

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

NO-POSITIVISMO, JUSTICIA TRANSICIONAL Y RETROACTIVIDAD DEL DERECHO PENAL

**Un análisis de la aplicación de la «Fórmula de
Radbruch» al caso de los centinelas del muro de
Berlín**

Autora

Sandra Moreno Vicente

Director

Daniel Oliver Lalana

Departamento de Filosofía del Derecho

Universidad de Zaragoza

Julio de 2018

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS	1
II.	INTRODUCCIÓN.....	2
III.	CONCEPCIONES DEL DERECHO Y RETROACTIVIDAD PENAL.....	5
3.1	POSITIVISMO VS. NO-POSITIVISMO.....	5
3.2	EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD PENAL	10
IV.	JUSTICIA TRANSICIONAL Y RETROACTIVIDAD PENAL.....	16
4.1	CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y PROCESOS TRANSICIONALES	16
4.2	JUSTICIA TRANSICIONAL, DERECHO INTERNACIONAL Y RETROACTIVIDAD PENAL	18
V.	REPERCUSIÓN EN ESPAÑA: FRANQUISMO	23
5.1	MEMORIA HISTÓRICA Y JUSTICIA TRANSICIONAL	23
5.2	BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL: CASO BAENA	26
VI.	EL CASO DE LOS CENTINELAS DEL MURO DE BERLÍN	30
6.1	SENTENCIAS DE LOS PRIMEROS TRIBUNALES ALEMANES	30
6.1.1	Sentencia del Tribunal Territorial Alemán: Razonamiento seguido por este Tribunal para enjuiciar a los guardianes y a los miembros del Consejo Nacional de Defensa con relación a la causa de justificación alegada.....	31
6.1.2	Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán: Razonamiento seguido por este Tribunal para el enjuiciar a los guardianes y miembros del Consejo Nacional de Defensa con relación a la retroactividad de la norma penal	34
6.2	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN	37
6.2.1	Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán	37
6.2.2	No-positivismo, Radbruch y Alexy	40
VII.	CONCLUSIONES	46
VIII.	BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	49

I. ABREVIATURAS

RDA	República Democrática Alemana
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
ONU	Organización de Naciones Unidas
FD	Fundamento de Derecho
AN	Audiencia Nacional
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
VoPoG	Ley sobre los Deberes y Facultades de la Policía Alemana del Pueblo
LMH	Ley de Memoria Histórica
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos

II. INTRODUCCIÓN

Todo el mundo, por norma general, tiene una idea de justicia, y todo el mundo aboga por que el derecho de su país procure conseguir esa justicia. Cuando hechos particularmente horribles han sido amparados por un determinado ordenamiento jurídico, ese sentimiento de —o por la— justicia puede verse mucho más acrecentado. Cuando cambia ese ordenamiento, la sociedad se encuentra en la tesitura de tener que subsanar los daños generados a los ofendidos por normas consideradas por la mayoría de personas como injustas. Sin embargo, cuando pretendemos reparar los derechos de las víctimas y de sus familiares, y con ello «hacer justicia», aparece un problema jurídico clave: ¿cómo podemos sancionar a los responsables de unos hechos que, en principio, eran lícitos bajo un régimen jurídico anterior? ¿No supone eso vulnerar una de las máximas de los ordenamientos jurídicos como es la irretroactividad de la norma?

Mi trabajo versa sobre la retroactividad de la norma penal en situaciones en las que la licitud o ilicitud de los hechos se ve cuestionada, como por ejemplo, cuando se cometen crímenes que dejan a la sociedad un sentimiento de justicia que debe ser salvada de alguna manera, atentados conocidos como crímenes de lesa humanidad. No hay duda alguna de que los Estados tienen la obligación de juzgar y castigar, por medio de sus jurisdicciones penales nacionales, a los autores de graves violaciones de Derechos Humanos constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional y crímenes de lesa humanidad. Es cierto que castigar unos crímenes que en su momento no eran considerados como tales puede contradecir los principios de legalidad, concretamente, el de irretroactividad de las normas sancionadoras. Sin embargo, cabe plantearse si estos principios deben siempre aplicarse en forma absoluta, o si podrían relativizarse en algún caso excepcional, e incluso si habría de negarse el carácter jurídico a determinadas normas, pues ¿cómo puede ser algo derecho, si una mínima idea de justicia no queda implícita en él?

La elección de este tema responde a un doble motivo. Por una parte, permite ver cómo afrontan este tipo de situaciones las dos grandes concepciones filosóficas del derecho, es decir, la visión positivista y la no-positivista. Como veremos, para enjuiciar estos casos no solo se usan argumentos jurídicos positivistas, sino que también hay cabida para las concepciones jurídicas no-positivistas —o iusnaturalistas— que salvaguardan esa necesidad social de hacer justicia. Por otra parte, estos hechos

conectan con un debate muy actual que viene relacionado con términos como la memoria histórica y/o la justicia transicional, debate el cual tiene especial impacto en nuestro país, pues también partimos de una situación similar a la que trata el trabajo pero sobre la cual se aportan razonamientos diferentes.

El tema de la retroactividad de la norma penal se trata de un tema muy amplio, objeto de muchos estudios y desde diferentes enfoques. Mi objetivo no es abarcarlo todo, sino analizar un ejemplo, como es el estudio del enjuiciamiento de los Centinelas del Muro de Berlín, quienes se dedicaban a vigilar la frontera interior alemana, cuyos actos se veían amparados por sus superiores, y los cuales quitaron la vida de personas que lo único que pretendían era cruzar esa frontera, todo ello a la luz de la justicia transicional y de las ideas iusnaturalistas. Esto puede servir para ver cómo se toma en consideración situaciones análogas en diferentes escenarios, como es Alemania y España después de un importante periodo de transición política. Lo que pretendo, en fin, es resumir las líneas fundamentales del debate sobre justicia transicional y retroactividad, a la luz de las nociones no-positivistas de la filosofía jurídica partiendo de un caso que puede considerarse «ejemplar» o «paradigmático» como es el de los centinelas del muro de Berlín.

Este problema puede a su vez enmarcarse dentro de lo que conocemos como justicia transicional, y cabría definirlo como el conjunto de medidas judiciales y políticas utilizadas como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Son aquellos procesos de transición de una dictadura a una democracia o de un conflicto armado a la paz en los que es necesario equilibrar las exigencias jurídicas, tales como garantía de los derechos de las víctimas a la verdad o la justicia. Se trata, pues, de actos tan reprochables, que en ningún momento pasarán a ser una situación compatible con nuestra ética y nuestra moral. Desde este punto de vista, todo lo que conlleva la justicia transicional supone un reto para el derecho penal, pues puede verse cuestionado uno de los principios fundamentales de esta rama jurídica, como es el principio de irretroactividad de la norma penal.

Para alcanzar estos objetivos, he dividido el trabajo en cuatro partes. En la primera, se hará una diferenciación entre las dos posturas tradicionalmente predominantes en la filosofía jurídica (III), como ya he dicho, la postura positivista y la

no-positivista¹. Esto me permitirá partir de una base lo suficientemente fundada a la hora de afrontar las premisas esgrimidas en la argumentación jurídica de los Tribunales en los casos que voy a analizar.

En la segunda parte, contextualizaremos la situación con nociones de justicia transicional (IV). A continuación, se hará una referencia a España y la repercusión que han tenido determinadas situaciones en nuestro país, haciendo pues una sucinta reseña a justicia transicional, pero en este caso, en España y con respecto al Franquismo (V), para ello usaremos también un caso de contraste que servirá para ver los diferentes modos de enjuiciamiento de España frente a Alemania.

Para ver cómo se refleja la aplicación retroactiva de la norma penal en cuestión, nos centraremos en un caso el cual no se ha tomado numerosas víctimas, pero sí que han tenido una relevancia social en cuanto a Derechos Fundamentales. Es decir, nos centraremos en el enjuiciamiento de los centinelas del muro de Berlín, que se abordará en la última parte del trabajo (VI). Es aquí donde ahondaremos en la Fórmula de Radbruch, en la cual los tribunales justifican sus decisiones amparándose, también, en el no-Derecho existente en la RDA durante la comisión de unos actos en los que a primera vista surge un problema de interpretación en cuanto a su licitud.

Para conseguir esto me ayudaré de diferentes recursos bibliográficos tales como libros, obtenidos de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Zaragoza como de plataformas de internet, tales como Dialnet, Catálogo Roble o Biblioteca Virtual de Tirant lo Blanch. También de artículos de revistas, obtenidos de igual manera que los libros, algunos de la biblioteca física y otras de las plataformas virtuales que ofrecen este tipo de recursos. Y por último de jurisprudencia y alguna fuente procedente de internet.

¹ A efectos de este Trabajo de Fin de Grado, haremos referencia a lo largo del mismo acerca de esta postura con diferentes nomenclaturas, tales como idealista, iusnaturalista, moralista, iusmoralismo, derecho suprapositivo... Sin embargo, no entraré en lo que a constitucionalismos se refiere.

III. CONCEPCIONES DEL DERECHO Y RETROACTIVIDAD PENAL

La definición del concepto de derecho es, sin duda alguna, la reflexión esencial que debe coronar la faena de la filosofía jurídica. Puede decirse, siguiendo a Alexy, que los argumentos sobre la naturaleza del derecho giran en torno a tres problemas. El primero apunta a la pregunta: ¿en qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos «derecho»? Este problema concierne al concepto de norma y de sistema normativo. El segundo y tercer problema va dirigido a la validez del derecho: el primero de los problemas será el relativo a su dimensión real o fáctica, área en la que se refleja el positivismo jurídico. Debemos aquí hacer una dicotomía: en un lado estará el concepto de disposición autoritativa y en el otro lado, la eficacia social.² El tercer problema concierne a la corrección o legitimidad del derecho, y la principal cuestión es la relación existente entre derecho y moral. Ocuparse de esta cuestión es tratar la dimensión ideal o crítica del derecho. Pues bien, podemos diferenciar, en este sentido, dos posturas predominantes a lo largo de la historia, y que bajo diversidad de nombres subsisten hoy: la positivista y no-positivista. Sobre ambas daré unas nociones básicas a continuación que nos servirán para saber en qué consisten y cuáles son sus diferencias y similitudes.

3.1 POSITIVISMO VS. NO-POSITIVISMO

La contraposición entre positivismo y no positivismo suele abordarse a partir de sus posiciones frente a dos puntos a su vez interconectados: uno de ellos es la relación existente entre Derecho y moral, y el otro punto es la validez del Derecho: en este caso a través de la tesis de las fuentes sociales poniéndola en contraposición con el derecho suprapositivo, como puede ser el Derecho natural.

Las teorías positivistas sostienen la llamada «tesis de la separación»³. Esta tesis versa sobre la concepción del derecho de manera que no incluya ningún elemento

² ALEXY, R., “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, número 26, 2003, p. 151.

³ «Una cosa es la existencia del derecho; otra su mérito o demérito. Un tipo de investigación conduce a saber si es no es; para saber si se adecúa o no a un patrón asumido, hace falta una investigación diferente.

moral, no existiendo ninguna conexión conceptual necesaria entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral —moral crítica o correcta⁴—. En una palabra, la determinación de aquello que es derecho no puede hacerse depender de su adecuación a la moralidad.⁵

Con respecto a la postura positivista, podemos hacer una diferenciación entre la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separación. Con respecto de la primera se puede decir que está establecida del siguiente modo: la existencia y el contenido del Derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales, es decir, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad.⁶ De manera que, según esta tesis, Derecho es sólo el derecho positivo —su existencia y contenido dependen de fuentes sociales como la ley, la costumbre o la jurisprudencia— siendo la valoración jurídica independiente de su (in-)justicia o (in-)corrección moral.

La tesis de la separación supone necesariamente la tesis de la separabilidad⁷, y añade a ésta que existen buenas razones normativas para definir al derecho de modo que todos los elementos morales resulten excluidos. Si la tesis de la separación es correcta, quedan para definir dos elementos del derecho: el de legalidad conforme al ordenamiento y el de eficacia social.⁸ Podemos destacar como importante la eficacia, y dentro de ésta, podemos distinguir entre el aspecto externo e interno.⁹ En aspecto externo decimos que la norma consiste en la regularidad de su cumplimiento y/o en la sanción que su incumplimiento conlleva. Mientras que en el aspecto interno reside en la

Una ley que de hecho existe es una ley, aunque ocurra que no nos gusta, o aunque esté en desacuerdo con el texto mediante el cual regulamos nuestra aprobación y desaprobación. Cuando se enuncia formalmente esta verdad como una proposición abstracta, es tan simple y deslumbrante que parece ocioso insistir en ella. Pero por simple y deslumbrante que sea cuando se la enuncia como una expresión abstracta, la enumeración de los casos en los cuales ha sido olvidada bastaría para llenar un volumen.» AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence* (1865), New York, Burt Franklin, 2 vols., 1970, Lecture V.

⁴ Conjunto de criterios o estándares objetivos aptos para evaluar la corrección de las acciones o instituciones humanas según MORESO, J.J., y VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 192.

⁵ ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, S.A., Barcelona, 1994, p. 13.

