

El caso Eichmann *

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Göttingen

«Un momentito, señor», dijo el agente del Mossad, Peter Malkin, casi disculpándose, para llamar la atención de quien caminaba de forma sincronizada y se iba perdiendo en las sombras de un pequeño pueblo en la provincia de Buenos Aires a mediados del año 1960 (1). Esas fueron las simples pero muy simbólicas palabras que accionaron una cadena de eventos que cambiaron irrevocablemente el escenario del derecho penal internacional. Tras algunas consideraciones sobre el trasfondo histórico del caso Eichmann, el capítulo analizará las cuestiones jurídicas más importantes del juicio.

I. TRASFONDO HISTÓRICO: DESDE BERLÍN Y BUENOS AIRES HASTA JERUSALÉN

Otto Adolf Eichmann era un miembro de las *Schutzstaffel* («SS»), del *Sicherheitsdienst* («SD») y de la Gestapo, todas ellas agrupaciones que fueron declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Más importante es el hecho de que, en la burocracia nazi de destrucción, él era el jefe de la sección IV B 4 de la *Reichssicherheitshauptamt*, una oficina que era el resultado de la fusión del servicio secreto del partido nazi y de la policía de seguridad del estado Nazi (*Gestapo*). En esta función, Eichmann organizó y coordinó las

* Versión original publicada en W. S. Schabas (ed.), «The Cambridge Companion to International Criminal Law», CUP 2016. Traducción del inglés a cargo de Leandro A. Dias, revisada por el autor.

(1) N. BASCOMB, *Hunting Eichmann*, Boston: Mariner Books, 2009, p. 226.

deportaciones de los judíos a los campos de concentración. El Tribunal Distrital de Jerusalén que sentenció a Eichmann a muerte el 12 de diciembre de 1961 (2) sintetizó su rol de la siguiente manera:

Hallamos que en la RSHA (*Reichssicherheitshauptamt*), la autoridad central que se ocupaba de la «Solución Final» del problema judío, el acusado estaba en la cúspide de aquellos que se encargaban de llevar a cabo la «Solución Final». En el cumplimiento de esa tarea, el acusado actuó de conformidad con las directivas generales de sus superiores, pero de todos modos mantenía poderes *discrecionales amplios* para el planeamiento de operaciones de su propia iniciativa. Él *no era una marioneta* en manos de otros; su lugar estaba entre aquellos que tiraban de las cuerdas. Debe añadirse [...] que la actividad del acusado era *más vigorosa* en el propio Reich y en otros países desde los cuales los judíos fueron despachados hacia Europa del Este; pero también se distribuyó ampliamente por distintas partes de Europa del Este (3).

Al igual que muchos criminales de guerra nazi, Eichman logró escapar del enjuiciamiento inmediato de posguerra. A comienzos de 1946, Eichmann, utilizando los alias de Otto Heninger y Otto Eckmann, escapó del cautiverio de guerra americano y se ocultó en un pequeño poblado en el Brezal de Lunenburgo, un área en el norte de Alemania (4). Allí vivió una vida modesta y aparentemente disfrutó de aprecio generalizado (5). Para convertir su dinero de «Marco estatal» al «Marco alemán», la nueva moneda de posguerra —era demasiado cauteloso como para acudir a las autoridades oficiales de la ocupación— Eichmann compró una granja de gallinas y vendía los huevos, obteniendo una buena ganancia (6). A medida que la vida en Alemania se volvía cada vez más riesgosa para quienes estaban sospechados de crímenes de guerra, Eichmann huyó a Génova desde Austria. Apoyado por contrabandistas, seguidores nazis, simpatizantes y miembros de la Iglesia Católica, utilizó una consolidada ruta de escape

(2) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén). La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 29 de mayo de 1962: *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel).

(3) *Ibid.*, párr. 180 (énfasis agregado).

(4) D. CESARANI, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, p. 204.

(5) B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem: Das unbehelligte Leben eines Massenmörders*, Zürich and Hamburg: Arche, 2011, pp. 107-108.

(6) D. CESARANI, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, p. 204.

para criminales de guerra, conocida como la «línea de rata» (7), y obtuvo nuevos documentos de identidad y una visa para Argentina (8).

El 14 de julio de 1950, Eichmann llegó al puerto de Buenos Aires con el nombre de Ricardo Klement y fue rápidamente integrado en una comunidad de exiliados alemanes, compuesta por muchos antiguos nazis, que lo ayudaron a encontrar distintos alojamientos y oficios en los años posteriores. Más importante era el hecho de que en el grupo de sus antiguos camaradas él podía mostrar su verdadera identidad y sus convicciones nuevamente, tal como fue documentado de modo infame a través de una serie de entrevistas que el periodista holandés Willem Sassen realizó con él durante varios meses en 1957 (9). Aparentemente, Eichmann se sentía bastante seguro. Esto podría también explicar por qué no pensó seriamente en cambiar los apellidos de su esposa y tres de sus hijos cuando llegaron a la Argentina en 1952. La esposa de Eichmann se llamaba Vera Liebl de Eichmann y sus hijos Klaus (también conocido como «Nicolás»), Dieter («Tito»), Horst y Ricardo (nacido en Argentina dos años después) (10).

Sin embargo, la nueva vida de Eichmann no duró demasiado. El servicio secreto israelí, *Mossad*, lo capturó frente a su casa en Buenos Aires el 11 de mayo de 1960 (11). Luego fue llevado a una casa segura, donde fue examinado e interrogado exhaustivamente (12). En el día de su salida de Argentina, Eichmann fue drogado fuertemente y

(7) *Ibid.*, p. 205. No hay evidencia seria que indique que este tipo de escape haya sido organizado por antiguos oficiales nazis. Por el contrario, recientes investigaciones sugieren que fue organizada por la Santa Sede, originalmente para ayudar al movimiento ultra-católico de Ante Pavelić y sus «Ustashas» croatas en la tarea de conseguir un refugio seguro en la Argentina de Juan Domingo Perón. Véase I. MONTES de OCA, *Ustashas: El ejército Nazi de Perón y el Vaticano*, Buenos Aires: Sudamericana, 2013, Chap. 4; O. BLASCHKE, *Die Kirchen und der Nationalsozialismus*, Stuttgart: Reclam, 2014, pp. 235-240.

