



**HAL**  
open science

# Reconciliar justicia y legalidad en contextos de justicia transicional

Alejandro Lerena García

► **To cite this version:**

Alejandro Lerena García. Reconciliar justicia y legalidad en contextos de justicia transicional. *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, 12 (5), pp.1053 - 1080. 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1264. hal-04469488v2

**HAL Id: hal-04469488**

**<https://hal.science/hal-04469488v2>**

Submitted on 28 Feb 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



---

## **Reconciliar justicia y legalidad en contextos de justicia transicional**

### **(Reconciling justice and legality in transitional justice contexts)**

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES, FORTHCOMING: JUSTICIA TRANSICIONAL, PROCESOS LOCALES Y NUEVAS SUBJETIVIDADES

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-1264](https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-1264)

RECEIVED 19 APRIL 2021, ACCEPTED 20 DECEMBER 2021, FIRST-ONLINE PUBLISHED 27 JANUARY 2022

ALEJANDRO LERENA GARCÍA\* 

#### **Resumen**

La tensión dialéctica entre los principios de justicia y legalidad es un componente innato del derecho penal. Cuando los sistemas jurídicos internos se enfrentan al enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos cometidos por un régimen autoritario anterior esta tensión se hace aún más evidente. En el marco de un Estado democrático de derecho esta cuestión, inherente a la justicia transicional, puede encontrar diversas soluciones que llevarán a resultados radicalmente distintos: desde la impunidad hasta enjuiciamientos sin las debidas garantías. En este trabajo se analiza el conflicto entre estos principios y se exploran técnicas legales e interpretaciones flexibles orientadas a reconciliar las demandas enfrentadas de justicia y legalidad en contextos de justicia transicional.

#### **Palabras clave**

Justicia transicional; principio de legalidad; derecho penal; derecho penal internacional; crímenes internacionales

#### **Abstract**

The dialectic tension between the principles of justice and legality is an intrinsic component of criminal law. When serious human rights violations committed by a previous authoritarian regime are prosecuted in domestic legal systems, this tension becomes even more evident. Within the framework of a democratic state under the rule of law this issue, inherent to transitional justice, can find various solutions leading to radically different results: from impunity to prosecutions without fair trial guarantees. The conflict between these two principles is analysed in this paper, as well as legal techniques and flexible interpretations aiming the reconciliation of the competing demands of justice and legality in transitional justice contexts.

---

\* Alejandro Lerena García, Universidad Carlos III de Madrid y Aix-Marseille Université. Dirección de email: [alerena.garcia@gmail.com](mailto:alerena.garcia@gmail.com)

### **Key words**

Transitional justice; principle of legality; criminal law; international criminal law; international crimes

---

## Table of contents

1. Introducción .....	4
2. Legalidad estricta o justicia sustantiva.....	5
2.1. Legalidad estricta.....	5
2.2. Justicia sustantiva .....	6
3. Derecho interno .....	7
4. Derecho internacional.....	8
5. Tribunales domésticos, crímenes internacionales y justicia transicional .....	10
5.1. Algunas situaciones de conflicto entre justicia y legalidad .....	10
5.2. Legalidad estricta y justicia transicional.....	11
5.3. Justicia sustancial y justicia transicional.....	13
6. Legalidad ponderada y soluciones intermedias .....	14
6.1. Aplicación retroactiva de la ley interna posterior que incorpora derecho penal internacional.....	14
6.2. Recalificación jurídica de los hechos.....	16
6.3. Aplicación del derecho interno vigente en el momento de comisión: crímenes ordinarios.....	17
6.4. Delitos de comisión permanente .....	19
6.5. Formula Radbruch.....	20
6.6. Test de derechos humanos .....	21
6.7. Leyes interpretativas .....	23
6.8. Hermenéutica jurídica.....	23
9. Conclusiones .....	24
Referencias .....	25

## 1. Introducción

Una de las características comunes a todos los sistemas jurídicos es la tensión dialéctica entre las demandas de justicia y legalidad (Fletcher 1998, p. 212). Este conflicto siempre ha sido protagonista de los debates de la filosofía y la teoría del derecho, siendo fundamento de las diferencias entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, entre los medios y los fines del derecho, o entre su concepción sustantiva frente a la formalidad estricta del positivismo jurídico. Uno de los ejemplos más claros de este conflicto entre justicia y legalidad se da respecto a los criterios formales o materiales de validez de las normas, es decir, si aceptamos las normas como derecho válido si han sido creadas respetando los procedimientos formales, o si exigimos también su conformidad con normas supra legales o axiológicas, como la justicia (Ferrajoli 2009, pp. 355–9).

La tensión entre visiones positivistas o formalistas de la legalidad y concepciones más flexibles que incorporaban normas morales siempre ha estado presente a lo largo de la historia manifestándose de incontables maneras y formas. Sófocles ya recogió este conflicto entre el derecho de Antígona, no escrito y basado en las costumbres de los hombres, y la ley escrita de Creonte, expresión de la voluntad del legislador (Messuti 2012, p. 9). Este conflicto encuentra actualmente su expresión más representativa en los contextos de justicia transicional, evidenciando que la adopción de posturas más cercanas a la legalidad estricta o a la justicia sustantiva pueden llevar a resultados radicalmente distintos: desde la impunidad hasta enjuiciamientos sin las mínimas garantías.

Los procesos de justicia transicional son situaciones complejas y excepcionales en las que, por la gravedad de los crímenes cometidos por el régimen anterior, el derecho internacional juega un papel fundamental. Las dificultades encontradas en los enjuiciamientos en foros internacionales han provocado que el rol de los tribunales domésticos se haya convertido en central en la nueva justicia penal internacional (Roht-Arriaza 2013, pp. 537–8). Especialmente a partir de la década de 1980, los Estados han recurrido a procedimientos penales, entre otros mecanismos de justicia transicional, para abordar las atrocidades cometidas en su pasado reciente. (Barahona de Brito *et al.* 2001, Roht-Arriaza 2002, p. 97). Esta tendencia global, que ha sido denominada cascada de justicia o revolución de la rendición de cuentas, ha planteado numerosas cuestiones sobre el rol, impacto y conveniencia de los procedimientos penales para la consecución de los objetivos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.<sup>1</sup> A su vez, se han señalado las limitaciones de los modelos tradicionales de justicia retributiva en situaciones posconflicto y la pertinencia de enfoques alternativos o complementarios, como la justicia restaurativa.<sup>2</sup> En el marco de esta multiplicidad de cuestiones sobre el papel, impacto, conveniencia o enfoque de los procedimientos penales en contextos de justicia transicional, este trabajo se centra en el estudio de las diferentes interpretaciones y aplicaciones posibles del principio de legalidad y su compatibilidad

---

<sup>1</sup> Un estudio detallado de estas cuestiones en Lutz y Sikkink 2001, Sriram 2005, Roht-Arriaza 2008, Kim y Sikkink 2010, Meernik *et al.* 2010.

<sup>2</sup> Para un análisis en detalle de estas cuestiones, ver Kirchheimer 1980, Shklar 1986, Doak y O'Mahony 2012, Gómez-Velásquez y Correa-Saavedra 2015.

---

con la apertura de procedimientos penales ante las jurisdicciones nacionales por los crímenes internacionales cometidos por un régimen autoritario anterior.

Cuando las nuevas democracias se enfrentan al enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos cometidos por un régimen autoritario anterior las demandas enfrentadas de legalidad y justicia a veces parecen incompatibles en el marco de los sistemas jurídicos internos. Es lo que se ha denominado “dilema del Estado de derecho” al que se enfrenta la justicia transicional cuando el respeto estricto del principio de legalidad y de irretroactividad penal puede hacer inviable la investigación de los crímenes del pasado. Y al contrario, la depuración de responsabilidades penales solo parece posible si no se respetan las garantías fundamentales del Estado de derecho (Teitel 2003, p. 77).

Los Estados pueden basarse en diferentes doctrinas y aplicar diferentes técnicas legales para enfrentarse a los crímenes de un régimen anterior. Pueden optar por enfoques orientados a respetar una legalidad estricta, en detrimento de consideraciones de justicia sustancial, u optar por priorizar objetivos de justicia, lo que puede conllevar un menoscabo de la legalidad. Sin embargo, los Estados también disponen de fórmulas intermedias que permitan conciliar el castigo de los responsables y el respeto de los fundamentos de la legalidad penal. Tras analizar las características propias de ambas doctrinas, este trabajo presenta, sin ánimo de ser exhaustivo, algunas de las técnicas legales y soluciones intermedias que los Estados pueden adoptar para conciliar las demandas de justicia y legalidad en contextos de justicia transicional.

## **2. Legalidad estricta o justicia sustantiva**

Los sistemas jurídicos a nivel doméstico e internacional han tendido históricamente a orientar los fundamentos y la base de su derecho penal en la doctrina de la estricta legalidad o en la justicia sustantiva (Cassese 2013, p. 22). Actualmente, el principio de legalidad que, entre otros, establece la primacía de la ley sobre las actuaciones de los poderes del Estado, es uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho, reconocido por la mayoría de países en el mundo y piedra angular del derecho penal moderno (Dana 2009, p. 880, Ferrajoli 2009, p. 381). En concreto, en los países con ordenamientos de tradición romanista, el principio de legalidad penal es considerado como un derecho fundamental, vinculado a la idea de la dignidad humana, y considerado una garantía de la seguridad jurídica y de la libertad individual (Díez-Picazo 2008, p. 463). Sin embargo, el principio de legalidad admite diferencias sustanciales respecto a su interpretación y contenido concreto, y aunque en la actualidad la mayoría de los Estados han optado por una interpretación estricta del principio, a veces, y bajo circunstancias excepcionales, se han aceptado interpretaciones que recogen elementos propios de la justicia sustantiva.

