocausto”*; LOM ediciones y Goethe Institut de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- Verdross, Alfred von.** *“Forbidden treaties in international law”* in *American Journal of International Law*, vol. 31, año 1937.
- Vetlesen, Arne Johan.** *“Evil and human agency: understanding collective evildoing”*, Cambridge University Press/Cambridge Cultural Social Studies, Cambridge, 2005.
- Vetsen, Arne Johan.** *“Evil and human agency. Understanding collective evildoing”*; Cambridge University Press, New York, 2009.
- Vincent, Marie-Bénédicte; et Al.** *“La dénazification”*, Tempus/Perrin, Paris, 2008.
- Vogel, J.** *“How to determine individual criminal responsibility in systematic contexts: twelve models”* en *“Cahiers de Défense Sociale”*; Paris, 2002.

- Walker, Andrew.** *“Is eating people wrong?: Great Legal Cases and how they shaped the world”*, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Wallach, M; Kagan, N.** “Group influences on individual risk taking” in *Journal of abnormal and social psychology*; New York, 1962.
- Waller, James.** *“Becoming Evil: How ordinary people commit Genocide and Mass Killing,”* 2ª edición; Oxford University Press, New York, 2007.
- Weber, Max.** *“Essays in Sociology”*, Oxford University Press, Oxford, 1946.
- Weigend, Thomas.** *“Perpetration through an Organisation: the unexpected career of a German legal concept”* in *“9º Journal of International Criminal Justice”*, Oxford University Press, New York, 2011.
- Weil, Prosper.** *“Le Droit international en quete de son identité. Cours Général du Droit international public”* Vol. 237, Martinus Njhoff (nijhoffonline) 1992.
- Weingartner, James J.** *“Americans, Germans, and War Crimes justice. Law, memory and ‘the good War’”*; Praeger, Santa Bárbara, California, 2011.
- Welzel, Hans.** *“Derecho penal alemán”* 4ª edición, traducción del alemán al cuidado de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- Werle, Gerhard.** *“Tratado de Derecho Penal Internacional”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- *“Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
- Wette, Wolfram.** *“La Wehrmacht. Los crímenes del ejército alemán”*; editorial Crítica, Barcelona, 2007.
- Wittmann, Rebecca.** *“Beyond Justice. The Auschwitz Trial”*, Harvard University Press, Cambridge-USA, 2005.
- Wolfe, Alan.** *“La maldad política. Qué es y cómo combatirla”*; Galaxia Gutemberg/Círculo de Lectores, Río de Mouro, 2013.
- Yacobucci, Guillermo.** *“El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”*, Ábaco- Depalma, Buenos Aires, 2002.
- *“El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización”*, Ábaco-Depalma, Buenos Aires, 2005.
- Zaczyk, Rainer.** *“Libertad, Derecho y fundamentación de la pena”* (Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John, Miguel Polaino-Orts, compiladores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alaggia, S., Slokar, A.. “*Manual de Derecho penal, parte general*”; Ediar; Buenos Aires, 2000.

Zamorra, José Antonio. “*Theodor W. Adorno. Pensar contra la barbarie*”; editorial Trotta, Madrid, 2004.

Ziffer, Patricia. “*El delito de asociación ilícita*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Zimbardo, Philip. “*El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*”; Paidós, Barcelona, 2008.

Índice de decisiones judiciales internacionales.

Cámara Extraordinaria de las Cortes de Camboya.

Prosecutor vs. Kaing Guek Eav. Juicio de primera instancia, 001/18-07-2007/ECCC/TC, de 26 de Julio de 2010.

Prosecutor vs. Sary, Thirith y Sampahan. Decisión de las apelaciones contra la orden de los jueces de instrucción sobre la aplicación de la teoría de la empresa criminal conjunta, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, PreTrial Chamber 38, de 20 de Mayo de 2010.

Corte Especial para Sierra Leona.

Prosecutor vs. Brima, Kamara y Kanu. Juicio de primera instancia, SCSL-04-16-T, de 20 de Junio de 2007.

Prosecutor vs. Brima, Kamara y Kanu. Juicio de la Cámara de apelaciones, SCSL-04-16-A, de 22 de Febrero de 2008.

Prosecutor vs. Taylor, Second Amended indictment, SCSL-03-01-I, de 29 de Mayo de 2007.

