

LA FÓRMULA DE RADBRUCH Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AUTORÍA MEDIATA CON APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Patricia Faraldo Cabana

Profesora Titular de Derecho penal. Universidade da Coruña

RESUMEN:

La autora estudia el empleo que se ha hecho en la Ciencia penal de la fórmula de RADBRUCH para fundamentar una nueva forma de autoría de creación doctrinal, la autoría mediata con aparatos organizados de poder, que permite considerar autor mediato, y no simplemente inductor o cómplice, al dirigente de una estructura organizada jerárquicamente que aprovecha su dominio de la organización para ordenar la comisión de crímenes internacionales o de delitos graves contra las personas.

Palabras clave: Derecho penal internacional – responsabilidad del dirigente – fórmula de Radbruch.

ABSTRACT:

The author studies the usage in Criminal Law of the RADBRUCH formula in order to support a new form of doctrine-based authorship - namely that held jointly with another or through another person through power organising mechanisms. This would enable the leader of a hierarchically organised structure, who takes advantage of his privileged and dominant position within the organisation to order the perpetration of international crimes or serious offences against individuals to be considered the indirect author, and not merely an instigator or accomplice.

Keywords: International criminal law – responsibility of superiors – Radbruch's Formula.

La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder

Sumario: I. Introducción. II. La propuesta de ROXIN. III. El Estado criminal como aparato organizado de poder: la actuación al margen del Ordenamiento jurídico y la fórmula de RADBRUCH. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio pretende ser una contribución a la discusión acerca de la fórmula de RADBRUCH y su influencia en las propuestas doctrinales que pretenden garantizar la exigencia de responsabilidad penal a los dirigentes, desde dos puntos de vista: en primer lugar, analizando la propuesta de Claus ROXIN de considerar a los dirigentes autores mediatos de los delitos cometidos a sus órdenes por sus subordinados, propuesta que tuvo su primera aplicación jurisprudencial en Alemania en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 26 de julio de 1994 sobre los homicidios cometidos en el Muro de Berlín¹, que declaró a los miembros del Consejo de Defensa Nacional responsables como autores mediatos de los delitos de homicidio y lesiones cometidos por los soldados de frontera en las personas de quienes trataban de huir del país atravesando clandestinamente el Muro de Berlín; en segundo lugar, estudiando en qué medida se puede afirmar que un Estado criminal es un aparato organizado de poder en el sentido señalado por ROXIN, lo que obliga a resolver el problema que supone afirmar que actúa al margen del Ordenamiento jurídico un Estado criminal cuando las leyes que conforman dicho orden en el ámbito interno emanan del propio Estado. Este último aspecto dio lugar a que la jurisprudencia alemana apelara a la fórmula de RADBRUCH, por lo que procederé a su análisis y comentario, así como a la determinación de si la RDA era o no un Estado injusto.

II. LA PROPUESTA DE ROXIN

ROXIN distingue tres formas de dominio del hecho: dominio del hecho por acción, por la voluntad y funcional. El primero, dominio de la acción, se aplica a los casos de autoría única inmediata²; el segundo, dominio por la voluntad, a la autoría mediata; y el tercero, dominio del hecho funcional, a la coautoría.

¹ BGH, Urt. v. 26.7.1994-5 StR 98/94 (LG Berlin), “Tötung an DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft”, publicado en *NJW* 1994, p. 2703-2707. En adelante esta resolución será citada como BGHSt 40, indicándose a continuación la página citada correspondiente a dicha publicación. Sobre esta sentencia vid. ampliamente FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60 ss.

² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2000, p. 149-162, incluye en el capítulo dedicado al dominio de la acción los casos de realización del tipo de propia mano dolosa y libre, y dolosa y no libre (por coacción, o exenta de coacción pero inculpable). En este último supuesto, realización del tipo de propia mano dolosa y no libre, el hombre de atrás que utiliza la coacción o a un inimputable o menor responde como autor mediato en virtud del dominio de la voluntad. Vid. *op. cit.*, p. 165 ss, sobre el dominio de la voluntad en virtud de coacción, y p. 257 ss, sobre el dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores.

El dominio de la voluntad puede, a su vez, asumir tres modalidades distintas: “mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor...; también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error...; asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales...; además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso...”³. Alude así el autor alemán, de forma sintética, al dominio de voluntad por coacción, por error⁴, por utilización de inimputables y menores⁵ o en virtud de aparatos organizados de poder, también denominado “dominio por organización”.

ROXIN se preocupa por delimitar los supuestos de dominio de la organización de los casos de error y de coacción. En relación con los dirigentes nazis que ordenaron el exterminio judío, afirma que su autoría mediata no se basa en el dominio de la voluntad conseguido a través de coacción, pues en los juicios de Nuremberg no se pudo probar ningún caso en que alguien fuera ejecutado o internado en un campo de concentración por negarse a cumplir una orden relacionada con el exterminio judío, siendo como máximo sancionado con un traslado o no siendo ascendido en el escalafón cuando hubiera correspondido⁶. Tampoco admite ROXIN que fuera posible aplicar la obediencia debida como causa de justificación a los ejecutores materiales, ni la relevancia de un posible error en que habrían incurrido al creer equivocadamente que les era aplicable la mencionada causa de justificación⁷. Descartados el error y la coacción, ROXIN elabora un nuevo criterio que le permita fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás: el dominio por organización.

Esta última modalidad del dominio de la voluntad consiste en la utilización por parte del hombre de atrás de “una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”⁸, puesto que se trata de una organización que “funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor”, que es fungible, dato del que es consciente el hombre de atrás pues “sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”⁹. En estos supuestos “no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”¹⁰.

3 ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 166.

4 Vid. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 192-257.

5 Vid. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 257-267. El autor alemán considera estos supuestos una peculiar zona mixta entre las situaciones de coacción y de error, por lo que en sentido estricto estos casos pueden ser solucionados con ayuda de los mismos criterios a que ya se recurrió para resolver las situaciones de coacción y de error. Cfr. ROXIN, C., *op. cit.*, p. 267. Con anterioridad, vid. también del mismo autor, “Sobre la autoría y participación en el derecho penal”, en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannédille, Buenos Aires, 1970, p. 63.

6 Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 270-271; del mismo autor, “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *GA* 1963, p. 199.

7 Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 271.

8 ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 268.

9 ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 270. De esta forma, entiende el autor alemán que quien da las órdenes “domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción”. ROXIN, C., “Sobre la autoría”, cit., p. 63.

10 ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 271.

De esta forma, la fungibilidad del ejecutor aparece como el factor decisivo que permite fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos. Tal intercambiabilidad del ejecutor llega hasta el punto de que el hombre de atrás no necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que cumplirá sus órdenes incluso sin conocimiento personal alguno¹¹. La fungibilidad existe cuando en el caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla no puede impedir el hecho, sino únicamente sustraer su contribución al mismo¹². Por tanto, los casos que analizamos se caracterizan por que el ejecutor no puede evitar con su negativa a actuar la consumación del delito, ya que únicamente está en su mano anular o neutralizar su anterior aportación en el sentido de impedir que esa prestación influya en la efectiva lesión del bien jurídico. Por su parte, el hombre de atrás sí puede evitar la consumación dando una contraorden. “El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él al centro del acontecer”¹³. De esta forma el hombre de atrás se convierte en el verdadero protagonista del hecho, en la figura central en el suceso, a pesar de la lejanía respecto del mismo. Precisamente esto caracteriza el dominio de la organización: “la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato”¹⁴.

Además de la fungibilidad de los ejecutores, consecuencia de que la organización tiene ya una cierta dimensión, es necesario que el aparato organizado de poder funcione, en su globalidad, fuera del marco del orden jurídico¹⁵. La introducción de esta característica, que ha sido objeto de arduas discusiones, responde a que “en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se mantienen ligados, en principio, a un orden jurídico que sea independiente de ellos, la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, la voluntad del poder del inspirador”¹⁶. Debe advertirse que el orden jurídico al que alude ROXIN no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho natural. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose con ello la aludida nota de la actuación fuera del marco del Ordenamiento jurídico como característica del dominio de la organización. Sobre este aspecto insistiré en el siguiente apartado.

