

35

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2015

35

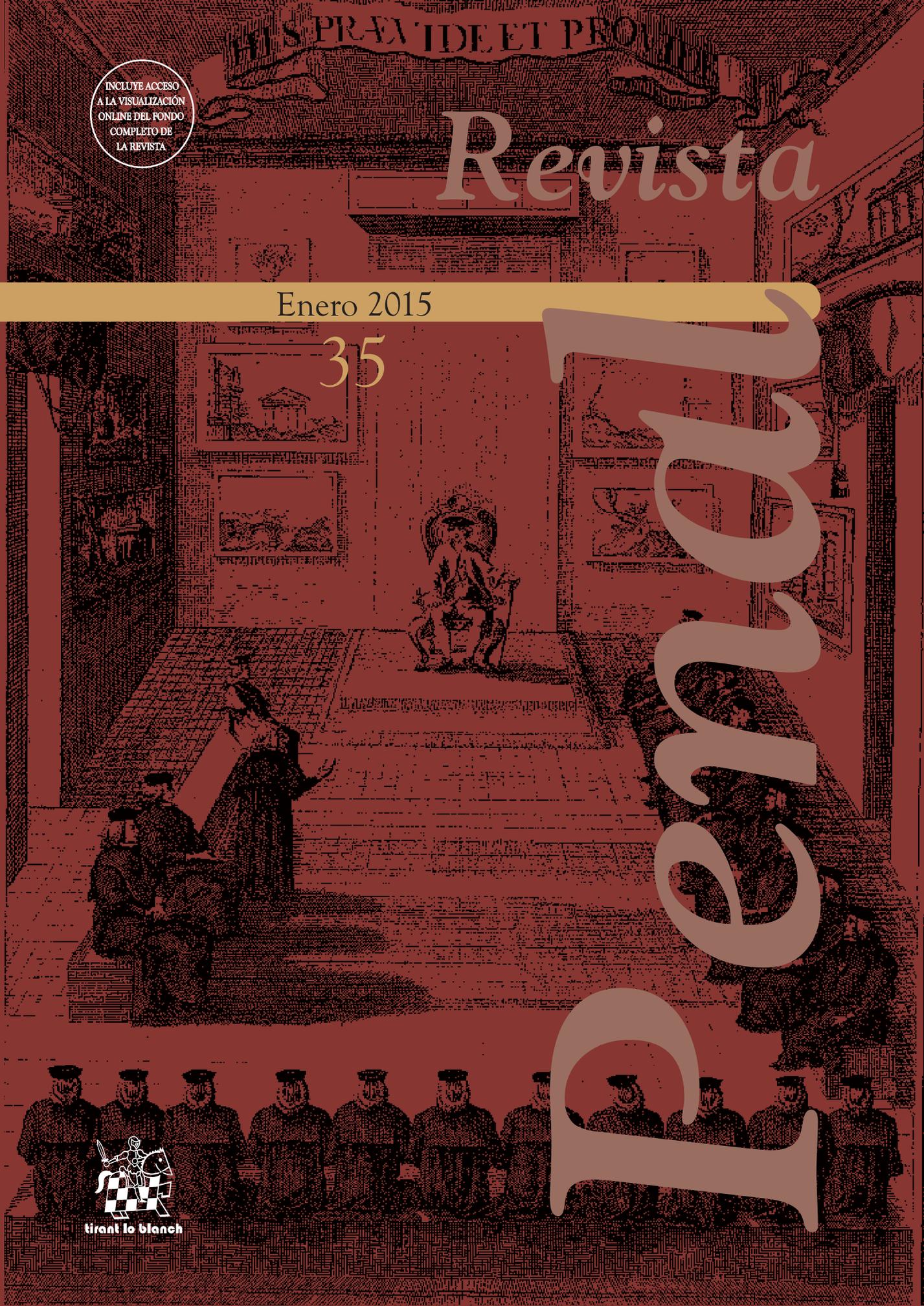
Revista Penal

Penal

Enero 2015



tirant lo blanc



Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34..... 338



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas. (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana)*

Gerhard Werle/Boris Burghardt

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Autores: Gerhard Werle y Boris Burghardt

Adscripción institucional: Universidad Humboldt- Berlín

Sumario: I. Introducción. II. La fundamentación de la punibilidad de Demjanjuk a título de complicidad. III. La sentencia contra Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia alemana sobre matanzas en campos de exterminio nacionalsocialistas. 1. La fundamentación de la punibilidad de miembros del comando de los campos exclusivamente dedicados al exterminio. 2. El fundamento de la punibilidad de miembros del personal de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek. 3. ¿Restablecimiento de lo ya conocido o *novum* jurídico? 4. Aplicabilidad del criterio del fallo a quienes sirvieron en Auschwitz y Majdanek. IV. Conclusión.

Resumen: Los autores analizan la sentencia recaída contra Iwan Nikolai Demjanjuk, que fue considerado cómplice en el exterminio masivo de personas. La comparan con los anteriores pronunciamientos de los tribunales de justicia alemanes. Proponen una revisión de la jurisprudencia que incorpora valoraciones jurídicas erróneas.

Palabras clave: Iwan Demjanjuk. Exterminio masivo de personas. Complicidad.

Abstract: The authors analyze the sentence issued against Iwan Nikolai Demjanjuk, who was considered an accomplice in the mass extermination of people. They compare it with previous pronouncements of the German courts. They propose a review of the jurisprudence that incorporates erroneous legal valuations.

Keywords: Iwan Demjanjuk. Mass extermination of people. Accomplice.

Rec. 10-09-2014 **Fav.** 29-09-2014.

I. INTRODUCCIÓN

El 12 de mayo de 2011, el segundo *Landgericht* (LG, Tribunal Estatal) de Múnich condenó a Iwan Nikolai Demjanjuk, quien se había dado como nombre John

para su segunda vida en Estados Unidos, a una pena única de cinco años por complicidad en 16 casos de homicidio calificado, de los que resultaron un total de 28.060 muertes¹. Al mismo tiempo, el tribunal dejó sin efecto la orden de detención contra Demjanjuk y

* Publicado bajo el título original "Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern – Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung –" en el libro homenaje al profesor doctor Werner Beulke, editado por los catedráticos Helmut Satzger, Sabine Swoboda, Christian Fahl und Eckhart Müller (en prensa). Traducido del alemán por Claudia Cárdenas Aravena, con los valiosos aportes de Boris Burghardt para esta tarea. Las traducciones de extractos de sentencias tienen la misma fuente.

¹ Segundo *Landgericht* (Tribunal Estatal) de Múnich, sentencia del 12.5.2011, rol de registro: 1 Ks 115 Js 12496/08, p. 4.

ordenó dejarlo en libertad luego haber estado sujeto a prisión preventiva por dos años². Antes de que el BGH (Tribunal Federal alemán) pudiera decidir sobre los recursos de revisión pendientes, que habían presentado tanto el condenado como la Fiscalía, Demjanjuk murió el 20 de marzo de 2012, a los 91 años, en Bad Feilnbach (Baviera), donde permanecía en un asilo.

Los medios no tardaron en bautizar al proceso contra Demjanjuk como “el último gran proceso” contra criminales nazis³. Algunos de los capítulos no tan conocidos del genocidio nacionalsocialista contra los judíos europeos, como la “acción Reinhardt”, el campo de exterminio Sobibór y los servicios de ayuda de los así llamados Trawniki⁴, se instalaron en la conciencia pública a más de 60 años del fin de la guerra. El proceso se entendió también como una ocasión tardía de examinar las pasadas omisiones de la República Federal Alemana y de su justicia en cuanto al tratamiento que le dio a los crímenes nacionalsocialistas. Que la ocasión para dicho examen fuera justamente el proceso contra un prisionero de guerra ucraniano —el pez más pequeño entre los pequeños⁵— que sin perjuicio de su propia responsabilidad fue también víctima de los nacionalsocialistas⁶, fue comentado amargamente por algún observador. Christiaan F. Rüter, editor de la serie “*Justiz und NS-Verbrechen*” (Justicia y crímenes del nacionalsocialismo), hizo rudos comentarios ya con ocasión de la acusación. Manifestó que para él resultaba incomprensible cómo cualquier persona que conociera la jurisprudencia alemana hasta ahora podía opinar que Demjanjuk podía ser condenado con las pruebas en las que se basaría el proceso⁷.