Prosecutor vs. Taylor. Decision on the urgent defence motion regarding a fatal defect in the prosecution's second amendment indictment relating to the pleading of JCE, SLSC-03-1-T, de 27 de Febrero de 2009.

Prosecutor vs. Taylor. Decision on the defence notice of appeal and submissions regarding the majority decision concerning the pleading of JCE in the second amended indictment, SCSL-03-1-A, de 1 de Mayo de 2009.

Corte Internacional de Justicia.

Asunto Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd., de 24 de Julio de 1964.

Asunto sobre Timor Oriental (Portugal contra Australia), de 30 de Junio de 1995.

Asunto sobre la aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia). Excepciones preliminares, de 11 de Julio de 1996.

Corte Penal Internacional.

Caso AbuGarda.

Pre-trial chamber I decision on the prosecution's application under article 58, ICC-02/05-02/09-1, de 7 de Mayo de 2009.

Pre-trial chamber I decision on the confirmation of charges, ICC-02/05-02/09-243-red, de 8 de Febrero de 2010.

Caso Al-Bashir.

Decision on the prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad al Bashir, ICC-02/05-1/09-3, de 4 de Abril de 2009.

Second warrant of arrest, ICC-02/05-1/09, de 12 de Julio de 2010.

Caso Bemba.

Prosecution document containing the charges, ICC-01/05-01/08-395-Anx3

Pre-trial chamber III decision on the prosecutor's application for a warrant of arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de Junio de 2008.

Pre-trial chamber II decision on the confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, de 15 de Junio de 2009.

Caso Muammar al-Gaddafi, S. al-Gaddafi, y A.AlSenussi.

Decision on the prosecutor's application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi, and Abdullah AlSenussi, ICC-01/11-12, de 27 de Junio de 2011.

Caso Gbagbo.

Warrant of arrest for Laurent Koudou Gbagbo, ICC-02/11-01/11-1, de 30 de Noviembre de 2011.

Caso Katanga & Ngudjolo.

Pre-trial chamber I decision on the three defence's request regarding the prosecution's amended charging document, ICC-01/04-01/07, de 25 de Junio de 2008.

Pre-trial chamber I decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, de 1 de Octubre de 2008.

Pre-trial chamber I decision on the applications for leave to appeal the decision on the admission of the evidence of witnesses 132 AN 287 and on the leave to appeal

on the decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07, de 24 de Octubre de 2008.

Caso Lubanga.

Decision on the prosecutor's application for a warrant of arrest, article 58, ICC-01/04-01/06-37Annex 1, de 10 de Febrero de 2006.

Judgement, ICC-01/04-01/06-2842, de 14 de Marzo de 2012.

Caso Mbarushimana.

Decision on the prosecutor's application for a warrant of arrest against Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-1, de 28 de Septiembre de 2010.

Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/10-465-RED, de 16 de Diciembre de 2011.

Separate opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi to the judgement of the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-trial Chamber I of 16th December 2011, entitled "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/10-514, de 30 de Mayo de 2012.

Caso Ruto, Kosgey y Sang.

Decision on the confirmation of charges against William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-373, de 23 de Enero de 2011.

Decision on the Prosecutor's application for summons to appeal for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-01, de 8 de Marzo de 2011.

Tribunal Especial para el Líbano.

Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, Appeals Chamber decision, STL-11-01/1, de 16 de Febrero de 2011.

Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

Judgement of the International Military for the Trial of German Major War Criminals, de 1º de Noviembre de 1946.

Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio),

Judgement of the International Military Tribunal for the Far East, de 12 de Noviembre de 1948.

Tribunal Penal Internacional para los crímenes cometidos en la exYugoslavia.

Caso Blagojevic et al.

Prosecutor vs. Blagojevic, Juicio de primera instancia, ICTY-02-60-T, de 17 de Enero de 2004.

Prosecutor vs. Blagojevic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-02-60-A, de 9 de Mayo de 2007.

Caso Blaskic.

Prosecutor vs. Blaskic, Juicio de primera instancia, ICTY-95-14-T, de 3 de Marzo de 2000.

Prosecutor vs. Blaskic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-14-A, de 29 de Julio de 2004.

Caso Brdanin.

Prosecutor vs. Brdanin, Sixth amended indictment, ICTY-99-36-T, de 9 de Diciembre de 2003.