⁶ Hace falta recordar que dicha tesis no es negada por los no-positivistas, lo que ocurre es que las concepciones de esta parte filosófica exigen para la validez jurídica de las normas, además de los hechos sociales, su adecuación a la moral. MORESO, J.J., y VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 196.

⁷ Esta tesis dice que es posible atribuir cualquier contenido al derecho, con independencia de cualesquiera exigencias de justicia, no excluyendo la posibilidad de que el derecho positivo contenga principios morales, como una cuestión de hecho pero de ninguna manera como algo necesario. Los argumentos de esta tesis intentan mostrar que es posible excluir del concepto de derecho a todos los elementos morales, según Robert Alexy en su libro *La institucionalización de la justicia*, 3ª edición, Comares, 2016, p. 16.

⁸ ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, 3ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 16 y 17.

⁹ Distinción realizada por Robert Alexy en su libro *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa Barcelona, 1994, pp. 21-24.

motivación que tiene el individuo en el cumplimiento y/o aplicación de la norma en cuestión.¹⁰

Frente al positivismo, las teorías no-positivistas sostienen la «tesis de la vinculación». Esta tesis nos habla sobre la validez del Derecho de manera en que las normas que no se adecuan a la moralidad no son jurídicamente válidas. Con respecto al iusnaturalismo antiguo, Agustín de Hipona dijo que las leyes injustas no son leyes y Tomás de Aquino sostuvo que la ley natural que no se deriva del Derecho natural no es ley.¹¹ Esta corriente no niega elementos de legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, tan solo apuntan que además de estas características se incluya también el factor moral.¹² Sin embargo, aquí podemos traer a colación a un autor destacado de esta corriente iusmoralista, concretamente de la época contemporánea, es decir, a Radbruch.

Radbruch ofrece una fórmula que permite llevar a cabo una argumentación no-positivista en aras del enjuiciamiento de casos de graves injusticias aparentemente legitimadas por el derecho positivo. En síntesis, lo que sostiene Radbruch es que el Derecho extremadamente injusto no es derecho.¹³ Podemos hacer una síntesis sobre cómo se afronta una situación de tal orientación con Radbruch. Así pues, el punto de partida de este autor es que incluso la ley injusta es básicamente vista como vinculante; el principio de la seguridad jurídica prohíbe negarle validez a cualquier ley «injusta». Sin embargo, en caso de una vulneración intolerable contra principios de justicia, la ley, como «Derecho injusto», debe perder su validez —la denominada «Fórmula de la intolerancia»—, es decir, la contradicción entre la «ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la

¹⁰ Es probable que esta eficacia se reflejara en lo que ocurría durante el régimen de la RDA, en el cual existía la eficacia jurídica interna —aunque quizá también externa— en cuanto a que los centinelas tenían interiorizado el Derecho que debían cumplir. Sin embargo, en mi opinión, no creo que sólo existiera la eficacia externa en cuanto al cumplimiento del Derecho, pues sus acciones eran observables, sino que los centinelas que estaban guardando las fronteras interiores alemanas sabían perfectamente al puesto de trabajo que accedían cuando se alistaban para ese servicio concreto y se les adiestraba en los campamentos para ello. Luego no sabemos si a alguien se le obligaba a disparar, pero está claro que sabían el tipo de trabajo que iban a realizar.

¹¹ MORESO, J.J., y VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 192 y 193.

¹² ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, S.A., Barcelona, 1994, p. 14.

¹³ ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburgo, 1993, pp. 10, 30. Traducido por Eduardo Roberto Soderó: *Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*.

justicia».¹⁴ Lo mismo debe aplicarse cuando con la ley ni siquiera se aspira a la justicia —la denominada «Fórmula de la negación»—. En este segundo caso no se trata sólo de «Derecho injusto», sino que más bien la ley carece totalmente de naturaleza jurídica.¹⁵ En suma, la injusticia extrema no es Derecho. Por supuesto, lo que sea injusticia extrema se puede discutir, puesto que no hay una definición como tal cierta y única para todos, sino que es un concepto con matices subjetivos, no obstante, aquí voy a considerar que existe acuerdo sobre que determinadas normas «legales» son injustas, como es las que regían el régimen de la RDA.

Con Radbruch, además, se introdujo la idea de que es posible hablar de un injusto legal, esto es, que la formalidad en la aprobación de las leyes no garantiza su justicia, y no impide que algunas de ellas sean contrarias al derecho. Radbruch es bastante crítico del positivismo, y considera que la concepción positivista de que la ley es la ley ha desarmado a los juristas frente a leyes que son arbitrarias y delictivas. Así, para Radbruch, el derecho aspira a la realización de la justicia y de la seguridad jurídica, y por ello un derecho que viola principios fundamentales no puede ser siquiera considerado derecho y por tanto no tiene carácter vinculante. En esta medida, quien alega el cumplimiento de un derecho injusto, carece de justificación y por tanto es responsable de los actos cometidos.¹⁶

El debate positivismo vs. no-positivismo se ha enriquecido mucho en los últimos años sobre todo con las concepciones sobre el positivismo y no-positivismo incluyente y excluyente. El no-positivismo incluyente se encuentra entre los extremos del no-positivismo excluyente y el no-positivismo superincluyente. Los planteamientos del no-positivismo incluyente se circunscriben a una posición intermedia de modo que se centran en decir acerca de los defectos morales que: ni siempre socavan la validez jurídica —postura representada por el no-positivismo excluyente —, ni que nunca lo hacen, —lo que expone el no-positivismo superincluyente—. En consecuencia, se afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica solo bajo ciertas condiciones.

¹⁴ ALEXY, R., *Una defensa de la Fórmula de Radbruch, (Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel)*, Nomos, Baden-Baden, 2 de junio de 2006, p. 75 y 76.

¹⁵ NEUMANN, U., “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 9/2017, p. 488.
www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1134.pdf

¹⁶ BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates y experiencias*, Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2010, p. 73.

El no-positivismo incluyente se encuentra reflejado en su expresión más destacada en la fórmula de Radbruch —a la que se ha hecho referencia antes—, la cual, en su forma más comprimida, es, como ya se ha dicho, que la injusticia extrema no es derecho. El no-positivismo incluyente abarca un grado considerable de positividad, abarcando primero una frontera exterior del derecho, y en segundo lugar, estableciendo una calificación del derecho inmoral o injusto, no sólo como moralmente, sino también como jurídicamente defectuosos. Las consecuencias prácticas del establecimiento de una frontera exterior se hacen evidentes cuando se observa la aplicación de la fórmula radbruchiana por los Tribunales alemanes después de la derrota del nacionalsocialismo y tras el colapso de la RDA —como veremos más adelante—, calificando el derecho inmoral o injusto como defectuosos, no sólo desde una perspectiva moral, sino también desde un punto de vista jurídico, pudiendo los tribunales anular las sentencias injustas de los jueces inferiores debido a su deficiencia jurídica.¹⁷

Por otro lado, el positivismo jurídico excluyente entiende que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales; el positivismo jurídico blando o incluyente afirma que no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios, pues dichos sistemas están dotados de una regla de reconocimiento compleja que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación. Ergo, según los defensores del positivismo jurídico incluyente, el razonamiento jurídico no sólo tiene elementos morales cuando se trata del razonamiento de acuerdo con el Derecho, sino también cuando se trata del razonamiento para establecer el contenido del Derecho, si es que la regla de reconocimiento incorpora criterios morales. No obstante, conviene remarcar que no se va a profundizar en el debate actual acerca del positivismo incluyente o excluyente vs. no-positivismo o constitucionalismo.¹⁸

Sin embargo, incluso una postura no-positivista matizada como la de Radbruch plantea un problema: si acudimos a argumentaciones no-positivistas para «hacer justicia», ¿no estamos abriendo el camino para la aplicación retroactiva de la norma penal? A continuación se enumerarán algunos autores de relevancia para tratar cuestiones sobre la retroactividad de la norma penal con respecto a sus posturas. Para

¹⁷ ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016, p. 76.

¹⁸ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Isonomía*, número 27, 2007, pp. 15 y 18. Véase también el artículo de AGUILÓ REGLA, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”.

ello nos ayudaremos de diferentes argumentos e incluso de un caso-metáfora para llevarlo a la práctica.

3.2 EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD PENAL

Planteado así el debate entre positivismo y no-positivismo, la cuestión es cómo abordan ambas concepciones un tipo de situaciones por desgracia no infrecuentes: los casos en los que se han cometido actos atroces amparados por un derecho, casos de injusticia legal, con respecto a la viabilidad de la aplicación retroactiva de las normas penales en aras de una posterior punibilidad.

Para comenzar, se ha de decir que el alma del principio de irretroactividad¹⁹ es la imposibilidad de establecer consecuencias jurídicas cuando la conducta no estaba penalizada en el momento de la comisión del hecho respecto de la situación jurídica existente²⁰, es decir, *nullum crimen, nulla poena sine lege*.²¹ El problema con la retroactividad no se presenta cuando la conducta ya estaba amenazada con una pena al momento de la comisión de los hechos —como se acaba de explicar—, es decir, incluso conforme al derecho válido del «sistema de injusto». Por el contrario, si el hecho al momento de su comisión y conforme a la legislación vigente entonces no

¹⁹ Artículo 1.1 CP: No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración y artículo 9.3 CE: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

²⁰ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo, en su fundamento de derecho 3, «el problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3. [...] En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)». Véase el principio de legalidad penal que vengo diciendo del artículo 25 de la Constitución Española.

²¹ La génesis de principio se puede atribuir a esa función política vinculada a la divulgación de las reglas. Dicha divulgación se realizaba en la Antigua Grecia mediante la inscripción de la norma en las tablas que estaban ubicadas cerca del ágora. Según DEDES, C., “Sobre el origen del principio «*Nullum crimen nulla poena sine lege*»”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 9, 2002, p. 142.

estaba penado, entonces existe el peligro de una colisión con la prohibición jurídica elemental de crear, así como aplicar, leyes penales retroactivamente.

En esta situación, se puede intentar encarar el problema por medio de una argumentación jurídico-filosófica que permita negar valor jurídico a determinadas leyes del ordenamiento legal pasado. Esta última alternativa promete viabilizar un castigo «justo», sin tener que aceptar una restricción a la prohibición de retroactividad. Este fue el camino que tomaron los Tribunales en Alemania —al cual se procederá en una posterior referencia jurisprudencial—, tanto después del Sistema Nazi, así como después de la reunificación de los dos Estados alemanes. Ergo, como vengo diciendo, desde un punto de vista filosófico-jurídico se trata aquí de una discusión entre el positivismo jurídico y el moralismo jurídico.

Dicho esto, el problema central reside en qué había sido derecho válido en un orden jurídico pasado. El debate no pertenece al campo de la filosofía teórica, sino de la filosofía práctica. El moralismo jurídico reclama a Tribunales y ciudadanos que rehúsen seguir normas del derecho positivo extremadamente injustas. Sobre la relevancia práctica, Alexy aduce que la polémica acerca del concepto de derecho es una polémica acerca de qué es derecho, y que todo jurista tiene al respecto una idea más o menos clara, que se expresa en su praxis. El concepto de derecho que subyace a la praxis jurídica es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aun cuando su solución sea dudosa, se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto de derecho. Otra es la situación en los casos insólitos. En ellos se pone de manifiesto el concepto de derecho que está detrás de toda praxis jurídica y surge entonces un problema acuciante.²²

Este autor nos proporciona argumentos como el argumento de la corrección, el de la injusticia, el lingüístico, el de la claridad, el de la efectividad,...²³ sin embargo el que más nos interesa es el argumento de la honestidad. Este argumento dice, en esencia, que se ha de ser honestos y admitir que se está permitiendo la retroactividad, es decir, en los casos jurídico-penales, el concepto de derecho no-positivista conduciría a un abandono del principio *nulla poena sine lege*. Este argumento es el más fuerte en contra del

²² ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª edición, Gedisa, S.A., Barcelona, 2004, pp. 14 y 15.

²³ ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª edición, Gedisa, S.A., Barcelona, 2004, pp. 45 y ss.

concepto de derecho no-positivista, concretamente contra la Fórmula de Radbruch, pero aun así, no la derrumba. La fórmula radbruchiana conduce sólo a la punibilidad de aquellos hechos cuyo contenido de injusticia es tan extremo, y por lo tanto, tan evidente, que es más fácilmente reconocible que en muchos casos penales habituales. Desde luego, esto es aceptable cuando no se trata de crear normas que fundamenten la punibilidad, sino de eliminar la injusticia legal que conduce a una exclusión de la punibilidad. Si la injusticia de estas normas es tan extrema y evidente que cualquiera puede reconocerla, entonces no puede hablarse de retroactividad encubierta, pues la injusticia era ya clara y podría ser percibida por cualquiera.