### *2.1. Legalidad estricta*

La legalidad estricta, vinculada estrechamente al positivismo jurídico y a su enfoque normativo, es una de las interpretaciones posibles del principio de legalidad. Tiene su origen en las ideas ilustradas del siglo XVIII, surgiendo como reacción a la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y el abuso de poder propio del Antiguo Régimen. Siendo consecuencia directa de las teorías del contrato social y la separación de

poderes, el principio de legalidad establece que los poderes públicos deberán someterse al imperio de la ley, es decir, sus actuaciones solo podrán desarrollarse dentro de lo permitido por la legislación vigente. Las leyes, expresión de la voluntad general y adoptadas por parlamentos democráticos, eran consideradas racionales y perfectas, por lo que su aplicación a casos concretos por parte de los tribunales se limitaba a una acción mecánica. Esta función del juez, definido por Montesquieu como “la boca que pronuncia las palabras de la ley” (Montesquieu 1748/2001), fue también una respuesta a la discrecionalidad casi ilimitada de los jueces en el régimen anterior. La consolidación del principio de legalidad, paralela al nacimiento del Estado moderno, fue también resultado de un proceso de secularización del derecho, particularmente penal, que estableció la separación entre el derecho y la moral (Ferrajoli 2009, p. 225).

El individuo es el punto de partida de esta doctrina, otorgándole garantías, protegiendo su libertad y seguridad jurídica frente a la potestad punitiva del Estado y permitiéndole tener la certeza de que, si sus actos respetan la legalidad presente, no podrán ser considerados ilegales en el futuro. Así, las exigencias de la legalidad estricta se articulan en torno a la exigencia de que la ley penal deba ser previa, escrita, estricta y cierta, prohibiéndose por tanto la retroactividad, la analogía, el derecho no escrito como la costumbre y las leyes poco claras.

## 2.2. *Justicia sustantiva*

Las doctrinas relacionadas con la justicia sustancial surgen como reacción a las limitaciones del formalismo de la estricta legalidad llevadas a la práctica por los revolucionarios franceses.<sup>3</sup> La experiencia había demostrado que las leyes generales y abstractas, a pesar de ser expresión de la voluntad general, no siempre eran justas, y que su aplicación mecánica por parte de los jueces no siempre ofrecía la mejor opción posible (Benessiano 2008, p. 25). Surgieron nuevas teorías antiformalistas proponiendo que los jueces tuvieran mayor libertad para interpretar los códigos, adaptar la ley al caso concreto y llegar a la solución más justa en cada situación particular. Así, se plantearon nuevas formas de interpretación que flexibilizaran la aplicación del derecho y que tomaran en cuenta factores sociales y económicos. El principio de legalidad podía constituir un obstáculo a la hora de adaptar el derecho a las características y necesidades de cada caso concreto, y por tanto el mismo debía flexibilizarse o incluso ignorarse si el juez lo consideraba necesario para llegar a una solución más justa.<sup>4</sup>

De acuerdo a la doctrina de justicia sustantiva el objetivo principal del derecho penal es prohibir y castigar las conductas que puedan ser dañinas o peligrosas para la sociedad, aunque tal conducta no haya sido previamente prohibida por la ley. Así, esta doctrina prioriza los intereses de la sociedad frente a los individuos particulares (Cassese 2013, p. 22). Si entre los objetivos del principio de legalidad se encuentra garantizar que ningún inocente sea condenado, la justicia sustancial aspira a que ningún crimen quede impune. En el plano teórico diferentes corrientes defendieron estas posturas, con importantes matices, entre las que destaca la Escuela de Derecho Libre, corrientes del

---

<sup>3</sup> Un análisis detallado de estas corrientes en Lamarca Pérez 1987, p. 40.

<sup>4</sup> Un estudio crítico de las escuelas de pensamiento centradas en la prevención especial en Ferrajoli 2009, p. 264 ss.

realismo norteamericano, la Escuela Positiva o las teorías de defensa social.<sup>5</sup> En su versión más extrema, estas teorías fueron llevadas a la práctica por el fascismo italiano, el nacionalsocialismo alemán, y el estalinismo soviético.

Aunque estas propuestas no cuentan hoy con demasiado apoyo, influyeron significativamente en el desarrollo del derecho penal. Actualmente el papel de nuestros jueces se encuentra en un punto intermedio entre el legalismo revolucionario y las teorías antiformalistas. No son solamente “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, sino que disfrutaban de cierto margen de discreción para la individualización de las sanciones, siempre dentro del marco de legal de normas generales y abstractas (Gau-Cabée 2007, para. 44 y ss.). A su vez, versiones intermedias entre la estricta legalidad y la justicia sustancial han sido empleadas por Estados democráticos para dotar de flexibilidad al derecho penal y evitar resultados inaceptablemente injustos. Las teorías que abogan por una flexibilidad del derecho penal tienen especial relevancia en contextos de justicia transicional para posibilitar que las nuevas democracias puedan enjuiciar las graves violaciones de derechos humanos cometidos por un régimen autoritario anterior. La fórmula Radbruch, con la que Alemania se enfrentó a los crímenes cometidos tanto por el régimen nazi como por la República Democrática Alemana (en adelante RDA), es quizás la técnica legal más conocida, pero como veremos a continuación, no la única.

### 3. Derecho interno

Como se ha adelantado, en la actualidad el principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad penal forman parte de la mayoría de sistemas jurídicos en el mundo, considerándose como fundamentales para cualquier sistema de derecho penal (Gallant 2008, p. 243 y ss., Dana 2009, p. 880, Ferrajoli 2009, p. 381). La mayoría de países democráticos de tradición jurídica romanista han adoptado versiones estrictas del principio de legalidad articulado en torno a la exigencia de que la ley penal deba ser previa, escrita, estricta y cierta (Cassese 2013, p. 23). De esta forma se prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes penales, excepto cuando sean más favorables para el acusado, los delitos y penas solo podrán ser establecidos por leyes escritas emanadas de un Parlamento democrático, excluyéndose otras fuentes del derecho como la costumbre, los principios generales del derecho, o la jurisprudencia (Cassese 2013, p. 23, Lledó 2015, p. 62). A su vez las leyes penales deben ser claras y precisas, prohibiéndose la analogía.

En los países del *common law* el principio de legalidad es aplicado de manera más flexible, pero conservando las garantías básicas derivadas del mismo, como la irretroactividad penal. A pesar de que se mantiene la importancia del derecho creado por los jueces, la tendencia actual se encamina hacia la completa codificación del derecho penal y una interpretación más estricta del principio (Turpin y Tomkins 2007, p. 99, Dana 2009, p. 863 ss., Cassese 2013, p. 24).

---

<sup>5</sup> Un análisis de estas corrientes en Lamarca Pérez 1987, p. 61 y ss. o en Ferrajoli 2009, p. 264 y ss.

#### 4. Derecho internacional

Las características propias del ordenamiento internacional hacen que, aunque encuentre su origen en el derecho interno, el principio de legalidad internacional responda a fundamentos y justificaciones diferentes, y que su evolución haya tomado un curso distinto al de la legalidad a nivel estatal. Así, el principio de legalidad empieza a gestarse en el derecho internacional a principios del siglo XX, pero es a partir de los juicios posteriores a las Segunda Guerra Mundial que el principio gana centralidad en el debate internacional. En esos años, y hasta fechas recientes, la doctrina de justicia sustantiva fue predominante en el derecho penal internacional. En los últimos años esta teoría ha sido sustituida progresivamente por la de estricta legalidad, aunque con importantes particularidades (Cassese 2013, p. 24). Así, el principio de legalidad internacional no exige que la ley previa en que se prohíba el delito sea una ley escrita, ni exige garantías de certeza respecto a qué conductas son delictivas más allá de los requisitos de accesibilidad y previsibilidad.<sup>6</sup> De esta forma, el principio de legalidad ha evolucionado desde su consideración como un principio de justicia, hasta ser entendido como un derecho subjetivo que garantiza la protección y libertad de los individuos y que limita la soberanía de los Estados (Olásolo 2013, p. 23).

En un principio, el uso de la doctrina de justicia sustantiva se debió a la necesidad de dar respuesta a las nuevas y extremas formas de criminalidad que surgieron en la escena internacional, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad (Cassese 2013, pp. 24–25). En los juicios de Núremberg esta doctrina fue utilizada de forma expresa para garantizar el castigo de los criminales nazis. Sin embargo, una de las críticas más importantes a las que se enfrentó el tribunal, tanto en su constitución como durante el procedimiento, fue la falta de respeto al principio de legalidad, y en particular la aplicación de normas creadas *ex post facto* (Gallant 2008, p. 87 y ss.).

Entre otros argumentos, el tribunal defendió que el principio de legalidad no constituía una limitación a la soberanía de los Estados, sino que era en general un principio de justicia. Así, consideró que los crímenes extremadamente graves, considerados abominables por la comunidad internacional, debían ser castigados incluso aunque no estuvieran prohibidos o fueran considerados delictivos cuando se cometieron, ya que la verdadera injusticia sería su impunidad.<sup>7</sup>

La adopción de diferentes tratados de derecho internacional humanitario y de derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial en los que se incluyó el respeto al principio de legalidad, propició que éste empezara a ser visto desde la óptica del individuo y la protección de sus derechos frente al Estado. Así, el principio de legalidad pasó progresivamente de ser un principio de justicia que guiaba la política penal de los Estados a nivel internacional, a ser una garantía de la protección de los derechos de los individuos (Cassese 2013, pp. 26–27).

---

<sup>6</sup> A pesar de ello, la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho interpretaciones más estrictas del principio de legalidad (Hormazábal Malarée 2013, p. 278 y ss., Olásolo 2013, p. 40).

<sup>7</sup> Para un análisis del establecimiento, desarrollo y sentencias del tribunal, así como las opiniones favorables y contrarias, ver Gallant 2008, p. 67 y ss., Cassese 2013, p. 25, Lledó 2015, p. 139.