(8) Con respecto a este tema y a los siguientes, véase: B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem: Das unbehelligte Leben eines Massenmörders*, Zürich and Hamburg: Arche, 2011, pp. 130-133, 145-146, 163. Durante un tiempo se pensó que Eichmann primero viajó por el Oriente Próximo y por el Oriente Medio antes de llegar a la Argentina (por ejemplo, I. de KONING, *A Study of Adolf Eichmann: Adolf Hitler's Expert in Jewish affairs* (Newton Mass. 1964) 28) pero esto terminó siendo una cortina de humo, cf. B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem*, pp. 135-143.

(9) B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem: Das unbehelligte Leben eines Massenmörders*, Zürich and Hamburg: Arche, 2011, pp. 245, 398-9.

(10) N. BASCOMB, *Hunting Eichmann*, Boston: Mariner Books, 2009, p. 80.

(11) P. A. PAPADATOS, *The Eichmann Trial*, London: Stevens & Sons, 1964, p. 53; D. STAHL, *Nazi-Jagd: Südamerikas Diktaturen und die Ahndung von NS-Verbrechen*, Göttingen: Wallstein, 2013, p. 121.

(12) D. CESARANI, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, p. 231.

llevado a Israel en un avión de la aerolínea estatal El Al, aterrizando allí el 22 de mayo (13). El juicio ante el Tribunal Distrital de Jerusalén comenzó el 11 de abril de 1961 (14).

La operación que dio lugar a la captura de Eichmann fue mucho menos profesional que su secuestro. De hecho, Fritz Bauer, un judío alemán, perseguido primero por los nazis y luego uno de los más decididos fiscales como Fiscal General del distrito de Braunschweig (Baja Sajonia) y después del estado alemán de Hessen, demostró ser el informante clave del Mossad en la localización de Eichmann (15). Él inicialmente recibió la información de un hombre llamado Lothar Hermann, un judío alemán exiliado en Argentina. Hermann, torturado por la Gestapo, prisionero en Dachau y luego exiliado en Argentina, sospechaba que el novio de su hija, llamado Nicolás Eichmann, podía tener algún tipo de relación familiar con el fugitivo. Cuando finalmente descubrió que «Klaus» Eichmann solía vivir junto con su madre, sus hermanos y su «tío» Ricardo Klement en Buenos Aires, se lo informó a Bauer (16). Este último tuvo entonces que utilizar todas las maniobras posibles para vencer la amplia red de apoyo germano-argentina de la cual Eichmann y otros nazis se habían beneficiado (17).

II. *OUTSIDERS VS. INSIDERS*

El caso Eichmann no es importante solamente por el derecho aplicado y la figura histórica de Eichmann, sino también porque implicó un enfrentamiento entre los agentes jurídicos, los «insiders» –esto es, el fiscal, el juez y la defensa– y los observadores externos, los «outsiders» –por ejemplo, historiadores, filósofos, antropólogos y personas con conocimientos similares en humanidades–. Hannah Arendt ha sido quizá la figura más famosa dentro de estos observadores externos. En una entrevista reciente, Gabriel Bach el fiscal adjunto israelí en el jui-

(13) *Ibid.*, p. 234.

(14) P. A. PAPADATOS, *The Eichmann Trial*, London: Stevens & Sons, 1964, p. 1.

(15) R. STEINKE, *Fritz Bauer oder Ausschwitz vor Gericht*, Munich and Zurich: Piper, 2013, pp. 13 y ss.

(16) N. BASCOMB, *Hunting Eichmann*, Boston: Mariner Books, 2009, pp. 73-80.

(17) Hay muchas cosas increíbles que merecen ser mencionadas aquí, como la siguiente: El servicio secreto alemán, BND, controlado sin inconvenientes por antiguos nazis, ya sabía en 1952 de la verdadera identidad de Eichmann y de su residencia en Buenos Aires, pero hizo lo posible por ayudarlo a él y a otros nazis a esconderse en lugar de ayudar a las autoridades encargadas de juzgarlos en su tarea de atraparlos (R. STEINKE, *Fritz Bauer oder Ausschwitz vor Gericht*, Munich and Zurich: Piper, 2013, p. 18).

cio dijo lo siguiente respecto de la perspectiva de Arendt, por supuesto diferente a la suya como un «insider»:

No sabía nada sobre Hannah Arendt antes de su llegada. Ella llegó unos días antes del juicio y me habían dicho en ese momento que una filósofa de Norteamérica, Hannah Arendt, había llegado y deseaba escribir una crítica del caso –antes incluso de su inicio. Algo me sonaba un poco extraño y di a conocer que estaba disponible para reunirme con ella a los fines de discutir las cuestiones que había planteado. Dos días después recibí una respuesta diciendo que ella no estaba disponible para hablar con nadie de la Oficina del Fiscal. Esto me sorprendió una vez más– lo que quiero decir es que ella no tenía que aceptar lo que nosotros estábamos diciendo, pero no estar disponible para hablar con nadie de la Oficina del Fiscal era un poco extraño. Aun así di instrucciones no solo para que se le permita presenciar el juicio diariamente, sino para que también se le permita consultar todos los documentos, tanto de la defensa como de la fiscalía, a los fines de que pudiese adquirir una nueva percepción respecto de los interrogantes que pudiese llegar tener.

Y luego escribió ese libro... [Ella] no solo expresó algunas ideas extrañas, sino que realmente reprodujo muchos de los documentos citados de una forma totalmente distorsionada... Entre otras cosas, ella escribió, por ejemplo, que retratamos a Eichmann de un modo tan oscuro que realmente minimizamos la culpabilidad de Hitler y Himmler. Ella escribió eso en su libro. Esto también es, naturalmente, ridículo. Por supuesto que Hitler y Himmler aportaron la idea. Eichmann fue responsable de llevarla a cabo. Pero el hecho de que él era un seguidor acérrimo y que, por esa misma razón, permaneció como jefe del departamento de asuntos judíos durante todo el tiempo, no disminuye la culpabilidad de quienes habían tomado previamente las decisiones clave.