11 Cfr. ROXIN, C., “Sobre la autoría”, cit., p. 63.

12 Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 272. Del mismo autor, “Sobre la autoría”, cit., p. 63. Este aspecto es destacado también por otros autores que analizan los crímenes nazis, como JÄGER, H., “Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß”, *MschKrim* núm.45, 1962, p. 78-79.

13 ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 273.

14 ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 274. Vid. también BAUMANN, J., “Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung”, *NJW* 1963, p. 564; del mismo autor, “Gedanken zum Eichmann-Urteil”, *JZ* 1963, p. 114; SCHROEDER, F.-C., “Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung”, *ROW* 1964, p. 106; del mismo autor, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, p. 167. Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, H., “Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß”, cit., p. 79, quien, además de recoger literalmente las palabras que después ROXIN hará suyas, empleadas por primera vez por el Tribunal de Distrito de Jerusalén que juzgó el caso Eichmann, pone de relieve que la lejanía del hombre de atrás respecto del escenario de la masacre no carece de significado, puesto que la carga emocional provocada por el crimen es menor conforme aumenta esa distancia, extremo que ha sido comprobado a través de experimentos realizados por psicólogos sociales.

15 ROXIN, C., “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, *DP* 1985, p. 407-408.

16 ROXIN, C., “Voluntad de dominio”, cit., p. 407.

Por último, conviene puntualizar que el dominio por organización no tiene un ámbito de aplicación muy amplio, lo que se debe en buena medida a que ROXIN exige que el aparato organizado de poder actúe por completo al margen del Ordenamiento jurídico, hecho que sólo se produce en casos muy concretos. En efecto, esta forma de autoría mediata basada en el dominio por organización tiene su campo de aplicación natural, según su más destacado representante, en los delitos de genocidio. Retomando las palabras de JÄGER, quien siguiendo una tesis bastante extendida en el Derecho penal internacional apunta que el genocidio es un delito de todo punto inimaginable como hecho individual completamente privado¹⁷, señala ROXIN que “los delitos de guerra, estatales y cometidos por organizaciones... no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual. Es por ello por lo que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están cortadas asimismo por el patrón del hecho individual, no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así cuando lo contemplamos como fenómeno total”¹⁸.

Por tanto, ROXIN no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas¹⁹.

III. EL ESTADO CRIMINAL COMO APARATO ORGANIZADO DE PODER: LA ACTUACIÓN AL MARGEN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA FÓRMULA DE RADBRUCH

Buena parte de los partidarios de la autoría mediata con aparatos organizados de poder consideran que la construcción sólo es aplicable en el marco del Estado criminal²⁰. Ciertamente es que la tesis del dominio de la organización nace fuertemente vincu-

17 Cfr. JÄGER, H., “Betrachtungen zum Eichmann-Prozess”, cit., p. 78.

18 ROXIN, C., “Straftaten”, cit., p. 193.

19 Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 277-278.

20 Así, vid. SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986, p. 76, para quien el dominio por organización no es aplicable a cualquier organización criminal o terrorista que simplemente se haya separado del Ordenamiento jurídico, ni tampoco a la empresa, aun cuando se trate del cumplimiento de órdenes antijurídicas, salvo que se trate de un delito consistente en la infracción de un deber. También HERZBERG, R. D., “Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahm”, *JuS* 1974, p. 375; del mismo autor, *Täterschaft und Teilnahme*, C. H. Beck, München, 1977, p. 42-43. Por su parte, admiten el dominio de la organización en el caso del Estado criminal AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 593 ss, si bien considera que precisa de una fundamentación normativa más precisa; HEINE, G., “Täterschaft und Teilnahme im staatlichen Machtapparaten”, *JZ* 2000, p. 924-925; el mismo autor en SCHÖNKE, A./ SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl. C. H. Beck, München, 2001, § 25, Rn.25a; ROGALL, K., “Bewältigung von Systemkriminalität”, en ROXIN, C./ WIDMAIER, G. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2000, p. 424 ss, que comparte la crítica de HERZBERG en algunos aspectos; VEST, H., “Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, *ZStW* 2001, p. 492 ss; del mismo autor, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 30, 236 ss y 359 ss. En contra de la aplicación de esta nueva forma de autoría mediata en el ámbito de la criminalidad estatal, vid. por todos FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin, 1998, § 10,

lada a la experiencia alemana de la segunda posguerra, y en particular a las condenas de los dirigentes nazis por el exterminio de los judíos y opositores de todo tipo a raíz de los procesos de Nuremberg, como hemos visto, a lo que se añade la labor de los Tribunales de la RFA centrada en eliminar las consecuencias perturbadoras de la legislación nacionalsocialista. Tanto la espectacular escala que alcanzó el genocidio judío en número de víctimas como la participación voluntaria en su ejecución de amplios grupos de la población no sólo alemana y austriaca, sino también de otros países aliados u ocupados, llevaron a varios estudiosos alemanes, en fecha muy temprana, a resaltar la aparición de una nueva categoría de ilícitos penales en la que se puede comprobar cómo en lugar de la autoría entendida tal y como se viene haciendo, esto es, desde la óptica del hecho individual, existe una red de conexiones funcionales en la que se diluye la intervención personal; cómo el individuo integrado en la maquinaria estatal de muerte se ve incapaz de poner fin a los homicidios; cómo el alejamiento respecto de la ejecución típica no supone una disminución de la responsabilidad como es habitual en el marco de la responsabilidad individual, antes bien, son los hombres de atrás, los autores de escritorio, quienes tienen el poder de decisión, y no el ejecutor individual, fungible, intercambiable, convertido en un mero engranaje más de una maquinaria terrorífica²¹. La necesidad de dar respuesta a esta nueva forma de criminalidad estatal está en la génesis de la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización.

Podemos hablar de “Estado criminal” para referirnos a los casos en que las autoridades nacionales, siguiendo la política fijada por las más altas Instituciones del Estado²² y en el ejercicio de su cargo²³, utilizan el aparato estatal para la comisión sistemática de delitos internacionales. Utilizo el concepto de “delitos internacionales” en sentido estricto, de forma que incluya tan sólo el crimen de agresión, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el delito de genocidio²⁴, tal y como se definen en la actualidad en los diversos instrumentos internacionales y nacionales.

Rn.90 ss y 102-103; HERZBERG, R. D., “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen”, en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, p. 33 ss, que opta por la inducción (p. 48); HOYER en RUDOLPHI, H.-J./ HORN, E./ SAMSOM, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. Neuwied, Luchterhand, § 25, Rn.90-91, nota núm.367; RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, Tübingen, 1997, p. 87 ss, quien basándose en el principio de autonomía rechaza el dominio de la organización y prefiere afirmar la inducción (vid. la crítica que le dirige ROXIN, C., *Täterschaft*, cit., p. 665-666); ROTSCH, T., “Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen”, *NSiZ* 1998, p. 492-493, que rechaza tanto la característica de la fungibilidad como la de la actuación al margen del Ordenamiento jurídico, y opta por la inducción; del mismo autor, “Unternehmen, Umwelt und Strafrecht - Ätiologie einer Misere. Teil 1”, *Wistra* 1999, p. 327; del mismo autor, “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?”, *ZStW* 2000, p. 518 ss.

21 Así, JÄGER, H., “Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß”, cit., p. 77-80.

22 Como apunta VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 361, en el genocidio y los delitos contra la humanidad a gran escala suelen intervenir los integrantes de la cúpula estatal, mientras que cuando se trata de un aparato paraestatal suele ocurrir que la dirección del proceso sea externa, esto es, que la decisión haya sido tomada fuera del aparato en sí considerado, que se limitaría a coorganizar o a ejecutar.

23 Esto es, actuando como órganos del Estado, siendo éste un requisito necesario para poder hablar de responsabilidad internacional del Estado. Vid. VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 363.