Otro factor que ha influido en esta evolución ha sido la progresiva positivización del derecho penal internacional, su evolución en dirección a convertirse en un sistema jurídico completo en el que todos sus elementos están establecidos de forma clara y precisa. Esta evolución ha dado un paso fundamental con el establecimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional. De esta forma, para dar respuesta a los crímenes internacionales ya no es necesaria la doctrina de la justicia sustantiva dado que el derecho penal internacional cuenta con las herramientas necesarias para hacerlo respetando una legalidad más estricta. Sin embargo, el Estatuto y el establecimiento de la Corte no resuelven todos los problemas ya que presenta importantes limitaciones, como la imposibilidad de enjuiciar hechos anteriores a su entrada en vigor en el año 2002, o la falta de adhesión al Estatuto de numerosos Estados (Maculán 2016, pp. 81–3). Así, aunque cada vez sea menos necesaria una flexibilización de la legalidad, en los próximos años todavía surgirán situaciones en que ésta será necesaria para evitar la impunidad.

Aunque el derecho penal internacional reconoce un principio de legalidad cada vez más estricto, exige su compatibilidad con el enjuiciamiento de crímenes internacionales. Después de la Segunda Guerra Mundial un movimiento para evitar que obstáculos procesales impidieran el enjuiciamiento de atrocidades se desarrolló en paralelo al establecimiento de la obligación de los Estados de perseguir crímenes como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra (Gallant 2008, p. 398, Messuti 2013, Sosa 2013, p. 157 y ss.). En el proceso de reafirmación del principio de legalidad en el derecho internacional se ha sido muy consciente del obstáculo que la adopción de una doctrina de legalidad estricta podía suponer para la persecución de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Así, importantes tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) garantizaban el respeto al principio de legalidad, siempre y cuando no impidieran la persecución de crímenes internacionales.<sup>8</sup> A su vez, Tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) han realizado interpretaciones flexibles del principio de legalidad permitiendo, por ejemplo, la aplicación retroactiva del derecho interno a crímenes que, aunque ya existían en derecho internacional, aun no estaban tipificados, o incluso estaban amparados por el derecho doméstico vigente en el momento en que se cometieron.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Artículo 7.2 Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y artículo 15.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

<sup>9</sup> Entre otros, caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 22 de marzo de 2001, comunicaciones núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98; caso *Kononov contra Letonia*, 17 de mayo 2010, comunicación núm. 36376/04. En algunos casos el TEDH ha considerado el artículo 7.2 como una excepción al principio de legalidad: ver entre otros *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, decisión de admisibilidad, comunicaciones núm. 23052/04 y 24018/04, 17 enero 2006, párr. 9; *Tess contra Letonia*, comunicación n. 34854/02, 12 diciembre 2002, párr. 7. Sin embargo, el tribunal hizo una interpretación más restrictiva en *Maktouf y Damjanovic contra Bosnia Herzegovina*, comunicaciones núm. 2312/08, 34179/08, 18 julio 2013. Un análisis del art. 7.2 y su interpretación por el TEDH en (De Sanctis 2014, p. 860 y ss.) Una opinión crítica con esta jurisprudencia en Gil Gil 2010, p. 163. La autora considera que el TEDH da prioridad a “hacer justicia” y a soluciones prácticas antes que afirmar la violación de derechos.

## 5. Tribunales domésticos, crímenes internacionales y justicia transicional

Cuando tratan de juzgar las atrocidades cometidas por un régimen autoritario anterior, los Estados democráticos se enfrentan frecuentemente a lo que se conoce como “dilema del Estado de derecho” al que se enfrenta la justicia transicional (Teitel 2003, p. 77). Las nuevas democracias aspiran a juzgar estos crímenes aplicando todas las garantías del Estado de derecho, entre las que destaca el principio de legalidad. Sin embargo, una aplicación estricta del mismo impide en muchos casos llevar a cabo tal enjuiciamiento.

A menudo, cuando se cometieron graves violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario durante el siglo XX, los ordenamientos jurídicos estatales no estaban preparados para atrocidades de tal magnitud, no contando con figuras jurídicas que se adaptaran a los hechos. El derecho penal internacional surgió para dar respuesta a estas situaciones, con tipos penales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra. Sin embargo, hasta hace pocos años los Estados no han incorporado en sus sistemas internos esta normativa internacional, y la interacción entre ambos ordenamientos produce importantes tensiones con el principio de legalidad. Así, estos problemas a los que se enfrentan numerosas democracias con pasados dictatoriales se deben principalmente a que los crímenes internacionales, y en especial los crímenes contra la humanidad, han tenido una incorporación tardía en los ordenamientos jurídicos estatales, impulsadas en muchos casos por la necesidad de implementar a nivel doméstico el estatuto de la Corte Penal Internacional, es decir, después del año 1998.

Los Estados pueden basarse en diferentes doctrinas, y aplicar diferentes técnicas legales para enfrentarse a las graves violaciones de derechos humanos cometidas por un régimen autoritario anterior. Como se ha adelantado, pueden optar por enfoques orientados a respetar una legalidad estricta, en detrimento de consideraciones de justicia sustancial, u optar por priorizar objetivos de justicia, lo que puede conllevar un menoscabo de la legalidad. Por supuesto, entre ambas posturas existen numerosas opciones intermedias y técnicas legales diseñadas para evitar o eliminar conjugar la legalidad con la justicia.

### *5.1. Algunas situaciones de conflicto entre justicia y legalidad*

A menudo, cuando se cometieron las violaciones de derechos humanos estaban amparadas por la legislación del Estado, siendo consideradas conductas legales a pesar de que ya constituyeran ilícitos internacionales. El enjuiciamiento de estas conductas, que en su momento estaban permitidas bajo el derecho interno, plantea un conflicto evidente con el principio de legalidad y de seguridad jurídica. De igual manera, también plantea tensiones con el principio de legalidad el enjuiciamiento de crímenes, que, aunque no estuvieran permitidos por la legislación estatal del momento, tampoco estaban prohibidos. A estos problemas se tuvo que enfrentar Alemania, entre otros, después de la Segunda Guerra Mundial al juzgar los crímenes nazis, y de nuevo tras la reunificación, al juzgar algunos crímenes de la RDA.

Igualmente, la utilización de tipos penales que en el momento de los hechos todavía no se habían incorporado en el derecho doméstico, aunque si existieran en el derecho internacional, plantea cuestiones sobre el respecto diferentes aspectos del principio de legalidad como la prohibición de retroactividad penal. España, Argentina o Chile, entre

otros, se han enfrentado a este problema al tratar de calificar las atrocidades cometidas por sus dictaduras como crímenes contra la humanidad.<sup>10</sup>

Otro problema que surge en relación al principio de legalidad es la prescripción, especialmente allí donde se han dado transiciones pactadas y cuando, por diversas circunstancias, hasta muchos años después el país no se enfrenta a los crímenes del pasado. A pesar de que los crímenes particulares, como torturas, asesinatos, o delitos sexuales hubieran estado prohibidos bajo la legislación estatal del momento, cuando finalmente la nueva democracia se enfrente a ellos habrán pasado muchos años y puede que ya hayan prescrito. Como veremos, una forma de salvar este obstáculo sería calificarlos como crímenes internacionales, que son imprescriptibles, pero se plantearían dudas sobre el respeto al principio de legalidad ya que generalmente la legislación del régimen autoritario no incluía estos tipos penales.

### *5.2. Legalidad estricta y justicia transicional*

Los Estados tienen la capacidad de ir más allá de lo que el derecho internacional les exige y aplicar a nivel interno un principio de legalidad más estricto (Gallant 2008, p. 370, Gil Gil 2010, p. 163). Son numerosas las razones que pueden llevar a una nueva democracia a adoptar esta postura, pero destaca la voluntad de demostrar un cambio sustancial respecto al anterior régimen que no respetaba los derechos fundamentales. El respeto estricto de la legalidad penal muestra un compromiso sin fisuras del nuevo régimen con las garantías del Estado de derecho. Se pretende demostrar que la nueva democracia respeta escrupulosamente los derechos de todos los ciudadanos, incluidos los de aquellos que en el régimen anterior pudieron cometer graves atrocidades (Posner y Vermeule 2003, p. 792). Se puede argumentar también que admitir excepciones, aplicaciones flexibles o adaptaciones del principio de legalidad para determinados tipos de delitos o circunstancias vulnerarían los derechos y garantías fundamentales de los individuos, y en concreto la seguridad jurídica, conduciendo a un derecho penal del enemigo (Gil Gil 2010, p. 162). Así, la legalidad estricta exige para la aplicación del derecho internacional su incorporación al derecho interno antes de la comisión de los hechos. Es decir, solo se permite la utilización del derecho doméstico vigente en el momento de los hechos (Gallant 2008, p. 398).

El punto de partida de esta doctrina es la libertad y los derechos individuales, dejando en segundo plano aquellos relacionados con la sociedad. Así, el respeto estricto de la legalidad puede significar también un obstáculo insalvable para enjuiciar los crímenes del régimen anterior. La aplicación estricta del principio de legalidad, más allá de lo exigible por el derecho internacional, puede significar el incumplimiento de otras obligaciones internacionales, como el deber de perseguir graves violaciones de derechos humanos, o garantizar los derechos de las víctimas. No podemos olvidar que el respeto escrupuloso de las garantías derivadas del principio de legalidad puede ser utilizado también por el Estado, debido a diferentes razones, para impedir la investigación y enjuiciamiento de los crímenes del pasado.

---

<sup>10</sup> Un análisis comparativo de los procesos penales en estos tres países y la bibliografía más relevante en Aguilar 2013.