Todo esto es muy, muy extraño y difícil de aceptar... Es absolutamente incorrecto manifestar que él estaba solamente cumpliendo órdenes de una forma, de cierto modo, banal. Realmente nos encargamos de demostrar eso en el caso (18).

Pareciera, entonces, que Hannah Arendt no deseaba conocer –mucho menos comprender– la perspectiva de aquellos que llevaron adelante el juicio. De acuerdo con estos últimos, representados por Bach, Hannah Arendt elaboró una explicación errónea del juicio, incluso distorsionando la «verdad» del juicio. En efecto, su explica-

(18) Los extractos son una traducción de la entrevista dada en alemán por Bach a la *Deutschland Radio Kultur*, 7 de abril de 2011, disponible en <http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1431281/> (última consulta el 8 de abril de 2015).

ción desencadenó serie de críticas (19), que incluían ataques personales que cuestionaban su integridad como judía, en especial porque ella criticó, aunque solo en una porción pequeña de su libro, el rol de los Consejos Judíos (*Judenräte*) que habían sido establecidos por los nazis para administrar y controlar mejor a las comunidades judías en los territorios ocupados y en los campos de concentración.

Obviamente que la perspectiva jurídica y la consiguiente crítica de la perspectiva no-jurídica de Arendt representa solo la mitad de la verdad. De hecho, la perspectiva estrictamente jurídica no era de interés para Hannah Arendt. Ella estaba preocupada por entender el fenómeno de Eichmann como la «banalidad del mal», esto es, como un representante del sistema nazi que solo podía existir y funcionar porque había muchas personas igualmente banales, tan mediocres como el propio Eichmann, que conformaban el funcionamiento del sistema o que incluso fueron convertidos en engranajes indispensables en la máquina de destrucción nazi (20). Claramente, la crítica de Hannah Arendt generó mucha preocupación entre los fiscales, pero es importante resaltar las diferencias de perspectiva. De nuevo, su perspectiva era externa al caso y, además, no se centraba en sus cuestiones técnicas, de derecho penal, sino en los –más importantes desde su perspectiva– aspectos sociológicos, psicológicos, filosóficos y antropológicos. Ambas perspectivas son legítimas y cumplen importantes, aunque diferentes, funciones. Ellas reflejan la tensión entre la visión interdisciplinaria externa, normalmente adoptada por una comisión (interdisciplinaria) de la verdad, y la visión jurídica interna de un tribunal penal, que solamente busca determinar si el imputado es culpable, o no (21). A su vez, Arendt coincidió con el veredicto final (incluso con la pena de muerte) y no quería, de ninguna manera, escribir una defensa de Eichmann. Su punto era simplemente que la dicotomía de bien versus mal se quedaba corta en la explicación de la maquinaria de exterminación nazi. Por el contrario, el mal es más banal, consiste en la incapacidad de pensar y, por lo tanto, de juzgar,

(19) Véase, por ejemplo, J. ROBINSON, *And the Crooked Shall be Made Straight: The Eichmann Trial, the Jewish Catastrophe and Hannah Arendt's Narrative*, New York: Macmillan, 1965.

(20) Para una defensa de Arendt y un análisis de la expresión «banalidad del mal», véase D. LUBAN, «Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law», (2011) 11 *International Criminal Law Review* 621 y ss., quien manifiesta que la crítica de Arendt «plantea interrogantes que todavía son relevantes hoy en día».

(21) Véase también R. BIRN, «Criminals as manipulative witnesses: A case study of SS General von dem Bach-Zelewski», (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 444, p. 474, quien alude a las «tensiones inherentes entre las narrativas históricas y las exigencias jurídicas».

como el centro de la acción moral (22). Es la incapacidad reflexionar sobre la propia conducta que en última instancia da lugar a una mera obediencia ciega en la ejecución de actos inhumanos. Después de todo, Arendt quería denunciar «la ilimitada maldad de hombres ordinarios», tales como eran representados por Adolf Eichmann (23).

De modo interesante, el por entonces recientemente fundado Estado de Israel, demostró gran independencia en el caso Eichmann, garantizando, de esta forma, que Eichmann tuviese un juicio justo. Existe un amplio consenso sobre este punto en la literatura jurídica sobre el tema, particularmente en la literatura inglesa y alemana (24). Incluso se le permitió a Eichmann seleccionar cualquier abogado (alemán) que quisiese, nazi o no (25). El mismo fiscal Bach recordó que, en su primer encuentro con Eichmann, le informó de su derecho a guardar silencio y de su derecho a contar con un abogado (26). Esto no puede ser sobreestimado debido al hecho de que en estos de enjuiciamientos por atrocidades masivas, con frecuencia perpetradas por un antiguo régimen derrotado, existe siempre el peligro de que se prive a los imputados de sus derechos más básicos.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE ISRAEL-ANÁLISIS JURÍDICO

La acusación afirmaba, en 15 cargos, que Eichmann era culpable de crímenes contra el pueblo judío, crímenes de lesa humanidad y membresía en una organización «hostil» (27). La mayor parte de los hechos alegados no fueron controvertidos, mientras que la jurisdic-

(22) M. NOGUEIRA de BRITO, «When Thinking is Acting: The Concept of the Banality of Evil as a Key to Hannah Arendt's Political Thought», en K. Ambos, L. P. Coutinho, M. F. Palma y P. de Sousa Mendes, eds., *Eichmann in Jerusalem - 50 Years After*, Berlin: Duncker and Humblot, 2012, pp. 89-103, p. 93; P. de Sousa Mendes, «Judging Eichmann to Render Justice», en *ibid.*, pp. 107-121, p. 120.

(23) A. ARÁUJO, «Hannah Arendt, Adolf Eichmann: of Radical Evil and its Banality», en *ibid.*, pp. 71-77, at p. 77.

(24) Véanse las referencias en K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2nd edn. (Berlin: Dunchker & Humblot 2004) nota al pie de página 110.

(25) Eichmann fue defendido por el Dr. Robert Servatius (cf. T. Taylor, *Die Nürnberger Prozesse*, 2nd edn. (München: Heyne, 1996), p. 496; C. Große, *Der Eichmann-Prozess zwischen Politik und Recht* (Frankfurt/M: Lange 1995), p. 22.