24 El concepto de “delito internacional” no debe confundirse con otros como “delito transnacional” o “delito transfronterizo”. El delito internacional se caracteriza por la fuente internacional que lo tipifica, por la naturaleza internacional del bien jurídico protegido y por la ausencia o insuficiencia de la represión interna debida a la participación o tolerancia del poder político en el hecho. Cfr. GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 43 ss.

Los delitos internacionales cometidos utilizando el aparato del Estado se caracterizan, en primer lugar, por tratarse de violaciones masivas y sistemáticas de bienes jurídicos individuales que por su magnitud y gravedad adquieren relevancia en el orden público internacional, al ser capaces de amenazar al sistema internacional; en segundo lugar, por la comisión colectiva, que va mucho más allá de la coautoría en un hecho común, pues es impensable que un individuo sin conexión con una organización estatal o paraestatal pueda cometerlos²⁵; y en tercer lugar destaca el hecho de que esos delitos no van a ser objeto de represión por el propio aparato del Estado, visto que quienes encarnan su poder han ordenado su comisión a sus agentes, de forma más o menos abierta o encubierta. Precisamente la participación del propio Estado en la comisión de los delitos internacionales hace indispensable para su represión la intervención del Derecho penal internacional, pues de las autoridades judiciales nacionales no puede esperarse oposición alguna a la violencia institucional²⁶.

Un Estado cuyas más altas instancias autorizan u ordenan la comisión de delitos internacionales no puede ser calificado como de Derecho. Los delitos internacionales se cometen en el contexto de dictaduras o regímenes políticos de escasa o nula legitimidad, mientras que resultan excepcionales en las democracias sustentadas por un amplio consenso popular y dotadas de garantías jurídicas efectivas frente a eventuales abusos del poder. Esto no significa que en los Estados de Derecho no puedan desarrollarse tendencias represivas, e incluso que se pueda llegar a un “terrorismo de Estado”, pero esas extralimitaciones de concretos y perfectamente identificados órganos del Estado no son equiparables a la utilización de todo el aparato estatal en una actuación coordinada de los tres poderes en ejecución del propósito marcado por quienes encarnan la máxima autoridad del Estado, pues esa coordinación da lugar a una eficacia incomparablemente mayor que en el caso de que se tema una reacción por parte de la Administración de Justicia o la denuncia de los hechos a nivel parlamentario. La implicación de todo el aparato estatal no supone, sin embargo, que la actuación criminal se desarrolle públicamente. Antes bien, al igual que ocurre en el caso de las organizaciones estatales que empiezan a actuar de forma delictiva, también el Estado criminal se ve obligado en la mayor parte de los casos a actuar clandestinamente, ocultando a la opinión pública internacional los métodos delictivos que aplica en la bús-

25 Extensamente sobre la concepción de un “kollektiven Gesamtat” en los delitos colectivos en los que existe dominio de la organización, vid. DENCKER, F., *Kausalität und Gesamtat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 253 ss. Un resumen crítico de su pensamiento se puede encontrar en VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 246-250. Por lo demás, téngase presente que en la génesis de estos delitos las opiniones doctrinales respecto del sujeto activo se dividieron entre quienes exigían la intervención o al menos la tolerancia del poder político (vid. entre otros, GRAVEN, J., “Les crimes contre l’humanité”, *Recueil des cours* 1950 I, (p. 433), p. 474 ss; HERZOG, J.-B., “Contribution à l’étude de la définition du crime contre l’humanité”, *RIDP* 1947 (p. 155), p. 169; JESCHECK, H.-H./ WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 125) y quienes defendían que estos delitos pueden ser cometidos por individuos privados, ajenos a la organización estatal (por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tomo I, CSCI, Madrid, 1955, p. 652). En la actualidad se considera suficiente exigir la participación o la tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*. Vid. en este sentido en Alemania CAMPBELL, P. C., § 220a StGB. *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1986, p. 104 ss. Conviene puntualizar, en cualquier caso, que al exigir la tolerancia o participación del Estado en los delitos internacionales no se pretende que el sujeto activo del delito tenga que ser un funcionario o autoridad, pues también puede ser un individuo privado siempre que actúe con la tolerancia o participación del poder público. Cfr. GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los Elementos de los Crímenes””, en AMBOS, K. (coord.), *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 75, nota núm.27.

26 También puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho penal internacional cuando una organización o grupo paraestatal alcanza tal poder que neutraliza el del Estado, por ej. controlando *de facto* una parte del territorio, como sucede en Colombia. Cfr. GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, cit., p. 74.

queda de sus objetivos, ya que sabe que el conocimiento de sus actividades puede dar lugar a la reprobación de la comunidad internacional. El grado mayor o menor de ocultación de las actividades delictivas a los propios ciudadanos depende en buena parte de la medida de implicación de la población en ellas, así como de su predisposición a aprobarlas y justificarlas.

Por supuesto, cuando se habla del Estado criminal no cabe duda de que existe una organización jerárquica con las características división de funciones y estructura de mando que dan lugar a la apreciación de la existencia de un aparato de poder en el sentido aquí utilizado. Pero sí plantea problemas determinar quiénes, dentro de un aparato así configurado, deben responder como autores mediatos por dominio de la organización y quiénes por otro título. Piénsese en el caso Eichmann, en el cual el Tribunal de Distrito de Jerusalén optó por la coautoría²⁷, mientras que algunos autores afirmaron que hubiera sido preferible la autoría mediata por dominio de la organización²⁸. La jurisprudencia alemana ha aplicado sin más la autoría mediata con dominio de la organización a personas que ocuparon puestos intermedios en el aparato estatal, e incluso a quienes no ocuparon puesto alguno²⁹. Ciertamente esta línea jurisprudencial lleva a una aplicación desmesurada del dominio de la organización. Pero tampoco me parece mucho más convincente la posición extremadamente restrictiva de AMBOS, para quien sólo puede afirmarse que dominan de forma absoluta el aparato estatal, encontrándose al mismo tiempo por encima de él, quienes ocupan los puestos más altos en su estructura organizativa o, en casos particulares de toma del poder fáctico por parte del ejército o de la policía, quienes fuera de esa estructura civil ostentan el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de las Fuerzas Armadas, pues únicamente estas personas pueden obrar sin temor a recibir una contraorden de los superiores³⁰. Ahora bien, flexibilizando la rigidez de su proposición anterior AMBOS apunta que quienes ocupan puestos intermedios en la organización estatal también podrían ser considerados autores mediatos por dominio de la organización en relación con sus subordinados, aunque no dominen todo el aparato sino sólo una parte de él, si bien su dependencia en relación con sus superiores y la división funcional del trabajo hablan, a su juicio, a favor de la coautoría³¹. No voy a repetir los argumentos a favor y en contra de la coautoría, ya recogidos en su momento³². Baste recordar que me he manifestado a favor de la existencia de una diferencia estructural entre las relaciones verticales, que dan lugar a la apreciación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder, y las horizontales, propias de la coautoría. Se ha dicho que esta diferencia estructural no proporciona un cri-

27 Sobre este caso, con múltiples aportaciones bibliográficas y jurisprudenciales, vid. extensamente AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 182-189. Desde otro punto de vista más histórico, no menos interesante, ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*, 2ª ed. Lumen, Barcelona, 1999.

28 Manifiesta sus dudas, pero sin adoptar todavía una posición definitiva, AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 603.

29 Entiende el Tribunal Supremo Federal que existe dominio del hecho cuando el hombre de atrás aprovecha las condiciones determinadas por la estructura organizativa, dentro de las cuales su contribución desencadena desarrollos regulares. BGHSt 40, 218 (236). Con este entendimiento tan amplio, este órgano judicial ha llegado a considerar autor mediato de un delito de privación de libertad a un ciudadano de la RFA que denunció los planes de fuga de un alemán oriental, consiguiendo así que fuera detenido y encarcelado, pues "el autor conscientemente utiliza un aparato estatal que actúa antijurídicamente para la persecución de sus propios fines". BGHSt 42, 275 (278). Vid. críticamente AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 602.