Prosecutor vs. Brdanin, Decision on motion for acquittal pursuant to rule 98 Bis, ICTY-99-36-R77, de 19 de Marzo de 2004.

Prosecutor vs. Brdanin, Decision on interlocutory appeal, ICTY-99-36-A, de 19 de Marzo de 2004.

Prosecutor vs. Brdanin, Juicio de primera instancia, ICTY-99-36-T, de 1 de Septiembre de 2004.

Prosecutor vs. Brdanin, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-99-36-A, de 3 de Abril de 2007.

Caso Celebici.

Prosecutor vs. Celebici, Delalic, et al, Juicio de primera instancia, ICTY-96-21-T, de 16 de Noviembre de 1998.

Prosecutor vs. Celebici, Delalic, et al, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-96-21-A, de 20 de Febrero de 2001.

Caso Delic.

Prosecutor vs. Delic, Juicio de primera instancia, ICTY-04-83-T, de 15 de Septiembre de 1998.

Caso Dorjevic.

Prosecutor vs. Dorjevic, Fourth amended indictment, ICTY-05-87/1-PT, de 9 de Julio de 2008.

Prosecutor vs. Dorjevic, Juicio de primera instancia, ICTY-05-87/1-T, de 23 de Febrero de 2011.

Caso Erdemovic.

Prosecutor vs. Erdemovic, Juicio de primera instancia, ICTY-96-22-T, de 29 de Noviembre de 1996.

Prosecutor vs. Erdemovic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-96-22-A, de 7 de Octubre de 1997.

Caso Furundzija.

Prosecutor vs. Furunzija, First amended indictment, ICTY-IT-95-17/1-PT, de 2 de Junio de 1998.

Prosecutor vs. Furunzija, Juicio de primera instancia, ICTY-95-17/1-T, de 10 de Diciembre de 1998.

Prosecutor vs. Furundzija, Juicio de Segunda Instancia, ICTY-95-17/1-A, de 7 de Octubre de 1997.

Caso Galic.

Prosecutor vs. Galic, Juicio de primera instancia, ICTY-98-29-T, de 5 de Diciembre de 2003.

Prosecutor vs. Galic, Juicio de Segunda Instancia, ICTY-98-29-A, de 30 de Noviembre de 2006.

Caso Gotovina.

Prosecutor vs. Gotovina et al., Juicio de primera instancia, ICTY-06-90-T, de 15 de Abril de 2011.

Caso Halilovic.

Prosecutor vs. Halilovic, Juicio de primera instancia, ICTY-01-48-T, de 16 de Noviembre de 2005.

Prosecutor vs. Halilovic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-01-48-A, de 16 de Octubre de 2007.

Caso Jelusic.

Prosecutor vs. Jelusic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-10-A, de 5 de Julio de 2001.

Caso Karadzic.

Prosecutor vs. Karadzic, Third amended indictment, IT-95-5/18-PT, de 27 de Febrero de 2009.

Caso Kordic.

Prosecutor vs. Kordic, Amended indictment, ICTY-95-14/2, de 30 de Septiembre de 1998.

Prosecutor vs. Kordic, Juicio de primera instancia, ICTY-95-14/2-T, de 26 de Febrero de 2001.

Prosecutor vs. Kordic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-14/2-A, de 17 de Diciembre de 2004.

Caso Krajisnic.

Prosecutor vs. Krajisnic, Consolidated amended indictment, ICTY-00-39, de 7 de Marzo de 2002.

Prosecutor vs. Krajisnic, Juicio de primera instancia, ICTY-00-39-T, de 27 de Septiembre de 2006.

Prosecutor vs. Krajisnic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-00-39-A, de 17 de Marzo de 2009.

Caso Krnojelac.

Prosecutor vs. Krnojelac, Juicio de primera instancia, ICTY-97-25-T, de 15 de Marzo de 2002.

Prosecutor vs. Krnojelac, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-25-A, de 17 de Septiembre de 2003.

Caso Kristic.

Prosecutor vs. Kristic, Juicio de primera instancia, ICTY-98-33-T, de 2 de Agosto de 2001.

Prosecutor vs. Kristic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-33-A, de 19 de Abril de 2004.

Caso Kunarac.

Prosecutor vs. Kunarac, Juicio de primera instancia, ICTY-96-23-T e ICTY-96-23/1-T, de 22 de Febrero de 2001.