(26) En la versión oral completa de la entrevista, *Deutschland Radio Kultur*, 7 de abril de 2011, que no se encuentra reproducida en el sitio web citado previamente.

(27) *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5 (District Court, Jerusalem), párrs. 181-215.

ción del Tribunal y la responsabilidad penal individual de Eichmann fueron objetadas a partir de varios fundamentos. En cambio, los requisitos concretos de su responsabilidad recibieron menos atención.

1. La responsabilidad individual de Eichmann

El Tribunal de Jerusalén no consideró suficiente el hecho de que Eichmann había pertenecido a organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional, esto es, rechazó responsabilidad penal por la mera *pertenencia* a una organización criminal. A pesar de la posición prominente de Eichmann, el Tribunal consideró que era necesario que él hubiese realizado conductas activas con vistas a la comisión de crímenes: «La Fiscalía tenía que probar que la pertenencia del Acusado a estas organizaciones –y su pertenencia no está en tela de juicio– y además que el Acusado *participó en la comisión de crímenes*, como un miembro de estas organizaciones –y *esto ha sido acreditado*–» (28). Con esta declaración el Tribunal asumió un enfoque mucho más restrictivo que el del derecho penal de la mayor parte de las democracias occidentales, que criminaliza la mera pertenencia a organizaciones criminales o terroristas (29). Interesantemente, el derecho israelí actual también criminaliza ampliamente la pertenencia a partir de cuatro delitos con expresiones, cargas de la prueba y sanciones diversas (30).

(28) *Ibid.*, párr. 215.

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

(30) Los delitos están establecidos en las secciones 58 y 85 de *Las Regulaciones (de Emergencia) sobre Defensa 1959*, sección 3 de la *Ordenanza de Prevención del Terrorismo N.º 3 de 5708-1949*, y la sección 147 del Código Penal israelí de 1977. El Tribunal Militar de Apelaciones israelí interpretó «pertenencia» como un término que incluye pertenencia pasivo-nominal (Apelación n.º 7\68, *Baransi v. The Military Prosecutor*, Collection [of the Military Court of Appeal] 2, 62, en 67 [1968]). Además determinó que la mera intención de formar parte de una organización ilegal es suficiente para una condena (Apelación n.º 8\70, *Baransi v. The Military Prosecutor*, Collection 3, 7, en 30 [1970]). Recientemente la Corte Suprema de Israel ha interpretado el término «pertenencia a una organización terrorista» en el contexto de un arresto preventivo de «combatientes ilegítimos». El Tribunal realizó cierto esfuerzo para restringir el alcance de este término, señalando que: «... es insuficiente demostrar una conexión tenue con la organización terrorista con el fin de poder realizar una inclusión dentro del ciclo de las hostilidades en el sentido amplio de este concepto» (CrimA 6659/06, *A. v. The State of Israel*, 11 June 2008, párr. 21 de la sentencia del juez Beinisch).

El segundo aspecto sustantivo se refiere al problema de la conspiración (*conspiracy*). Debido a la fuerte influencia del *common law* inglés en el derecho penal israelí (31) –solamente después del juicio contra Eichmann los conceptos propios del derecho penal de Europa continental adquirieron una cierta importancia (32)– no resulta demasiado sorprendente que el fiscal haya acusado a Eichmann de conspirar. Sin embargo, el Tribunal rechazó este concepto y, en cambio, demandó algo «más que el mero consentimiento» en la comisión de crímenes: «No consideramos que una persona que consiente la comisión de un hecho o de hechos punibles (y esta es la esencia de la conspiración), se convierte *ipso facto* en imputable, sin una base adicional de responsabilidad como autor de todos esos actos... Esa responsabilidad demanda... algo más que el mero consentimiento, como por ejemplo solicitar, ayudar, instigar, e incluso en casos extremos de un propósito común... al menos la presencia del Acusado en la comisión del crimen» (33).

En consecuencia, la clase de imputación realmente utilizada por el Tribunal para condenar a Eichmann fue la responsabilidad individual propiamente dicha, esto es, la autoría de Eichmann o su participación (secundaria) en hechos punibles. Para empezar, tenemos aquí un problema lingüístico. En tanto la sentencia fue escrita originalmente en el lenguaje oficial del Estado de Israel, hebreo, y en tanto muy poca gente puede leer hebreo, la gran mayoría de los analistas han recurrido a la versión en inglés, o a otra versión traducida (34). Esto puede ayudar a explicar la confusión terminológica de esta parte de la sentencia con respecto al modo de imputación (forma de autoría o participación secundaria). El Tribunal utiliza palabras diferentes, que son inconsistentes y contradictorias: por un lado, dice que Eichmann es un cóm-

(31) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 189: «... de conformidad con las reglas del Common Law inglés, de las cuales derivan».

(32) Esto se debió principalmente a Sheneor Zalman Feller, un judío de origen rumano, abogado litigante y profesor en Bucarest, quien inmigró hacia Israel en 1964 y se convirtió en un profesor de tiempo completo en la Hebrew University en 1967. Él importó algunas ideas desde el derecho rumano y soviético (él además había trabajado como fiscal en la Unión Soviética), y fue el director de doctorado de Mordechai Kremnitzer y de Miriam Gur Arye, quienes luego se convertirían en profesores en la Hebrew University y serían muy influyentes en algunas reformas legales (estoy en deuda con la Prof. Miriam Gur Arye por haber compartido esta información conmigo).

(33) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 188.

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

plice (35). Aquí, podríamos tender a pensar en el concepto de «cómplice» que existe en Europa continental. Sin embargo, en el *common law* y en el derecho inglés, «complicidad» puede implicar más que la mera asistencia o cooperación en el delito del autor, como normalmente se entiende en la mayor parte de los sistemas de *civil law* (36). El término cómplice puede también ser entendido en el mismo sentido que un coautor, es decir, la persona que actúa «con otro» (Estatuto de Roma, artículo 25(3)(a)), o el colaborador necesario español (37).