30 Cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 603-605.

31 Cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 604-605.

32 Vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p. 128-159.

terio seguro que permita la distinción en los casos límite³³. Sin embargo, si se atiende a la conjunción de todos los criterios que caracterizan el dominio de la organización (estructura jerárquica, fungibilidad de los ejecutores, actuación al margen del Ordenamiento jurídico), las dudas se reducen notablemente. Y respecto de la cuestión planteada, comparto plenamente la propuesta de ROXIN en el sentido de que debe ser considerado autor mediato quien, en el marco de la organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando independiente³⁴.

La fungibilidad de los ejecutores suscita pocas dudas en el caso del Estado criminal. Ciertamente podría señalarse que el ejecutor no es fungible en el momento exacto de la ejecución del hecho, pues si se niega a actuar en ese instante ese delito concreto fracasa³⁵, pero, como señala BOLEA BARDÓN³⁶ respecto de los disparos en el Muro de Berlín, “en cuanto a la falta o limitación de las posibilidades de ser reemplazados los soldados en la situación concreta final, entiendo que el criterio de la fungibilidad no se determina atendiendo únicamente al momento final en que los soldados disparan, sino observando si existen con anterioridad sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean sólo unos pocos los que las ejecuten (de no ser esos pocos serían otros pocos)”. Entendida así la fungibilidad, no cabe duda de que las reservas de hombres, y no sólo de hombres sino más sino de hombres obedientes sometidos a una organización jerárquica que exige el cumplimiento inmediato de las órdenes recibidas, a disposición del Estado son enormes. Piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En lo que respecta a la actuación al margen del Ordenamiento jurídico, ¿cómo puede afirmarse que el Estado criminal actúa fuera del Ordenamiento jurídico cuando las leyes que conforman dicho orden en el ámbito interno emanan del propio Estado?³⁷. En los casos de Estados totalitarios el logro del objetivo criminal perseguido por los

33 Cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 605-606, citando el caso del jefe de la banda como ejemplo de coautoría en un supuesto de relación jerárquica. Frente a ello ha de tenerse presente que nunca se ha dicho que el dominio de la organización existe automáticamente en cuanto aparecen relaciones verticales, pues deben cumplirse otros requisitos que difícilmente se dan en una simple banda de delincuentes.

34 Crítico, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 783, nota núm.190. Sobre esta cuestión, recientemente, vid. VEST, H., “Humanitätsverbrechen”, cit., p. 493-494; del mismo autor, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 230 ss.

35 Se trata de una crítica habitual en la doctrina, en particular cuando se alude al caso Staschynskij o al de los disparos en el Muro de Berlín. Cfr. HERZBERG, R. D., “Mittelbare Täterschaft”, cit., p. 37 ss. En el mismo sentido, entre otros, AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 596 ss, que entiende que con la concepción de la fungibilidad que adopto en el texto se debilita en grado sumo esta característica del dominio de la organización, de forma tal que ya no puede servir para fundamentar esta forma de autoría mediata; BRAMMSEN, J., “Unterlassungshaftung in formalen Organisationen”, en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung*, cit., p. 142; HEINE, G., “Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten”, cit., p. 925; HILGERS, B. M., *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter: vergleichende Untersuchung zum französischen und deutschen Strafrecht*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 2000, p. 132-133; HOYER en RUDOLPHI, H.-J./ HORN, E./ SAMSON, E., *SK*, cit., § 25, Rn.90; MURMANN, U., “Täterschaft und Weisungsmacht”, cit., p. 273, que se remite expresamente a HERZBERG; RENZIKÓWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff*, cit., p. 89; ROTSCHE, T., “Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter”, cit., p. 493; del mismo autor, “Unternehmen, Umwelt und Strafrecht”, cit., p. 327; del mismo autor, “Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?”, cit., p. 528, 536, 552, 561. En España, por todos, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. Ú., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 275.

36 BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 396.

37 Esta objeción ha sido planteada, entre otros, por AMBOS, K., “Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, *GA* 1998, p. 241-242; del mismo autor, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, *RDPyCrim* 2ª época, núm.3, 1999, p. 160 ss.

detentadores del poder estatal comporta la utilización del propio Ordenamiento jurídico nacional, que se pervierte para conseguir el fin propuesto. Esto se puede conseguir de dos formas: haciendo que de hecho parte de las leyes existentes deje de tener vigencia, pues aunque formalmente nunca son derogadas ya no se aplican³⁸; o bien elaborando nuevas leyes que permitan la implementación de los objetivos perseguidos por el Estado, de lo que son ejemplo algunas de las leyes que entraron en vigor durante el período nacionalsocialista en Alemania, que son contrarias a los principios fundamentales que deben regir en un Estado de Derecho³⁹. A la cuestión planteada puede responderse, como hace ROXIN, con una apelación a un Derecho suprapositivo cuyo punto de referencia está constituido por los principios fundadores del Derecho internacional: “sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos”⁴⁰. Por tanto, el orden jurídico al que se hace alusión no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría pensarse incluso que se alude al Derecho natural⁴¹. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose de esta forma la aludida nota de la actuación fuera del marco del orden jurídico como característica del dominio de la organización.

38 Como pone de relieve VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 320, éste es un elemento característico del Estado criminalmente pervertido que lo diferencia radicalmente de las asociaciones delictivas y de las empresas. Por su parte, AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 607 ss, propone diferenciar entre un desprendimiento del Derecho positivo (“*positive Rechtsgelöstheit*”), que supone que las normas prohibitivas de Derecho positivo son derogadas de hecho, y otro suprapositivo (“*überpositive Rechtsgelöstheit*”), en el sentido de que el Derecho positivo puede incluso autorizar la comisión del delito, pero el aparato de poder obra al margen del Derecho suprapositivo.

39 Cfr. AMBOS, K., “Tatherrschaft durch Willensherrschaft”, cit., p. 242. Pone de relieve PETERS, K., “Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozeß”, en *Eckart-Jahrbuch 1961/62*, p. 233, que los crímenes nazis “fueron imputables precisamente a los sectores dirigentes del Estado y a las fuerzas que tenían a su cargo la conformación social. Fueron por ellos planeados, dirigidos y, con base en sus órdenes, ejecutados. No existió la actitud en contra que suele darse. Con ello se puso a disposición del delito y aparato de poder que fue el que garantizó la extensión, planificación, precisión y perfección”.

40 ROXIN, C., “Voluntad de dominio de la acción”, cit., p. 408. Vid. la crítica de AMBOS, K., “Tatherrschaft durch Willensherrschaft”, cit., p. 244-245, basada en que este entendimiento del desprendimiento del Derecho al margen del Ordenamiento positivo es demasiado indeterminado como para fundamentar normativamente el dominio del hecho, la réplica de ROXIN, C., “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität”, en SAMSON, E./ DENCKER, F./ FRISCH, P./ FRISTER, H./ REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 557, y la contraréplica de AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 609, donde insiste en que la cuestión no es determinar si existe o no la actuación al margen del Derecho, sino de qué manera ese desprendimiento del Derecho afecta a la concreta realización del hecho.

41 Como señala FIGUEIREDO DÍAS cuando afirma que aquí se plantea la aceptabilidad de un fundamento “transpositivo” de la incriminación. Cfr. FIGUEIREDO DÍAS, J. de, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “dominio de la organización””, en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 106. Sobre la aceptabilidad de argumentos suprapositivos o de Derecho natural immanentes a los Estados de los que podemos extraer conclusiones que el propio Ordenamiento jurídico de esos Estados no extrae, vid. ampliamente, desde perspectivas muy distintas, ALEXY, R., “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *DOXA* núm.23, 2000, p. 204 ss; JAKOBS, G., “Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?”, *DOXA* núms.17-18, 1995, p. 445 ss; KAUFMANN, Arthur, “Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht”, *NJW* 1995, p. 85-86, quien procede a realizar una clarificación de los conceptos “derecho suprallegal”, “derecho suprapositivo” y “derecho natural” (pp. 81-82); NEUMANN, U., “Positivismus jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA”, *DOXA* núms.17-18, 1995, p. 435 ss.