De hecho, ya antes del inicio de la audiencia de juicio era previsible que una condena sin la confesión de Demjanjuk solamente podría fundarse en su utilización general como “voluntario” (*Hilfswilliger*) en Sobibór.

La sala del *Landgericht* competente para ciertos delitos especialmente graves (*Schwurgericht*) se apoyó finalmente también en la función del acusado para fundar la responsabilidad a título de cómplice. Esta forma de proceder se caracterizó reiteradamente durante el juicio como un terreno jurídico desconocido, al que recién se habría ingresado por parte de la Agencia Central de las Administraciones de Justicia Estatales para el Esclarecimiento de los Crímenes Nacionalsocialistas (*Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*) con sede en Ludwigsburg, en concreto por el juez Thomas Walther, encargado de la investigación desformalizada contra Demjanjuk, en el año 2008⁸. Porque hasta entonces habría valido, conforme a la jurisprudencia de la República Federal Alemana, que una condena requeriría de la prueba de un hecho delictivo concreto (*konkreten Einzelatnachweis*) imputable a cada acusado⁹. En su alegato final como representante del querellante (*Nebenklagevertreter*) Cornelius Nestler rebatió energicamente esa tesis¹⁰. La fundamentación de la responsabilidad como cómplice de Demjanjuk no se fundaría en un *novum* jurídico, sino que se vincularía con una jurisprudencia que habría sido olvidada solamente por razones de oportunidad política. La inactividad de décadas habría sido una especie de “vuelo a ciegas” jurídico, sin bases en el derecho, en tanto que la acusación y condena de Demjanjuk implicarían una vuelta a la valoración correcta de acuerdo a la dogmática jurídico-penal¹¹. De manera similar ha argumentado recientemente el fiscal Thilo Kurz, asignado a Ludwigsburg, quien reclamó aplicar los mismos principios al personal del campo de concentración de Auschwitz¹².

Esta contribución sitúa a la fundamentación de la punibilidad por complicidad en el proceso contra Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la

2 Cfr. Volk, Das letzte Urteil, Die Medien und Demjanjuk, 2012, p. 113.

3 Cfr. Por ejemplo Probst, Süddeutsche Zeitung del 6.10.2009; Wefing, Der Fall Demjanjuk, Der letzte große NS-Prozess, 2011.

4 Se conocía como “Trawniki” a prisioneros de guerra y personas sometidas a trabajos forzados que recibieron entrenamiento por parte de las SS (Escuadras de Defensa) para colaborar en los campos de concentración y en llevar a cabo el genocidio. En su mayoría se trataba de ucranianos y los así llamados “alemanes étnicos” (*Volksdeutsche*) de la Unión Soviética. La denominación tiene su origen en el campo de Trawniki —donde tenía lugar el entrenamiento— que se ubicaba aproximadamente a 40 kilómetros al este de Lublin.

5 Así Rüter, cfr. Der Spiegel, 12/2009, p. 155.

6 Cfr. Benz, Einsicht 02 (2009), 32, 36, quien con razón se refiere a un cambio de trincheras, ahora del lado de los autores.

7 Vid. http://www.phoenix.de/der_fall_ivan_demjanjuk/276629.htm o http://de.wikipedia.org/wiki/Christiaan_F._Rüter. Cfr. también Rüter/Bästlein, Zeitschrift für Rechtspolitik 2010, pp. 92 y ss.

8 Así, por ejemplo el SZ-Magazin (magazin del periódico Süddeutsche Zeitung), 13.4.2010, p. 15; Wefing (nota 3), p. 96.

9 Cfr. por ejemplo Volk (nota 2), p. 26, que se refiere erradamente a una comprobación de autoría individual („*Einzeltäternachweis*“).

10 Nestler, Schlussvortrag im Strafverfahren gegen John Demjanjuk, p. 10, disponible en <http://www.nebenklage-sobibor.de>.

11 Nestler (nota 9), pp. 21 y ss.

12 Kurz, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2013, pp. 122 y ss.

República Federal Alemana en materia de los crímenes nacionalsocialistas y ofrece una valoración jurídica.

II. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD DE DEMJANJUK A TÍTULO DE COMPLICIDAD

El segundo *Landgericht* de Múnich comprobó que Demjanjuk llegó a Sobibór como Trawniki el día 27 de marzo de 1943, permaneciendo allí hasta mediados de septiembre del mismo año¹³. El tribunal señaló que si bien no fue posible comprobar las actividades desarrolladas por Demjanjuk dentro del campo de concentración, se consideró el hecho de que el campo de Sobibór se habría dedicado exclusivamente a la matanza de judíos deportados. Los Trawniki —y por lo mismo también Demjanjuk— habrían colaborado en todas las fases del exterminio bajo las órdenes del personal alemán del campo¹⁴. Se habrían repartido en tres turnos: uno de ellos habría estado dedicado a la seguridad externa del campo, otro habría vigilado las labores en el campo y el tercero habría permanecido de guardia. Los turnos habrían durado ocho horas y habrían rotado entre tres días de turnos de vigilancia y tres días de turnos de guardia. Al arribo de un transporte, los Trawniki se habrían ocupado de vigilar a los judíos que llegaban y a los prisioneros que estaban sometidos a trabajos forzados, que consistían en “descargar” a los deportados, hacerlos pasar a las cámaras de gases, someterlos a gases letales, y luego el examen y la remoción de los cadáveres. Cada Trawniki —y por lo mismo también Demjanjuk— habría sabido que formaba parte de un aparato que no buscaba otra cosa que la manera más eficiente de matar al mayor número posible de personas. Además, todos los Trawniki habrían tenido conciencia de la manera en que los judíos eran exterminados, y de que esto acontecía exclusivamente por motivos de odio racial. Durante el periodo de tiempo en el que Demjanjuk cumplió labores como Trawniki en Sobibór habrían arribado comprobadamente 16 transportes con 29.779 personas deportadas. De ellos, un total de 28.060 fueron asesinadas inmediatamente tras su llegada, ya sea en las cámaras de gas o a tiros.

Desde una perspectiva jurídica, el *Landgericht* valoró el sometimiento a gases letales como homicidio cruel por motivos bajos o innobles, y por lo mismo calificado como asesinato conforme al § 211 StGB (Có-