La sentencia también habla del interviniente principal (*principal offender*) (38), en la terminología clásica del *common law* «interviniente principal de primer grado» (*principal of first degree*), que en los sistemas de *civil law* sería el autor directo o material que comete el delito, en el sentido más estrecho de una teoría formal-objetiva de autoría de propia mano. Sin embargo, el *common law* solamente utiliza el término «principal» para distinguirlo del «participante secundario», esto es, la persona que juega un rol menos importante en la ejecución del crimen. Aquí queda claro que el Tribunal del Distrito no

(35) *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 194: «... todo aquel que actuó en el exterminio de judíos, sabiendo el plan para la Solución Final y su puesta en marcha, debe ser considerado como cómplice en la aniquilación de los millones que fueron exterminados...»

(36) Mientras que Andrew ASHWORTH y Jeremy HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 419 y ss., parecen entender a la complicidad en el sentido de complicidad u otras formas de participación secundaria («interviniente principal es una persona cuyos actos se subsumen en las definiciones legales del crimen, mientras que un cómplice es cualquiera que ayuda, instiga, aconseja o le procura algo a un autor... Dos personas pueden ser coautores, siempre y cuando en conjunto satisfagan la definición del delito sustantivo y cada uno, por ejemplo, haya infligido lesiones en la víctima con el grado de responsabilidad requerido»). David ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 190-191, no hace una distinción tan clara («La distinción entre un interviniente principal conjunto y un coautor o un instigador es a veces una distinción fina... [el] test sería el siguiente: ¿contribuyó D2, con su propio acto, a la causación del *actus reus*? Si lo hizo, él es un interviniente principal»).

(37) De acuerdo con el artículo 28(2) del Código Penal Español «[L]os que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado» también calificarían como autores.

(38) *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 194: «Su responsabilidad es la de un “autor principal” que perpetró el crimen en su totalidad en colaboración con otros». En este apartado el Tribunal compara este tipo de responsabilidad con aquella de dos personas que colaboran en la falsificación de un documento (*ibid.*: «Dos personas podrían colaborar en la falsificación de un documento, cada una de ellas falsificando solamente una parte del documento»).

adoptó el modelo dualista de participación («*Differenzierungsmodell*»), el cual distingue entre diferentes formas de participación ya al nivel de atribución de responsabilidad (39) sino que optó por el sistema unitario de autoría («*Einheitstätermodell*») (40), que considera a cualquier contribución causal en resultado delictual como una «autoría» o «comisión» (41).

El problema de la correcta y más precisa forma de responsabilidad es particularmente relevante en nuestro contexto desde que el académico alemán Claus Roxin desarrolló la teoría del control sobre el (o dominio del) hecho («*Tatherrschaft*») por medio de una estructura organizada de poder («*Organisationsherrschaft*») alrededor del mismo momento en que el juicio contra Eichmann tuvo lugar (en los 60's), tomando los hechos del caso como un ejemplo. Sin embargo, el Tribunal de Jerusalén no utilizó esta teoría. De hecho, nunca podría haber sabido de su existencia en tanto el innovador trabajo de Roxin fue publicado recién después del juicio (en 1963) (42). En cambio, la responsabilidad de Eichmann fue determinada en relación con su participación en la «Solución Final», esto es, cualquier tipo de participación, sin importar su forma concreta (tanto una forma de autoría como una forma de participación secundaria), fue considerada suficiente. De

(39) Como lo hace, al menos en un sentido terminológico, el artículo 25(3) del Estatuto de Roma, al distinguir entre modos de autoría (directa, junto con otro o a través de otra persona) y modos de participación secundaria (instigación y asistencia). Sobre los diferentes modos de participación en el art. 25(3) del Estatuto de Roma, véase K. AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 144 y ss.

(40) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 197: «[D]eseamos enfatizar que, de todos modos, se considera que el Acusado ha cometido el crimen en sí mismo... sin importar si cometió el acto para facilitar o para ayudar a otro en la realización del exterminio... o si aconsejó o le solicitó a otros el exterminio...».

(41) Respecto de los diferentes tipos de sistema unitario, véase T. ROTSCHE, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, pp. 131 y ss. y *passim*.

(42) ROXIN publicó su artículo clave sobre «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate» en la revista jurídica alemana 110 *Goldammer's Archiv für Strafrecht* («GA») (1963) 193-207 (para una reciente traducción al inglés, véase «Crimes as Part of Organised Power Structures» (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 191). Naturalmente él ya había trabajado en el artículo con anterioridad y, por ende, el desarrollo de su teoría fue paralelo al juicio contra Eichmann que finalizó con la sentencia del 12 de diciembre de 1961. La primera edición del trabajo de ROXIN para su *Habilitation* como profesor (*Täterschaft und Tatherrschaft*), en el cual la teoría del dominio del hecho fue desarrollada con mayor amplitud, fue publicada en 1963 (8.ª ed. 2006). Para una traducción al español de la 7.ª ed., véase *Autoría y Dominio de Hecho en Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000 (trad. de J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo).

hecho, y a pesar de que una forma pura de responsabilidad colectiva u organizacional fue rechazada, el punto de referencia fue la empresa colectiva de la «Solución Final».

Esto se deriva de dos consideraciones. Por un lado, se puede inferir de varias referencias a la «Solución Final» en la sentencia: «[T]odos los actos perpetrados durante la implementación de la Solución Final del Problema Judío han de ser considerados como uno individual en su totalidad, y la responsabilidad penal del Acusado ha de ser decidida en concordancia» (43). Además,

Por lo tanto, el Acusado será condenado (si no se presenta una justificación para sus actos) por el crimen general de la «Solución Final» en todas sus formas, como un cómplice en la comisión del crimen, y su condena se extenderá a todos los múltiples actos que forman parte de ese crimen, tanto los actos en los que él participó activamente en su propio sector como los actos cometidos por sus cómplices en el crimen en otros sectores del mismo frente (44).

Por otro lado, la sentencia hace referencia al aparato organizado de poder nazi en el cual Eichmann participó a sabiendas:

Estaba por consiguiente claro desde el principio que se requería de un aparato complicado para llevar a cabo la tarea. Todo aquel a quien se integraba en el secreto de la exterminación, desde ciertos rangos en adelante, era consciente, también, de que tal aparato existía y que estaba funcionando, a pesar de que no todos ellos sabían exactamente cómo cada parte de la máquina operaba, con qué medios, a qué ritmo, y ni siquiera en qué lugar. Por lo tanto, la campaña de exterminio era un acto individual comprensivo, que no puede ser dividido en actos u operaciones llevadas a cabo por diversas personas en tiempos diversos y en lugares diferentes. Un equipo de personas lo consumaron conjuntamente en todo momento y en todos los lugares (45).