Esta discusión se relaciona estrechamente tanto con la aceptación de un fundamento transpositivo de la incriminación, que permite afirmar la injusticia fundamental de la legalidad vigente en un Estado injusto, de “no-Derecho”, como con la aplicación retroactiva de las normas penales tras la caída del régimen totalitario, pues si en la actualidad se juzgan hechos que en el momento de su comisión no estaban tipificados o se encontraban amparados por una causa de justificación en el Ordenamiento jurídico del Estado donde se realizaron, ¿acaso no se vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables?. Una forma de entender que esa vulneración no se produce es afirmar que por encima del Ordenamiento jurídico positivo de un Estado injusto se encuentra un Derecho suprapositivo cuyo punto de referencia serían los principios generales del Derecho recogidos en los Convenios y Tratados internacionales que prohíben la comisión de delitos graves contra las personas y los pueblos. Esta tesis se plasma en la fórmula de RADBRUCH, conforme a la cual “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, excepto cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un grado tan insostenible que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia”⁴². Esta magistral fórmula, que en su versión reducida puede expresarse como “la extrema injusticia no es Derecho”⁴³, es un apasionado alegato contra el positivismo y los efectos perniciosos a que condujo durante la dictadura nacionalsocialista, cuyo origen se encuentra en la constatación de que “el positivismo, con su convencimiento de que “la ley es la ley”, ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo”⁴⁴. La ley positiva ofrece seguridad jurídica, un valor sin duda muy importante, pero “donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera”⁴⁵. RADBRUCH considera imposible delimitar

42 RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., Koehler, Stuttgart, 1956, p. 353. La fórmula fue enunciada por primera vez en un artículo publicado en la revista *Süddeutsche Juristen Zeitung* núm.5, agosto, 1946, con el título “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, que puede encontrarse en RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 83-93, y en concreto p. 89. Existe traducción al español de M. I. Azareto de Vásquez, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962. La fórmula se recoge en la p. 37.

Sobre el empleo de esta fórmula en el caso de los disparos en el Muro de Berlín, vid. entre otros ARNOLD, J., “Gustav Radbruch und die “Mauerschützenfälle”: Ein Kontinuitätsproblem”, en SPD-Parteivostand (Hrsg.), *Dokumentation, Das 10. Gustav-Radbruch-Forum 1978-1997 - dem Rechtsdenker verpflichtet*, Bonn, 1998, p. 18 ss; DREIER, H., “Gustav Radbruch und die Mauerschützen”, *JZ* 1997, p. 421 ss; KAUFMANN, Arthur, “Die Radbruchsche Formel”, cit., p. 84; hace una exposición sumamente interesante y completa ROSENAU, H., *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze*, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 113 ss.

43 ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña* núm.5, 2001, p. 76. Del mismo autor, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, Hamburg, 1993, p. 4; del mismo autor, “Derecho injusto”, cit., p. 205.

44 RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht”, cit., p. 88; del mismo autor, *Arbitrariedad legal*, cit., p. 35. Más adelante afirma el filósofo alemán que “no se puede dejar de reconocer, precisamente después de las experiencias de esos doce años, qué terribles peligros para la seguridad jurídica puede aparejar el concepto de injusto legal y la negación del carácter jurídico de las leyes positivas. Debemos esperar que tal injusto quede como un irrepetible extravío y confusión del pueblo alemán; pero para todos los casos posibles tenemos que protegernos, por medio de la superación fundamental del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso del poder legislativo nacionalsocialista, contra el retorno de tal Estado injusto”. RADBRUCH, G., op. cit., p. 90; del mismo autor, op. cit., p. 40-41.

45 RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht”, cit., p. 88-89; del mismo autor, *Arbitrariedad legal*, cit., p. 36-37.

con mayor detalle los casos de injusto legal y los de leyes válidas aunque de contenido injusto, esto es, concretar su fórmula con más precisión, pero afirma que “se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye el núcleo de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no sólo es “derecho injusto” sino que más bien carece de naturaleza jurídica”⁴⁶.

La nota característica de la fórmula de RADBRUCH es que no exige una coincidencia completa entre el Derecho y la moral, pues únicamente cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia las normas promulgadas conforme al Ordenamiento jurídico y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica⁴⁷. Pero sí es cierto que la aceptación de la fórmula supone el alejamiento del positivismo y la admisión de una vinculación, parcial, entre Derecho y moral⁴⁸.

¿Cómo sortear la objeción basada en la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables?. ALEXY⁴⁹ señala que ese principio constitucional, pese a estar garantizado ilimitadamente según su tenor literal, ha de ser integrado con una cláusula limitativa no escrita, basada en la fórmula de RADBRUCH,

46 RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht”, cit., p. 89; del mismo autor, *Arbitrariedad legal*, cit., p. 37-38.

47 Cfr. ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 76. En este artículo Alexy rebate uno a uno los argumentos que han sido utilizados contra la fórmula de Radbruch. Del mismo autor, vid. “Derecho injusto”, cit., p. 205.

48 Cfr. ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 77.

49 ALEXY, R., “Derecho injusto”, cit., p. 207-208. Este autor critica con dureza la fundamentación utilizada por el Tribunal Supremo Federal para negar la vulneración del principio de irretroactividad en el caso de los disparos en el Muro de Berlín. Según el Alto Tribunal alemán, las disposiciones de la RDA sobre uso de armas de fuego pueden ser interpretadas de forma favorable a los derechos humanos, de manera que se llegue a la conclusión de que la muerte de un hombre no puede supeditarse al interés del Estado en impedir el cruce no autorizado de la frontera interior alemana (BGHSt 40, 249 ss). El soldado de frontera no sufre ningún engaño en su confianza en la vigencia de la ley, sino exclusivamente en su confianza en la permanencia de una determinada interpretación del derecho escrito, que constituía una práctica estatal contraria a los derechos humanos. En opinión del Tribunal Supremo Federal esa confianza no es digna de tutela en el sentido del art. 103.2 GG, pues éste ampara tan sólo la confianza en el derecho legal escrito. Para ALEXY, de esta forma el Tribunal sortea el art. 103 GG a través de una maniobra interpretativa retroactiva, lo cual constituye una retroactividad encubierta. ALEXY, R., op. cit., p. 207; del mismo autor, *Mauerschützen*, cit., p. 30. En cualquier caso, la decisión del Tribunal Supremo Federal fue posteriormente ratificada por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG, EuGRZ 1996, 538 ss), que opta por una fundamentación distinta de las utilizadas en su día sea por el Tribunal Territorial de Berlín sea por el Tribunal Supremo Federal. La solución del Tribunal Constitucional se centra en circunscribir la prohibición de retroactividad, que tiene carácter absoluto, al supuesto normal en el que imperan la democracia, la división de poderes y el respeto a los derechos humanos. En una situación en la que la punibilidad ha de enjuiciarse conforme al Derecho de un Estado que no respeta ni la democracia, ni la división de poderes ni los derechos fundamentales, surge un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de Derecho y la prohibición absoluta de retroactividad recogida en la Constitución. A juicio del Tribunal, el conflicto se resuelve cuando ese Estado elabora un derecho extremadamente injusto, “tipificando supuestos de hechos penales para los más graves injustos criminales, pero excluyendo sin embargo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas escritas, a este derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional” (BVerfG, EuGRZ 1996, 549). Y ello porque desaparece el fundamento especial de confianza que, en las condiciones propias de un Estado de Derecho, se encuentra ligado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad. ALEXY ha resaltado la incongruencia en que cae el Tribunal Constitucional Federal al referirse constantemente a la estricta y absoluta prohibición de retroactividad para después admitir limitaciones de la misma, pues “¿cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos “irrenunciables”; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?”. ALEXY, R., “Derecho injusto”, cit., p. 213. Vid. también muy crítico ZIELINSKI, D., “Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt”, en SAMSON, E./ DENCKER, F./ FRISCH, P./ FRISTER, H./ REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 811 ss.