Hay que matizar que la fórmula de Radbruch no da lugar a nuevos tipos penales, sino que sólo elimina las causas de justificación especiales de un régimen injusto. La fórmula de Radbruch, por definición, no puede contravenir el mandato de *ius praevium*, esto es, el mandato de que el hecho debía ser punible antes de ser cometido. Según ella, la causa de justificación del régimen injusto era nula desde su origen. Por tanto, con la aplicación de la fórmula de Radbruch no se modifica retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era la situación jurídica en el momento del hecho. El núcleo del reproche de Hart a la honradez es, por tanto, que Radbruch reduce el principio *nulla poena sine lege* al mandato de *ius praevium* y así oculta que se vulnera el mandato de *lex scripta*²⁴. De este modo se encubriría que se trata de elegir entre «el menor de los males» —el mal menor.²⁵

Hart realiza una serie de objeciones a la posición de Radbruch que se ha explicado anteriormente. El argumento relevante se refiere expresamente al problema de la relación entre la Fórmula de Radbruch y la prohibición de retroactividad. Este argumento dice: Si a una norma que contiene una causa de justificación penal y que ha sido promulgada en el ordenamiento jurídico anterior, se le niega *ex post* su efecto jurídico, entonces se esconde y se evade el problema de la aplicación retroactiva de las normas en las que se basa la punibilidad. Pero sin embargo, Hart no excluye de forma general la admisibilidad jurídica de un efecto retroactivo de normas penales.²⁶ La propuesta de Hart consiste en entender que sin un mínimo respeto a sus elementos no se

²⁴ A saber, ley escrita.

²⁵ ALEXY, R., *Una defensa de la Fórmula de Radbruch (Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel)*, Nomos, Baden-Baden, 2 de junio de 2006, p. 94.

²⁶ NEUMANN, U., “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 9/2017, pp. 488 - 489.

alcanzará la eficacia que requiere todo Derecho para existir. Lo que sucede, es que Hart nunca aceptó la denominación de Fuller, dado que rechazaba la supuesta naturaleza moral de esos elementos, de manera que optó siempre por referirse a ellos como principios de legalidad. El principio de la irretroactividad de las normas jurídicas era, para dicho autor y sus seguidores, de imprescindible presencia en todo sistema jurídico que pretendiera tener un mínimo de eficacia en la regulación de las conductas humanas.

El debate generado entre Hart y Fuller puede traer nuevos elementos de análisis al caso de los centinelas del muro de Berlín. También en esta ocasión se enfrentan una versión del positivismo metodológico²⁷ y una versión del iusnaturalismo.²⁸ El punto de la controversia entre ambos autores, que aquí interesa más, se produjo especialmente en el análisis del caso-metáfora del «delator rencoroso», utilizado por Fuller para discutir este tema. Este caso-metáfora del «delator rencoroso» contaba que en algún país del viejo continente, a través de elecciones democráticas incuestionables, llega al poder el partido de los «camisas moradas». Una de las leyes nuevas hizo obligatorio, bajo amenaza de duras sanciones que incluían la muerte, delatar a quienes incurrieran en determinadas conductas antisociales dentro de las cuales se incluía el ser enemigo del régimen. De esta manera, mucha gente desató su rencor delatando a sus enemigos al partido o a las autoridades del Gobierno. Cuando este régimen cayó, fue creciendo una vigorosa demanda pública de que estos delatores rencorosos fueran castigados. Se presentan varias soluciones: que durante su imperio no había derecho y que las personas que cooperaron con aquel gobierno no deben ser castigadas porque no violaban norma jurídica alguna; que sí había derecho y que los delatores rencorosos cumplían con el derecho vigente en aquella época —tal y como optó el primer comisionado—; otra

²⁷ Desde el punto de vista del positivismo metodológico, un camino que no se puede seguir es calificar un derecho válido como no propiamente Derecho, debido a su injusticia manifiesta. Por tanto, ante personas que hayan seguido el Derecho válido, y extremadamente injusto, el dilema positivista es: impunidad o aplicación de leyes retroactivas. Según el artículo de NEUMANN, U., “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 9/2017, p. 476.

²⁸ De acuerdo con Fuller, la moralidad interna del Derecho consiste en los siguientes requisitos: las reglas deberían ser 1) generales; 2) dadas a conocer o disponibles para afectar a las partes (promulgación); 3) prospectivas, no retroactivas; 4) claras y comprensibles; 5) sin contradicciones; las reglas no deberían 6) exigir lo que es imposible; 7) ser cambiadas frecuentemente y finalmente, 8) deberían haber una congruencia entre el Derecho y la acción oficial. Así se recoge en SILTALA, R., “Derecho, Moral y Leyes inmorales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, número 8, 1990, p. 159.

Fuller prefirió reservar el nombre de moral externa del Derecho. Es externa porque son los fines que debería perseguir el Derecho, pero no son elementos intrínsecos a su propia estructura, de manera que si un determinado Derecho los ignora, no por ello deja de ser tal. Así es como se recoge en ESCUDERO ALDAY, R., “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, en *Anuario de filosofía del derecho*, número 19, 2002, p. 313.

opción era que debía dictarse una ley general para juzgar a los que ayudaron al gobierno caótico, aunque tales leyes fueran retroactivas; otra solución eran tratar singularmente cada uno de los casos sin prevenciones generales; y por último, que el problema se resolviera solo, fomentando en cierto grado la venganza privada.²⁹

Ciertamente diferente es, hasta el momento, la propuesta de Fuller con respecto a la defendida por Hart, quien en ningún momento optó por minusvalorar el carácter jurídico, por ejemplo, del Derecho nazi. Su extrema vileza no autoriza a rechazar la validez, desde un punto de vista estrictamente jurídico, de las acciones realizadas al amparo de las mismas. Pero, es precisamente ese carácter vil lo que sí justifica, desde un punto de vista moral, la sanción jurídica de tales conductas, aun cuando con ello se vulnera el principio —tan querido en las democracias occidentales— de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Pues bien, esta solución de Hart coincide con la propuesta de Fuller, aunque una vez más sean diferentes los caminos por los que se llega a la misma meta: en el caso de Hart, es el de la sinceridad y la opción por un mal menor —la vulneración del principio de irretroactividad decae ante la necesidad de castigar a tales sujetos—. En el de Fuller, la razón es que el daño que se causa a la moral interna del Derecho mediante una ley retroactiva es menor que el que se causaría con otras posibles soluciones—explicada anteriormente en la nota a pie—. Tampoco deja de llamar la atención que el propio Radbruch se adhiriera finalmente a esta misma solución.³⁰ Así pues, aplicar leyes retroactivamente: es la solución que propone Hart para el caso-metáfora del delator rencoroso que califica de honrada. Tanto Hart como Fuller lo consideran un mal menor³¹. Es una excepción justificada al principio *nulla poena sine lege* que ambos defiende.³²

El debate sobre el mejor concepto de derecho es una manera de enfocar el problema que quiero tratar, pero no es el único. Sobre todo en las últimas décadas, surge un gran apogeo alrededor de la justicia transicional, que podría considerarse como la

²⁹ FULLER, L., *La moral del Derecho*, Trillas, México DF, 1967, pp. 207-213.

³⁰ ESCUDERO ALDAY, R., “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, en *Anuario de filosofía del derecho*, número 19, 2002, p. 315 y 321.

³¹ La Doctrina del Mal Menor define como moralmente válida la elección de la opción que genera daño en un entorno en el cual no es posible garantizar la beneficencia y se está obligado a actuar. De este modo se reconoce la opción con mal menor como el mayor bien posible según: http://eticapsicologica.org/wiki/index.php?title=Principio_del_Mal_Menor, consultada el día 5 de junio de 2018.

³² NEUMANN, U., “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 9/2017, p. 476.

evolución de las teorías filosóficas clásicas. Así que me pregunto, qué puede aportarme a mi problema la literatura al respecto, en especial, a la luz de los crímenes de lesa humanidad.

IV. JUSTICIA TRANSICIONAL Y RETROACTIVIDAD PENAL

4.1 CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y PROCESOS TRANSICIONALES

Para empezar introduciendo este apartado, tenemos que saber qué es y porqué se aplica el concepto de justicia transicional, y para ello he de hacer referencia inicialmente a los llamados crímenes de lesa humanidad. Estos crímenes son delitos colectivos en cuanto que son cometidos por instituciones u organizaciones contra amplios grupos de víctimas. Se caracterizan por la existencia de una multiplicidad de actos graves de violencia sistemática o a gran escala, contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado, para promover esa política.

En este sentido podemos decir que la finalidad de la justicia transicional es abarcar toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala — como son los crímenes de lesa humanidad—, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.

La paz y seguridad internacionales constituyen los intereses universales que tratan de preservar una de las categorías de crímenes internacionales, concretamente la que nos interesa, es decir, los crímenes de lesa humanidad, pues suponen también la puesta en riesgo de la paz y seguridad internacionales como consecuencia de las violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos básicos de la población civil. Junto a la protección de la paz y seguridad internacionales, consideramos que los crímenes de lesa humanidad se dirigen también a proteger un segundo interés universal de carácter esencial para la sociedad internacional como es la preservación de la población civil como tal.³³

Para esclarecer este tema se verá una reseña de los alcances de los tribunales que han tratado de juzgar a los autores de los crímenes de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario. Como primera referencia de los tribunales *ad-hoc*³⁴ tenemos el Tribunal de Núremberg, creado para el enjuiciamiento de los responsables

³³ OLÁSOLO ALONSO, H., *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 53 y 54.

³⁴ La expresión *ad-hoc* tiene una traducción literal de «para esto». Generalmente se refiere a una solución elaborada específicamente para problema preciso o algo que es adecuado para un determinado fin.

—o quienes fueron los acusados de— crímenes que atentaron contra la humanidad y la paz, además de crímenes de guerra, durante la II Guerra Mundial en Alemania, régimen que se cobró la vida de millones de judíos —entre otros—. Respecto a la efectividad del tribunal, se puede destacar que se logró juzgar y condenar de facto a muy pocos dirigentes nazis, pues para estos procesos no existía una normatividad internacional previa que permitiera estos juicios, por lo que se creó transitoriamente este tribunal, con el fin único de condenar mediante una justicia retributiva, a los autores de estos hechos, que en ese momento no se configuraban como crímenes por ninguna legislación, esto es, crímenes contra la paz y seguridad internacional.

Este tribunal constituye uno de los precedentes más representativos del nacimiento y construcción del Derecho Penal Internacional, a partir de la normativización de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. A diferencia de los tribunales de Núremberg, para la conformación de los tribunales *ad-hoc* de Ruanda, por ejemplo, ya se había consolidado una normatividad del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁵

Como un ejemplo paradigmático³⁶ para ver en qué consiste esta justicia transicional, nombraremos la transición en Sudáfrica, la cual, tras una larguísima historia de violencia y desigualdades sociales de una sociedad en la que la mayoría de la población de raza negra estaba marginada y dominada por una pequeña franja de población de raza blanca, comienza con el desmantelamiento de las instituciones políticas y jurídicas del sistema de segregación racial y discriminación impuesto por el gobierno de Sudáfrica.³⁷ Para articular institucionalmente ese desmantelamiento se estableció un organismo de inspiración peculiar que aspiraba a funcionar de forma semejante a un tribunal de Derecho. Se llamaba Comisión para la Verdad y la Reconciliación, y en la ley que la puso en marcha se afirmaba abiertamente que su objetivo era la reconciliación nacional. No se mencionaba en aquella norma la

³⁵ CUERVO CRIALES, B., MOLINA DIAZ, P., TORRES MOYA, D., CASALLAS, A.Y., RODRIGUEZ, J., “Origen y fundamentos de la justicia transicional”, en *Vínculos*, volumen 11, número 1, marzo de 2014, pp. 125, 126 y 128.

³⁶ Encontramos muchos países que han invocado la justicia transicionales como los iberoamericanos, donde se encuentran Colombia, Argentina o Chile, pero no debemos olvidarnos que también hay otros que no iberoamericanos y también se han visto en la tesitura de plantear la justicia transicional, tales como Irlanda del Norte, Uganda, Sierra Leona o la ex Yugoslavia, entre otros.

³⁷ SÁEZ LORENZO, M. C., “Dossier. Memoria histórica: El proceso de justicia transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica”, en *Boletín de Documentación*, número 27, 2006, p. 9.

necesidad de lograr el perdón personal de las víctimas a sus verdugos, pero se proponía que unos y otros relatasen sus experiencias en sesiones de carácter público. Fue el propio presidente de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación quien entendió que el hecho de contar la verdad sólo permitiría alcanzar la reconciliación si se acompañaba del perdón. En realidad, se propuso algo más que la mera reconciliación: la Comisión para la Verdad y la Reconciliación buscaba sanar y curar las heridas y restituir la dignidad del país entero.³⁸

Se puede apreciar de esta manera que los elementos típicos que conforman la aplicación de la justicia transicional son por ejemplo, la verdad, la justicia, las reparaciones de las víctimas, la memoria histórica,...sin embargo nada se dice acerca de la cuestión que puede implicar la aplicación de la justicia transicional como es la retroactividad —o no— de las normas penales, teniendo en cuenta que este es uno de los principios fundamentales de la democracia. En el próximo apartado, se verá como las opiniones difieren, tanto en los propios Tribunales como en los filósofos.

4.2 JUSTICIA TRANSICIONAL, DERECHO INTERNACIONAL Y RETROACTIVIDAD PENAL

La esencia del principio de irretroactividad es la imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que no estaban con anterioridad formalizados jurídicamente, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común, de manera concurrente, caso en el cual la retroactividad tiene un principio de razón suficiente para operar. ¿Podría ser entonces este caso el de la justicia transicional? No se trata de un principio absoluto, pues el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar.³⁹

Por lo demás, no podía ser otro modo, puesto que la justicia transicional es retroactiva: el nuevo ordenamiento «ajusta las cuentas» con el viejo y, si decide hacerlo

³⁸ <http://www.unav.es/nuestrotiempo/es/temas/sudafrica-el-perdon-como-motor-de-la-historia>, consultada el 28 de junio de 2018.