digo penal alemán). El homicidio de todas las personas que compartieron un transporte fue valorado por la sala como una unidad de acción desde el punto de vista jurídico. En cada uno de estos actos habría colaborado Demjanjuk como cómplice, tanto de acuerdo al texto vigente en 1943 del § 49 StGB como de conformidad con el § 27 StGB actualmente vigente. Los principales hallazgos de la sentencia son, en este punto, que todos quienes formaban parte de la cadena de mando comenzando con los miembros de la RSHA (Agencia Central de Seguridad Imperial) encargados de llevar adelante el exterminio de los judíos, pasando por los empleados ferroviarios, las personas en la administración del gobierno general, los directores de campos de concentración, los oficiales de la SS (*Schutzstaffel*, fuerzas especiales nazis), los oficiales de policía en los campos de concentración individualmente considerados y el personal de vigilancia directamente comandado por ellos, tenían, cada uno, una tarea asignada en la expulsión de ciudadanos judíos de Alemania, planeada y organizada desde Berlín, hacia los países ocupados y controlados por el ejército alemán; en su transporte en los campos de exterminio y —siempre que no fueran seleccionados para ser forzados a trabajar, lo que ocurría con un pequeño grupo de ellos— en su homicidio inmediato y organizado en las cámaras de gas, como en una línea de producción. Sostiene la sentencia que los tres campos de exterminio de Treblinka, Belzec y Sobibór sirvieron al solo propósito del asesinato masivo de la población judía de Europa, y que con ello, toda actividad del imputado y de las demás personas que tenían a su cargo tareas de vigilancia era una promoción de la tarea principal del campo de exterminio. En ese contexto, daba lo mismo si debían vigilar los andenes de arribo del tren, guiar a los prisioneros hasta las cámaras de gas, vigilar a los judíos que debían incinerar los cadáveres de los muertos, vigilar a los prisioneros sujetos a trabajos forzados para mantener el funcionamiento del campo y aprovechar de las pertenencias de los difuntos, controlar desde la torre de vigilancia para contrarrestar sublevaciones desde el interior o defenderse ante eventuales ataques de partisanos, o realizar el servicio de guardia de reserva para el caso de alguno de estos eventos. Sostiene el tribunal que el peso del actuar individual para el plan común no es relevante para satisfacer la tipicidad de la complicidad, sino que adquiere relevan-

13 LG II de Múnich (nota 1), p. 32.

14 LG II de Múnich (nota 1), pp. 28 y s. Allí se encuentran también los antecedentes que se entregan a continuación.

cia solamente para la determinación de la pena, y que, en particular, no es relevante una relación causal, en el sentido de que la contribución del cómplice deba originar la consumación del hecho principal¹⁵.

III. LA SENTENCIA CONTRA DEMJANJUK EN EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA ALEMANA SOBRE MATANZAS EN CAMPOS DE EXTERMINIO NACIONALSOCIALISTAS

En esta contribución no hay espacio para situar concluyentemente la sentencia contra Demjanjuk en la jurisprudencia de la República Federal Alemana en materia de tratamiento penal que se ha dado a los injustos del nacionalsocialismo. Por eso se forman dos grupos de comparación más estrechos. En relación con el objeto del proceso se impone comparar, como primer paso, la resolución con otros procesos seguidos por la justicia de la República Federal Alemana por matanzas en los campos de concentración exclusivamente dedicados al exterminio. Entre ellos se cuentan, conforme a la investigación histórica, junto a Sobibór, los otros dos campos de exterminio de “*Aktion Reinhardt*”, Treblinka (II) y Belzec, además de Chelmno/Kulmhof¹⁶. En un segundo paso, la comparación se amplía a los procesos por matanzas en los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek/Lublin. Estos campos sirvieron también, pero no exclusivamente, al exterminio inmediato de los deportados. Desde el punto de vista personal, la comparación se limita a los procesos que han tenido como objeto la valoración penal del personal que cumplía labores directamente en los campos de exterminio¹⁷. Por último, se deja fuera del ámbito de comparación el proceso seguido en 1950, en Berlín occidental, contra Erich Hermann Bauer, el “maestro del gas”, como fue apodado en Sobibór. La

condena por el *Landgericht* berlinés tuvo como fundamento el artículo II párrafo 1 letra c y párrafo 2 de la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado de 20.10.1945¹⁸. De allí que ese proceso sea difícil de comparar con otros seguidos por delitos ordinarios de homicidio de acuerdo a los §§ 211 y siguientes del StGB, con aplicación de las reglas comunes de participación contenidas en el mismo cuerpo legal.

1. La fundamentación de la punibilidad de miembros del comando de los campos exclusivamente dedicados al exterminio

En total, once procesos son atingentes a la valoración penal de las conductas de miembros del comando en los campos de exterminio de Treblinka, Belzec, Sobibór y Kulmhof. En todos los procesos es reconocible que el fundamento de la responsabilidad se enfoca desde dos perspectivas. Por una parte, considerando su función en los campos de exterminio, las salas especiales de los *Landgerichte* les atribuyeron a los acusados todos los homicidios que hubieran sido llevados a cabo allí durante el lapso de tiempo en el que hubieran trabajado en la maquinaria de exterminación masiva. Por otra, se constatan asimismo actos individuales concretos y se comprueba la colaboración del acusado respecto de esos actos.

Respecto de los homicidios en el marco del exterminio masivo y planificado, las salas especiales de los *Landgerichte* partieron de un hecho respecto del cual los acusados, por el ejercicio de su función en los campos, habían colaborado como coautores o cómplices dependiendo de la valoración su posición subjetiva respecto del acaecer global¹⁹. Se condenó inicialmente por “asesinato en un número indeterminado de casos”²⁰ o “complicidad conjunta en asesinato (masivo)”²¹, de

15 LG II de Múnich II (nota 1), pp. 190 y s.

16 Cfr. por ejemplo *Benz/Distel*, en: *Benz/Distel* (eds.), *Der Ort des Terrors*, tomo. 8, 2008, pp. 12 y s.; Ruckerl, *NS-Vernichtungslager im Spiegel deutscher Strafprozesse*, 1977, p. 13.

17 También queda fuera del ámbito de la comparación, por la misma razón, el proceso contra los comandantes del campo de entrenamiento Trawniki, Karl Streibel y otros, que terminó con vergonzosas absoluciones, cfr. *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XLI, N.º 833, pp. 57 y ss.

18 LG Berlín, sentencia de 8.5.1950, rol de registro: PKs 3/50, impresa en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo VI, N.º 212, pp. 545 y ss.

19 Cfr. por ejemplo LG Hagen, sentencia de 20.12.1966, rol de registro: 11 Ks 1/64, impresa en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XXV, N.º 641, p. 46; LG Düsseldorf, sentencia de 22.12.1970, rol de registro: 8 Ks 1/69, impresa en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XXXIV, N.º 746, pp. 829 y s.; LG Fráncfort del Meno, sentencia de 8.7.1977, rol de registro: 4/73 Ks 3/50, impresa en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XLV, N.º 885b, p. 741; LG Hagen, sentencia de 4.10.1985, rol de registro: 31 Ks 54/76, publicada en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XLV, N.º 897, p. 802.

20 LG Fráncfort del Meno, sentencia de 25.8.1950, Rol de registro: 52 Ks 3/50, publicada en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo VII, N.º 233, p. 277; LG Fráncfort del Meno, sentencia de 3.3.1951, rol de registro: 14/53 Ks 1/50, publicada en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo VIII, N.º 270a, p. 261.

21 Cfr. LG Bonn, sentencia de 30.3.1963, rol de registro: 8 Ks 3/62, publicada en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XXI, N.º 594b, p. 271; LG Bonn, sentencia de 23.7.1965, rol de registro: 8 Ks 3/62, publicada en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XXI, N.º 594a, p. 227. De

modo que por lo menos en la literalidad de la sentencia no había necesidad de identificar además específicamente los hechos individuales que estaban imputados²².

Después de que el Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) tachara esta práctica de jurídicamente errada y requiriera de la sala del *Landgericht* la comprobación de un mínimo de víctimas que pudieran ser atribuibles a cada acusado²³, la práctica se modificó en esos términos. En cuanto a los homicidios en el marco del exterminio masivo y planificado, las salas competentes de los *Landgerichte* basaban ahora sus decisiones en números mínimos de personas asesinadas en el lapso de tiempo en el que los acusados hubieran cumplido labores allí²⁴. Para el tiempo en que hubieran estado fuera de servicio por vacaciones o enfermedad, lo mismo que para homicidios en exceso, la mayoría de las veces se llevaban a cabo deducciones globales²⁵. Textos típicos de resoluciones eran entonces: “Se condena: ... al acusado Ittner por complicidad mancomunada en el asesinato de una cantidad indeterminada de personas, por lo menos 68.000”²⁶. O: “Se condena: ... al acusado Lambert por complicidad mancomunada en el asesinato de por lo menos 300.000 personas”²⁷.