Finalmente, se lo considera responsable a Eichmann como a cualquier otra persona que participó a sabiendas en la empresa criminal nazi del Holocausto:

Pero más importante que eso: En un crimen tan enorme y complicado como que ahora estamos considerando [la Solución Final, K. A], dentro del cual muchas personas participaron a distintos niveles y con distintas actividades –los planificadores, los organizadores y

(43) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 190.

(44) *Ibid.*, párr. 195.

(45) *Ibid.*, párr. 193.

aquellos que ejecutaron los actos, de acuerdo con sus distintos rangos—, no tiene demasiado sentido utilizar conceptos ordinarios de aconsejar y solicitar la comisión de un crimen. En virtud de que estos crímenes fueron cometidos en masa, no sólo en relación con el número de víctimas, sino también en relación con el número de quienes cometieron el crimen, el grado de cercanía, o lejanía de estos criminales respecto del homicida concreto no significa nada en lo referente a la determinación de su responsabilidad. Por el contrario, en general, el grado de responsabilidad aumenta a medida de que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y llegamos a los altos rangos de mando, los «consejeros» en lenguaje de nuestro Derecho. Respecto de las víctimas que no murieron pero que fueron colocadas en condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física, es especialmente difícil de definir en términos técnicos quién instigó a quién: el que persiguió y capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o el que las forzó a trabajar allí (46).

[I]ncluso si viésemos a cada sector de la implementación de la Solución Final separadamente, no había un sector en el cual el Acusado no haya actuado de un modo u otro, con diversos grados de intensidad, por lo que el camino alternativo también nos conduciría a considerarlo culpable por todo el frente de actividades de exterminación (47).

De lo expuesto se sigue que el Tribunal básicamente consideró que los macro-crímenes como los que dieron lugar al caso deben recibir un tratamiento que tenga en cuenta su naturaleza específica. La estructura ordinaria de las formas de responsabilidad individual (que distinguen entre autoría y participación secundaria) no capturan adecuadamente esta naturaleza específica, en tanto ignoran la particular relación entre el sistema (criminalidad sistemática) y el individuo (criminalidad individual) en un contexto macro-criminal. Aunque sea claro que el derecho penal internacional debe ocuparse principalmente de la macro-criminalidad y el derecho penal interno debe, normalmente, ocuparse de la criminalidad ordinaria e individual, los límites entre el nivel sistemático y el nivel individual no siempre son claros. Mientras que el derecho penal interno, ordinario, en cualquier nivel y de cualquier forma, siempre apunta al autor individual, está claro que el derecho penal internacional no puede ignorar el trasfondo político, social, económico y cultural de los eventos criminales («el fundamento delictivo»). Por lo tanto, va mucho más allá del establecimiento de mera responsabilidad individual. También parecería claro que los

(46) *Ibid.*, párr. 197 (énfasis agregado).

(47) *Ibid.*, párr. 198.

niveles sistemáticos e individuales no son mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, se complementan el uno con el otro; un enfoque unilateral en uno u otro no tomaría en cuenta en su totalidad las complejidades de la macro-criminalidad.

Sea como fuere, a pesar de que Eichmann fue en última instancia condenado como un «interviniente principal» (*principal offender*), a partir de sus distintos actos de apoyo a y en cooperación con la Solución Final, el Tribunal se pronunció a favor de un tipo de responsabilidad colectiva u organizacional. De hecho, el razonamiento del Tribunal nos hace recordar el concepto de empresa criminal conjunta («ECC»), basado en la teoría inglesa del diseño común, que experimentó un cierto renacimiento en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas, en especial en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (48).

Retomando el concepto de dominio del hecho por medio de un aparatado organizado de poder (*Organisationsherrschaft*), todavía está vigente la pregunta –y la cuestión no fue analizada en el juicio contra Eichmann– de si una persona como Eichmann, que pertenece al nivel organizativo intermedio del régimen, puede tener un dominio del hecho en los términos de esta teoría (49). No puede negarse que solamente el nivel más alto de la organización, normalmente constituido en términos formales como el Consejo de Defensa

(48) La doctrina de la ECC fue introducida por primera vez en *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-A), Sentencia del 15 de julio de 1999, párrs. 172 y ss.; recientemente, véase, *Prosecutor v. Gotovina et al.* (IT-06-90-T), Sentencia del 15 de abril de 2011, párrs. 1950 y ss. Para un análisis y una crítica, véase Kai AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 123 y ss., 160 y ss., 172 y ss.

(49) Véase, para un análisis en mayor detalle del concepto de *Organisationsherrschaft*, K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pp. 604-5 (énfasis en el original; nota al pie de página omitida. Para una versión en español, véase, La parte general del Derecho Penal Internacional, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005 [trad. de Ezequiel Malarino]); id., «Zur “Organisation” bei der Organisationsherrschaft», en: B. Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin* (Berlin: De Gruyter 2011) pp. 837-852, pp. 847 y ss.; véase la versión en español en «Sobre la “organización” en el dominio de la organización», (2011) *Indret* 3/2011 (trad. de D. Tarapués Santino), www.indret.com (última consulta el 8 de abril 2015). Para un análisis de la aplicación de la doctrina con respecto al ex presidente peruano, Alberto Fujimori, véase K. AMBOS, «The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus» (2011) 9 *JICJ*, pp. 137-158 (para una versión en español, véase «El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado» (2011) 5 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 229-272 [trad. de D. Tarapués Santino]).