³⁹ Tal y como se ha visto ya en la definición dada por el TC.

a través del Derecho penal, necesariamente deberá sacrificar la prohibición de retroactividad y pasar por encima de muchos otros principios y garantías que, en situaciones «normales», serían intocables.⁴⁰

Sin querer ni poder entrar en cuestiones destinadas a la dogmática penal, sólo se tratará de resaltar con respecto a los juicios de Núremberg, los argumentos esgrimidos por un jurista tan reputado como Hans Kelsen adujo en aquel momento para defender la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras⁴¹ a algunos responsables de los gravísimos crímenes cometidos durante el régimen nazi.

Los Juicios de Núremberg, por ejemplo, tuvieron una gran complejidad en cuanto que se establecieron delitos que no tenían antecedentes en ningún ordenamiento. Los crímenes de guerra y de lesa humanidad aparecieron durante este juicio. De allí viene la duda sobre la posible aplicación de estos «nuevos» delitos a hechos ocurridos anteriormente. El principio de irretroactividad es un principio de derecho penal que se define como «la ley no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación».⁴² En el presente caso, los delitos que se les imputaban fueron establecidos durante los juicios y no en el momento en el cual los hechos se sucedieron.

Kelsen defendió con contundencia la conveniencia de la aplicación retroactiva de la ley penal en estos procesos. No obstante, los importantes defectos técnicos que a su parecer tenía este Tribunal —tanto la formación del tribunal como su carácter *ad hoc*—, no le impidieron reconocer la fundamental importancia política que significó el hecho de sentar a los nazis en el banquillo de los acusados, aunque ello conllevara aplicar las sanciones de forma necesariamente retroactiva.⁴³

En la medida en que, desde la perspectiva positivista, el Derecho es un orden coactivo por naturaleza —como se ha hecho referencia en la sección III con respecto a la tesis de la separación y su aspecto de la eficacia externa—, es decir, en la medida en que usa las sanciones para orientar la conducta humana, lo habitual es que

⁴⁰ VALENTINI, V., “Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al Derecho penal liberal”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Volumen 7, Número 77, julio-diciembre 2011, p. 164.

⁴¹ Dispuestas por el Acuerdo de Londres de 1945.

⁴² Definición del principio de irretroactividad de la ley, Blog Gerencie, 10 de septiembre de 2008: <http://www.gerencie.com/principio-de-irretroactividad-de-la-ley.html>

⁴³ KELSEN, H., “Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?”, en *International Law Quarterly*, Volumen I, número 2, 1947, pp. 153-171.

toda ley pre-escriba ese comportamiento hacia el futuro. Así, puesto que regular una conducta humana que ya ha ocurrido es imposible, «la regla contra la legislación retroactiva expresa una necesidad lógica».⁴⁴ Según Kelsen, el principio de irretroactividad no se puede aplicar al Derecho consuetudinario —como lo es buena parte del Derecho Internacional— ni al Derecho basado en precedentes, dado que «tal Derecho es necesariamente retroactivo respecto del primer caso en el que es aplicado».⁴⁵

Por eso «la retroactividad de las leyes a ellos aplicada puede difícilmente ser considerada como absolutamente incompatible con la justicia. La justicia requiere el castigo de estos hombres, aunque para el Derecho positivo no pudieran ser sancionados».⁴⁶ O, desde otra perspectiva, «de acuerdo con la opinión pública del mundo civilizado, es más importante sentar a los criminales de guerra ante la justicia que respetar, en su juicio, la regla contra la ley *ex post facto*, que tiene meramente un valor relativo y que, por tanto, nunca ha sido reconocida sin restricciones»,⁴⁷ tal y como se ha hecho referencia en la sección III sobre el argumento del mal menor de Fuller.

A diferencia de lo anterior, tenemos el caso español, donde este tema está poco tratado, tal y como se analizará en la siguiente sección. De manera breve, decir que la primera cuestión que se plantea es la relativa a determinar la ley penal aplicable al

⁴⁴ KELSEN, H., “The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals”, en *Judge Advocate Journal*, número 2, 1945, pp. 8-12.

⁴⁵ KELSEN, H., “Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?”, en *International Law Quarterly*, Volumen I, número 2, 1947, pp. 153-171.

⁴⁶ Es curioso leer este argumento del autor que ha sido tantas veces citado como paradigma del formalismo positivista, como aquél para quien decir que algo es *justo o injusto* equivale a decir *me gusta o no me gusta*. Seguramente más que apelar a principios de justicia o a la opinión pública, hubiera sido más coherente por parte de Kelsen relacionar la impunidad de los crímenes nazis con el mensaje de impunidad que no puede transmitir, el Derecho a la sociedad (en este caso el Derecho Internacional a la sociedad internacional). Evitar la impunidad es imprescindible si se quiere que el Derecho sirva a su fin funcional, que no es otro que aquel de orientar las conductas humanas en sociedad; o lo que en Derecho Penal suele ser conocido con el nombre de función de prevención general. A estos efectos, pueden encontrarse algunas inconsistencias en la obra de este autor referidos al fin del Derecho: si sus obras generales sobre teoría del Derecho afirma que el Derecho es un mero instrumento, una específica técnica social, sin otro fin que el de orientar las conductas humanas (pudiendo tener las normas jurídicas, por lo tanto, cualquier contenido); en alguna de sus obras sobre la teoría del Derecho Internacional, afirmará explícitamente que «el Derecho es, esencialmente, un orden para promover la paz». Tal y como dice GARCÍA SÁEZ, J. A., “Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 4, marzo – agosto 2013, p. 149.

⁴⁷ KELSEN, H., “The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals”, en *Judge Advocate Journal*, número 2, 1945, pp. 8-12. Véase en GARCÍA SÁEZ, J. A., “Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 4, marzo – agosto 2013, pp. 145, 147 y 149.

tiempo de comisión de los delitos, dada la prohibición constitucional (art 9.3 CE⁴⁸) y legal (art 1.1 CP⁴⁹) de la aplicación retroactiva de normas penales. Para evitar que una eventual condena infringiese esta prohibición, son imaginables distintas vías, de entre las cuales, una de ellas sería acudir a razonamientos inspirados en el Derecho natural, como la invocación de la «cláusula de Radbruch». Invocar esta cláusula supondría aceptar la existencia de una excepción a la prohibición de retroactividad respecto a aquellos hechos de los que, con independencia de lo plasmado en el Derecho escrito en el momento de su comisión, nadie hubiera podido razonablemente dudar de su carácter injusto y atroz, de modo que no quedaría afectada la previsibilidad de la sanción por parte de sus autores.

A favor del recurso a argumentos supralegales se ha señalado que de otro modo estaría en manos de los dictadores en ejercicio de su poder absoluto dictar normas que les garantizaran no tener que responder nunca por sus fechorías, por lo que las nuevas autoridades democráticas no estarían vinculadas por las normas dictadas bajo una tiranía con la finalidad de impedir la persecución de hechos cuyo carácter delictivo estuviera fuera de toda duda a la luz del sentimiento natural del Derecho.⁵⁰ Generalmente los propios regímenes civiles-dictatoriales antes de dejar el poder, trataron de cerrar la etapa de la historia que ilegítimamente dirigieron y procuraron impedir cualquier posibilidad de enjuiciamiento posterior de sus actos de gobierno y de sus violaciones a los derechos humanos. Esto es lo que ocurrió aquí en España con la Ley de Amnistía⁵¹, pero también en otros lugares como en Argentina se estableció la Ley de Punto Final⁵².

De esa forma pretendían ignorar que el derecho a la justicia es un derecho humano, anterior y superior a la autoridad del Estado, de carácter universal, del cual depende la seguridad jurídica de las personas, el orden social y la paz. Querían desconocer que en el actual desarrollo de la comunidad jurídica internacional, los delitos de lesa humanidad —común en los regímenes totalitarios— son imprescriptibles

⁴⁸ Artículo 9.3 CE: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁴⁹ Artículo 1.1 CP: No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, en *Política criminal*, Volumen 7, Número 13, Julio de 2012, pp. 81 y 82.

⁵¹ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

⁵² Ley 23.492 de Punto Final, del 24 de diciembre de 1986.

y que no pueden en ningún caso, ser objeto de amnistías. Tal y como aseguró Carlos S. Nino: «Alguna forma de justicia retroactiva por violaciones masivas de Derechos Humanos brinda un sustento más sólido a los valores democráticos».⁵³

De manera que una transición democrática que renuncie a «ajustar las cuentas» del pasado para así hacer justicia, y a establecer responsabilidades sobre los autores de hechos que en su momento no fueran crímenes, tiene un profundo déficit de legitimidad. El mantenimiento de la impunidad niega principios elementales de la democracia, como es la justicia, puesto que consagra retroactivamente el crimen, al no permitirse la aplicación retroactiva de las normas penales que castiguen actos injustos.⁵⁴

Ya que España es nuestro país, veamos cómo se afrontan cuestiones sobre justicia transicional y retroactividad de la norma penal en una situación que marcó un largo periodo en la vida de los españoles, como es la etapa del franquismo.

⁵³ Calificación aportada por él mismo en su obra *Juicio al mal absoluto: ¿hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*

⁵⁴ <http://www.lr21.com.uy/mundo/251616-argentina-y-la-justicia-retroactiva>
<http://www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional>, consultada el día 20 de mayo de 2018.

V. REPERCUSIÓN EN ESPAÑA: FRANQUISMO

En la dictadura emprendida por el general Franco tras su victoria en la Guerra Civil, la ausencia de un parlamento garantista y la existencia de un régimen autoritario acabaron exacerbando la oposición al Régimen franquista. A causa de esta oposición, un alto número de civiles fueron detenidos y asesinados amparándose en sentencias arbitrarias dictadas en ausencia de numerosos derechos fundamentales actuales —pues precisamente no había nada parecido a derechos fundamentales durante la dictadura de Franco—. El fusilamiento injusto de un gran número de personas —por ser inocentes en la mayoría de las ocasiones— provocó que una vez finalizado el régimen y ya en periodo de transición, tanto las víctimas de otros crímenes como los familiares de éstos reclamaran justicia por los hechos acaecidos. El objetivo de este apartado es sacar a la luz la argumentación que se sigue en los Tribunales españoles para otorgar —o no— ese derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de la memoria histórica de los ofendidos.

5.1 MEMORIA HISTÓRICA Y JUSTICIA TRANSICIONAL

A partir de los años noventa del siglo anterior, se ha desarrollado en España un movimiento —denominado «memorialista»— articulado por las víctimas de la dictadura franquista y las asociaciones de recuperación de la memoria histórica. El objetivo de esta memoria partía de dos bases: una de carácter individual, en cuanto a la satisfacción de los derechos de las víctimas de la dictadura; y otro de carácter colectivo y relativo a la necesidad de recuperación de la memoria —factores que nos recuerdan a los nombrados en la sección IV, relativa a la justicia transicional a nivel generalizado—. Este proceso de dignificación de las víctimas y la recuperación de su memoria histórica, se ha visto reforzado en los últimos años por la entrada en uno de los ámbitos más emergentes del Derecho internacional, es decir, en el sector de la justicia transicional.⁵⁵

Concretamente, en el caso Scilingo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española calificó los hechos cometidos durante la dictadura franquista como

⁵⁵ ESCUDERO ALDAY, R., “Memoria histórica e imperio de la ley: El Poder Judicial ante el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo”, en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018, pp. 76 y 78.

constitutivos de un delito de lesa humanidad en virtud del art. 607 bis CP con la causación de la muerte a personas, detención ilegal y tortura.⁵⁶ En lo que a esto se refiere, no cabe duda sobre la consideración de lo sucedido como tales de los crímenes del franquismo, aunque sí la haya sobre los efectos en el ámbito penal de tal consideración.

En este caso, el de las «sentencias» de muerte, como llamó Franco a todos estos asesinatos de Estado —y como sorprendentemente se las ha seguido llamando—, para poder legitimar así las sentencias. Hablamos de un exterminio sistemático, y dar dicho tratamiento, todavía como derecho, a meros actos criminales conlleva, en sí mismo, una suerte de convalidación como acto jurídico a la que no puede serle reconocida tampoco validez alguna por ciudadanos ni por aplicadores del derecho: no son actos jurídicos «ilegítimos», son crímenes contra la humanidad. Aunque nuestro Estado, lejos de dar normal aplicación respecto a estas víctimas y a sus familias de los principios ONU de reparación ante violaciones manifiestas de los derechos humanos⁵⁷, ni tan siquiera tenga a bien la anulación formal de dichas «sentencias».⁵⁸

Lo primero que debería plantearse, pues, sería la determinación de la ley penal aplicable al tiempo de comisión de los delitos, dada la prohibición constitucional recogida en el artículo 9 de la CE, y legal en cuanto al precepto 1 CP —definidos anteriormente— con respecto a la aplicación retroactiva de normas penales. Como ya se ha dicho en el apartado anterior relativo a justicia transicional (sección IV), ésta podría tener un carácter retroactivo, y para evitar que una eventual condena infringiese esa prohibición de aplicación retroactiva son imaginables tres vías, si tenemos en cuenta los precedentes existentes en otros países e incluso en España. A nosotros, concretamente, nos interesa la primera vía, que sería acudir a razonamientos inspirados en el Derecho natural, como la invocación de la «cláusula de Radbruch», que supondría aceptar la

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, número 16/2005. La Audiencia Nacional condenó a Adolfo Scilingo como autor (FD 3º) de crímenes contra la humanidad (FD 1º) por hechos cometidos en Argentina a partir el año 1976, con anterioridad a que este tipo fuera introducido en el Código Penal español; es decir, aplicando la ley sancionadora de forma retroactiva. MENDOZA CALDERÓN, S., “La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el Caso Scilingo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, octubre de 2011, p. 438.