Prosecutor vs. Kunarac, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-96-23/1-A, de 12 de Junio de 2002.

Caso Kupreskic.

Prosecutor vs. Kupreskic, Juicio de primera instancia, ICTY-95-16-T, de 14 de Enero de 2000.

Prosecutor vs. Kupreskic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-16-A, de 23 de Octubre de 2001.

Caso Kvocka.

Prosecutor vs. Kvocka et al., Juicio de primera instancia, ICTY-98-30/1-T, de 2 de Noviembre de 2001.

Prosecutor vs. Kvocka et al., Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-30/1-A, de 28 de Febrero de 2005.

Caso Limaj et al.

Prosecutor vs. Limaj, Juicio de primera instancia, ICTY-03-66-T, de 30 de Noviembre de 2005.

Caso Martić.

Prosecutor vs. Martić, Amended indictment, ICTY-95-11, de 9 de Septiembre de 2003.

Prosecutor vs. Martić, Juicio de primera instancia, ICTY-95-11-T, de 12 de Junio de 2007.

Prosecutor vs. Martić, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-11-A, de 8 de Octubre de 2008.

Caso Mladić.

Prosecutor vs. Mladić, Second amended indictment, ICTY-09-92-I, de 1 de Junio de 2011.

Caso Milosevic, Slobodan.

Prosecutor vs. Milosevic, Decision on motion for judgement of acquittal, ICTY-02-54-T, de 14 de Junio de 2004.

Prosecutor vs. Milosevic, Croatia: second amended indictment, ICTY-02-54-T, de 28 de Julio de 2004.

Caso Multinovic/Ojdanic.

Prosecutor vs. Multinovic, Decision on Dragoljub Ojdanic's motion challenging jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, ICTY-99-37-AR72, de 21 de Mayo de 2003.

Prosecutor vs. Multinovic, Decision on Dragoljub Ojdanic's motion challenging jurisdiction- Joint Criminal Enterprise, separate opinion of Judge Hunt, ICTY-99-37-AR72, de 21 de Mayo de 2003.

Prosecutor vs. Multinovic, Third amended indictment, ICTY-05-87-PT, de 21 de Junio de 2006.

Prosecutor vs. Multinovic, Decision on Ojdanic's motion challenging jurisdiction: indirect co-perpetration, ICTY-05-87-PT, de 22 de Marzo de 2006.

Prosecutor vs. Multinovic, Decision on Ojdanic's motion challenging jurisdiction: indirect co-perpetration, ICTY-05-87-PT, de 22 de Marzo de 2006.

Caso Mrksic.

Prosecutor vs. Mrksic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-13/1-A, de 5 de Marzo de 2009.

Caso Oric.

Prosecutor vs. Oric, Juicio de primera instancia, ICTY-03-68-T, de 30 de Junio de 2006.

Prosecutor vs. Oric, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-03-68-A, de 3 de Julio de 2008.

Prosecutor vs. Oric, Declaration on Judge Shahabudeen to the judgement of the Appeals Chamber, ICTY-03-68-A, de 3 de Julio de 2008.

Caso Popovic.

Prosecutor vs. Popovic et al., Juicio de primera instancia, ICTY-05-88-T, de 10 de Junio de 2010.

Caso Simic et al.

Prosecutor vs. Simic et al., Juicio de primera instancia, ICTY-95-9-T, de 17 de Octubre de 2003.

Prosecutor vs. Simic et al., Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-95-9-A, de 28 de Noviembre de 2006.

Caso Stakic.

Prosecutor vs. Stakic, First amended indictment, ICTY-97-24-I, de 23 de Junio de 1998.

Prosecutor vs. Stakic, Fourth amended indictment, ICTY-97-24-PT, de 10 de Abril de 2002.

Prosecutor vs. Stakic, Decision on the defence rule 98 bis motion for judgement acquittal, ICTY-97-24-T, de 31 de Octubre de 2002.

Prosecutor vs. Stakic, Juicio de primera instancia, ICTY 97-24-T, de 31 de Julio de 2003.

Prosecutor vs. Stakic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-97-24-A, de 22 de Marzo de 2006.

Caso Tadic.

Prosecutor vs. Tadic, Appeals Chamber decision on the defence motion for interlocutory appeal jurisdiction, ICTY-94-1-A, de 2 de Octubre de 1995.