En la primera de las situaciones descritas en el apartado anterior, cuando el derecho del Estado autoritario ampare la comisión de atrocidades, la doctrina de la legalidad estricta razonará que, aunque las conductas sean consideradas criminales por la nueva democracia, si estaban permitidas en el anterior régimen por leyes que hubieran respetado todos los requisitos formales para su adopción, las conductas no podrán ser perseguidas, y tales leyes no podrán ser consideradas nulas ni inválidas. Esta visión formalista separa por completo la esfera de lo moral y de lo jurídico, considerando que, si una ley respeta los requisitos formales, será una norma válida, sin importar su contenido y lo injusta que pueda ser. De esta manera, la ley que se aplicará será la del momento en que se cometió la conducta, es decir, la ley del Estado autoritario, que, aunque sea contraria a valores axiológicos, cumple con los requisitos formales y por tanto es considerada válida.

En el segundo supuesto, a pesar de que en el momento de cometerse las conductas constitúan delitos ordinarios de acuerdo al derecho interno, la estricta legalidad puede suponer un obstáculo para su enjuiciamiento. Partiendo de la prohibición de utilizar retroactivamente las leyes penales, el derecho a aplicar será el existente en el momento en que se produjeron hechos, es decir, estos serán considerados delitos ordinarios conforme al derecho interno. Como se ha explicado, las graves violaciones de derechos humanos con frecuencia no son investigadas hasta muchos años después, por lo que a menudo los delitos ordinarios ya habrán prescrito. Una solución sería calificarlos, por ejemplo, como crímenes contra la humanidad y por tanto imprescriptibles. Sin embargo, si estos delitos se incorporaron a la legislación interna con posterioridad a la comisión de los hechos, aunque ya existieran en el derecho internacional, la legalidad estricta impedirá la utilización de este tipo penal ya que vulneraría los derechos del acusado. Éste no podía haber previsto en el momento de cometer los hechos, que sus conductas constituirían, por ejemplo, un crimen contra la humanidad ya que este delito no había sido codificado en la legislación estatal. De igual forma, la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción vulneraría también la legalidad estricta.

La interacción entre los ordenamientos estatal e internacional plantea también tensiones con la legalidad estricta. De acuerdo con esta teoría, si el Estado en que se cometieron los crímenes no hubiera ratificado e incorporado al derecho interno el tratado o la costumbre internacional en que se prohíben los crímenes, o lo hubiera hecho con posterioridad a su comisión, los tribunales no podrán aplicar la normativa internacional a riesgo de vulnerar los derechos de los acusados. Tendrán que enfrentarse a los crímenes usando en exclusiva el derecho interno vigente en el momento de los hechos. Entre otros, se considera que el individuo no pudo adaptar su conducta a una norma internacional que no había sido incorporada al derecho interno, especialmente si era una norma no escrita, ya que no era suficientemente accesible ni taxativa.

Si la utilización de figuras delictivas recogidas en tratados internacionales supone un conflicto con la legalidad estricta, esta tensión se acentúa cuando la prohibición de las conductas no se encuentra en un instrumento internacional, sino en derecho internacional no escrito. El derecho internacional, por sus características propias, admite como fuentes la costumbre o los principios generales del derecho, es decir, fuentes no escritas (Cassese 2013, p. 9, Hormazábal Malarée 2013, pp. 256-7). La

prohibición de algunos crímenes internacionales y la obligación de los Estados de perseguirlos penalmente son considerados actualmente como normas de *ius cogens*, es decir, normas imperativas de derecho internacional obligatorias para todos los Estados con independencia de que hayan sido positivizadas en tratados internacionales, o de que el Estado en cuestión los haya ratificado (Capellà i Roig 2005, p. 6 y ss., Cassese 2013, p. 18 y ss., Messuti 2013, Sosa 2013, p. 157 y ss.). De hecho, en muchos casos cuando se cometieron violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, su prohibición a nivel internacional no había sido incorporada aún en convenciones o tratados.

Así, la utilización de figuras delictivas que en el momento de la comisión solo se encontraban en derecho no escrito acentúan el conflicto con la legalidad estricta que, como hemos visto, exige que la norma previa en que se encuentre prohibida la conducta sea una ley escrita. Se argumenta que las leyes no escritas no son suficientemente estable, taxativas y accesibles para que los individuos pueden adaptar sus conductas a ellas y prever las consecuencias que puede acarrear su vulneración (Gil Gil 2005, p. 1084 y ss., 2010, p. 62).

### 5.3. Justicia sustancial y justicia transicional

Los Estados también pueden optar por la doctrina de la justicia sustancial al enfrentarse a los crímenes del pasado, anteponiendo los intereses de la sociedad a las garantías individuales. El objetivo de alcanzar justicia justificaría apartarse del principio de legalidad si fuera necesario, aplicando retroactivamente leyes penales o creando, por ejemplo, tipos penales *ad hoc*. Así, el principio de seguridad jurídica se vería afectado ya que los ciudadanos no tendrían la certeza de que, si sus actuaciones se ajustan a la legalidad presente, no podrán ser consideradas ilegales en el futuro. Aunque no es una postura que haya sido adoptada con frecuencia, se ha argumentado que los juicios de Núremberg o Tokio, después de la Segunda Guerra Mundial, se basaron en esta doctrina (Cassese 2013, pp. 24–6). Las críticas más relevantes a estos procedimientos, aparte de considerarlos como justicia del vencedor, se centraron en el quebrantamiento del principio de legalidad ya que se habían creado tipos penales nuevos que no existían cuando se cometieron los crímenes.<sup>11</sup>

A pesar de perseguir el objetivo legítimo de la justicia, una nueva democracia que no respete las normas, procedimientos y garantías básicas de un Estado de derecho al enfrentarse a los crímenes del pasado, se arriesga a un menoscabo de la credibilidad de su sistema jurídico y de la democracia en sí misma pues equipara su actuación a las prácticas aleatorias y abusivas del régimen anterior (Posner y Vermeule 2003, p. 792). La falta de control y límites al monopolio del uso de la fuerza y al poder de un sistema de derecho penal facilita la comisión de abusos. Las prácticas desmedidas que en la actualidad están en aumento en nombre de la lucha contra el terrorismo nos recuerdan los peligros de los poderes sin control (Dana 2009, p. 924). Apartarse de la legalidad conduce inevitablemente a la tiranía (Gallant 2008, p. 405).

<sup>11</sup> Para un análisis crítico de esos procedimientos, ver Gallant 2008, p. 67 y ss., Lledó 2015, p. 139 y ss.

## 6. Legalidad ponderada y soluciones intermedias

Tomando como punto de partida la protección del individuo ante el poder del Estado, la doctrina de la estricta legalidad puede conllevar, en las situaciones estudiadas, la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, y por tanto el no respeto de los derechos de las víctimas y el cumplimiento de la obligación internacional de perseguir y juzgar esos crímenes.<sup>12</sup> Por el contrario, la aplicación de la doctrina de justicia sustancial garantizaría la satisfacción de las demandas y derechos de la sociedad, pero fallaría a la hora de proteger los derechos y garantías fundamentales del acusado.

Sin embargo, existen distintas técnicas legales que permiten conciliar y equilibrar las demandas opuestas de justicia y legalidad, o simplemente disolver o eludir este conflicto (Posner y Vermeule 2003, p. 793). Aunque a veces han optado por la legalidad estricta o la justicia sustancial al enfrentarse a los crímenes del pasado, los Estados suelen adoptar posiciones intermedias que permitan castigar a los responsables respetando los fundamentos de la legalidad penal.

Estas posturas intermedias encuentran apoyo en los elementos u obligaciones positivas derivados del principio de legalidad (Fletcher 1998, p. 208). Junto a las ya analizadas garantías negativas que protegen al ciudadano frente al poder del Estado encontramos otras, surgidas con posterioridad respondiendo a la evolución de las circunstancias históricas y sociales, denominadas legalidad positiva. Diferentes reformas legislativas a partir de los años 1970 y que han tomado fuerza en las últimas décadas señalan que el objetivo principal del principio de legalidad ya no solo es proteger al individuo de los abusos del Estado, sino también garantizar otros principios como la justicia o la igualdad, implementando una concepción más amplia de la legalidad.<sup>13</sup> Estrechamente vinculado a las diferentes concepciones y funciones atribuidas al Estado de derecho, el alcance de la legalidad positiva varía en cada país. En algunos, como Alemania, la falta de enjuiciamiento penal puede suponer una violación de la obligación constitucional de proteger a las víctimas (Fletcher 1998, p. 208). Así, la obligación del Estado de proteger los derechos del acusado puede entrar en conflicto con la obligación de juzgar a los culpables y garantizar los derechos de las víctimas.

### *6.1. Aplicación retroactiva de la ley interna posterior que incorpora derecho penal internacional*

La primera técnica legal que podemos considerar es la aplicación retroactiva de la ley interna a hechos constitutivos de crímenes internacionales que en el momento de su comisión aún no estaban incluidos como tales en la legislación doméstica, pero que sí estaban prohibidos por el derecho internacional. Es decir, si en el momento en que se cometieron, por ejemplo, crímenes contra la humanidad, este delito aún no estaba incorporado a la legislación interna, pero ya estaba contemplado por el derecho internacional, se podría aplicar retroactivamente este tipo penal doméstico incorporado con posterioridad a la comisión de los hechos.

---

<sup>12</sup> La postura contraria en Gil Gil 2010, p. 163.

<sup>13</sup> Este cambio de tendencia en la política penal, dando mayor énfasis a los valores positivos del principio de legalidad se pudo ver, entre otros, en Estados Unidos, en los países escandinavos o en los países de Europa del Este después de la Guerra Fría (Dana 2009, p. 863).