Las conductas individuales concretamente imputables sólo se valoraban como actos jurídicamente independientes y aparecían como tales en las sentencias, si se trataba de actos que tenían lugar fuera del plan de exterminio masivo y por cuenta propia²⁸. Esto puede reconocerse con claridad en la sentencia de la sala competente del *Landgericht* en el gran proceso de Treblinka, que fue seguido en los años 1964 y 1965 ante el *Landgericht* de Düsseldorf contra Kurt Franz y

otros. Allí, en las constataciones fácticas se distingue de manera explícita entre las actividades que en general correspondían a cada uno de los acusados, sus conductas individuales en el marco de los homicidios masivos y sus conductas individuales fuera de los homicidios masivos²⁹. Solamente las conductas individuales que fueron llevadas adelante fuera del devenir acostumbrado del exterminio masivo se consideraron como actos jurídicamente independientes de éstos y fueron individualizadas como tales en la condena³⁰. El acusado Franz, por ejemplo, es condenado según esa lógica “por asesinato mancomunado de por lo menos 300.000 personas, por 35 casos de asesinato de por lo menos 139 personas y por tentativa de asesinato”³¹. Al mismo tiempo, dentro de los procesos se puede comprobar una creciente estrictez en los requisitos para dar por probada la participación individual en hechos individuales. En procesos posteriores, las salas especiales del *Landgericht* tendieron a declarar a los acusados inocentes de su participación en hechos individuales, siguiendo el principio *in dubio pro reo*, aun en caso de que las declaraciones de los testigos de las víctimas presentaran solo inconsistencias menores, defectos en el ordenamiento temporal de los hechos o apariencia de tendencias incriminatorias. La lectura de esas valoraciones de la prueba es —en partes— difícilmente soportable³².

En lo que toca a la participación general en la empresa de exterminio masivo, las salas especiales de los *Landgerichte* no dejaron en cambio dudas acerca de que toda actividad como miembro de los comandos de los campos de Belzec, Treblinka, Sobibór y Kulmhof fomentaba objetivamente los homicidios, y que los

manera similar LG Kiel, sentencia de 26.11.1965, rol de registro: 2 Ks 1/65, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXII, N.º 603, p. 415.

22 De este modo, explícitamente, BGH, sentencia de 10.1.1952, rol de registro: 3 StR 672/51, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo VIII, N.º 270b, pp. 277 y s.

23 BGH, sentencia de 25.11.1964, rol de registro: 2 StR 71/64, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXI, N.º 594c, p. 353.

24 Cfr. a saber BGH (nota 23), p. 353; primer LG Múnich, sentencia de 21.1.1965, rol de registro: 110 Ks 3/64, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXI, N.º 585, p. 637; LG Hagen, sentencia de 20.12.1966, rol de registro: 11 Ks 1/64, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXV, N.º 642a, p. 154 (acusado Wolf), p. 166 (acusado Ittner), p. 172 (acusado Dubois); LG Fráncfort del Meno (nota 19), p. 741.

25 Cfr. a saber LG Düsseldorf, sentencia de 3.9.1965, rol de registro: 8 I Ks 2/64, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXII, N.º 596a, pp. 178 y ss.; LG Düsseldorf (nota 19), p. 826.

26 LG Hagen (nota 24), p. 60.

27 LG Düsseldorf (nota 25), p. 20.

28 Cfr. a saber, explícitamente, LG Hagen (nota 24), pp. 122 y ss. De otro modo, y jurídicamente errado solo LG Múnich I (nota 24), p. 629.

29 Cfr. a saber LG Düsseldorf (nota 25), pp. 49, 58, 63 (acusado Franz), pp. 98, 100 (acusado Matthes), pp. 108, 110, 117 (acusado Mentz), pp. 120, 122, 124 (acusado Miete). De manera similar LG Hagen (nota 24), pp. 118, 126.

30 Cfr. a saber LG Düsseldorf (nota 24), pp. 177 y ss., 180 y ss.

31 LG Düsseldorf (nota 25), Lfd. N.º 596, p. 20.

32 Cfr., a saber, LG Hagen (nota 24), pp. 145 y s.

acusados actuaban con el dolo correspondiente. Solamente hubo absoluciones por estado de necesidad putativo. Ya en la sentencia de la sala especial del *Landgericht* de 1950 contra Hubert Gomerski y Johann Klier se dice con claridad ejemplar: “El campo Sobibór fue creado con el solo fin de dar muerte a un gran número de judíos”. La sala sigue: “Todos quienes trabajaban en ese campo —alemanes, ucranianos y judíos— tenían su tarea particular, sea que hayan participado inmediatamente de los homicidios o que hayan apoyado indirectamente las tareas del campo. Todas estas actividades fueron en último término causales para el resultado —la muerte de los judíos— pues solo por haber existido este conjunto de actividades fue posible el resultado”³³. Esta argumentación la mantuvo la sala especial del *Landgericht* incluso para el Klier, quien hizo valer irrefutablemente que el “solamente” había trabajado en la panadería del campo y luego habría dirigido el “comando de los zapatos” (*Schuhkommando*), que se dedicaba a recolectar, seleccionar y almacenar los zapatos de los asesinados en las cámaras de gas. La sala especial del *Landgericht* hizo nuevamente hincapié en que “todas las personas que trabajaban en el campo de Sobibór eran engranajes de un sistema que tenía por única finalidad matar a judíos. Toda acción que se llevó a cabo en ese campo servía directa o indirectamente a ese fin. Todas esas acciones fueron necesarias para la operación del campo. De este modo, tanto la actividad del acusado Klier en la panadería como la actividad que tuvo a cargo de los zapatos fueron causales para el resultado”³⁴.

Dieciséis años después, en el gran proceso de Sobibór, la sala especial del *Landgericht* tampoco dudó en clasificar como colaboraciones promotoras del resultado a aquellas que no estaban directamente vinculadas con la operación de exterminio, como por ejemplo el trabajo como tesorero o administrador del campo, o como responsable del abastecimiento de víveres y vestuario del personal del campo. La sentencia dijo sobre este punto³⁵: “Allí donde ellos (los acusados) formaban parte de la organización de los campos, (...) todos contribuyeron a hacer posible, por su colaboración funcional, los asesinatos masivos contra los judíos, siendo su causa y promoviéndolos en inmediata cercanía al he-

cho”. Señaló la sentencia también: “Cada uno de (...) los acusados promovía el exterminio de tan descomunal cantidad de personas desde la función que le había sido asignada, una función que era muy cercana al hecho dentro de la organización de exterminio del campo, que era perfecta y se llevaba a cabo mediante la separación de funciones y que era estrictamente necesaria desde el punto de vista de la finalidad del campo y su realización; ninguno de los acusados era superfluo allí, ... cada uno era un ‘engranaje en la maquinaria asesina’ del campo de Sobibór”. Expresó la sala además: “Cada uno de esos auxiliares puso de su parte para que las personas judías pudieran ser asesinadas de manera tan masiva en el campo, de modo de que para los demás era reconocible que promovían esos actos en conjunto. Solo su actuar conjunto llevó a desarrollo perfecto de la acción exterminadora”.