que permita excluir de su ámbito de protección las causas de justificación especiales, constitutivas de derecho extremadamente injusto y establecidas por Estados injustos. Igualmente se entiende que no merece protección la confianza en la irretroactividad de las normas penales desfavorables de quienes cometen delitos internacionales en el marco de Estados donde no se han tipificado expresamente. La jurisprudencia alemana de la segunda posguerra respondió decididamente en sentido afirmativo a la cuestión acerca de si podía considerarse entonces injusto lo que en la época nacionalsocialista era Derecho, y siguiendo estos precedentes el Tribunal Supremo Federal ha hecho lo mismo después de la reunificación alemana. Esta jurisprudencia utiliza expresamente la fórmula de RADBRUCH⁵⁰. Sin embargo, la polémica generada en torno a esta cuestión en la doctrina alemana es prácticamente inabarcable, ya que la fórmula de RADBRUCH no ha tenido una acogida unánime, siendo rechazada de plano por los positivistas más estrictos⁵¹, y con más cautela por quienes consideran preferible acudir al Derecho positivo cuando con él se consiguen los mismos resultados⁵².

Así, respecto de los Estados injustos JAKOBS⁵³ señala que el injusto es ilegalidad, e ilegalidades sólo se pueden producir donde el Derecho existe, y no sólo sobre el papel, sino también en la realidad vigente estatal. En un Estado criminalmente pervertido, en un Estado de “no Derecho” (“*Unrechtsstaat*”), no existe el Derecho ya que las leyes estatales no subsistirían ante una justicia supraestatal, y a la justicia supraestatal falta un anclaje en la voluntad estatal. La voluntad estatal de validez es constitutiva de las normas penales a causa de la vigencia del principio de legalidad, expresado en el aforismo “*nullum crimen sine lege*”⁵⁴. De esta forma niega JAKOBS que el Derecho natural pueda ser tanto una frontera del Derecho positivo como su sustituto cuando ese Derecho positivo es absolutamente injusto, ya que considera que “este planteamiento es totalmente incompatible con la prohibición constitucional de penalizar sin leyes positivas. La norma positiva sobre el momento de los hechos no prohíbe el hecho, en verdad la prohibición resulta, como se ha mostrado, de una norma del derecho natural. Ello -a causa de la vinculación de las penas a una “*lex scripta*”...- basta para excluir esta solución”⁵⁵. Para JAKOBS⁵⁶, el Derecho natural “legitima el ordenamiento bien constituido y deslegitima el ordenamen-

50 Vid. las citas jurisprudenciales que ofrecen, entre otros, ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 77-81; ROGALL, K., “Bewältigung von Systemkriminalität”, cit., p. 389 ss; o ROSENAU, H., *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, cit., p. 117-120.

51 Vid. entre otros GRÜNWARD, G., *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Peter Hanstein Verlag, Bonn, 1971, p. 11 ss; del mismo autor, “Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen”, *StV* 1/1991, p. 36. Una exposición concisa de su pensamiento en ARNOLD, J., “Überpositives Strafrecht und Andeutungen völkerrechtsfreundlicher Auslegung von Strafrecht”, en SAMSON, E./ DENCKER, F./ FRISCH, P./ FRISTER, H./ REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, cit., p. 32-38. Téngase en cuenta que la postura de RADBRUCH no es el extremo opuesto al positivismo, ni mucho menos, habiendo sido calificada como “positivismo limitado por el Derecho suprapositivo”. ARNOLD, J., op. cit., p. 43.

52 Pues, en efecto, recuérdese que una vía de solución en su momento adoptada por el Tribunal Supremo Federal alemán fue declarar que según el propio Ordenamiento jurídico de la RDA la realización de los disparos en el Muro de Berlín contra quienes intentaban cruzar clandestinamente la frontera era una conducta antijurídica. Siguen esta vía WILMS, H./ ZIEMSKE, B., “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht?”, *ZRP* 1994, p. 170, p. 172.

53 JAKOBS, G., “Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?”, *DOXA* núms.17-18, 1995, p. 450 ss, distingue cuidadosamente entre las medidas y reglas no escritas y no publicadas que regían la vida en la RDA, lo que él denomina el Ordenamiento real, y el sistema de normas generales escritas y publicadas que no era eficaz, pues no era aplicado en la práctica. Insiste en ello en “¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político”, *ADPCP* 1994, p. 142-145.

54 Cfr. JAKOBS, G., “Untaten des Staates-Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?”, *GA* 1994, p. 9 ss; del mismo autor, “Crímenes del Estado”, cit., p. 447 ss.

55 JAKOBS, G., “Crímenes del Estado”, cit., p. 458.

56 JAKOBS, G., “Crímenes del Estado”, cit., p. 459.

to no bien constituido, pero no sustituye las normas estatales”, e insistiendo en ello señala que “el derecho natural se enfrenta en cualquier caso al ordenamiento real en la medida en que las normas dictadas sin competencia, es decir, las normas que afectan al ámbito reservado, carecen de efectos jurídicos: su ejecución es coacción. Pero en el vacío normativo que de ello surge no se introducen normas del derecho natural y sin duda no lo hacen como derecho estatal”⁵⁷. El propio JAKOBS reconoce que su posición nos vincula, mediante la prohibición de retroactividad, a la arbitrariedad del Ordenamiento injusto vigente en el momento de los hechos, precisamente la situación que trata de evitar la fórmula de RADBRUCH, pero esa sujeción contiene “algo que es correcto desde un punto de vista material: si en el momento del hecho no existe la punibilidad, aunque su fundamento sea un mal fundamento, el hecho no puede caracterizarse como expresión de la maldad subjetiva, sino que en “este” ordenamiento aparece como adecuado, como normal. El no haber podido escapar del espíritu del ordenamiento en el que uno vive es distinto a haberlo contradicho sin buenos fundamentos”⁵⁸. La comprensión del Ordenamiento jurídico de los Estados de Derecho a que ha llevado la punición de los hechos cometidos en la RDA es, a su juicio, peligrosa a largo plazo, pues “este ordenamiento no se concibe como un edificio construido de forma inteligente, cuya estática ha de ser constantemente asegurada, sino como una construcción correcta de forma cuasi-natural y cuasilógica, que todo lo vincula supratemporalmente o, cuando menos, supraespacialmente”⁵⁹.

A esta posición cabe realizar diversas objeciones. En primer lugar, no resulta correcto enlazar la validez de las normas jurídicas a la voluntad estatal, puesto que la voluntad estatal dentro de las relaciones de poder de una dictadura no puede reclamar ningún tipo de validez normativa cuando se opone a principios jurídicos elementales⁶⁰. La voluntad estatal no es un presupuesto suficiente para el Derecho. Y tampoco es necesaria allí donde la sociedad quiere dotarse de un Derecho, pues un pueblo puede reconocer normas jurídicas elementales que han de regir la conducta de todos aunque no hayan sido reconocidas por el poder estatal. La cuestión de la punibilidad de los injustos de sistema estatal-legal quedaría obsoleta si el Derecho internacional declarara ilegal sin duda alguna un injusto de sistema ilegítimo y con ello fundamentara su perseguibilidad penal. Pero sucede que un Derecho internacional penal de estas características todavía no ha recibido reconocimiento general⁶¹, aunque nos encaminamos hacia él. Mientras esta situación se mantenga, las normas de Derecho suprapositivo⁶²