Diferentes Estados han utilizado esta técnica, aplicando retroactivamente derecho interno siempre a condición de que las conductas ya estuvieran prohibidas en derecho internacional.<sup>14</sup> Algunos países incluso admiten esta posibilidad en sus Constituciones.<sup>15</sup> En ocasiones la aplicación retroactiva de un tipo penal a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor se ha justificado explicando que el mismo no es una norma penal totalmente autónoma ya que incorpora al derecho interno normas que ya estaban vigentes en el derecho internacional y eran obligatorias para todos los Estados.<sup>16</sup>

En varias ocasiones el TEDH ha analizado si esta técnica jurídica es conforme con el principio de legalidad penal. El Tribunal ha estudiado si se respetan los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, es decir, si se garantiza el derecho de los ciudadanos a conocer qué actos pueden llegar a ser ilegales y cuáles no, lo que les permite tener la certeza de que, si sus actos respetan la legalidad presente, no podrán ser considerados ilegales en el futuro. El Tribunal ha considerado que la aplicación retroactiva de leyes que implementan crímenes internacionales respeta el principio de legalidad, y ha llegado a afirmar que los requisitos de accesibilidad y previsibilidad habían sido respetados incluso cuando se condenó a una persona por hechos que eran legales de acuerdo a las leyes del país en que se cometieron, pero constituían conductas criminales bajo la legislación internacional.<sup>17</sup>

A favor de esta técnica se ha argumentado que respeta el fundamento del principio de legalidad e irretroactividad penal, es decir, que nadie sea condenado por una conducta que no esté prohibida en el momento de su comisión (Capellà i Roig 2005, p. 9, Ollé Sesé 2019, p. 1431).<sup>18</sup> Como hemos visto, el derecho internacional permite que tal prohibición provenga tanto del derecho doméstico como del derecho internacional (De Sanctis 2014, p. 852). Por tanto, aunque se aplique retroactivamente el derecho interno, en el momento de su comisión la conducta ya era considerada criminal por el derecho internacional.

Se puede sostener también en favor de esta solución intermedia que la falta de incorporación interna de una norma internacional no puede suponer que los derechos reconocidos en ella no puedan ser disfrutados por los ciudadanos del Estado que no ha cumplido su obligación de transponerla. La ausencia de garantías que permitan el ejercicio de los derechos, o los protejan, no supone la inexistencia de tales derechos. La existencia de normas constitucionales no puede depender de sus leyes de desarrollo ya que equivaldría a aceptar que el legislador puede neutralizar o derogar de facto la constitución. Lo anterior es aplicable a las normas internacionales de *ius cogens*, que a menudo no han sido incorporadas en la legislación interna (Messuti 2012, p. 16).

---

<sup>14</sup> Francia, Noruega o Eslovenia entre otros (Gallant 2008, p. 277).

<sup>15</sup> Alemania, Canadá, Croacia o Polonia, entre otros (Gallant 2008, p. 261 y ss.).

<sup>16</sup> Razonamiento utilizado por la Audiencia Nacional española cuando en el año 2005 condenó al exmilitar argentino Adolfo Scilingo a 640 años de cárcel por crímenes cometidos entre los años 1976 y 1983 (Audiencia Nacional, sentencia de 19 de abril de 2005, Rol. de Sala núm. 139/97, Sumario núm. 19/97).

<sup>17</sup> *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 22 de marzo de 2001, comunicaciones núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98; *Kononov contra Letonia*, sentencia de 17 de mayo 2010, comunicación núm. 36376/04.

<sup>18</sup> En contra, Gil Gil 2005.

La aceptación de esta técnica no es unánime. La incorporación tardía de los crímenes internacionales a los ordenamientos internos ha obligado a utilizar esta técnica a numerosos Estados para permitir el enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos (Roht-Arriaza 2013, p. 538). Bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta técnica ha sido utilizado por diferentes tribunales de países sudamericanos como Chile, Brasil, Uruguay o el Salvador para permitir el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por las dictaduras de los años 1970 y 1980 (Roht-Arriaza 2013, pp. 538–40). Aunque esta técnica compromete una legalidad estricta que exija para su aplicación la previa incorporación de la norma internacional en derecho interno, en ciertos Estados que abrazan la legalidad estricta algunos tribunales la han adoptado, como en Francia<sup>19</sup> o Eslovenia<sup>20</sup> para evitar la impunidad. A su vez esta técnica ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional de Uganda y los Tribunales Supremos de Brasil y España entre otros por considerar que era contraria a los principios de legalidad e irretroactividad penal (Gallant 2008, p. 264, Roht-Arriaza 2013, p. 540).

### 6.2. Recalificación jurídica de los hechos

La misma técnica arriba explicada puede ser considerada como una recalificación jurídica en los casos en los que la conducta en sí ya se encontraba prohibida por el derecho interno como un delito ordinario. Por ejemplo, conductas que en el momento de cometerse podían ser consideradas bajo el derecho interno como asesinatos, torturas o detenciones ilegales, cuando años después se incorpora al derecho doméstico los crímenes contra la humanidad, podrían ser juzgadas utilizando este delito. Por supuesto, no todos los asesinatos, torturas o detenciones ilegales podrán ser considerados crímenes contra la humanidad, sino solo los que cumplan los requisitos adicionales que exige este crimen, es decir, los que se hubieran cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. De esta forma, una conducta que en el momento de cometerse era considerada un crimen ordinario, pasa a recalificarse jurídicamente como un crimen internacional.

Es evidente que la recalificación puede poner en peligro al principio de legalidad y abrir la puerta a potenciales abusos. Para evitarlo y preservar el respeto a la legalidad, se ha propuesto que esta técnica solo pueda usarse por los tribunales si concurren tres requisitos (Gallant 2008, p. 320 y ss., 367 y ss.). (i) En el momento de producirse la conducta ya debía ser considerada criminal de acuerdo al derecho internacional, es decir, que implicara responsabilidad penal individual, no siendo suficiente que la conducta solo acarreará responsabilidad estatal, o que fuera moralmente reprochable. (ii) La conducta debía ser considerada criminal de acuerdo a una ley, estatal o internacional, que vinculara al actor en el momento de cometerse. (iii) Al ser el crimen internacional un delito más grave, existe el peligro de que los tribunales al recalificar el delito impongan penas más severas que las existentes en el momento de los hechos. Así, para respetar el principio *nullum poena sine lege*, la pena impuesta no podrá exceder

---

<sup>19</sup> Caso *Barbie* N° 2, Bull. Crim. N° 34, 78 ILR 132, France Cour de Cassation, 26 enero 1984, citado en Gallant 2008, p. 263.

<sup>20</sup> Caso *U-1-248/96*, párr. 14, Tribunal Constitucional de Eslovenia, 30 septiembre 1998, citado en Gallant 2008, p. 263.

aquella establecida para el delito ordinario contemplado por la legislación estatal del momento de su comisión.

Esta técnica legal no cuenta con el apoyo unánime de la doctrina (De Souza Dias 2019). Autores como Bassiouni (1999, pp. 158–59) consideran la recalificación jurídica como un ejemplo de analogía. Sin embargo, para Gallant (2008, p. 322) el elemento central del proceso de recalificación es que la conducta ya fuera criminal según las leyes del momento, mientras que la analogía permite que conductas que no forman parte de la definición penal sean incluidas en esta. Así, la recalificación respetaría el fundamento del principio de legalidad ya que ninguna persona podría ser condenada por un acto que no era criminal cuando se cometió, y se respetarían a su vez los requisitos de accesibilidad y previsibilidad (Meron 1998, pp. 244-48, citado en Gallant 2008, p. 321; Rauter 2017, p. 70).

Aunque es una técnica excepcional y poco habitual, la recalificación jurídica no está prohibida por el derecho internacional (Gallant 2008, p. 367), y de hecho no es desconocida en la jurisprudencia de tribunales estatales e internacionales. Fue utilizada por algunos tribunales domésticos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial<sup>21</sup> y ha sido adoptada como doctrina por varios tribunales penales internacionales modernos como el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia o el Tribunal Especial para Sierra Leona, considerando la recalificación compatible con el principio de legalidad.<sup>22</sup>

### 6.3. *Aplicación del derecho interno vigente en el momento de comisión: crímenes ordinarios*

Los tribunales domésticos pueden optar también por enjuiciar los crímenes de un régimen autoritario anterior en base a la legislación interna vigente en la época en que se cometieron. Como hemos visto, frecuentemente los crímenes internacionales no formaban parte aún del derecho doméstico, pero las conductas eran ya ilegales, tipificadas en los códigos penales como delitos comunes de asesinatos, torturas, detenciones ilegales, delitos sexuales u otros. Al constituir conductas prohibidas por el derecho interno en el momento en que se produjeron, estos actos pueden ser juzgados con pleno respeto al principio de legalidad e irretroactividad penal. Sería incluso compatible con las interpretaciones más estrictas de este principio ya que la norma que recoge los delitos es previa, escrita, estricta y cierta. El único problema que existe al aplicar exclusivamente la legislación estatal de la época es la prescripción.

Los crímenes internacionales, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, normalmente son delitos cometidos por el Estado, por sus agentes, o con su colaboración o connivencia. Aunque depende de las características propias de cada proceso transicional, a menudo será necesario el paso de muchos años antes de que la situación política cambie lo suficiente para que los organismos estatales se renueven, dejen de proteger a los culpables y se decidan a juzgarlos (Teitel 2003, p. 77). Así, cuando finalmente se intenten enjuiciar los crímenes, los plazos de prescripción de los

<sup>21</sup> *United States v. Ohlendorff (Einsatzgruppen Case)*, 4 T.W.C. 10 April 1948; *Trial of Wagner*, 3 UNWCC, French Permanent Military Court, Strasbourg, 3 mayo 1946, *aff'd*, Cour de Cassation, 24 julio 1946.