El Tribunal Federal alemán confirmó esa argumentación en cuanto conoció de la revisión de esas sentencias. Particularmente destacable resulta en ese contexto lo dicho respecto de la sentencia de primera instancia de hechos en el proceso Kulmhof, que se llevó adelante durante los años 1962 y 1963 ante el *Landgericht* de Bonn contra doce acusados. Ante la alegación por parte de algunos acusados de que se los habría condenado como cómplices mediando un error jurídico, porque ellos solamente habrían llevado a cabo acciones “que (...) se enmarcaban dentro de las tareas entonces asignadas a la policía de protección (*Schutzpolizei*)”, y por lo mismo habrían sido “valorativamente neutrales” y no podrían ser valoradas como fundamento de complicidad en un asesinato, el Tribunal Federal alemán respondió claramente: “Conforme a lo constatado (...) ya por su pertenencia al comando especial que fue creado para el solo fin de aniquilar de la población judía de Polonia y ciertos otros grupos de personas cuya vida era considerada fútil, los acusados han colaborado en el asesinato de las víctimas. La naturaleza de las tareas que les correspondió realizar a cada uno en la ejecución de acciones individuales deviene en razón de ello —por lo menos en este contexto— irrelevante”³⁶. Tampoco en los procesos posteriores tuvieron éxito las revisiones fundadas en alegaciones contra la calificación del trabajo en campos de exterminio como complicidad en

33 LG Fráncfort del Meno (nota 20), p. 281. Muy similar LG Fráncfort del Meno, sentencia de 3.3.1951, rol de registro: 14/53 Ks 1/50, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo VIII, N.º 270a, pp. 269 y s.

34 LG Fráncfort del Meno (nota 20), p. 286.

35 LG Hagen (nota 24), pp. 217, 219, 220 y s. De manera muy similar LG Düsseldorf (nota 25), p. 187.

36 BGH (nota 23), p. 352. Relacionado con lo anterior, LG Kiel (nota 21), p. 437.

el asesinato masivo que se llevó a cabo en esos campos de exterminio³⁷.

2. El fundamento de la punibilidad de miembros del personal de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek

Nueve procesos se han ocupado de la valoración penal del actuar del personal de los campos de concentración y de algunos internos (*Funktionshäftlingen*) en Auschwitz y Majdanek. Las condenas en estos procesos sólo tuvieron lugar por hechos individuales respecto de los cuales la persona acusada había prestado una contribución. Las salas especiales de los *Landgerichte* valoraron como una acción en sentido jurídico “cada acción individual de exterminio por medio de la cual se dio muerte a un grupo de personas”³⁸. A ninguno de los acusados se le asignó responsabilidad por todos los asesinatos llevados a cabo como parte de la empresa de exterminio masivo en el periodo en el que ejercieron sus funciones en Auschwitz o en Majdanek. Las salas especiales de los *Landgerichte* tampoco imputaron todas las muertes que tuvieron lugar durante ese periodo de tiempo como parte del acontecer normal en las secciones de los campos de concentración en la que trabajaba cada imputado. Una imputación mutua teniendo en consideración el actuar conjunto mediante la división de tareas fue aceptada por esos tribunales solo para los homicidios en el marco de una acción homicida concreta³⁹. Hasta donde es posible reconocer, solamente en el primer proceso de los que tuvieron lugar en Fráncfort sobre Auschwitz se llegó a considerar siquiera una responsabilidad más amplia. Siguiendo el parecer jurídico defendido por el Fiscal General de Hessen, Fritz Bauer⁴⁰, la Fiscalía invocó frecuentemente en este punto la función ejercida por el acusado en la operación del campo, y las obligaciones de servicio que ella conllevaba, para fundar el reproche individual por el hecho. De este modo, argumentaban que quien había pertenecido a la “Gestapo del campo” (*Lagergestapo*)

habría participado en los procedimientos de selección actuando conforme al modo en el cual se tenían organizadas las funciones. Consideraban entonces prescindible la presentación de evidencia concreta acerca de cuándo en concreto cada acusado, respecto del cual estaba comprobada su pertenencia a la *Lagergestapo* habría llevado a cabo efectivamente esa actividad. La sala especial del *Landgericht* bajo la presidencia de Hans Hofmeyer descartó, por el contrario, deducir de este modo, a partir del ámbito general del quehacer de un acusado, el modo en el que se lo había utilizado en concreto. Entonces, si bien constaba que el acusado Johann Schoberth había pertenecido a la sección política y que a los miembros de esa sección les correspondía llevar a cabo el así llamado “servicio de rampa” (*Rampendienst*), se determinó que era imposible concluir, por falta de pruebas específicas, que Schoberth en los hechos hubiera prestado en alguna ocasión servicios en la rampa⁴¹. Muy similar es lo que se expresa respecto de Robert Mulka. El tribunal constató que el comandante del campo, Rudolf Höß, junto con su equipo, era responsable de organizar la descarga de los transportes de la RSHA que llegaban a Auschwitz⁴². Sin embargo, a Mulka no se lo responsabilizó por organizar la descarga de todos los transportes que tuvieron lugar mientras fue ayudante directo (*Adjutant*) de Höß. Solamente se le imputaron las muertes que ocurrieron en el marco del “despacho” de los transportes (como se llamaba a la operación que se realizaba al arribo de un transporte de personas al campo, en alemán *Transportaufbereitungen*), respecto de los cuales había pruebas de que él había prestado una colaboración individual, por ejemplo, en cuanto “había telefoneado personalmente para notificar a las distintas secciones del campo del arribo de los transportes y había ordenado que tuviera lugar el servicio de rampa”⁴³.

Las salas competentes también fueron muy mesuradas a la hora de inferir, a partir de la prueba de que se había asumido una función determinada, que con

37 Cfr., a saber, BGH, sentencia de 25.3.1971, rol de registro: 4 StR 47-48/69, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXV, N.º 642b, p. 248 (acusado Dubois).

38 LG Fráncfort del Meno, sentencia de 19./20.8.1965, rol de registro: 4 Ks 2/63, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXI, N.º 595a, p. 446. Confirmada explícitamente por el BGH, sentencia de 20.2.1969, rol de registro: 2 StR 280/67, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XXI, N.º 595b, pp. 881 y ss. Discrepante solamente LG Münster, sentencia de 29.11.1960, rol de registro: 6 Ks 2/60, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XVII, N.º 500, p. 40.

39 Cfr. por ejemplo LG Düsseldorf, sentencia de 30.6.1981, rol de registro: 8 Ks 1/75, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XLIV, N.º 869, pp. 383 y ss.

40 Cfr. Bauer, Juristenzeitung 67, pp. 625 y ss.

41 LG Fráncfort del Meno (nota 38), pp. 747 y s.

42 LG Fráncfort del Meno (nota 38), p. 435.

43 LG Fráncfort del Meno (nota 38), p. 430. Cfr. resumidamente Werle/Wandres, Auschwitz vor Gericht, 1995, pp. 137 y s.

ocasión de ello el acusado también hubiera necesariamente llevado a cabo las tareas propias de la función asumida. Particularmente expresiva resulta la jurisprudencia respecto del actuar de los médicos de las SS en los “servicios de rampa”. En el primer proceso de Auschwitz que llevó adelante la justicia federal alemana se comprobó que el acusado Johann Paul Kremer había tomado parte, como médico de las SS, en un total de 15 “despachos” de transporte (*Transportabfertigungen*), en “servicios de rampa” y había estado de hecho en la rampa. A pesar de ello, la sala competente no concluyó que, en ese contexto, Kremer hubiera participado en la selección de las personas aptas para trabajar⁴⁴. La sala estimó que no se podía refutar al acusado que “cada vez, él habría llegado con algo de retraso a la rampa. A su arribo, la así llamada ‘selección’ ya habría estado siendo llevada a cabo, en ocasiones ya habría estado terminada. Entonces él se habría apartado hasta que se hubiera terminado ya de realizar la selección”. La sala resumió: “por lo mismo, la valoración de la pregunta de si acaso el acusado es culpable en el sentido de la acusación, dependía (...) de si los hechos ya expuestos más arriba —que el acusado, conforme a la planificación de los servicios, realizó servicios en la rampa y que realizar la selección pertenecía regularmente a las tareas los médicos que prestaban servicio a las SS— justifican la conclusión de que el acusado de hecho llevó adelante esa selección. Eso fue negado por la sala”⁴⁵.