⁵⁷ Principios tales como la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, consultada el 2 de junio de 2018.

⁵⁸ <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=93921>, consultada el 10 de abril de 2018.

existencia de una excepción a la prohibición de retroactividad respecto a aquellos hechos de los que, con independencia de lo plasmado en el Derecho escrito en el momento de su comisión.⁵⁹

Desde el restablecimiento de las libertades democráticas, familiares descendientes de ciudadanos y ciudadanas víctimas de la represión por el Estado dictatorial, así como múltiples entidades y asociaciones memorialistas, han venido reclamando la declaración de inocencia de las víctimas mediante la obtención del certificado de anulación de las sentencias e incluso hubo quien protagonizó, con anterioridad a la aprobación de la Ley de Memoria Histórica, demandas de revisión ante el Tribunal Supremo. No obstante, todas ellas no alcanzaron el objetivo de la nulidad, tal y como se había propuesto en la Propuesta de ley para reconocer la nulidad de estas sentencias, al ser rechazada por la Sala Militar de dicha institución.⁶⁰

Esta Ley de Memoria Histórica⁶¹ tenía como objeto lo reflejado en su artículo 1, es decir, reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.

Sin embargo, la pretensión de que el Poder Judicial garantice el derecho a la justicia de las víctimas de la represión franquista ha sido rechazada por el Tribunal Supremo. Ya en una de sus sentencias (FD 3)⁶², el alto Tribunal justifica su decisión mediante una argumentación estratégica excluyendo tales hechos del ámbito del Derecho internacional para someterlos a las categorías del Derecho penal interno.⁶³ En

⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, en *Política Criminal*, Volumen 7, Número 13, Julio 2012, pp. 81 y 82.

http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A2.pdf

⁶⁰ Proposición de Ley de reconocimiento de la nulidad de las sentencias de los tribunales de la Dictadura, Núm. 239-1, de 23 de abril de 2010.

⁶¹ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecuciones o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura.

⁶² Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 101, de 27 de febrero de 2012.

⁶³ Véanse estos argumentos en GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 115-135 y 151-166. De ahí fueron tomados por el Tribunal Supremo.

este argumento se recogía que el texto legal internacional no estaba vigente en el momento de los hechos. El TS rechaza así las razones esgrimidas por un sector importante de la doctrina internacionalista el cual dice que el Estado español tiene la obligación de investigar penalmente las violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura española.

De esta manera se niega el derecho de justicia, pero incluso más, se niega el derecho a la verdad. El Tribunal Supremo excluye tajantemente la posibilidad de que los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de la dictadura franquista puedan ser objeto de garantía por la vía judicial, resumiendo sus argumentos en la inexistencia de una normativa vigente que les obligara —negando de esta manera el «ajuste de cuentas» del que hablábamos en la sección IV—. Por un lado, alegando la vulneración del principio de irretroactividad si se aplicara la normativa penal internacional no vigente en el momento de la comisión de los hechos —tal y como se ha dicho en la sección IV—, haciendo referencia a que en el derecho internacional no rige el principio de irretroactividad conforme al derecho consuetudinario, como es el internacional; y de otro lado, añadir que la legislación española no ha querido otorgar a los tribunales el papel garantista de los derechos anteriormente citados. De esta manera vemos cómo no acepta el argumento del mal menor esgrimido por Fuller donde la aplicación retroactiva de la norma está considerada como mal menor frente al «ajuste de cuentas».

Un argumento similar es el que ha sido utilizado por el propio TS cuando se le ha requerido para proceder, vía recurso de revisión, a anular las sentencias franquistas dictadas en vulneración de derechos humanos y garantías procesales como es el caso que vamos a analizar sucintamente, el relativo al recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional para el caso de Humberto Baena.⁶⁴

5.2 BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL: CASO BAENA

El caso Baena es un ejemplo significativo de contraste entre España y Alemania, concretamente de cómo los Tribunales españoles ignoran el intento de proporcionar el derecho a la verdad y a la justicia que las víctimas, y familiares de éstas, se merecen después de un periodo en el que la violación de Derechos Fundamentales estaba a la

⁶⁴ Auto 187/2004, de 25 de mayo del Tribunal Constitucional.

orden del día. Se verá cómo los Tribunales se escudan en nuestro actual principio de irretroactividad penal y en un sistema de garantías inexistente en el momento de la comisión de los hechos para «no otorgar» los derechos que se pretenden con la justicia transicional.

Sucintamente, los hechos sobre los que versa el caso de José Humberto Baena son que fue detenido y sometido a Consejo de Guerra como supuesto responsable, junto con otros —a todos los cuales se consideró miembros del Frente Revolucionario Antifascista y Patriótico (FRAP)—, de la muerte de un Policía armado en julio de 1975. Estrella Alonso Soto, madre del Sr. Humberto, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 20 de septiembre de 1975⁶⁵, por la que se condenó a pena de muerte a don José Humberto Francisco Baena Alonso, hijo de la recurrente en amparo, como autor de un delito de insulto de obra con resultado de muerte a Fuerza Armada. La argumentación pretendía sólo declarar la nulidad de la sentencia por la que se condenaba al Sr. Baena demostrándose así la inocencia de este: Y estos fueron sus argumentos centrales:

Durante la tramitación del juicio, el Sr. Baena alegó, en diversos momentos procesales, tal y como se recoge en el antecedente de hecho 3º, la vulneración de los derechos de defensa y de la presunción de inocencia amparada en el artículo 24.2 de nuestra actual CE, la falta de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que las declaraciones prestadas por el Sr. Baena fueron consecuencia de su sometimiento a malos tratos vulnerando así lo establecido en el artículos 15 y 25 CE, que se inadmitieron todas las pruebas por él solicitadas y que no era competente la jurisdicción militar. Como se puede apreciar, sucede lo que se ha dicho anteriormente, es decir, problemas con respecto de las garantías procesales.

El Ministerio Fiscal considera que la demanda de amparo es extemporánea (Antecedente de Hecho 5º). Los efectos de la Sentencia condenatoria se habrían agotado en 1975 y que el Tribunal ante el que se presenta el recurso entró en funcionamiento el 15 de julio de 1980, pudiendo haberse presentado desde entonces. Ergo la presentación del recurso de amparo en noviembre de 2002 incurriría en extemporaneidad contraviniendo el principio de seguridad jurídica de la irretroactividad de la norma si se

⁶⁵ Sentencia dictada en la causa número 245/75 contra el Sr. Baena por el que se le condenaba a pena de muerte.

admitiera a trámite. Continúa diciendo que no es posible a través de este proceso constitucional pretender un restablecimiento de derechos fundamentales cuya vulneración se imputa a un acto del poder público dictado cuando la Constitución y, por tanto, esos derechos fundamentales no estaban vigentes, no pudiendo ser de aplicación retroactiva a hechos y actos anteriores a su entrada en vigor —recalcando lo dicho anteriormente del mal menor relativo a la sección III—. Además, continúa añadiendo en su Fundamento Jurídico segundo que no se invoca en el recurso ningún tipo de derecho fundamental que estuviera ahora vigente tales como el honor personal de Humberto o el de la familia de este.

Sucedo, sin embargo, que los derechos fundamentales invocados por la actora se refieren todos a las garantías del proceso del que resultó la Sentencia recurrida, siendo evidente que ni a ese concreto proceso ni a ninguno de los desarrollados durante el régimen preconstitucional pueden serles de aplicación las garantías que sólo se han reconocido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Desde mi punto de vista, el Tribunal inadmite este recurso de amparo para la anulación de la sentencia, al igual que muchos otros, debido a la asunción de una visión positivista del derecho —más concretamente la relativa a la de las fuentes sociales de la sección III—. Es obvio que no se les va a devolver la vida a toda la gente inocente que fue asesinada a causa de esas sentencias injustas, pero el objetivo de los recurrentes no es que los autores de tales hechos cumplan condena por sus actos, sino que se reconozca la nulidad de dichas sentencias. Sentencias que fueron dictadas vulnerando unos derechos fundamentales actuales y cuya aplicación retroactiva no sería desfavorable a ninguno de los autores, proporcionando un estado de tranquilidad a los familiares de los agravados tras haber reclamado, y haberse logrado, la ansiada justicia.

La Ley de Memoria Histórica no da satisfacción a los tres elementos que antes se han nombrado, como son la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. La negativa a que se investiguen estos hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos durante la represión franquista impide que pueda cumplirse el requisito de la verdad, vulnerándose el derecho de las víctimas a saber el paradero de las personas desaparecidas por ejemplo. En segundo lugar, no se ha logrado la justicia que se requería, ya que, a día de hoy, no hay iniciativas que intenten superar esa impunidad, ni legislativas ni judiciales. El elemento en el que más se ha progresado es en el de la

reparación a las víctimas, sobre todo, a través de pensiones y de reconocimientos de indemnizaciones a personas o colectivos que fueron víctimas de formas variadas de represión.⁶⁶

Como vamos a ver, la experiencia en otros países ha sido bien distinta, pues mientras en España se han negado rotundamente estos derechos, incluso se ha negado ya no la nulidad de las sentencias, sino la inocencia de los «culpables» según el derecho existente entonces, en otros países sí se ha conseguido enjuiciar situaciones parejas. Un ejemplo es la jurisprudencia relacionada con el enjuiciamiento de los centinelas del Muro de Berlín, el cual, a través de las concepciones iusfilosóficas no-positivistas y las nociones de justicia transicional, ha conseguido otorgar el derecho a la verdad y a la justicia.

⁶⁶<http://memoriahistorica.org.es/4-la-ley-de-memoria-historica-y-su-desarrollo-normativo-ni-verdad-ni-justicia/>, consultada el 7 de julio de 2018.

VI. EL CASO DE LOS CENTINELAS DEL MURO DE BERLÍN⁶⁷

En este apartado analizaremos las sentencias alemanas sobre el enjuiciamiento de los centinelas del muro de Berlín para poder ver el diverso trato argumentativo que se ofrece, ante situaciones similares, en países diferentes. Mientras en España excusaban la aplicación de la justicia transicional con argumentos puramente positivistas, en Alemania ocurrirá completamente lo contrario, como se irá viendo mientras avanzamos en el análisis de las diferentes sentencias que conforman el caso de los centinelas del muro.⁶⁸ Con ocasión de la unificación alemana, la cual había estado dividida en República Federal Alemana y República Democrática Alemana, se reabrió el debate sobre la punibilidad de unos hechos que en el momento de la comisión estaban amparados por una causa de justificación, y por tanto, no sería considerado como delito. En concreto la cosa ahora era si los guardias fronterizos de la RDA, así como sus superiores, e incluso dirigentes políticos responsables, pueden ser perseguidos criminalmente por el homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana.⁶⁹ Se buscó, en primer lugar, asegurar el «derecho» a la reparación-compensación de las víctimas del régimen de la República Democrática Alemana, pero también dar respuesta a la pretensión de justicia material calificando de «extremadamente injusta» toda la acción política ideada por el Estado-persona y llevada a cabo por el Estado-aparato RDA.⁷⁰ Así pues, ¿En qué medida lo que valió para el enjuiciamiento de los nazis también es válido casi medio siglo después? Veamos.

6.1 SENTENCIAS DE LOS PRIMEROS TRIBUNALES ALEMANES

⁶⁷ Apuntar que hay muchos otras situaciones en las que pueden apreciarse elementos de justicia transicional en Alemania, pero me centraré en este caso concreto.

Añadir que no se va a analizar todo el caso completo, el cual finaliza en el TEDH, sino que sólo se darán unas nociones sobre la finalización, de modo que la atención se centrará en lo que a la parte de Alemania se refiere.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Territorial Alemán, Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán, Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán y breve referencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁹ 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”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, número 23, 2000, p. 197.

⁷⁰ VALENTINI, V., “Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al Derecho penal liberal”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Volumen 7, Número 77, julio-diciembre 2011, p. 166.

La historia sobre el enjuiciamiento de los centinelas del muro de Berlín es extensa, pero concretamente la atención se centrará en este apartado sobre las dos primeras sentencias que forman la antesala para llegar a la que realmente ofrece una argumentación más rica en contenido, como es la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán.