<sup>22</sup> *Prosecutor v. Delalic*, Appeals Judgement, Case N° IT-96-21 (ICTY App. Ch. 20 febrero 2001); *Prosecutor v. Furundzija*, Judgement, Case N° IT-95-17/1 (ICTY Tr. Ch., 10 diciembre 1998); *Prosecutor v. Norman*, Case N° SCSL 04-14-AR72(E) (SCSL App. Ch., 31 mayo 2004).

delitos ordinarios pueden haber prescrito ya. A este problema se le han dado diferentes soluciones.

La primera solución se basa en la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.<sup>23</sup> En la mayoría de sistemas jurídicos los periodos de prescripción varían en función de la gravedad de los delitos. Así, cuanto más grave es un crimen, mayor es el tiempo que tiene que transcurrir para que deje de ser perseguible. Siguiendo esta lógica, los crímenes internacionales, los actos más terribles que pueden cometer los seres humanos, son considerados imprescriptibles. Esta imprescriptibilidad se fundamenta también en que, al ser delitos cometidos por el Estado o con su connivencia, si se mantuvieran los plazos de prescripción ordinarios lo más probable sería que los crímenes quedarán impunes y no pudieran ser juzgados nunca.<sup>24</sup>

Así, la primera solución al problema de la prescripción de los delitos ordinarios sería valorar la existencia de los elementos que convierten un crimen ordinario en internacional para evitar la prescripción. Por ejemplo, en los delitos contra la humanidad, a pesar de ser juzgados como delitos ordinarios, se puede valorar el contexto de violencia generalizada o sistemática contra la población civil en que fueron cometidos, para considerar los mismos como imprescriptibles. De esta forma se estaría respetando una legalidad estricta al encontrarse la definición de los delitos y las penas en una ley estatal previa, escrita, estricta y cierta en el momento de la comisión de los hechos. La flexibilización de la legalidad solo sería necesaria respecto a un elemento procesal y no sustantivo, como la prescripción.<sup>25</sup> A este elemento procesal se le puede aplicar de manera alternativa la norma internacional vigente en el momento de los hechos que considera los crímenes internacionales como imprescriptibles, o de forma retroactiva la norma doméstica que incorpora esta imprescriptibilidad al ordenamiento interno.

Aunque no se trataba de prescripción, sino de competencia territorial, el Tribunal Supremo español utilizó una argumentación muy parecida cuando juzgó al exmilitar argentino Adolfo Scilingo en el año 2007. A pesar de que la ley interna que habilitaba a los tribunales españoles para juzgar estos delitos era posterior a los hechos, el Tribunal consideró que el contexto en que se habían producido, propio de los crímenes contra la humanidad, ya existentes en el derecho internacional cuando se cometieron los crímenes, permitía aplicar la ley española retroactivamente para fundamentar su competencia territorial. Así, el Tribunal Supremo dio valor al contexto en que se habían producido los crímenes para evitar que un problema procesal resultara en impunidad.<sup>26</sup>

La segunda solución consistiría en la extensión retroactiva de los plazos de prescripción, aunque la aceptación de esta técnica no es unánime en la práctica estatal.

---

<sup>23</sup> Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Resolución 2392 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU, 26 de noviembre de 1968.

<sup>24</sup> Otros fundamentos de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, su constitución como norma de derecho consuetudinario, y los instrumentos internacionales y jurisprudencia relevante al respecto en Cassese 2013, p. 313 y ss.

<sup>25</sup> La cuestión de la naturaleza jurídica de la prescripción no es pacífica en la doctrina, pero su análisis excede los objetivos de este artículo.

<sup>26</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2007, núm. 798/2007. Rec. Núm.10049/2006P, fundamento de derecho sexto.

Dos ejemplos contrarios pueden encontrarse en República Checa y Hungría, donde el nuevo legislador democrático amplió retroactivamente los plazos de prescripción de los delitos cometidos por el régimen autoritario anterior. El Tribunal Constitucional checo confirmó la medida como un requisito de justicia, mientras que el Tribunal Constitucional húngaro la invalidó al considerarla una violación de la legalidad procesal, aunque posteriormente suavizó su postura al incorporarse en derecho interno la legislación internacional relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.<sup>27</sup> A su vez, el momento en que se decreta la extensión retroactiva de los plazos de prescripción es relevante ya que en algunos países, como Estados Unidos, se acepta solamente si los plazos de prescripción aún no han expirado.<sup>28</sup>

Otra variante sería considerar que hasta la llegada de la democracia los plazos de prescripción fueron nulos y no pudieron empezar a correr ya que la negativa del antiguo régimen a enjuiciar los hechos fue ilegal de acuerdo a la legislación del momento dado que estos ya eran crímenes perseguibles conforme a la legalidad vigente (Posner y Vermeule 2003, p. 796).

La tercera solución para salvar el obstáculo de la prescripción se basa en el carácter permanente de algunos delitos, como las desapariciones forzosas o el robo de bebés.

#### 6.4. *Delitos de comisión permanente*

El carácter permanente de algunos crímenes internacionales, como las desapariciones forzosas o el robo de bebés, permite que sean juzgados respetando el principio de legalidad e irretroactividad penal, superando además el obstáculo de la prescripción (Liñán Lafuente 2019).

En el caso de las desapariciones forzosas la comunidad internacional y la legislación de numerosos países considera que es un delito cuya comisión se prolonga en el tiempo hasta que se esclarece el paradero de las víctimas, es decir, el delito se comete desde que desaparece la víctima hasta el momento en que vuelve a aparecer o se sabe qué ha sido de ella.<sup>29</sup> Igualmente, para el caso del robo de bebés, el delito se comete desde que se produce el robo hasta que la víctima tenga conocimiento de la alteración de su filiación. Hasta ese momento se está cometiendo de manera continua el crimen, los padres no conocen el paradero de sus hijos, y estos desconocen su verdadera identidad.<sup>30</sup>

La caracterización como delito permanente tiene una importancia fundamental en relación con el plazo de prescripción del delito, considerándose que éste solo comienza a contarse a partir del momento en que cesa la desaparición, es decir, cuando la

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional (República Checa), decisión sobre la Ley de Ilegalidad del Régimen Comunista (21 de diciembre de 1993); Tribunal Constitucional (Hungría), decisión sobre prescripción, N° 2086/A/1991 (5 de marzo de 1992), citados en Posner y Vermeule 2003, p. 796.

<sup>28</sup> *Stogner v. California*, 123 S. Ct. 2446, 2453 (2003), citado en Posner y Vermeule 2003, p. 796.

<sup>29</sup> Artículo 17 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de personas*, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 47/133, 18 de diciembre de 1992; Artículo 8b de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.

<sup>30</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. Fiscalía General del Estado. Madrid, 26 de diciembre de 2012.

persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad,<sup>31</sup> y en el caso de los bebés robados, hasta que la víctima tenga conocimiento de la alteración de su filiación.<sup>32</sup>

Respecto al principio de legalidad, ya que la comisión del delito se extiende en el tiempo, en muchos casos hasta la actualidad, la aplicación de las leyes penales actuales a estos delitos no tendría carácter retroactivo, pues la comisión de estos estaría ocurriendo también con posterioridad a la inclusión de estos delitos en el código penal; es decir, se trata de la aplicación de la ley actual a crímenes que están sucediendo a día de hoy.

### 6.5. *Formula Radbruch*

Esta fórmula, considerada por algunos autores más cercana a la justicia sustancial que a la legalidad estricta (Cassese 2013, p. 22), ha sido utilizada para evitar resultados extremadamente injustos en la aplicación de las leyes. Así, han sido los tribunales alemanes los que con más frecuencia han recurrido a esta técnica legal cuando se han enfrentado al legado de regímenes autoritarios: después de la Segunda Guerra Mundial y la disolución del Estado nacionalsocialista, y en los años posteriores a la caída del Muro de Berlín (Alexy 2001, p. 77 y ss., Cassese 2013, p. 22).

De acuerdo al reconocido jurista Gustav Radbruch las leyes positivas pierden su validez jurídica cuando son insoportablemente contrarias a la justicia, es decir, una ley extremadamente injusta no puede ser considerada derecho y por tanto no es aplicable (Alexy 2001). Por supuesto, esta teoría ha sido criticada por el positivismo que defiende una separación conceptual de moral y derecho, determinando la validez de las normas en base a criterios puramente formales y no axiológicos. Así, desde una perspectiva positivista, rechazar la validez de una norma por ser contraria a la justicia haría que las leyes fueran inciertas dado que el concepto de justicia es subjetivo y diferente para cada persona.

Alexy defiende la fórmula Radbruch considerando que no produce una orientación de la totalidad del derecho hacia la moral sino solo una vinculación parcial, en casos extremos, incorporando al derecho un límite externo. Argumenta que, de acuerdo con los postulados positivistas, la fórmula acepta que las normas promulgadas conforme al ordenamiento y que resulten socialmente eficaces sean consideradas derecho, independientemente de su contenido, aceptándose incluso aquellas que sean injustas. La fórmula Radbruch propone que solo aquellas normas que traspasan el umbral de la extrema injusticia perderán su carácter jurídico y su validez, es decir, “la extrema injusticia no es derecho” (Alexy 2001, p. 76).

Siguiendo este razonamiento el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció, en referencia a una norma de 1941 en la que se establecía la pérdida de nacionalidad alemana de los judíos bajo ciertas circunstancias, “la posibilidad de privar de la validez como Derecho a (ciertas) disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas, porque

---

<sup>31</sup> Artículo 8b Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Comité contra la desaparición forzada, *Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención* (No. CED/C/ESP/CO/1), 15 noviembre 2013.