Del mismo modo argumentó la sala competente en el primer proceso sobre Auschwitz seguido en Fráncfort respecto del acusado Willi Schatz. Señaló el tribunal que permanecería “la pregunta de si solo a partir del hecho de que el acusado, Dr. Schatz, luego del anuncio de transportes de la RSHA, cuando le correspondía servicio en la rampa se trasladaba también hacia ella se puede concluir con seguridad que él también seleccionó a las personas judías que arribaban. Aunque esa conclusión resulta en cierta medida evidente, el tribunal no pudo llegar al convencimiento, con la seguridad requerida, de que esa conclusión fuera correcta en todo caso”⁴⁶. La Fiscalía defendió la postura de que ya la presencia del médico sobre la rampa debiera valorarse como complicidad en la aniquilación masiva. La sala competente del *Landgericht* prefirió no decidir sobre el punto y eligió una solución a partir de la faz subjetiva

del tipo: “No es necesario decidir si la sola presencia del acusado Dr. Schatz sobre la rampa (...) puede verse por sí sola como una promoción de la acción de exterminio. (...) Aunque se vea en ese comportamiento por sí solo (...) una promoción de las acciones de exterminio (lo que resulta dudoso desde la perspectiva de la sala competente), no se pudo comprobar al acusado (...) con seguridad que él tuvo la conciencia de haber contribuido causalmente a las acciones de exterminio por su sola presencia sobre la rampa”⁴⁷. Del mismo modo fue valorada por la sala competente la circunstancia que Schatz alegara que “para no llamar la atención (...) caminaba un trecho al lado de las personas judías que eran llevadas a las cámaras de gas”. Allí no se podría constatar con seguridad el dolo de promover el delito de homicidio. El acusado “podía haber asumido que esa conducta era absolutamente irrelevante para el modo en que se llevaba adelante la acción de exterminio. (...) No necesariamente pensó que su presencia en la rampa o cerca de las víctimas que eran llevadas a las cámaras de gas, podría fortalecer psíquicamente, de algún modo, a los miembros de las SS que tenían a su cargo las acciones de exterminio. Por la función que él cumplía en el campo de concentración de Auschwitz, como pequeño e insignificante dentista, esto no era muy evidente”.

El Tribunal Federal alemán no solamente confirmó lo señalado por la sala competente del *Landgericht*, sino que tomó la revisión solicitada por la Fiscalía como una ocasión para clarificar ciertos asuntos fundamentales: “Como muestran los ataques en contra la absolución del acusado Schatz, opina (la Fiscalía) (...), que todo aquel que formaba parte del programa de exterminio del campo de concentración de Auschwitz y de algún modo actuó en el marco de ese plan, habría colaborado objetivamente en los asesinatos y es responsable por todo lo ocurrido. Esta opinión no es correcta. Significaría que también una acción que no promoviera en modo alguno el hecho principal debiera ser castigada penalmente. Siguiendo esa lógica, también el médico que estaba a cargo de atender al personal de guardia y se limitó estrictamente a esa tarea, sería culpable como cómplice de asesinato. Lo mismo valdría incluso para el médico que haya tratado en el campo a internos enfermos y los haya salvado. Ni siquiera quien desde su po-

44 LG Münster (nota 38), p. 17. Allí se encuentra también la cita siguiente.

45 LG Münster (nota 38), p. 18.

46 LG Fráncfort del Meno (nota 38), pp. 754 y s.

47 LG Fráncfort del Meno (nota 38), p. 756. Allí se encuentra también lo que se expone a continuación.

sición hubiera puesto pequeños obstáculos al programa de asesinatos, aunque lo haya hecho de manera soterrada y sin éxito, estaría exento de responsabilidad penal. Esto no es admisible⁴⁸. Con ello, la posición conforme a la cual había sido posible pertenecer al personal del campo de concentración de Auschwitz o de Majdanek y llevar a cabo funciones dentro de estos campos sin haber por lo mismo promovido los crímenes que conforme al plan de trabajo de cada campo se consumaban, al menos en calidad de cómplice, fue confirmada por el más alto tribunal. Queda de manifiesto que por las cuatro décadas siguientes no fue cuestionada en la práctica jurídica. Su consecuencia fueron numerosas decisiones de sobreseimiento y absoluciones en aplicación del principio *in dubio pro reo*, cuando al imputado no se le comprobaba una colaboración concreta en el marco de una acción homicida también concreta⁴⁹.

3. ¿Restablecimiento de lo ya conocido o *novum* jurídico?

La comparación con los procesos anteriores ha mostrado que, en el caso Demjanjuk, el segundo *Landgericht* de Múnich en ningún caso ha penetrado en nuevo terreno jurídico en lo tocante a las valoraciones jurídicas centrales, sino que ha continuado con un camino que ya había sido trazado. La justicia de la República Federal alemana ha constatado desde siempre que toda función desempeñada en el funcionamiento de los campos de concentración de Treblinka, Belzec, Sobibór y Chelmno era complicidad en el asesinato masivo. La declaración principal podía resumirse diciendo que allí no había actividades neutrales.

Esta valoración fundamental fue confirmada en el proceso contra Demjanjuk. Ella es correcta y resulta de la aplicación de los fundamentos de la complicidad que desde hace tiempo están fijados por la jurisprudencia. Según ellos, se presta una colaboración por medio de cada comportamiento que promueve la comisión del

hecho principal objetivamente de cualquier manera⁵⁰. También se califica como un fomento relevante al hecho el tomar prevenciones para el caso de una urgencia, incluso si esa urgencia no llegara a presentarse en los hechos al momento de la comisión del delito⁵¹. En el caso de formas de comportamiento que, miradas en sí mismas son cotidianas y permitidas, según la jurisprudencia la situación dependerá del conocimiento que tengan los partícipes: si saben que su actuar promueve la comisión del hecho principal, su acción pierde en todo caso su carácter de acción cotidiana⁵².

Teniendo en consideración estos fundamentos, no puede haber dudas acerca de la calificación de cada tarea en el quehacer del campo de concentración como complicidad en los asesinatos masivos, ya que Treblinka, Belzec, Sobibór y Kulmhof servían a un solo objetivo, que, como reza la sentencia del caso Demjanjuk, era “el asesinato, inmediato y organizado como en una cadena de montaje” de los deportados, con la excepción de algunos cientos de prisioneros destinados a trabajos forzados. El aparato de exterminio trabajaba de manera horriblemente eficiente: en Treblinka fueron asesinadas por lo menos 900.000 personas entre el 22 de julio de 1942 y el 21 de agosto de 1943⁵³; en Belzec oficiales de la SS asesinaron, según sus propias cifras, a 434.508 personas entre marzo y diciembre de 1942⁵⁴; en Sobibór la cifra de los asesinados entre inicios de 1942 y fines de 1943 se calcula entre 150.000 a 250.000 personas⁵⁵; en Chelmno, entre diciembre de 1941 y abril de 1943 fueron asesinadas por lo menos 150.000 personas, y entre el 23 de junio y el 14 de julio de 1944, lo fueron 7.176 personas⁵⁶. Un requisito para el funcionamiento de esta maquinaria destructiva era el engranaje perfecto, mediante la repartición de trabajo, de todos los procesos de la organización. Ninguna labor en un campo de concentración era superflua, todas ellas servían a la promoción de la finalidad asesina global que no era desconocida para nadie que prestara

48 BGH (nota 38), p. 882.

49 Cfr., a saber, LG Fráncfort del Meno, sentencia de 26.2.1976, rol de registro: 4 Ks 2/73, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XL, N.º 829, pp. 779 y ss.; LG Düsseldorf, sentencia de 19.4.1979, rol de registro: 8 Ks 1/75, publicada en: Justiz und NS-Verbrechen, tomo XLII, N.º 852, pp. 781 y ss. *Kurz* (nota 12), p. 125 nombra algunos ejemplos de resoluciones de sobreseimiento (*Einstellungsverfügungen*).