Es en la primera instancia donde se fijan los hechos. En la noche del 14 al 15 de febrero de 1972, un hombre de 29 años saltó al río con intención de cruzarlo hasta la zona occidental. Este hombre no reaccionó al «alto» de los soldados, quienes prácticamente al mismo tiempo dispararon sobre él con ametralladoras en posición de fuego continuo.⁷¹ Los soldados eran conscientes de que podían herir de muerte al fugitivo, pero asumieron esta posibilidad afirmativamente. Finalmente abatieron al fugitivo, siendo condecorados con la distinción por méritos de servicio.

6.1.1 Sentencia del Tribunal Territorial Alemán: Razonamiento seguido por este Tribunal para enjuiciar a los guardianes y a los miembros del Consejo Nacional de Defensa con relación a la causa de justificación alegada

En lo referente al primer escalón del enjuiciamiento, podemos hacer una diferenciación entre cómo se trata la cuestión sobre punibilidad respecto de los guardias fronterizos que se encontraban a pie de frontera y los Miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana. ¿Era jurídicamente posible condenar a aquellos que dirigían y obedecían para realizar acciones que seguían las disposiciones del Derecho válido y aplicado en un tiempo y lugar determinados? Una versión de la tesis de la exoneración vendría a sostener que los funcionarios del Estado, en este caso soldados, no deberían ser condenados si se sostiene una tesis jurídica positivista.⁷² Dada esta consideración, ¿deben ser condenados por homicidio los tiradores del muro de Berlín? Un positivista sostendría que los mencionados preceptos sobre el uso de armas

⁷¹ Según el artículo 204 de la Ley sobre Seguridad de Frontera dictada por la Cámara del Pueblo, los guardias fronterizos han de emplear las armas para la detención inmediata de personas que no acaten los órdenes de los guardias fronterizos, que no se detengan al llamado de “Alto – Guardas Fronterizos – Arriba las manos!” o tras un disparo de advertencia [...].

⁷² PÉREZ DE LA FUENTE, O., “El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del Derecho del siglo XX”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 23, 25 de junio de 2011, p. 461 - 464.

de fuego que luego explicaré formaban parte del Derecho válido de la RDA, lo cual no implicaría afirmar ningún juicio sobre su justicia o injusticia.

Se sostiene que ser condenado penalmente por una acción permitida o promocionada por una norma de Derecho válido, en un tiempo y lugar determinado, es una situación que requiere de alguna justificación adicional de peso. En este sentido, habría un argumento positivista que podría exculpar a los tiradores que se basaría en la generalidad de la aplicación de la ley: «“Justicia” en este sentido significa legalidad; “justo” es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. “Injusto” sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar».⁷³ Otra posible vía sería la que ofrece Kelsen, pues tal y como dice él mismo, «el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral».⁷⁴

Una de las cuestiones que se presenta pues es si debía aplicar el entonces derecho de la RDA o el derecho federal actual. En base a lo que se establecía en el párrafo 2.3 del Código Penal, la cuestión ha de resolverse aplicando la norma más favorable, ergo, se deriva por consiguiente la pregunta de si realmente el hecho cometido por los centinelas del muro era punible en ese momento según el derecho de la RDA, puesto que al no ser este el caso, los guardias fronterizos deberían ser absueltos. En base al aparato jurídico existente en aquel momento, y al de la República Federal Alemana, el hecho constituyó un homicidio doloso, sin embargo, no habría posibilidad de punibilidad si hubiera concurrido una causa de justificación.

Si tenemos en cuenta lo establecido en el párrafo 17, apartado 4 de la Ley sobre los Deberes y Facultades de la Policía Alemana del Pueblo (VoPoG), nos dice que al hacer uso de las armas de fuego se preservará en lo posible la vida de las personas⁷⁵, algo que no hicieron los centinelas que se vienen enjuiciando, pues para evitar la perpetración del ilícito por parte del fugitivo utilizaron ametralladoras de fuego continuo, un tipo de arma que impide salir ileso de sus balas.

Según explica Felip Saborit, los soldados recibían órdenes de disparar contra los que cruzaban la frontera. Con lo que la oficial previsión de que «se protegerá en los

⁷³ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Porrúa S.A., México, 1991, p. 16.

⁷⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa S.A., México, 1991, p. 131

⁷⁵ LUIS VIGO, R., *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Tucumán 1471, Argentina, 2004, pp. 76 y 77.

posible la vida de las personas» no se correspondía con la práctica de los soldados en el Muro.⁷⁶

Surge de esta manera una aparente tentación sobre la interpretación acorde con el Estado de Derecho de las disposiciones de la RDA sobre el uso de armas de fuego a la luz de lo que se acaba de decir, pues nos dirige a que esos disparos mortales no estarían amparados por dichas disposiciones de la RDA siendo punibles incluso según el derecho entonces vigente en la RDA. En base a este análisis, desaparecen dos de los problemas principales que se planteaban, como son la cuestión de la retroactividad y la del derecho positivo injusto, pues ese derecho positivo ya lo prohibiría desde un principio.

Este Tribunal vino usando esta interpretación añadiendo que al resultado de la comisión de los hechos y según el derecho de la RDA, no había ninguna causa de justificación para los soldados ya que el hecho era punible y no concurrió uno de los presupuestos decisivos para la utilización legítima de armas: la presencia de un delito, no suponiendo ni siquiera de una violación grave, sino tan sólo de un simple caso de cruce ilegal de la frontera.

La segunda cuestión a tratar era la relativa al objeto del proceso contra los Miembros del Consejo Nacional de Defensa, el cual fue constituido por un total de siete homicidios en el interior de la frontera alemana entre 1971 y 1989. Esos miembros eran Streletz, Ministro adjunto de Defensa; Kessler, que era el Ministro de Defensa; y Krenz, Presidente del Consejo de Estado.

Una vez enjuiciados a los guardias que efectuaron los disparos letales, los Tribunales poco más tenían que decir sobre los sujetos pertenecientes a este colectivo. La única novedad fue la inclusión de minas que causaron la muerte de cinco de los fugitivos objeto del proceso. El problema central no era la antijurídica, sino la autoría y participación en los homicidios.

⁷⁶ Felip Saborit sostiene que “a través de circulares internas, instrucciones, órdenes, etc. Las instancias estatales dejaron siempre bien claro que la indemnidad de la frontera debía mantenerse a cualquier precio, “eliminando” a los transgresores si no existiera otro remedio para evitar la fuga. A este fin, los soldados eran reunidos cada vez que entraban en servicio y se les daba la consigna de impedir todo intento de cruce de frontera, a costa, si era necesario, de la muerte del furtivo. FELIP SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 215.

Lo decisivo para la autoría de los imputados fue que, en calidad de miembros del Consejo Nacional de Defensa, pertenecían a un cuerpo (*Gremium*) cuyas resoluciones constituían el presupuesto necesario para las órdenes fundamentales en las que se basaba el régimen fronterizo de la RDA. Y esas órdenes habían sido cumplidas y ejecutadas. Ellos poseían el dominio del acto, mientras que los soldados «simplemente» actuaron como subordinados dentro de una jerarquía militar en la que su papel ya estaba anticipado.⁷⁷

Debido a las altísimas posiciones que ocupaban en el seno del aparato estatal, no podían ignorar la norma fundamental ni la legislación de la RDA, ni las obligaciones internacionales de esta última, ni las críticas que en el ámbito internacional se hacían a su régimen de vigilancia fronteriza. Ellos mismos mantenían este régimen, publicando en el Diario Oficial de la RDA las órdenes e instrucciones de servicio mantenidas secretas y las relativas a la consolidación y mejora de la protección de la frontera, además de lo relativo a la utilización de las armas de fuego. Los demandantes eran por tanto directamente responsables de la situación reinante en la frontera situada entre los dos Estados alemanes.⁷⁸

De todos modos la posibilidad de condenar por asesinato no plantearía problemas desde el punto de vista de la prohibición de retroactividad y no habría nada que oponer a que los hechos fueran valorados y enjuiciados según los principios propios de un Derecho democrático y no según los de un régimen autocrático.⁷⁹

6.1.2 Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán: Razonamiento seguido por este Tribunal para el enjuiciar a los guardianes y miembros del Consejo Nacional de Defensa con relación a la retroactividad de la norma penal

El Tribunal Supremo Federal desestimó la revisión solicitada por el recurrente en contra del pronunciamiento del Tribunal Territorial, pues consideraban estar de

⁷⁷ 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”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, Número 23, 2000, p. 209 y 210.

⁷⁸ Sentencia 34044/1996, Casos Streletz, Kessler y Krenz, y K.-H. W. contra Alemania.

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, en *Política criminal*, Volumen 7, número 13, Julio de 2012, pp. 74 - 93.

acuerdo con el resultado pero no con su fundamentación, basada en el derecho positivo existente en la RDA al momento de la comisión del hecho. Este Tribunal califica que el derecho positivo depende no sólo de lo que ha sido debidamente positivizado, sino también de lo que es eficaz socialmente⁸⁰ —tal y como se ha señalado en la sección III sobre lo relativo a eficacia y al contenido del derecho—, donde las meras órdenes podían constituir causas de justificación. Ante tal trasfondo, el Supremo llegó a la conclusión de que tanto el párrafo 17.2.a VoPoG como el Reglamento de servicio 30/10 justifican los disparos mortales. Con respecto a esto surge el problema de que el guardia fronterizo sólo podría ser penado si hay algo que elimine o neutralice la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA y que además esa eliminación no aniquile el principio de irretroactividad.

La primera cuestión fue, pues, si la justificación otorgada por el derecho positivo puede ser eliminada mediante un derecho suprapositivo, y es lo que el Tribunal Supremo viene afirmando al recurrir a la Fórmula de Radbruch, utilizada ya para el injusto del nacional-socialismo, como hemos visto antes en la sección III.

Manteniéndonos en el contexto de esta sección III, Radbruch incluyó el contenido de justicia material en el derecho, postulando además una conexión necesaria entre derecho y moral sin llegar a la superposición total entre ambos términos. Así, el derecho positivizado no deja de serlo por el hecho de tener contenidos injustos. Esta fórmula introduce un límite excepcional en el «concepto de» derecho, pues el derecho positivo sólo pierde su validez cuando: «la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que “derecho injusto”, ha de ceder ante la justicia».⁸¹ Es decir, el Derecho extremadamente injusto no es derecho.⁸²

Conforme a dicha formulación si bien, en general, el derecho positivo no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos, ante ello se abriría una única excepción: el derecho positivo pierde incluso su misma validez como derecho

⁸⁰ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa S.A, Barcelona, 1997, p. 14

⁸¹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México/Madrid/Buenos Aires, FCE, 1974, pp. 178-180. Acerca de la delimitación de la «fórmula de insoportabilidad/intolerancia» de la que vengo hablando respecto de la «fórmula de la negación», también definida por el mismo.

⁸² ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburgo, 1993, pp. 10, 30. Traducido por Eduardo Roberto Soderó: *Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*.

cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable que la ley dejaría de ser ley, cediendo ante el valor superior de la justicia —siendo esta la fórmula de Radbruch explicada en la sección III.⁸³

A pesar de las innegables diferencias que existen entre el derecho injusto del nacional-socialismo y el de la RDA, la citada fórmula ha de ser aplicada también para los homicidios de la frontera interior alemana. De esta manera, la justificación de la muerte del fugitivo por la que habían sido enjuiciados es declarada ineficaz a causa de su «agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional».⁸⁴ Queda claro pues que el Supremo hace fracasar la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA confrontándola con criterios suprapositivos concretados por medio de los derechos humanos.

Sobre la prohibición de retroactividad del artículo 103.2⁸⁵ de la Ley Fundamental, que es otra de las cuestiones relevantes para el enjuiciamiento, depende de si la destrucción de la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA a través de derechos humanos suprapositivos vulnera la prohibición de retroactividad del artículo citado, y con ello, un derecho humano fundamental.⁸⁶ El Tribunal Supremo Federal califica que el precepto citado no resulta dañado por la exclusión de la causa de justificación. Pues el guardia fronterizo no sufriría entonces ningún engaño en su confianza en la vigencia de las reglas legales, sino exclusivamente en su confianza en la permanencia de una determinada interpretación del derecho escrito, que no era otra que la práctica estatal contraria a los derechos humanos. Ahora bien, una confianza semejante, según el Tribunal Supremo, no es ya digna de tutela en el sentido del art. 103.2 de la Ley Fundamental, pues éste ampara tan sólo la confianza en el derecho legal escrito.

⁸³ <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=93921>, el día 25 de abril de 2018.

⁸⁴ Artículo 29.II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «En el ejercicio de sus deberes y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

⁸⁵ Artículo 103.2 de la Ley Fundamental: Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto

⁸⁶ Arts. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos humano y 15.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966.