<sup>32</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. Fiscalía General del Estado. Madrid, 26 de diciembre de 2012.

contradican de modo tan evidente principios fundamentales de la justicia” que no puede ser consideradas derecho, así “la contradicción con la justicia ha alcanzado una medida tan insoportable que debe ser considerado nulo desde su origen”.<sup>33</sup>

El Tribunal Supremo Federal ha dado continuidad a esta doctrina, en especial en su jurisprudencia sobre los guardianes del Muro de Berlín.<sup>34</sup> Según la legislación de la RDA los soldados estaban autorizados a disparar a quien intentara cruzar el Muro, como así ocurrió ocasionando más de un centenar de muertos. Tras la reunificación de Alemania, los tribunales examinaron estos casos y determinaron que la norma que permitía disparar a quien intentase cruzar el Muro era inválida e inaplicable pues resultaba en extremo incompatible con la justicia. Así, se determinó no solo la posible punibilidad de los soldados fronterizos, sino también la de sus superiores jerárquicos, incluido el entonces Ministro de Defensa de la RDA. Las condenas por estos hechos fueron declaradas por el Tribunal Constitucional Federal y por el TEDH conformes al principio de legalidad consagrado en la Constitución alemana y en el CEDH respectivamente.<sup>35</sup>

El Tribunal Constitucional alemán reconoció el conflicto entre la justicia y los principios constitucionales de seguridad jurídica y de legalidad penal, pero consideró que éstos debían ceder en aquellos casos intolerablemente contrarios a la justicia objetiva, que incluye el respeto de los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional.<sup>36</sup> A su vez, el TEDH respaldó la postura de los tribunales alemanes considerando que la norma de la RDA que permitía disparar a los guardias del Muro era flagrantemente contraria a los derechos humanos y en especial al derecho a la vida, por lo que tales disposiciones no podían ser consideradas como derecho (*Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, párr. 87.). Así, el Tribunal estableció que, a pesar de ser conductas permitidas por una norma estatal vigente en el momento de los hechos, los actores pudieron saber con suficiente previsibilidad y accesibilidad que sus acciones eran delictivas conforme a otras disposiciones de derecho interno y al derecho internacional (*Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, párr. 89, 105).

#### 6.6. Test de derechos humanos

Otro instrumento legal para reconciliar las demandas de justicia y legalidad sería lo que De Sanctis (2014, p. 864) ha llamado test de derechos humanos. Tomando como punto de partida los artículos 7.2 CEDH y 15.2 PIDCP, que como hemos visto en el apartado “derecho internacional” exceptúan la aplicación estricta del principio de legalidad en determinadas situaciones, el autor propone reinterpretar y dar un nuevo significado a estas disposiciones en el sentido de autorizar limitaciones a ciertos

<sup>33</sup> Resolución del Tribunal Constitucional Federal del año 1968 en la que se trata el 11º Decreto sobre la Ley de Ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941. Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 23, 98 (106). En el mismo sentido OGHSt 2,231 (232 ss.); 2, 269 (272 ss.); BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (237 ss.); 3, 357 (362 ss.). Citado en Alexy 2001, pp. 75 CSL

<sup>34</sup> BGHSt 39, 1; 39, 168; 39, 199; 39, 353; 40, 48; 40, 113; 40, 218; 40, 241; 41, 10; 41, 101; 41, 149; 42, 65; 42, 356. Citado en Alexy 2001, p. 75.

<sup>35</sup> BVerfGE 95, 96, citado en Alexy 2001, p. 79; TEDH, Caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 22 de marzo de 2001, comunicaciones núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98.

<sup>36</sup> Sentencia de 24 Octubre 1996, citado en TEDH, *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 22 de marzo de 2001, comunicaciones núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, párr. 22.

aspectos del principio de legalidad, en condiciones muy específicas y bien definidas, de manera similar a las restricciones aceptadas en relación a otros derechos fundamentales.

El CEDH reconoce una serie de derechos, pero también sus límites y las circunstancias bajo las cuales pueden ser restringidos. Es el caso de los artículos 8, 9, 10 y 11 que reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la libertad de expresión, y el derecho a la libertad de reunión y de asociación. Cada uno de estos artículos, tras reconocer estos derechos, especifica las restricciones a las que pueden ser sometidos y en qué circunstancias. Tal como establece el CEDH estas restricciones deben cumplir tres requisitos: (i) deben ser prescritas por la ley, (ii) perseguir un objetivo legítimo y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática (test de necesidad)(De Sanctis 2014, p. 865).

De esta forma, al igual que los derechos fundamentales de los artículos 8 a 11, el alcance del principio de legalidad se podría restringir, siempre y cuando se cumplan las circunstancias y requisitos explicados que garantizan el equilibrio entre el interés público y los intereses y derechos de los individuos. Así, se podría limitar el principio de legalidad bajo circunstancias establecidas por la ley siempre que se persiga un objetivo legítimo como la prevención de delitos, la seguridad pública o la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Además, estas limitaciones solo serían válidas si superan el test de necesidad, es decir, cuando respondan a una necesidad social apremiante y sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido.

De Sanctis (2014, p. 866) admite el riesgo de que estas excepciones sean usadas de manera abusiva quebrantando el principio de legalidad. Sin embargo, argumenta que la sofisticación del test de necesidad y del principio de legalidad evitaría este resultado, siendo muy difícil justificar excepciones a la irretroactividad penal y al principio de seguridad jurídica. Debido al reconocimiento universal de estas normas, los Estados dispondrían de un margen mínimo de apreciación en su aplicación.<sup>37</sup> Además, la necesidad real de desviarse de estas normas en relación con el enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos se ha visto significativamente disminuida por la progresiva codificación y la evolución jurisprudencial reciente del derecho penal internacional que actualmente ofrece un marco legal y herramientas jurídicas sólidas a los tribunales domésticos para perseguir estos crímenes.<sup>38</sup> La determinación de criterios y requisitos taxativos y estables para limitar el alcance del principio de legalidad, como ya ocurre para otros derechos fundamentales, evitaría que los tribunales internos lo hicieran de acuerdo a condiciones y requisitos establecidos *ad hoc*. Al fijar límites precisos y bien definidos al principio de legalidad se estaría, en realidad, fortaleciendo el propio principio y la seguridad jurídica.

---

<sup>37</sup> Sobre la importancia del margen de apreciación en la aplicación del test de necesidad, ver Consejo de Europa 2020.

<sup>38</sup> Para un análisis en profundidad de la evolución jurisprudencia internacional y de la codificación del derecho penal internacional, ver entre otros Gallant 2008, pp. 67–347, Cassese 2013, pp. 63–157, Liñán Lafuente 2016.

---

### 6.7. *Leyes interpretativas*

Finalmente, no podemos olvidar la capacidad de los Parlamentos para promulgar medidas que en la práctica suavicen el conflicto entre justicia sustantiva y legalidad procesal en situaciones excepcionales como son las propias de la justicia transicional (Posner y Vermeule 2003, p. 795). Entre otras muchas opciones, podemos destacar la de establecer por ley que la aplicación del principio de legalidad no pueda ser utilizado para impedir el enjuiciamiento de crímenes internacionales, en línea con lo establecido en los artículos 7.2 CEDH y 15.2 PIDCP. Además de ampliar los plazos de prescripción, como se ha explicado anteriormente, el legislador puede promulgar estatutos interpretativos de las leyes del régimen anterior, es decir, determinar una interpretación de la ley positiva del antiguo régimen en el sentido de entender que ésta no autorizaba, o prohibía, las conductas que se pretenden enjuiciar. Esta técnica fue utilizada en Bélgica al terminar la Segunda Guerra Mundial, estableciéndose por ley que las disposiciones del código penal relativas a la traición, que estaban limitadas a las actividades militares, fueran entendidas en un sentido más amplio e incluyeran formas menos directas de colaboración (Posner y Vermeule 2003, p. 795).

### 6.8. *Hermenéutica jurídica*

Aplicable a todas las situaciones estudiadas, y pudiendo servir de fundamento a las técnicas legales explicadas, la filosofía hermenéutica del derecho propone soluciones al conflicto entre justicia y legalidad a través de la interpretación.<sup>39</sup> Así, la hermenéutica propone entender la norma jurídica más allá de su sentido literal, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, el derecho interno más el derecho internacional (Messuti 2012, pp. 22–3). Partiendo de la toma de conciencia de que incluso la interpretación más estricta de las normas y del principio de legalidad son una opción interpretativa, se proponen soluciones coherentes con el sistema jurídico en su conjunto, y que respeten las normas y valores fundamentales del mismo, más allá del sentido literal de una norma en concreto (Messuti 2012, pp. 22–3).

En la situación estudiada, por ejemplo, en que la norma interna tipifica delitos como los asesinatos o las torturas, pero no sus formas más graves de comisión, como son los crímenes internacionales, la hermenéutica propone interpretar el derecho teleológicamente. Así, no parece lógico que el legislador haya querido castigar delitos ordinarios y al mismo tiempo dejar impunes crímenes más graves o formas de comisión cualificadas (Messuti 2012, p. 25). A favor de la interpretación teleológica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque en referencia al derecho internacional, establece que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios para determinar el sentido de una disposición cuando la interpretación “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.<sup>40</sup> En el ámbito del derecho penal pocas situaciones parecen más absurdas o irrazonables que la impunidad de las violaciones más graves de derechos humanos. Parece ilógico que el principio de legalidad, fundamento de las garantías de los ciudadanos frente al

<sup>39</sup> La hermenéutica jurídica, basada en la filosofía hermenéutica propuesta principalmente por Gadamer, busca superar la dualidad iusnaturalismo-positivismo. Para una aproximación a esta corriente, ver Zaccaria 2004, Viola y Zaccaria 2007, Zavala Blas 2015.

<sup>40</sup> Artículo 32 b) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

poder del Estado, impida que se juzguen los crímenes cometidos por éste y se convierta en garantía de la impunidad frente a las demandas de los ciudadanos. Así, se propone la interpretación del derecho, y en este caso del principio de legalidad, de una manera coherente con el sistema jurídico en su conjunto, y compatible con el resto de valores y principios de un Estado de derecho, como la justicia.