50 Jurisprudencia constante desde el Tribunal Imperial, RGSt 6, 169 y s. A modo de resumen, se puede consultar *Wessels/Beulke/Satzger*, Allgemeiner Teil, número marginal 582.

51 Cfr. BGH, *wistra* 2012, pp. 180, 182; *Kühl*, Allgemeiner Teil § 20 número marginal 718.

52 BGHSt 46, pp. 107, 112.

53 Cfr. LG Düsseldorf (nota 19), p. 822; *Benz*, en: Benz/Distel (nota 16), pp. 407, 409.

54 Cfr. *Kuwalek*, en: Benz/Distel (nota 14), pp. 358 y ss.

55 Cfr. LG Hagen (nota 25), pp. 89 y s.; *Landgericht Múnich II* (nota 1), p. 22; *Distel*, en: Benz/Distel (nota 16), p. 375.

56 Cfr. *Klein*, en: Benz/Distel (nota 16), pp. 308 y ss., 317.

servicios allí. Si se quiere hacer el ejercicio de imaginar un ámbito de acción lo menos comprometedor posible (porque el que haya habido ámbitos de acción exclusivamente alejados de los crímenes en la organización de los campos de concentración es ajeno a la realidad) incluso quien solamente se ocupara del abastecimiento de los funcionarios del campo y los prisioneros sometidos a trabajos forzados promovía el asesinato masivo conforme al plan, y no solamente porque de este modo se garantizaba la capacidad de prestar servicios de aquellos más directamente vinculados al quehacer asesino, sino también, porque por medio de esa actividad liberaba capacidades de trabajo para su utilización directa en la operación de exterminio.

Por eso, finalmente es irrelevante que en el caso de Demjanjuk no se pudiera hacer constataciones más precisas acerca del ámbito de las actividades en el cual se desempeñó el acusado. Para la valoración penal del comportamiento de Demjanjuk como cómplice en los asesinatos masivos y planificados en Sobibór era prescindible la constatación de su ámbito de labores o incluso de la actividad que hubiera llevado a cabo en una situación concreta. Con la comprobación de que había estado en Sobibór como Trawniki estaba comprobado que Demjanjuk fue cómplice de asesinato, porque todas las actividades de los Trawniki en Sobibór promovían dolosamente los asesinatos masivos conforme al plan, y ningún Trawniki quedó inactivo en Sobibór. La formulación conforme a la cual a Demjanjuk se lo habría castigado solamente por su pertenencia a un grupo, los Trawniki, es por lo mismo errada. Lo correcto es señalar que la comprobación de haber trabajado como Trawniki en Sobibór alcanzaba para probar su culpabilidad en la promoción del aparataje de destrucción masiva. Demjanjuk fue castigado por su quehacer como Trawniki en el aparataje de destrucción masiva de Sobibór que —si bien no puedo ser constatada con más detalle— fue en todo caso promotora del hecho principal.

Con ello es accesorio lo que se entiende por hecho principal susceptible de admitir participación en sen-

tido jurídico material. La sala competente del tribunal de Múnich defendió en este punto una postura distinta de las sostenidas hasta ahora en los procedimientos relativos los campos dedicados exclusivamente al exterminio, y se orientó por la jurisprudencia desarrollada por el primer proceso de Fráncfort sobre Auschwitz y confirmado expresamente por el Tribunal Federal alemán, según la cual cada acción homicida sería un hecho independiente⁵⁷. Si bien con ello se mutó el punto de referencia de la complicidad, lo comprobado en el caso Demjanjuk alcanzó, de todos modos, para constatar una complicidad en cada una de las 16 acciones de asesinatos masivos que se pudo comprobar que tuvieron lugar en Sobibór en el periodo en el que Demjanjuk trabajó allí. Porque en todo caso, cuando arribaba un gran transporte ningún miembro del personal del campo ni del personal de vigilancia estaba autorizado para abandonar el campo. Quien no servía actualmente en el “despacho” del transporte (*Transportabfertigung*), quedaba por lo menos a disposición en caso de necesidad⁵⁸. También esa disponibilidad ha de valorarse sin embargo como complicidad, porque posibilita una acción en caso necesario. Esta circunstancia caracterizaba de manera reconocible la situación en los campos de exterminio para todos los involucrados en perjuicio de los deportados y de los prisioneros sometidos a trabajos forzados, y promovía la operación perfecta del sistema de destrucción masiva⁵⁹.

La diferencia que salta a la vista respecto de los procesos anteriores —consistente en que por primera vez un prisionero de guerra ucraniano, que fue entrenado por los alemanes como Trawniki para el asesinato de judíos⁶⁰, debía responder como acusado ante un tribunal alemán⁶¹— no es relevante para la valoración penal de su comportamiento como complicidad en el delito. No está en duda que Demjanjuk, al momento de obligarse a prestar servicios en Sobibór, estaba en una situación muy distinta de los funcionarios alemanes de los campos de exterminio que muchas veces ya habían prestado servicios en las instituciones de “eutanasia”; que la coacción de mando bajo la cual se

57 El hecho de que esa jurisprudencia no es convincente puede ser solamente insinuado aquí. Las razones principales las dio ya Bauer (nota 40). Cfr. sobre el particular también Kurz (nota 12), pp. 127 y s.

58 Cfr. *Landgericht* Múnich II (nota 1), pp. 28 y s.

59 En este contexto resultan reveladores los informes sobre sublevación de prisioneros en Treblinka y en Sobibór, cfr., a saber, Benz, en: Benz/Distel (nota 16), pp. 427 y s.; Schelvis, *Vernichtungslager Sobibór*, 2003, pp. 177 y ss.

60 Así lo señaló el ex Trawniki Paul Flecker respondiendo a la pregunta del objeto del entrenamiento de los voluntarios en el campo Trawniki, citado por Nestler (nota 10), p. 19.

61 Cfr. sin embargo el procedimiento contra Franz Swiderski, ruso-alemán entrenado en Trawniki, LG Düsseldorf, sentencia de 15.10.1971, rol de registro: 8 Ks 4/70, publicada en: *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XXXVI, N.º 761, pp. 299 y ss.

encontraba Demjanjuk era muy distinta de la de ellos y que una desobediencia conllevaba para él un riesgo mucho mayor. Sin embargo, todos esos puntos no tocan la significación social de su conducta en Sobibór, sino el reproche individual que se le puede hacer por ella. Por eso, desde la perspectiva de la dogmática penal no tienen, por buenos motivos, un rol en la calificación de la tipicidad de la conducta, sino que solamente se considerarán al valorar su culpabilidad y al determinar la pena que le corresponde. Aquí, en la valoración de la situación de coacción y los requisitos de una exculpación por un estado de necesidad coactivo (putativo), es donde más bien se puede constatar un quiebre con la jurisprudencia anterior y una razón para criticar la sentencia contra Demjanjuk.

4. Aplicabilidad del criterio del fallo a quienes sirvieron en Auschwitz y Majdanek

¿Es posible aplicar los fundamentos de esta jurisprudencia al personal de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek (como también posiblemente al de todos los campos de concentración)? La retrospectiva muestra que la jurisprudencia hasta ahora ha respondido negativamente a esa pregunta. Las salas competentes de los *Landgerichte* y el Tribunal Federal alemán han defendido hasta ahora, en los procedimientos seguidos ante ellos, la posición de que dentro del quehacer de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek habría sido posible pertenecer al personal del campo sin haber sido por lo menos cómplice de los crímenes cometidos planificadamente como parte del quehacer del campo. En Auschwitz y Majdanek habría sido posible absolver servicios como asistente del comandante del campo, de vigilante de la “Gestapo del campo” (*Lagergestapo*) o como médico de las SS en la rampa sin apoyar por ese medio la comisión de crímenes de homicidio como parte del quehacer del campo. Sólo si esta premisa es cierta es posible explicar la razón por la cual los tribunales han considerado imprescindible la prueba de la conducta concreta en el marco de una acción homicida individual para comprobar una complicidad.