Así pues, tras eliminar la justificación del derecho positivo de la RDA a través de la Fórmula de Radbruch desde el punto de vista de los derechos humanos, y verificar que esto último no contradice la prohibición de retroactividad de artículo 103.2 de la Ley Fundamental, al Supremo sólo le queda pendiente la cuestión de la culpabilidad, ya que el recurrente actuó bajo una orden y no tenía conciencia⁸⁷ de violar una norma penal, alcanzando solamente esta culpabilidad si la violación de la norma penal fue «obvia» para él. Sobre esto, el Tribunal se pronunció diciendo que «la muerte de un fugitivo desarmado por fuego continuo, en las circunstancias dadas, constituyó un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación racional, que la violación de la elemental prohibición de matar fue sin más, incluso para un hombre adoctrinado, comprensible y, en consecuencia, evidente», confirmando así la condena impuesta por el Territorial.⁸⁸

6.2 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN

6.2.1 Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán

En este estadio de enjuiciamiento es donde realmente se produce el debate sobre el derecho injusto, la Fórmula de Radbruch y la aplicación retroactiva de la norma. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional Federal en el caso que venimos aquí desarrollando siguió la argumentación iusnaturalista con la aplicación de una de las versiones de la fórmula que realizó Radbruch, señaladas en la sección III como se ha dicho antes, tal y como hizo anteriormente el Supremo Federal alemán.

El objeto de la resolución del Tribunal Constitucional Federal lo constituyen cuatro recursos de amparo interpuestos contra las sentencias del Tribunal Territorial de Berlín y del Tribunal Supremo Federal, promovidos por un guardia fronterizo y por los tres miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA que previamente se han enumerado. La cuestión que se ha de abordar, llegados a este punto, es si es correcta la decisión del Tribunal Supremo con la cual se solventaba en Alemania la renombrada

⁸⁷ Tal y como resulta de las pruebas practicadas.

⁸⁸ 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", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, Número 23, 2000, pp. 199-201 y 204-209.

controversia sobre la punibilidad, tanto de los centinelas que estaban a pie de muro como de sus superiores jerárquicos.⁸⁹

El centro de la decisión del Tribunal Constitucional acuerda la validez de la prohibición de retroactividad del artículo 103.2 de la Ley Fundamental, cuya vigencia es remarcada estrictamente el Tribunal Supremo. Este precepto dice que un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad está determinada legalmente con anterioridad a la comisión del hecho —*nullum crimen, nulla poena sine lege*—. Pero, ¿cómo ha de conjugarse la punibilidad de los centinelas del muro y de quienes estaban detrás de ellos con la vigencia estricta de la prohibición de retroactividad, que abarca también causas de justificación legalmente reguladas? ¿Puede obtener la exclusión de la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA respetando la vigencia estricta del precepto en cuestión?

La solución del Tribunal Constitucional Federal pasa por ceñir la vigencia estricta de la prohibición de retroactividad, pero habría que contar con que el derecho penal satisficiera las exigencias de justicia material —el famoso «ajuste de cuentas» del que hablé en la sección IV—, pues ésta es «el presupuesto sobre el que el Estado de Derecho puede sustentar la estricta y absoluta protección de la confianza amparada en el artículo 103.2 de la Ley Fundamental». Pero esto ya no ocurre, pues la punibilidad ha de enjuiciarse conforme al derecho de un Estado y por aquel entonces no existía ni división de poderes, ni democracia, ni había reconocimiento de los derechos humanos por lo que no había tal Estado de derecho.

La prohibición de retroactividad no rige con carácter absoluto en todas las situaciones, como es el caso de los guardianes del muro y de los que estuvieron por encima de ellos, quienes alegan una vigencia del precepto en todas las situaciones, sin límite alguno. Así pues, el Tribunal Constitucional Federal establece una diferenciación entre una vigencia incondicionalmente absoluta o estricta, y una vigencia condicionalmente absoluta o estricta, eliminando a su juicio la primera clasificación, y permitiendo de esta manera que el artículo 103.2 de la Ley Fundamental opere como una regla general —vigencia condicionalmente absoluta o estricta.

⁸⁹ Realmente la solución de este Tribunal no fue el final de la controversia, pues posteriormente se vio sometida por parte de uno de los condenados a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el cual se añadirá alguna referencia final para concluir el caso.

De esta manera, la solución del Tribunal Constitucional se centra en circunscribir la prohibición de retroactividad —tema discutido tanto en la sección III como en la IV—, 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 su norma fundamental.

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». Y ello porque desaparece —ceder⁹⁰— 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.⁹¹

Finalmente el caso terminó en manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al cual se sometieron los miembros del Consejo Nacional de Defensa, como fueron Streletz, Kessler y Kenz. Los demandantes sostienen que las acciones, en el momento en que se cometieron, no constituían infracción ni según el (no-)Derecho de la RDA ni según el Derecho internacional, constituyendo de esta manera sus condenas una violación del artículo 7.1 del CEDH⁹². Estos fueron condenados por ser considerados autores intelectuales de homicidios voluntarios,⁹³ por la muerte de varios ciudadanos de

⁹⁰ La única posibilidad de discutir esto pasa por afirmar que la condena actual de los centinelas del muro y de quienes estaban detrás de ellos no afecta al ámbito de protección del art. 103.2 de la Ley Fundamental, es decir, a la prohibición de retroactividad. Se ha de aceptar la retroactividad, pero no una retroactividad que afecte al ámbito de protección del 103.2 LF. La interpretación favorable a los derechos humanos invocada por el Tribunal Constitucional Federal para fundamentar la compatibilidad de su interpretación con el precepto en cuestión va igualmente en esta dirección.

⁹¹ FARALDO CABANA, P., “La Fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13, 2009, p. 157.

⁹² Artículo 7.1: Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. A saber, *nulla poena sine lege*.

⁹³ Sentencia de 22 de marzo de 2001 en el caso de Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania.

la República Democrática de Alemania, que intentaron huir hacia la República Federal de Alemania, tal y como ya habían apuntado en las instancias anteriores. Este Tribunal ha reafirmado que el principio de legalidad penal ha sido respetado en la condena a los antiguos dirigentes de la RDA por inducción al asesinato de aquellos que intentaron cruzar la frontera interior alemana.⁹⁴ Asimismo, tal y como el TEDH ha expresado, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión. Dada la condición de crimen de derecho internacional que tanto la desaparición forzada y el crimen contra la humanidad ostentan, no hay otra posibilidad conforme al derecho internacional que la de considerar que no hay plazo de prescripción a la obligación de investigar y juzgar a las personas responsables de estos delitos.

De esta manera, en el TEDH, podría haber habido una discriminación fundamentada en el artículo 7.1 junto con el 14 del CEDH⁹⁵ ya que los demandantes alegan ser víctimas de discriminación en tanto antiguos ciudadanos de la RDA. Sin embargo, el Tribunal estima los principios aplicados por el Tribunal Constitucional Federal tenían un alcance general, y por tanto, también eran válidos para personas que no fueran antiguos súbditos de la RDA, ratificando de esta forma que la solución adoptada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.⁹⁶

Así es como este caso llegó a la cúspide de los Tribunales terminando de esta manera su recorrido por las diferentes instancias, sin embargo, ha habido diferentes interpretaciones y críticas por parte de autores, a las cuales se aludirá en el apartado siguiente, que han sido relevantes con respecto a esta parte del enjuiciamiento

6.2.2 No-positivismo, Radbruch y Alexy

Vemos aquí, por tanto, cómo se resuelve el problema de la retroactividad, y es que, como se ha dicho, la causa de justificación alegada sería nula desde un principio,

⁹⁴ E. GARCÉS, J., “Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), Atelier, Barcelona, 2010, p. 179.

⁹⁵ Artículo 14: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁹⁶ PALACIOS VALENCIA, Y., “Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos en casos de crímenes internacionales: Especial Referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos humanos”, en *RECorDIP*, volumen 1, número 2, 2013, p. 24 y 25.

perdiendo su valor jurídico y por tanto su obligatoriedad. Y así, substancialmente no existiría retroactividad alguna con respecto a lo que la causa de justificación se refiere.⁹⁷ Pero cuestión diferente es si existía una retroactividad en cuanto a la aplicación del derecho que les condena por sus actos.

La explicación positivista de Núremberg es la aplicación de leyes de forma retroactiva debido a la gravedad de los hechos enjuiciados —tal y como se adujo en la sección IV y con relación a Kelsen como continúa—. En palabras de Kelsen: «La justicia requiere el castigo de esos hombres, a pesar del hecho que bajo la ley positiva ellos no eran castigables en tiempo que se realizaron los actos que se convirtieron en castigables con fuerza retroactiva. [...]; y castigar aquellos que son moralmente responsables de crímenes de la II Guerra Mundial debe seguramente ser considerado más importante que cumplir con la regla bastante relativa contra las leyes *ex post facto*, abierta a demasiadas excepciones⁹⁸». Se podría sostener que Kelsen utiliza en este caso la doctrina del mal menor, apuntada en la sección III, considerando que la gravedad de las acciones enjuiciadas pesa más que el principio de la irretroactividad de las leyes.⁹⁹

Lo relevante es que el Tribunal Constitucional Federal utilizó, en su argumentación en este caso de los tiradores del muro, la célebre «fórmula de Radbruch» como parte de su *ratio decidendi*¹⁰⁰. Esta fórmula tiene dos versiones que se encuentran en la sección III —tal y como se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones—, aunque la que realmente nos interesa es la conocida como «Fórmula de la intolerancia»: Según palabras del propio Radbruch, «el conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede ser bien resuelto de esta forma: El Derecho positivo, asegurado por la legislación y el poder, tiene prioridad incluso si su contenido es injusto y falla para beneficiar a la gente, a no ser que el conflicto entre la ley y la justicia llegue a tan intolerable grado que la ley, como “falso derecho”, debe ceder a la justicia».¹⁰¹

⁹⁷ ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburgo, 1993, p. 32 y ss. Traducido por Eduardo Roberto Soderó: *Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*.

⁹⁸ KELSEN, H., “Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international Law?”, en *International Law Quarterly*, volume 1, número 2, 1947, p. 165.

⁹⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, O., “El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del Derecho del siglo XX”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 23, 25 de junio de 2011, p. 465 y 466.

¹⁰⁰ Razón de decir o razón suficiente.

¹⁰¹ RADBRUCH. G., “Statutory Lawlessness and SupraStatutory Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 26, número 1, 2006, p. 7. Publicado en alemán originalmente en 1946. Véase también PÉREZ DE LA FUENTE, O., “El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates

Con la aplicación de la fórmula de Radbruch no se altera retroactivamente la situación jurídica, considerando el Tribunal Constitucional Federal que esta fórmula es compatible con la Ley Fundamental que tantos quebraderos de cabeza dio a los Tribunales de instancias previas a la hora de calificar los hechos. Este Tribunal ha considerado que «en el caso de una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material», por ello, la fórmula de Radbruch ha sido el parámetro para el debilitamiento de las normas mencionadas.

Esta fórmula presupone el derecho suprapositivo¹⁰², siendo nula desde un principio —nula *ab initio*— la causa de justificación resguardada por el propio derecho positivo de la RDA, perdiendo así su carácter y vigencia jurídicos. Tanto en la fundamentación como en la aplicación de sus criterios, el Tribunal habla del «derecho estatal extremadamente injusto» —correspondiendo esta aportación con la versión abreviada de la «Fórmula de Radbruch» expuesta más arriba—, añadiendo que la causa de justificación que amparaba conforme a la práctica estatal, el homicidio de quienes quebrantaran la frontera no es entendible, pues constituye un «derecho estatal extremadamente injusto».¹⁰³ Este razonamiento ya fue expuesto en la sección III cuando se trató la relación entre las posturas iusfilosóficas y los problemas relativos a la retroactividad, llegando a la misma conclusión que aquí se aporta.

Tal y como se ha dicho antes, el Tribunal Constitucional Federal establece una diferenciación entre una vigencia incondicionalmente absoluta o estricta, y una vigencia condicionalmente absoluta o estricta, llegando a la conclusión de que el artículo 103.2 de la Ley Fundamental opere como una regla general —vigencia condicionalmente absoluta o estricta—, pero con una cláusula de excepción a esa regla: la de justificación especial de un Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto. De esta

clásicos de la filosofía del Derecho del siglo XX”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 23, 25 de junio de 2011, p. 468 y 469.

¹⁰²Arthur Kaufmann ha objetado que esto no puede ser correcto ya que, amén de no coincidir con las intenciones de Radbruch, no existe ningún tipo de derecho suprapositivo, sino sólo derecho positivo, siendo aquel un derecho natural clásico vigente para todos los hombres y tiempos. En lugar de este, Kaufmann pretende recurrir con Radbruch a un derecho supralegal el cual sólo puede ser derecho positivo, aduciendo a los derechos humanos —siguiendo la línea de Radbruch—. Según ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburgo, 1993, p. 26. Traducido por Eduardo Roberto Soderó: *Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*.

¹⁰³ALEXY, 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”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, Número 23, 2000, pp. 211 – 216 y 218 – 223.

manera pasa de ser un principio a ser una regla general, situándose la justicia material por encima de la confianza absoluta al precepto.