Nacional, la Junta o incluso como el mero gobierno, podría ejercer un dominio absoluto por *medio de y sobre* la estructura organizada de poder que le está subordinada. A su vez, este nivel más alto representa al Estado de un modo particular y es responsable por cualquier interferencia potencial en derechos fundamentales. Todo otro poder es meramente derivado y, por ende, su ejercicio debe serle atribuido a los líderes del Estado. Sólo el dominio de los líderes del Estado no podría ser bloqueado desde arriba, ni interferido de alguna forma. En cambio, una «interferencia» de este tipo es enteramente posible con respecto a empleados altos o medios como Eichmann: sus órdenes de transportar judíos a campos de concentración podían haber sido suspendidas o canceladas por sus superiores en cualquier momento. Además, su poder de mando sobre los ejecutores directos podía haber sido sustituido por parte de sus superiores sin dificultades, en tanto los autores directos, en última instancia, no eran responsables ante Eichmann, sino más bien ante los líderes del NS.

Se debe decir, por lo tanto, que el dominio sobre la organización solamente puede establecerse, sin ninguna duda, en relación con aquellos oficiales estatales que actúan en el trasfondo y cuyo poder de comando y órdenes no pueden ser simplemente suspendidas o canceladas, esto es, en relación con aquellos que, en ese sentido, pueden dominar y gobernar «*sin interferencias*». De acuerdo con lo que ya se ha mencionado, esto solamente ocurre con el gobierno formalmente constituido, esto es, la cúspide real de la organización, y, en casos excepcionales, también con el liderazgo real de las fuerzas de seguridad militar y policial («generales») que se encuentra fuera del gobierno civil. También podemos añadir que su capacidad de dominar la organización puede ser asumida sin más si ellos mismos son el gobierno, o forman parte de este último.

En cambio, los autores que no pertenecen a la cúspide de la organización sino, por ejemplo, a un nivel de liderazgo intermedio, tienen, en el mejor de los casos, dominio sobre la organización dentro del aparato con respecto a *sus* subordinados. Ellos, por lo tanto, no tienen el control del aparato completo, sino que, como mucho, de *parte* de este. Este dominio parcial, de todos modos, justifica que se los considere como autores mediados con respecto a la parte de los eventos que está efectivamente bajo su control. Por otro lado, el hecho de que ellos dependan de la cúspide de la organización parecería ser un argumento en contra de la posibilidad de una autoría mediata y más bien uno a favor de una *coautoría* basada en la división funcional de trabajo. De hecho, sin esa división de trabajo, la «Solución Final» nunca podría

haberse llevado a cabo. Tampoco la máquina de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, específicamente bajo las órdenes y supervisión del comandante del campo Höß, podía haber funcionado tan eficientemente.

Si uno sitúa la organización en el centro de la imputación de responsabilidad penal y si uno entiende «*Organisationsherrschaft*» como dominio sobre o por medio de la organización (completa), un dominio parcial, como ocurre en casos de aquellos que operan en un nivel medio recibiendo y realizando órdenes, no resulta suficiente para establecer «*Organisationsherrschaft*». Aquellos participantes en actividades macro-criminales con «dominio parcial», que reciben y emiten órdenes al mismo tiempo, son por lo tanto (en el mejor de los casos) coautores; su posible falta de equivalencia en relación con aquellos que reciben sus órdenes (quienes podrían ser autores directos) puede ser aceptada de mejor manera que su ausencia de dominio en relación con la cúspide de la organización, en tanto esta última impide, en última instancia, su dominio respecto de la organización (completa).

De todos modos, parecería obvio –y en esto el Tribunal de Jerusalén estaba en lo cierto– que las clases tradicionales de autoría y participación podrían no ser aplicables sin más a actos cometidos en un contexto de macro-criminalidad. En tanto esta criminalidad se caracteriza por la combinación de estructuras individuales y colectivas para atribuir culpabilidad (50) y, más allá de esto, por una organización que planifica, coordina y finalmente lleva a cabo los hechos punibles, debemos colocar a esta última en el centro de nuestra atención. El aparato organizado de poder es, como «sistema de injusticia formalmente constituido», al mismo tiempo parte de y fuerza motora detrás de la «injusticia del sistema». Por ende, se encuentra en el centro de la imputación y «colectiviza» –en el sentido del sistema dual (colectivo-individual) de imputación reconocido en derecho penal internacional («principio de imputación del acto global»)– la clásica perspectiva individual del derecho penal. La cúspide de la organización hace uso de la funcionalidad del aparato para generar la «injusticia del sistema», actúa por medio del aparato en combinación con los autores directos para lograr los objetivos supra-individuales de la organización, respecto de los cuales todos los miembros de la organización están, en última instancia, subordinados.

Por lo tanto, una nueva perspectiva del *Organisationsherrschaft* podría surgir. El quid de la cuestión a explorar en mayor detalle es el

(50) K. AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 83-86.

hecho de si esta forma de responsabilidad podría ser incluida en el sistema ordinario de modos de imputación como un tipo de autoría mediata, o si debería ser concebida como una forma de responsabilidad autónoma, independiente, de aplicación en casos de macro-criminalidad.

2. Defensas

La Defensa de Eichmann presentó una serie de posibles agravios sustantivos o procedimentales que excluirían su responsabilidad penal o impedirían un enjuiciamiento. La objeción *ex post facto o nullum crimen (sine lege praevia)* fue rechazada por el Tribunal del Distrito (51), que entendió al principio de legalidad –tal como lo había hecho el Tribunal Militar Internacional previamente– como una expresión de consideraciones generales de equidad, por lo cual la única pregunta relevante era la de si el juzgamiento de los crímenes lucía justa. Este sería un caso claro: «Es, en efecto, difícil encontrar un supuesto más convincente de *derecho retroactivo justo* que la legislación que prevé el castigo de criminales de guerra y autores de crímenes de lesa humanidad y contra el pueblo judío, y todas las razones que justifican los Juicios de Núremberg justifican *eo ipse* la legislación retroactiva del legislador de Israel» (52).

Según la visión de la Corte Suprema, el principio de no retroactividad no se había convertido siquiera en derecho internacional consuetudinario (53). En cambio, los crímenes en cuestión han estado siempre prohibidos por el derecho internacional consuetudinario, por lo que su codificación en la Ley (de Castigo) de Nazis y Colaboradores de Israel solo tenía un efecto declaratorio. De esto se sigue que el acusado debía o al menos tenía que haber sido consciente de la criminalidad de sus actos, esto es, que el principio *nullum crimen*, desde una perspectiva subjetiva, centrada en un aviso justo al acusado (*fair warning*), tampoco se habría violado.