57 JAKOBS, G., “Crímenes del Estado”, cit., p. 460.

58 JAKOBS, G., “Crímenes del Estado”, cit., p. 464.

59 JAKOBS, G., “Crímenes del Estado”, cit., p. 466.

60 Cfr. LAMPE, E.-J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZStW* 1994, p. 710.

61 Cfr. LAMPE, E.-J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, cit., p. 711.

62 LAMPE trata el Derecho natural como sinónimo de Derecho suprapositivo, pero esta equiparación no es admisible si se entiende, como aquí hacemos, que el Derecho suprapositivo es un derecho supralegal pero positivo, cuya fuente más significativa en la práctica son los Tratados y Convenios internacionales sobre derechos humanos. Se ha alegado también que los derechos humanos tienen validez positiva por razón de criterios similares a los del derecho consuetudinario, sin que para ello sea preciso un anclaje legal. Cfr. KAUFMANN, Arthur, “Die Radbruchsche Formel”, cit., p. 85-86. Sin embargo, con razón objeta ALEXEY, R., “Derecho injusto”, cit., p. 220, nota núm.87, que “ciertamente, el derecho consuetudinario es sin duda derecho positivo. Su positividad se basa, no obstante, en su vigencia social (*longa consuetudo*), a la que debe añadirse luego el convencimiento de su corrección (*opinio iuris*). Sin aquella vigencia social, no surge derecho consuetudinario alguno. Sin embargo, el derecho a salir del país y el derecho a la vida, en la forma de un derecho a no recibir la muerte en el intento de obtener el negado derecho a salir del país mediante el simple cruce de la frontera carecían de una vigencia social semejante en la RDA... Aquellos que contravenían las normas del derecho de la RDA, que en su interpretación mediante la práctica estatal justificaban los disparos mortales, no era por tanto, en la RDA, derecho positivo. Y ya que no existía en la RDA otra suerte de derecho positivo que pudieran vulnerar aquellas normas, sólo podrían vulnerar entonces, si es que vulneraban algo, un derecho suprapositivo. Este derecho no es ni rígido ni inmutable, pero posee en cambio un núcleo que trasciende un tiempo y un espacio concretos”.

deben compensar esa carencia en lo que respecta a la ilegalidad de delitos graves. Estas normas existen, con independencia de las culturas, donde la falta de sanción hace peligrar la justicia penal en su conjunto. Esto ocurre “sólo en los casos de (1) actos que sirven a la destrucción de comunidades, como por ej. el genocidio; (2) actos que ponen en peligro las condiciones de vida de los pueblos, como por ej. liberar energía nuclear; (3) actos que cancelan la personalidad humana, sea espiritual sea culturalmente, como por ej. el “lavado de cerebro”. Fuera de este estrecho núcleo existe sólo una débil necesidad político-criminal de protección frente a actos antijurídicos del Estado, de forma que la ulterior punibilidad jurídico-positiva debe ser (co-) constituida”⁶³. Como puede observarse, se parte de la fórmula de RADBRUCH calificando de injusticia extrema hechos que constituyen delitos graves contra las personas y los pueblos tipificados a nivel internacional. Posteriormente el Tribunal Supremo Federal ha extendido el ámbito de aplicación de la fórmula al no considerarla limitada a los más graves crímenes de guerra o contra la humanidad, empleándola para juzgar las muertes de fugitivos en el Muro de Berlín, que al fin y al cabo no eran más que delitos contra las personas.

En segundo lugar, frente a la afirmación de JAKOBS⁶⁴ de que el Derecho natural no puede sustituir a las normas estatales y que en el vacío normativo que surge no se introducen normas del Derecho natural y sin duda no lo hacen como Derecho estatal, hemos de puntualizar que, en efecto, mediante la fórmula de RADBRUCH no se trata de crear un nuevo Derecho suprapositivo que sustituya al Derecho estatal, antes bien, se trata de eliminar del Ordenamiento jurídico positivo las normas extremadamente injustas, de forma que en su lugar siga vigente el Derecho positivo liberado de estas manifestaciones de extrema injusticia⁶⁵.

La aceptación de la fórmula de RADBRUCH ofrece, pues, un fundamento suprapositivo de la incriminación y permite explicar cómo un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural. Esta concepción del Ordenamiento jurídico como conjunto de principios y valores reconocidos por las naciones civilizadas tiene notable predicamento en la doctrina⁶⁶. Se muestran críticos con este punto de vista aquellos autores para quienes este concepto de Ordenamiento no es aceptable porque no se trata de un Ordenamiento jurídico propiamente dicho, sino más bien de un conjunto de valores y principios que inspiran, por ej., el Derecho penal internacional, dejando de ser un Ordenamiento jurídico para convertirse en un Derecho ideal, virtual y utópico, entendiéndose que si se acepta este concepto de Ordenamiento entonces todas y cada una de las infracciones cometidas en el mundo civilizado, independientemente de que supongan la trasgresión o no de la legislación vigente en el país en que actúe el aparato de poder o en el que se verifiquen los resultados de su actuación,

63 LAMPE, E.-J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, cit., p. 712.

64 Apoyada, entre otros, por AMBOS, K., “Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer”, *JA* 1997, p. 983-984; DANNECKER, G./ STOFFERS, K. F., “Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze”, *JZ* 1996, p. 491, 493; SCHREIBER, H.-L., “Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht”, *ZStW* 1995, p. 165 ss.

65 En este sentido, BGHSt 41, 112-113, donde el Tribunal rechaza expresamente este argumento de JAKOBS. ROGALL, K., “Bewältigung von Systemkriminalität”, cit., p. 413, cree que el Tribunal Supremo Federal ha dicho con esto la última palabra sobre el asunto.

66 Vid. por todos BOTTKE, W., “Estructura de la autoridad en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad europea”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 318. En contra, por entender que no ofrece seguridad, AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 609 ss.

serían siempre opuestas a los valores de la convivencia humana en democracia. No comparto esta crítica. Ya he señalado que aplicando la fórmula de RADBRUCH no se crea un Derecho virtual, sino que se considera que no es Derecho, que carece de eficacia jurídica, aquella parte del Ordenamiento jurídico positivo de la que se puede predicar la característica de la extrema injusticia. Además, la aplicación de la fórmula de RADBRUCH no supone declarar que el Derecho promulgado conforme al Ordenamiento jurídico y socialmente eficaz tiene que ser justo y correcto para ser Derecho, antes bien, sólo la injusticia extrema hace que la norma pierda el carácter jurídico o la validez jurídica, por lo que no es suficiente con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos propia de los delitos “normales” para afirmar esa extrema injusticia, siendo necesario que se produzca una contradicción insoportable entre la norma y un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa una injusticia extrema⁶⁷. Si no se acepta la existencia de este Derecho suprapositivo se llegaría al absurdo de castigar a quien, dentro de un Estado de Derecho, abusa de su función como órgano del Estado, pero no poder hacer lo mismo con la persona que, yendo más allá, consigue ocupar el poder del Estado para abusar de él en su conjunto, lo que sin duda resulta mucho más peligroso para bienes jurídicos fundamentales, como demostró el régimen nacionalsocialista y siguen demostrando actualmente otros regímenes que perpetran genocidios u otros crímenes internacionales contra su propio pueblo o contra otros.

En conclusión, partiendo de que el cumplimiento de ciertas exigencias mínimas de justicia es presupuesto necesario para el carácter jurídico o la validez jurídica de las disposiciones normativas emanadas del Estado, podemos argumentar jurídicamente que el Estado injusto actúa en su globalidad desprendido o al margen del Ordenamiento jurídico.