Con todo, esta premisa no resulta convincente, si bien es cierto que entre los campos de exterminio “puros” y los campos de concentración “multifuncionales” de Auschwitz y Majdanek hay, por otra parte, diferencias relevantes. Es conocido que el complejo de Auschwitz se dividía en el campo principal, el campo de exterminio Auschwitz-Birkenau, el campo de concentración Auschwitz-Monowitz, además de varios campos externos y accesorios⁶². Algo similar vale para el campo de concentración de Majdanek⁶³. Mientras que las construcciones de los campos de Treblinka, Belzec y Sobibór tenían como máximo una base de 400 x 600 metros⁶⁴, solo Auschwitz-Birkenau se extendía por 171 hectáreas, y el área total del campo principal de Majdanek contaba con 270 hectáreas⁶⁵. En Treblinka, Belzec y Sobibór, organizaron la maquinaria de exterminio de 20 a 35 miembros de las SS y la policía de seguridad, a quienes les estaban subordinados entre 100 y 150 Trawniki⁶⁶; en Chelmno, el comando especial constaba de 15 a 20 miembros de la policía estatal, que eran apoyados por alrededor de 90 oficiales de la policía de protección (*Schutzpolizeibeamten*)⁶⁷. En el complejo de Auschwitz se encontraban, en cambio, al momento de su cierre, más de 4500 personas como funcionarios del campo⁶⁸; también en Majdanek ese número subió hasta fines de 1943 a más de 1200 personas⁶⁹. Las relevantes diferencias organizatorias y funcionales entre las diversas partes del campo se reflejaron, entre otros ámbitos, en las diversas tasas de mortalidad. Es por eso que, al contrario de los campos de exterminio “puros”, no se debe entender sin más a Auschwitz o Majdanek en su conjunto y a todos sus empleados como una unidad de imputación que tenía un fin único.

Así y todo, no resulta convincente lo asumido por la jurisprudencia hasta ahora, en cuanto a que había habido, en estos campos, ámbitos de actuación “neutrales” para su personal, porque finalmente todas las partes del campo servían, aun considerándolas separadamente, a la comisión de crímenes. En todas las partes del campo permanecían personas ilícitamente privadas de libertad, que eran maltratadas y asesinadas, aunque esto sucediera en distinta escala y de distintas formas. Final-

62 Cfr. al respecto *Königseder*, en: *Benz/Distel*, *Der Ort des Terrors*, tomo 5, 2007, pp. 80 y ss., 95 y ss.

63 Cfr. al respecto *Kranz*, en: *Benz/Distel*, *Der Ort des Terrors*, tomo 7, 2008, pp. 33 y ss.

64 Cfr. LG Hagen (nota 19), p. 564 (Sobibór); *Kuwalek* y *Benz*, en: *Benz/Distel* (nota 16), p. 335 (Belzec), p. 410 (Treblinka).

65 Cfr. *Kranz*, en: *Benz/Distel* (nota 63), p. 36.

66 Cfr. *Kuwalek*, *Distel* y *Benz*, en: *Benz/Distel* (nota 16), pp. 338 (Belzec), 389, 391 (Sobibór), 407 (Treblinka).

67 Cfr. *Klein*, en: *Benz/Distel* (nota 16), p. 306.

68 Cfr. al respecto *Königseder*, en: *Benz/Distel* (nota 62), p. 98.

69 Cfr. *Kranz*, en: *Benz/Distel* (nota 63), p. 43.

mente, ningún prisionero debía sobrevivir a Auschwitz. La jurisprudencia recaída hasta ahora sobre Auschwitz y Majdanek se caracteriza, además de eso, por haber dejado de lado, de un modo que no resulta comprensible, el actuar funcionalmente conjunto del personal del campo para la mantención de su operación. Por lo menos dentro de las partes de cada campo, al menos dentro de las distintas secciones o respecto de tareas que involucraban a más de una sección, como el “despacho” de los transportes y otras “acciones especiales” (*Sonderaktionen*), la justicia de la República Federal Alemana debiera haber tenido en consideración ese actuar conjunto. En la sentencia de la sala competente del *Landgericht* de Düsseldorf en el gran proceso de Majdanek se dice: “En casos individuales, los imputados en cada ocasión posibilitaron causalmente los homicidios, actuando funcionalmente en conjunto con otros miembros de las SS. Ninguno de ellos fue superfluo para ello; todos eran necesarios en el lugar al que habían sido asignados, para garantizar el funcionamiento de la maquinaria asesina, como colaboradores cercanos al hecho”⁷⁰. Estas explicaciones coinciden casi textualmente con las constataciones que la sala competente del *Landgericht* de Hagen hizo respecto del funcionamiento del campo de Sobibór⁷¹. Lo que no queda claro es por qué para los casos de Majdanek la consideración de esa colaboración funcional hubo de permanecer limitada a cada acción homicida individualmente considerada y al personal del campo que actuó con proximidad al hecho (*tatnah*). Vale decir, por qué el criterio de la colaboración funcional se aplicó allí solamente una vez que había prueba de la participación individual en un hecho concreto. Las razones de este tratamiento diferenciado no son evidentes, pues al igual que en Sobibór, tampoco en Majdanek o en Auschwitz estas acciones homicidas tuvieron lugar —en todo caso con excepción de homicidios espontáneos en exceso— fuera del quehacer del campo y sin relación con él, sino que formaban parte de él. Esta mayor estrictez de la interpretación no es susceptible de ser explicada por

consideraciones jurídicas. Tampoco es comprensible desde una perspectiva jurídica cómo las salas competentes de los *Landgerichte* pudieron pasar por alto el hecho de que la presencia de médicos reconocibles como tales en las rampas y su “acompañamiento” en el camino a las cámaras de gas constituía una promoción de los homicidios masivos ya por el solo hecho de que servían manifiestamente para mantener la apariencia de un mínimo “resto de normalidad” y la esperanza de los deportados de que efectivamente se los mantendría solamente reclusos. “Vuelo a ciegas” jurídico, la expresión de Cornelius Nestler citada al inicio, puede ser drástica, pero pone de manifiesto que la jurisprudencia, en otros muchos aspectos valiosa, acerca de los homicidios masivos en Auschwitz y Majdanek, se deja entender en este punto más bien como el resultado del contexto de ceguera social y psicológica que como la aplicación de principios dogmático-penales.

IV. CONCLUSIÓN

El caso Demjanjuk no creó una nueva construcción de la punibilidad a título de complicidad. El proceso se deja entender más bien como una reactivación de principios reconocidos de la complicidad en relación con homicidios masivos en la época nacionalsocialista. El caso llevó la atención a que estos principios fueron pasados por alto en muchos procesos por largo tiempo. Por eso merece ser saludado el hecho de que la Fiscalía haya tomado la condena de Demjanjuk por la sala competente del *Landgericht* de Múnich (*Schwurgericht München II*) como la ocasión de dirigir procesos penales contra el personal de los campos de concentración que todavía se encuentran con vida. Es incierto que otra vez se dé la ocasión de seguir una audiencia de juicio o vaya a haber una sentencia firme. Con todo, es deseable que la justicia de la República Federal Alemana tenga la oportunidad de revisar su jurisprudencia hasta la fecha y de corregir desarrollos erróneos por lo menos en lo que respecta a la valoración jurídica.

70 LG Düsseldorf (nota 39), p. 564.

71 Vid. *supra*, nota 34.