La defensa de actuación en cumplimiento de órdenes de un superior también fue rechazada por el Tribunal del Distrito por, en lo esencial, una razón jurídica y una fáctica. En cuanto a la última, el Tribunal argumentó que Eichmann no había actuado de conformidad con una

(51) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 7-8, 19 (en especial sobre genocidio), 27.

(52) *Ibid.*, párr. 27 (énfasis agregado).

(53) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párrs. 8, 11.

obediencia ciega, sino que, mayormente, con entusiasmo y predisposición (54). En lo que se refiere a la admisibilidad jurídica de la defensa de cumplimiento de órdenes de un superior, el Tribunal señaló que esta defensa no está reconocida en derecho penal internacional respecto de órdenes «manifiestamente antijurídicas», tales como las recibidas y ejecutadas por Eichmann (55). La Corte Suprema entendió al criterio de elección moral (introducido por el Tribunal Militar Internacional) no como una defensa autónoma, sino como una expresión de los conceptos de actuación bajo «coacción» o «estado de necesidad», una defensa que se analizará a continuación (56). Además, el Tribunal distinguió la defensa de actuación en cumplimiento de órdenes de un superior de la doctrina del Acto de Estado al señalar que en el primer caso se trata de un enfoque individual, en comparación con el enfoque en el colectivo-estatal del segundo (57). Mientras que la actuación en cumplimiento de órdenes de un superior presupone imputación a una persona natural, el Acto de Estado presupone imputación a un Estado. La causa de justificación de obediencia a la orden de un superior se basa en la autoridad del superior inmediato, mientras que el efecto de un «Acto de Estado» se refiere a la autoridad suprema en el Estado. Se supone que la actuación bajo la orden de un superior implica una hipotética ausencia de actuación alternativa; en cambio, un Acto de Estado recibe su efecto vinculante a partir de la actuación dentro del ámbito de la autorización brindada. De modo más general, la Corte Suprema argumentó que la aplicación de esta doctrina presupone que los actos en cuestión son legítimos y no violan, como es el caso de los actos del régimen nazi, el derecho internacional ni constituyen crímenes internacionales. De otro modo, esos actos deben ser considerados –de conformidad con la «fórmula de Radbruch»– (58)

(54) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 216, 228, 231; *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(55) *Ibid.*, párrs. 218-220; *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(56) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(57) *Ibid.*, párr. 15.

(58) G. RADBRUCH, «Five Minutes of Legal Philosophy» [1945] (trad. B. L. Paulson y S. L. Paulson), (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 13: «El conflicto entre justicia y seguridad jurídica bien puede ser resuelto de este modo: el derecho positivo... prevalece incluso cuando su contenido es injusto y no beneficia al pueblo, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, como *derecho defectuoso*, debe ceder ante la justicia».

culos (59). De hecho, «[u]n Estado que planea e implementa una «solución final» no puede ser tratado *as par in parem*, sino sólo como una «pandilla de criminales» (60).

En cuanto a la ya mencionada defensa de coacción o estado de necesidad, el Tribunal tomó el criterio de la decisión moral como punto de partida. Más en concreto, el Tribunal requirió, objetivamente, un peligro inminente para la vida del subordinado en caso de no obedecer la orden y, subjetivamente, que haya llevado a cabo el mandato debido al deseo de salvar su vida y en la creencia de que no había otra posibilidad de lograr esto último (61). En lo que respecta a Eichmann, el Tribunal desechó este último requisito, en tanto Eichmann incluso excedió sus deberes, a partir de la demostración de sobre entusiasmo y de una gran ambición.

El agravio relativo a la posible captura ilegal de Eichmann en Argentina fue rechazado por el Tribunal porque esto sería indistinto para la jurisdicción de los tribunales israelíes (62). Si bien una captura tal podría ser –en tanto vulneración de la soberanía territorial del Estado– ilícita en derecho internacional, el derecho a un recurso o a reparaciones sólo le estaba conferido al Estado lesionado y no al individuo capturado (63). Además, Argentina e Israel habían finalmente llegado a un acuerdo el 3 de agosto de 1960 (64) y Argentina renunció a su reclamo original (65). En este contexto, el Tribunal Distrital tam-

(59) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 14; véase también Tribunal Distrital, «Case of Adolf Eichmann» párr. 28 (p. 216).

(60) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 28.

(61) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(62) Sobre la doctrina *male captus, benedententus*, relevante en este contexto, cf. C. PAULUSSEN, *Male captus benedententus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Antwerp: Intersentia, 2010.

(63) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 40-50.

(64) Véase la declaración conjunta del 3 de agosto de 1960, reimpresa en (1968) 36 ILR 6-7: «Los gobiernos de Argentina e Israel ... resuelven considerar cerrado el incidente que se deriva del accionar llevado a cabo por ciudadanos de Israel, que infringió los derechos fundamentales del Estado de Argentina».

(65) Argentina originalmente reclamó una violación a su soberanía, demandando reparaciones, castigo para los secuestradores y el retorno de Eichmann (D. Cesarani, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, pp. 235, 238; D. Stahl, *Nazi-Jagd: Südamerikas Diktaturen und die Ahndung von NS-Verbrechen*, Göttingen: Wallstein, 2013, pp. 122). Sobre esta base, el Consejo de Seguridad de la ONU emitió una resolución que condenó el accionar israelí y solicitó reparaciones adecuadas para Argentina, pero al mismo tiempo dejando abierta la forma en que debían producirse: UN Doc. S/RES/138(1960).

bién rechazó todo tipo de inmunidad (66) para Eichmann, dado que, en especial, él no era un delincuente político (67). La Corte Suprema compartió estos argumentos en lo sustancial (68).

Por último, aunque no por eso menos importante, un eventual plazo de prescripción según el derecho argentino fue también considerado irrelevante porque el derecho aplicable era el de Israel, que no proporcionaba tal limitación (69).

(66) El Tribunal no realizó ningún tipo de diferenciación adicional sobre la clase de inmunidad.

(67) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 51-52.

(68) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 13.

(69) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 53.