Entonces, ¿vulnera la fórmula de Radbruch la prohibición jurídica de retroactividad, en su aplicación frente a las causas de justificación penal? Es posible contestar a esta pregunta negativamente por razones lógicas. Pues precisamente la idea fundamental del modelo de pensamiento iusnaturalista, reside en negarle *ab initio* la fuerza vinculante a la ley contraria al derecho natural. Bajo esta perspectiva, la fórmula de Radbruch se presenta no como una ruptura, sino como una garantía de la prohibición de retroactividad —añadido en la sección III y anteriormente en este apartado—. No hay que dudar que esta interpretación corresponde a las intenciones de Radbruch. Pues para este, se trataba de constatar que, conforme a este modelo, «partes completas del derecho nacionalsocialista jamás hubieran alcanzado la dignidad de ser derecho válido».¹⁰⁴

Alexy da algunos argumentos a favor acerca de la aplicación de dicha fórmula, como son que: en primer lugar, no sólo se trata de la muerte de un ser humano en la frontera, sino que es un gran número de civiles los que ven sus derechos restringidos con una represalia, como es la muerte, que despierta el miedo en la sociedad; en segundo lugar, se abandonaba un país en el que, por voluntad —probablemente unilateral— del poder político, debían permanecer toda su vida bajo circunstancias que no querían y probablemente detestaban; y por último, en ese sistema político no había cabida a la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política.¹⁰⁵

Alexy señala que este principio constitucional de irretroactividad, 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, 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

¹⁰⁴ NEUMANN, U., “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 9/2017, pp. 488 y 489.

¹⁰⁵ ALEXY, R., *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*, (*Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel*), Nomos, Baden-Baden, 2 de junio de 2006, p. 91.

desfavorables de quienes cometen delitos internacionales en el marco de Estados donde no se han tipificado expresamente.¹⁰⁶

Por parte de Alexy, destacamos la cláusula de excepción la cual nos dice que cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine de esta manera el conflicto. La segunda es declarando inválida una de las reglas. En todo caso, la decisión que es tomada para dar solución a un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas.¹⁰⁷ De esta manera, 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?»¹⁰⁸

Retomando los grandes autores iusfilosóficos, Hart defiende el principio *nulla poena sine lege* ya en la sección III. Sin embargo, defiende, en algunas ocasiones, la aplicación retroactiva de las leyes penales como un mal menor, como hemos visto anteriormente con lo referido a Kelsen —y mucho antes con lo relativo a la teoría del mal menor en la misma sección—. De esta forma afirma: «Puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ello no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar».¹⁰⁹

Así pues, aplicar leyes retroactivamente es el camino que se siguió según Kelsen en los juicios de Núremberg y también, como vimos en su momento en la sección III, es la solución que propone tanto Hart como Fuller para el caso-metáfora del delator rencoroso que califica de honrada. Lo consideran un mal menor, siendo una excepción justificada al principio *nulla poena sine lege* que ambos defienden. Desde el punto de vista del positivismo metodológico, un camino que no se puede seguir es calificar un

¹⁰⁶ FARALDO CABANA, P., “La Fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13, 2009, pp. 157 y 158.

¹⁰⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88

¹⁰⁸ FARALDO CABANA, P., “La Fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13, 2009, p. 157.

¹⁰⁹ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 261.

derecho válido como no propiamente Derecho, debido a su injusticia manifiesta. Por tanto, ante personas que hayan seguido el Derecho válido, y extremadamente injusto, el dilema positivista es: impunidad o aplicación de leyes retroactivas. Este dilema podría caracterizarse como un dilema de sacrificio, donde se establece una comparación entre alternativas. En casos de especial gravedad, los males de la impunidad pesan más que los de la aplicación retroactiva —mal menor.¹¹⁰

Visto esto, y habiendo comparado la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán con la perspectiva de otros autores, con respecto al enjuiciamiento de los centinelas, y una vez tratados temas que vienen a colación de este caso como son las diferentes posturas iusfilosóficas, la justicia transicional y la solución a los problemas de retroactividad penal de la norma, podemos proceder a las conclusiones del trabajo.

¹¹⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, O., “El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del Derecho del siglo XX”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 23, 25 de junio de 2011, p. 476 y 477.

VII. CONCLUSIONES

El caso de los tiradores del Muro de Berlín supuso la condena de los soldados que dispararon y mataron a personas que intentaron cruzar la frontera interior alemana. El Tribunal Constitucional Federal confirmó la condena los tribunales inferiores, aplicando una versión de la Fórmula de la intolerancia de Radbruch y sosteniendo que era un Derecho tan extremadamente injusto que no era derecho.

Las visiones desarrolladas sobre los diferentes autores que se ha analizado se podrían resumir, de forma muy sintética, diciendo que tanto Fuller como Hart admitían la retroactividad de las leyes de la RDA amparándose en que su aplicación se trata de un mal menor frente a su no aplicación. Kelsen, por su parte, también admite esta retroactividad. De esta manera, se puede decir que cada uno parte de un razonamiento diferente, sin embargo, la conclusión obtenida por ellos es la misma.

Otra de las conclusiones obtenidas es que el principio de irretroactividad no es un principio absoluto. A pesar de que los acusados recalcaran que este principio era de tal carácter, el Tribunal ya demostró que no se trataba de un principio de tal calibre, sino de una regla que debía ceder frente a la justicia material cuando la contradicción entre ley positiva y aquella fuera extremadamente insoportable. Se justifican por tanto diciendo que el artículo 103.2 LF tiene una vigencia condicionalmente absoluta, y añadiendo por parte de Alexy, una cláusula de excepción claramente definida: la de justificación especial de un Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto. No sólo se ha aportado por estos tribunales, sino que en lo que a justicia transicional se refiere, ya se viene cuestionando la validez absoluta de tal principio, diciendo que el universo jurídico no admite posiciones de carácter incondicional. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar.

Como ya se ha visto, para el enjuiciamiento de los centinelas se ampararon en la Fórmula de Radbruch, cuyo lema principal es que «el Derecho extremadamente injusto no es Derecho», es un falso Derecho. Concretamente, de las dos versiones de la Fórmula de Radbruch, el Tribunal escogió la Fórmula de la intolerancia. La clave por tanto es determinar si el derecho existente en la RDA se trataba de un caso de Derecho extremadamente injusto, sobre el cual Alexy ha dado argumentos a su favor —y por

tanto, a favor de la Fórmula de Radbruch—, estando así ante un caso de aplicación de esta Fórmula por el repudio del Derecho de la RDA.

Así pues, relacionando aquí la Fórmula de Radbruch con el principio de irretroactividad se puede decir que una norma de derecho que es totalmente injusta se convierte en inválida *ab initio*, y con ello, el problema de la retroactividad quedaría resuelto para Radbruch. La causa de justificación que alegaban los acusados de los delitos, pues el homicidio estaba reconocido como delito en la RDA, sería inválida *ab initio* en base a su injusticia intrínseca.

Con respecto a la Fórmula de Radbruch, yo sin embargo, partía de la premisa de que esta llevaba implícito el matiz de la retroactividad de la norma, sin llegar a percatarme de que lo que en realidad esta fórmula propone es la invalidez del Derecho injusto, resolviendo de esta manera mi problema con respecto a la retroactividad de la norma penal sancionadora.

A diferencia de lo que ocurre en España y con lo que se ha visto con el caso Baena, en el caso alemán sí que se consigue hacer justicia sobre unos hechos que son contrarios al derecho suprapositivo, diciendo que se puede estar aplicando el mal menor del que se viene hablando durante el trabajo. Comparando, pues, la situación alemana con la española, los tribunales alemanes sí que optan por castigar a los culpables de tales hechos, mientras que los españoles se escudan en una situación de seguridad jurídica, dejando de lado el mal menor que habría sido útil para enjuiciar tan atroces hechos.

Es una lástima que no se consiga hacer justicia ante este tipo de situación, y justicia no implica venganza, justicia implica el derecho a la verdad, algo que en España no sucede. Pero tenemos que estar orgullosos de que poco a poco en la sociedad se consiga impartir justicia transicional, y de que no todos los argumentos enjuiciadores se basen única y exclusivamente en el derecho positivo, teniendo cabida las concepciones iusnaturalistas en pro de una sociedad que valore la moralidad, y con ello la justicia, frente al derecho estricto, es decir, la seguridad jurídica.

Realizando el trabajo sobre esta cuestión lo que he pretendido es relacionar las teorías filosóficas que predominan en el ámbito jurídico y la justicia transicional con la cuestión de la retroactividad de la norma penal, a la luz del caso español con las sentencias dictadas durante el franquismo y, más concretamente, del caso de los

tiradores del muro de Berlín en la frontera interior alemana, para de esta manera, poder realizar un contraste entre España y Alemania.

Finalmente el trabajo me ha enseñado mucho sobre teorías filosóficas, sus percepciones de la justicia y cómo aplicarla a pesar de haber principios, como el de irretroactividad jurídica que impiden hacer justicia. Cómo se han dado situaciones de justicia transicional a nivel mundial y la diferente manera de resolver los conflictos relativos a la misma, como ha sido la comparativa alemana y española, y finalmente, cómo se consigue hacer justicia ante actos atroces amparados por un no-Derecho como han sido los de la RDA, consiguiendo que los autores de tales hechos paguen por sus acciones injustas a través de un razonamiento totalmente válido, como es la Fórmula de Radbruch.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

- LIBROS

AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence* (1865), New York, Burt Franklin, 2 vols., 1970, Lecture V.

MORESO, J.J., y VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, S.A., Barcelona, 1994.

ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, 3ª edición, Comares, Granada, 2016.

ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburgo, 1993. Traducido por Eduardo Roberto Soderó: *Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*.

ALEXY, R., *Una defensa de la Fórmula de Radbruch, (Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel)*, Nomos, Baden-Baden, 2 de junio de 2006.

BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates y experiencias*, Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2010, p. 73. Disponible

http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxius/info2011_03.pdf

ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª edición, Gedisa, S.A., Barcelona, 2004.

FULLER, L., *La moral del Derecho*, Trillas, México DF, 1967.

OLÁSULO ALONSO, H., *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.

KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Porrúa S.A., México, 1991.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa S.A., México, 1991.

LUIS VIGO, R., *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Tucumán 1471, Argentina, 2004.

FELIP SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México/Madrid/Buenos Aires, FCE, 1974.

E. GARCÉS, J., “Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), Atelier, Barcelona, 2010.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- REVISTAS

ALEXY, R., “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, número 26, 2003.

NEUMANN, U., “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 9/2017. www.zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1134.pdf

ATIENZA. M. y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Isonomía*, número 27, 2007.

AGUILÓ REGLA, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”.

DEDES, C., “Sobre el origen del principio «*Nullum crimen nulla poena sine lege*»”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 9, 2002.

SILTALA, R., “Derecho, Moral y Leyes inmorales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, número 8, 1990.

ESCUADERO ALDAY, R., “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, en *Anuario de filosofía del derecho*, número 10, 2002.

CUERVO CRIALES, B., MOLINA DIAZ, P., TORRES MOYA, D., CASALLAS, A.Y., RODRIGUEZ, J., “Origen y fundamentos de la justicia transicional”, en *Vínculos*, volumen 11, número 1, marzo de 2014.

SÁEZ LORENZO, M. C., “Dossier. Memoria histórica: El proceso de justicia transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica”, en *Boletín de Documentación*, número 27, 2006.

VALENTINI, V., “Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al Derecho penal liberal”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Volumen 7, Número 77, julio-diciembre 2011.

KELSEN, H., “Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?”, en *International Law Quarterly*, Volumen I, número 2, 1947.

KELSEN, H., “The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals”, en *Judge Advocate Journal*, número 2, 1945.

GARCÍA SÁEZ, J. A., “Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 4, marzo – agosto 2013.

TAMARIT SUMALLA, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, en *Política criminal*, Volumen 7, Número 13, Julio de 2012.

ESCUADERO ALDAY, R., “Memoria histórica e imperio de la ley: El Poder Judicial ante el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo”, en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018.

MENDOZA CALDERÓN, S., “La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el Caso Scilingo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, octubre de 2011.

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”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, número 23, 2000.

PÉREZ DE LA FUENTE, O., “El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del Derecho del siglo XX”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 23, 25 de junio de 2011.

FARALDO CABANA, P., “La Fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13, 2009.

PALACIOS VALENCIA, Y., “Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos en casos de crímenes internacionales: Especial Referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos humanos”, en *RECorDIP*, volumen 1, número 2, 2013.

RADBRUCH. G., “Statutory Lawlessness and SupraStatutory Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 26, número 1, 2006.

- JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo

Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, número 16/2005

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 101, de 27 de febrero de 2012

Auto 187/2004, de 25 de mayo del Tribunal Constitucional.

Sentencia dictada en la causa número 245/75.

Sentencia 34044/1996, Casos Streletz, Kessler y Krenz, y K.-H. W. contra Alemania.

Sentencia de 22 de marzo de 2001 en el caso de Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania.

- RECURSOS DE INTERNET

[http://eticapsicologica.org/wiki/index.php?title=Principio del Mal Menor](http://eticapsicologica.org/wiki/index.php?title=Principio_del_Mal_Menor) , consultada el día 5 de junio de 2018.

<http://www.unav.es/nuestrotiempo/es/temas/sudafrica-el-perdon-como-motor-de-la-historia>, consultada el 28 de junio de 2018.

<http://www.gerencie.com/principio-de-irretroactividad-de-la-ley.html>

<http://www.lr21.com.uy/mundo/251616-argentina-y-la-justicia-retroactiva>

<http://www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional>, consultada el día 20 de mayo de 2018.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, consultada el 2 de junio de 2018.

<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=93921>, consultada el 10 de abril de 2018.

<http://memoriahistorica.org.es/4-la-ley-de-memoria-historica-y-su-desarrollo-normativo-ni-verdad-ni-justicia/>, consultada el 7 de julio de 2018.