IV. CONCLUSIONES

Hemos visto cómo puede sortearse el problema que supone encajar la actuación criminal del Estado en cuanto tal con la exigencia de que el aparato organizado de poder funcione en su conjunto fuera del marco del orden jurídico, alegando la vigencia de un derecho suprapositivo cuyo eje se encontraría en los principios de Derecho Internacional. Se limita la aplicación de la fórmula de RADBRUCH a los supuestos de graves y masivas lesiones de bienes jurídicos individuales que por su magnitud constituyen delitos internacionales cometidos por Estados que no lo son de Derecho, siempre y cuando la gravedad del caso sea tal que contraríe las percepciones valorativas de cualquier nación civilizada⁶⁸. Los Estados injustos así constituidos son aparatos organizados de poder en cuyo seno se dan las condiciones para apreciar la autoría mediata por dominio de la organización. Ejemplos citados en este sentido son la Alemania de Hitler y la Camboya de Pol-Pot y los Jemeres rojos. A la lista puede añadirse la etapa estalinista en la Unión Soviética. Pero no en todos los casos de Estados criminales resulta tan clara la posibilidad de aplicar la fórmula de RADBRUCH. En relación con los países socialistas, y en particular con la RDA, debe demostrarse no sólo que no se trataba de un Estado de Derecho (“*Nicht-Rechtsstaat*”), extremo respecto del cual caben pocas dudas si el modelo que se utiliza es el propio de las democracias occidentales, sino también que era un Estado injusto

67 Cfr. ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 91.

68 Cfr. BOTTKE, W., “Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania”, *Revista Penal* núm.4, julio 1999, p. 27.

(“Unrechtsstaat”)⁶⁹, pues no es lo mismo⁷⁰. En efecto, el característico desprendimiento del Derecho propio de los aparatos organizados de poder ha sido discutido en este supuesto, en concreto en lo que afecta a la cuestión acerca de si en su actuación se dieron casos de extrema injusticia que justificarían la aplicación de la fórmula de RADBRUCH y, por tanto, sortear las objeciones que se alzan frente a la aplicación retroactiva de normas penales desfavorables al reo. Empezando por las críticas más radicales, apunta HERZBERG⁷¹ que la autoría mediata sólo puede determinarse de acuerdo con el delito concreto (“*deliktsspezifisch*”), y no es posible afirmar que todo el aparato organizado actúa fuera del Ordenamiento jurídico cuando, por ej. en el supuesto de los disparos en el Muro de Berlín, lo cierto es que el aparato únicamente dejaba de respetar la prohibición de matar en una situación muy concreta y que se daba raras veces, como era la huida clandestina a través de la frontera interalemana, y la mayoría de sus miembros no se ha liberado de esa prohibición, sino que cree que está permitido matar en esa situación. Este argumento es extrapolable a los casos de guerra sucia en general. A esta objeción ha respondido ROXIN poniendo de manifiesto que, por supuesto, el exigido desprendimiento del Derecho debe ser analizado de acuerdo con el delito concreto, lo que supone que el aparato de poder dominado por el Consejo de Defensa Nacional de la RDA se había liberado de la prohibición de matar cuando se trataba de los fugitivos que intentaban atravesar el Muro, lo que para él es suficiente, no siendo necesario exigir que el aparato no se considere obligado a respetar todo el Código penal⁷². De esta forma se explica el cumplimiento del requisito de la actuación al margen del Ordenamiento jurídico, aunque no se pueda afirmar la característica de extrema injusticia respecto del régimen legal de fronteras de la RDA. El Ordenamiento jurídico de la Alemania oriental respetaba los derechos humanos hasta el punto de que se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ya en lo que respecta a los disparos contra los fugitivos en el Muro de Berlín, las normas autorizaban únicamente el uso de la violencia necesaria para evitar la comisión de infracciones graves, como era el paso clandestino de la frontera. En la aplicación de estas normas se produjeron excesos no sólo tolerados sino conscientemente ordenados por los ocupantes de las más altas Instituciones del Estado. Muy

69 Respecto de la RDA puntualiza BOTTKE, W., *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 73, nota núm.238, utilizando una terminología distinta a la empleada en el texto pero cuyo sentido coincide con el que he querido expresar, que debe demostrarse no sólo que era un Estado injusto, extremo respecto del cual no cabe en su opinión duda alguna, sino además que era un Estado injusto “acivil”. Este autor no cree aplicable el dominio de la organización a los países en que hubo antiguamente un socialismo real. Cfr. BOTTKE, W., “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D.-M. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 184; del mismo autor, “Criminalidad económica”, cit., p. 27. También en contra de calificar a la RDA como Estado injusto en el que predominase la violencia y el desprendimiento del Derecho, vid. ROSENAU, H., *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, cit., p. 122-123; SENDLER, H., “Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes - Das Editorial der Herausgeber im Meinungsstreit”, *NJ* 1991, p. 380; WASSERMANN, R., “Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit”, *RuP* núms.27-28, 1991/92, p. 121.

70 Cfr., entre otros, DREIER, R., *Juristische Vergangenheitsbewältigung*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 16; ROSENAU, H., *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, cit., p. 122; WAGNER, I., *Die DDR - ein “Unrechtsstaat”?*, Leipzig, 1994, p. 15. Vid. además LAMPE, E.-J., “Rechtswidriges Gesetz? Strafbare Gesetzgeber?”, en LAMPE, E.-J. (Hrsg.), *Deutsche Wiedervereinigung. Band II. Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 23.

71 Cfr. HERZBERG, R. D., “Mittelbare Täterschaft”, cit., p. 36-37.

72 Cfr. ROXIN, C., “Probleme von Täterschaft”, cit., p. 556; del mismo autor, “Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg”, en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung*, cit., p. 55. De acuerdo ROGALL, K., “Bewältigung von Systemkriminalität”, cit., p. 425.

probablemente ni siquiera el propio RADBRUCH podría predicar la extrema injusticia respecto del Ordenamiento de la RDA⁷³, tanto porque la fórmula tantas veces citada no es aplicable para juzgar la legitimidad de todo el Ordenamiento, sino únicamente de normas concretas o de partes del Derecho⁷⁴, como porque sólo podría afirmarse cautelosamente la extrema injusticia en casos muy concretos y perfectamente delimitados de la práctica, que no de la legislación, estatal. El hecho de que dolosamente se disparara a matar contra fugitivos desarmados todavía no permite afirmar que el régimen de fronteras fuera extremadamente injusto. Con esto no pongo en duda que la RDA no fue un Estado de Derecho. No en vano la propia RDA se consideraba a sí misma en las antípodas del Estado liberal de Derecho. Pero en modo alguno son equiparables el régimen nazi o el de los Jemeres rojos, con sendos genocidios organizados a nivel estatal, y la RDA⁷⁵. Esto no impide reconocer que se trataba de un aparato organizado de poder en la modalidad de Estado criminal pues, como hemos visto, reúne las características de actuación desprendida del Ordenamiento jurídico, fungibilidad de los ejecutores y organización jerárquica⁷⁶. Significa únicamente que no le es aplicable la fórmula de RADBRUCH.

73 Así, entre otros, DREIER, H., "Gustav Radbruch und die Mauerschützen", cit., p. 429 y 431; MIEHE, O., "Rechtfertigung und Verbotsirrtum. Zum Stand der Diskussion über die Strafbarkeit der Todesschützen an Berliner Mauer und innerdeutscher Grenze", en HEINZE, M./ SCHMITT, J. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag*, Chmielorz, Wiesbaden, 1995, p. 660; ROSENAU, H., *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, cit., p. 114 ss; ZIELINSKI, D., "Das strikte Rückwirkungsverbot", cit., p. 827.

74 Cfr. el propio RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht", cit., p. 106. Vid. también ROSENAU, H., *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, cit., p. 127-128; SALIGER, F., *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 18.

75 Cfr. al respecto HEUER, U.-J./ RIEGE, G., *Der Rechtsstaat eine Legende?*, Nomos, Baden-Baden, 1992, p. 82 ss. Vid. en contra de la equiparación, entre otros, ARNOLD, J., "La "superación" del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho", en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 337 ss; KRAUSS, D., "Schuld im Strafrecht -Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?", en ALBRECHT, P.-A. y otros (Hrsg.), *Festschrift für Hors Schüler-Springorum*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 464; MERKEL, R., "Politik und Kriminalität", en UNSELD, S. (Hrsg.), *Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1993, p. 318.

76 Como apunta AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., p. 610, llama la atención que ROXIN nunca haya afirmado que la RDA actuó como aparato organizado de poder desprendido del Derecho en el sentido de su teoría.