Prosecutor vs. Tadic, Second amended indictment, ICTY-94-1-IT, de 14 de Diciembre de 1995.

Prosecutor vs. Tadic, Juicio de primera instancia, ICTY-94-1-T, de 7 de Mayo de 1997.

Prosecutor vs. Tadic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-94-1-A, de 15 de Julio de 1999.

Caso Vasiljevic.

Prosecutor vs. Vasiljevic, Amended indictment, ICTY-IT-98-32-PT, de 21 de Julio de 2001.

Prosecutor vs. Vasiljevic, Juicio de la primer instancia, ICTY-98-32-T, de 29 de Noviembre de 2002.

Prosecutor vs. Vasiljevic, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTY-98-32-A, de 25 de Febrero de 2004.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Caso Akayesu.

Prosecutor vs. Akayesu, Juicio de primera instancia, ICTR-96-4-T, de 2 de Septiembre de 1998.

Prosecutor vs. Akayesu, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-96-4-A, de 2 de Junio de 2001.

Caso Bagilishema.

Prosecutor vs. Bagilishema, Juicio de primera instancia, ICTR-95-01A-T, de 7 de Junio de 2001.

Prosecutor vs. Bagilishema, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-95-1A-A, de 3 de Julio de 2002.

Caso Gatete.

Prosecutor vs. Gatete, Juicio de primera instancia, ICTR-00-61-T, de 31 de Marzo de 2011.

Caso Kajelijeli.

Prosecutor vs. Kajelijeli, Juicio de primera instancia, ICTR-98-44A-T, de 1 de Diciembre de 2003.

Prosecutor vs. Kajelijeli, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-98-44A-A, de 23 de Mayo de 2005.

Caso Kambanda.

Prosecutor vs. Kambanda, Juicio de primera instancia, ICTR-97-23-T, de 4 de Septiembre de 1998.

Prosecutor vs. Kambanda, juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-97-23-A, de 19 de Octubre de 2000.

Caso Karemera.

Prosecutor vs. Karemera, Appeals Chamber decision on jurisdictional appeals: Joint Criminal Enterprise, ICTR-98-44-AR72.5, de 12 de Abril de 2006.

Caso Kayishema.

Prosecutor vs. Kayishema, Juicio de primera instancia, ICTR-95-1-T, de 21 de Mayo de 1999.

Prosecutor vs. Kayishema, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-95-1-A, de 1 de Junio de 2001.

Caso Mpambara.

Prosecutor vs. Mpambara, Juicio de primera instancia, ICTR-01-65-T, de 11 de Septiembre de 2006.

Caso Musema.

Prosecutor vs. Musema, Juicio de primera instancia, ICTR-96-13-T, de 27 de Enero de 2000.

Prosecutor vs. Musema, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-96-13-A, de 12 de Noviembre de 2001.

Caso Nahimana.

Prosecutor vs. Nahimana, Juicio de primera instancia, ICTR-99-52-T, de 28 de Noviembre de 2007.

Prosecutor vs. Nahimana, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-99-52-A, de 28 de Noviembre de 2007.

Caso Rukundo.

Prosecutor vs. Rukundo, Juicio de primera instancia, ICTR-2001-70-T, de 27 de Febrero de 2009.

Prosecutor vs. Rukundo, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-2001-70-A, de 20 de Octubre de 2010.

Caso Rwamakuba.

Prosecutor vs. Rwamakuba, Appeals Chamber decision on validity of appeal of Andre Rwamakuba against decision regarding application of Joint Criminal Enterprise to the crime of genocide pursuant to rule 72 € of the rules of procedure and evidence, ICTR-98-44-AR72.4, de 23 de Julio de 2004.

Prosecutor vs. Rwamakuba, Appeals Chamber decision on interlocutory appeal regarding application of Joint Criminal Enterprise to the crime of genocide, ICTR-98-44-AR72.4, de 22 de Octubre de 2004.

Prosecutor vs. Rwamakuba; Juicio de primera instancia, ICTR-98-44-T, de 20 de Septiembre de 2006.

Caso Simba.

Prosecutor vs. Simba, Juicio de primera instancia, ICTR-01-76-T, de 13 de Diciembre de 2005.

Prosecutor vs. Simba, Juicio de la Cámara de Apelaciones, ICTR-01-76-A, de 27 de Noviembre de 2007.