## 9. Conclusiones

Después de analizar determinadas situaciones, comunes en los procesos de justicia transicional, en que las nuevas democracias tratan de enjuiciar los crímenes cometidos por un régimen autoritario anterior, hemos comprobado que ni la doctrina de la justicia sustancial ni la legalidad estricta ofrecen soluciones aceptables. Los enfoques orientados a respetar una legalidad estricta pueden resultar en situaciones no conformes a consideraciones de justicia sustancial y, por el contrario, optar por priorizar objetivos de justicia puede conllevar un menoscabo de la legalidad y de las garantías procesales. El principio de legalidad es fundamental en estas situaciones ya que dependiendo de cómo se interprete y aplique puede constituirse en herramienta y garantía del enjuiciamiento de los crímenes o, por el contrario, en obstáculo que haga inviable la persecución penal. En este trabajo se han estudiado una serie técnicas legales y soluciones intermedias que tratan de conciliar las demandas opuestas de justicia y legalidad. Así, para llegar a una solución conforme a los fundamentos de ambos principios, los dos han de admitir determinadas limitaciones que les permitan adaptarse a las situaciones excepcionales propias de la justicia transicional.

Dado el origen internacional de los tipos penales que mejor se adaptan a la gravedad de los crímenes, y de la idoneidad de las herramientas jurídicas que pone a disposición de los Estados, el derecho internacional desempeña un rol determinante en los procesos de justicia transicional (Teitel 2003, p. 76). No obstante, la interacción entre el sistema jurídico internacional y el interno puede plantear graves problemas que solo encuentran solución en una interpretación no estricta de la legalidad, adaptada a estas circunstancias excepcionales y compatible con consideraciones de justicia sustantiva. Sin embargo, la flexibilización del principio de legalidad también entraña peligros potenciales que como se ha estudiado, pueden paliarse estableciendo limitaciones y requerimientos estrictos a tal flexibilidad.

Aunque a día de hoy sigan existiendo situaciones en las que la moderación del alcance del principio de legalidad resulta imprescindible para alcanzar resultados compatibles con la justicia sustantiva, la incorporación de los delitos internacionales en las legislaciones domésticas, y la consolidación y codificación reciente del derecho penal internacional hace esperar que cada vez sean menos las situaciones en las que sea necesario apartarse de la legalidad estricta. Así, técnicas como la recalificación jurídica o las excepciones a la irretroactividad penal pronto perderán su razón de ser (Gallant 2008, p. 369). Cuantas menos sean las situaciones que precisen de una flexibilización de la legalidad, más fuertes y definidos serán los límites al poder punitivo del Estado, y, por tanto, menor será el riesgo de que se cometan abusos. Sin embargo, hasta que ese momento llegue, seguirán siendo necesarias técnicas legales que permitan conciliar la justicia y la legalidad, que posibiliten el enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos, y que impidan resultados extremadamente injustos como la impunidad.

## Referencias

- Aguilar, P., 2013. Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina. *Revista Internacional de Sociología* [en línea], 71(2), 281–308. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/ris.2011.11.14> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Alexy, R., 2001. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* [en línea], 5, 75–96. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf?sequence=1> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Barahona de Brito, A., González Enríquez, C., y Aguilar Fernández, P., eds., 2001. *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*. Oxford University Press.
- Bassiouni, M.C., 1999. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2ª ed. revisada. La Haya/Boston: Kluwer Law International.
- Benessiano, W., 2008. *Légalité pénale et droits fondamentaux*. Tesis de doctorado en Derecho. Marsella: Université Paul Cézanne – Aix-Marseille 3.
- Capellà i Roig, M., 2005. Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea], 10, 1–13. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/crimenes-contra-humanidad-caso-scilingo> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Cassese, A., 2013. *International Criminal Law*. 3ª ed. Oxford University Press.
- Consejo de Europa, 2020. *The Margin of Appreciation* [en línea]. The Lisbon Network. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp) [Acceso 28 de mayo de 2020].
- Dana, S., 2009. Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing. *Journal of Criminal Law and Criminology* [en línea], 99, 857–928. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7335&context=jclc> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- De Sanctis, F., 2014. Reconciling Justice y Legality: A quest for fair punishment in cases on Bosnian atrocity crimes. *Journal of International Criminal Justice*, 12(4), 847–870.
- De Souza Dias, T., 2019. *Retroactive Recharacterisation of Crimes and the Principles of Legality y Fair Labelling in International Criminal Law*. University of Oxford.
- Díez-Picazo, L.M., 2008. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Civitas.
- Doak, J., y O'Mahony, D., 2012. Transitional Justice y Restorative Justice. *International Criminal Law Review*, 12(3), 305–312.
- Ferrajoli, L., 2009. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid: Trotta.
- Fletcher, G.P., 1998. *Basic concepts of Criminal Law*. Cary: Oxford University Press.
- Gallant, K.S., 2008. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge University Press.

- Gau-Cabée, C., 2007. Arbitrium judicis. Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peins. *En: C. Gau-Cabée, À propos de la sanction*. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 39–61.
- Gil Gil, A., 2005. The Flaws of the Scilingo Judgement. *Journal of International Criminal Justice*, 3(5), 1082–1091.
- Gil Gil, A., 2010. La excepción al principio de legalidad del número 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* [en línea], 63(1), 131–164. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842887> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Gómez-Velásquez, A., y Correa-Saavedra, J., 2015. ¿Sobredimensión de la tensión entre Justicia y Paz? Reflexiones sobre Justicia Transicional, Justicia Penal y Justicia Restaurativa en Colombia. *International Law* [en línea], 26, 193–247. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.stjp> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Hormazábal Malarée, H., 2013. Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal. *En: R. Rebollo Vargas y F. Tenorio Tagle, eds., Derecho penal, constitución y derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 253–280.
- Kim, H., y Sikkink, K., 2010. Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries. *International studies quarterly* [en línea], 54(4), 939–963. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2010.00621.x> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Kirchheimer, O., 1980. *Political Justice*. Westport: Greenwood Press.
- Lamarca Pérez, C., 1987. Formación histórica y significado político de la legalidad penal. *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 2, 35–82.
- Liñán Lafuente, A., 2016. Origen y evolución del derecho penal internacional (II). *En: A. Gil Gil y E. Maculán, eds., Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson, 65–78.
- Liñán Lafuente, A., 2019. Vías de las víctimas (in)directas en el delito de desaparición forzada de personas para solicitar justicia y reparación. *En: J. Cuadrado, ed., Las huellas del franquismo: pasado y presente*. Granada: Comares, 1333–1350.
- Lledó, R., 2015. El principio de legalidad en el derecho penal internacional. *Eunomía* [en línea], nº 11. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3291> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Lutz, E., y Sikkink, K., 2001. The justice cascade: The evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America. *Chicago Journal of International Law* [en línea], 2(1). Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss1/3/> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Maculán, E., 2016. La Corte Penal Internacional. *En: A. Gil Gil y E. Maculán, eds., Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson, 79–104.
- Meernik, J.D., Nichols, A., y King, K.L., 2010. The Impact of International Tribunals y Domestic Trials on Peace y Human Rights After Civil War: Impact of Transitional

- Justice. *International studies perspectives* [en línea], 11(4), 309–334. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1528-3585.2010.00414.x> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Messuti, A., 2012. El Principio de Legalidad y el Derecho Penal Internacional: posible conciliación a través de la hermenéutica. *Derecho penal*, 41, 7–26.
- Messuti, A., 2013. *Un deber ineludible*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar.
- Montesquieu, C. de S., 2001. *The Spirit of Laws*. Kitchener: Batoche Books. (Originalmente publicado en 1748).
- Olásolo, H., 2013. El principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo. *Anuario Iberoamericano de derecho internacional penal* [en línea], nº 1, 18–42. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.2858> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Ollé Sesé, M., 2019. Principio de legalidad y crímenes del franquismo. En: J. Cuadrado, ed., *Las huellas del franquismo: pasado y presente*. Granada: Comares, 1413–1436.
- Posner, E.A., y Vermeule, A., 2003. Transitional Justice as Ordinary Justice. *Harvard Law Review*, 117(3), 762–825.
- Rauter, T., 2017. *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and nullum crimen sine lege*. Cham: Springer International.
- Roht-Arriaza, N., 2002. Civil society in processes of accountability. En: M.C. Bassiouni, ed., *Post-Conflict Justice*. Ardsley: Transnational.
- Roht-Arriaza, N., 2008. The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights. *Revue québécoise de droit international* [en línea], 21(1), 485–487. Disponible en: <https://doi.org/10.7202/1068955ar> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Roht-Arriaza, N., 2013. Just a “Bubble”? Perspectives on the enforcement of international criminal law by national courts. *Journal of International Criminal Justice* [en línea], 11(3), 537–543. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqt031> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Shklar, J., 1986. *Legalism. Law, Morals and Political Trials*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sosa, M., 2013. *Aut dedere aut iudicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional* [en línea]. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/18191> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Sriram, C.L., 2005. *Globalizing Justice for Mass Atrocities: A Revolution in Accountability*. 1ª ed. Londres/Nueva York: Routledge.
- Teitel, R.G., 2003. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal* [en línea], 16, 69–94. Disponible en: <https://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload.757186.en.pdf> [Acceso 23 de diciembre de 2021].
- Turpin, C., y Tomkins, A., 2007. *British Government and the Constitution*. 6ª ed. Cambridge University Press.

Viola, F., y Zaccaria, G., 2007. *Derecho e interpretación: Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid: Dykinson.

Zaccaria, G., 2004. Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica. En: A. Messuti, ed., *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 62–124.

Zavala Blas, O., 2015. *Hermenéutica y argumentación jurídica* [en línea]. Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/24958> [Acceso 23 de diciembre de 2021].