



Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen*

José Antonio García Sáez
Universitat de Valencia
j.antonio.garcia@uv.es

Resumen

El problema de la aplicación retroactiva de la ley penal ha sido una de las grandes cuestiones jurídicas planteadas a propósito del procedimiento judicial iniciado por el juez Garzón contra algunos de los responsables del régimen franquista por delitos de desaparición forzada de miles de personas. La vigencia del principio de legalidad (y sus derivados *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*) se ha impuesto finalmente a la posible aplicación retroactiva de la ley penal. Para reflexionar sobre este asunto puede tener algún interés recuperar algunas de las consideraciones que Hans Kelsen realizó a propósito de los juicios de Núremberg y de la aplicación retroactiva de sanciones a los jefes nazis.

Palabras clave

Memoria Histórica, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Teoría del Derecho Internacional, Pacifismo jurídico, Hans Kelsen.

Historical Memory and Retroactive Application of Criminal Law. Some Arguments from Hans Kelsen's Legal Pacifism

Abstract

The issue of the retroactive application of the criminal law has been one of the main legal problems raised regarding to legal proceedings started by judge Garzón against some of those responsible of the Franco regime for crimes of forced disappearance of thousands of people. The validity of the *rule of law* principle (and its derivatives *lex previa*, *lex certa*, and *lex scripta* *lex stricta*) have finally imposed above the possible retroactive application of the criminal law. To thinking about this matter may be of some interest to recover some of the considerations that Hans Kelsen made about the Nuremberg Trials and the retroactive application of sanctions against Nazis.

Keywords

Historical Memory, International Law of Human Rights, International Law Theory, Legal pacifism, Hans Kelsen.

* Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación Consolider-Ingenio CDS2008-00007 "El tiempo de los Derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; en concreto dentro de su línea 2, "Organización internacional y justicia". Es el resultado de una comunicación presentada en el "II Seminario Internacional Derecho y Memoria Histórica: Los derechos de las víctimas del franquismo", celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 13 y 14 de septiembre de 2012 y se ha recogido buena parte de las aportaciones del rico debate que allí tuvo lugar.

1. Memoria histórica y proceso penal en España

En el auto de 16 de octubre de 2008 el magistrado-juez Baltasar Garzón inició las diligencias destinadas a atender las denuncias presentadas por diversos colectivos y personas individuales ante la Audiencia Nacional. Hasta ese momento la justicia española había permanecido ajena a las atrocidades cometidas a raíz del alzamiento militar del 18 de julio de 1936, durante la guerra civil y en la posterior represión franquista, ignorando así el derecho a la reparación y al reconocimiento de sus víctimas. La impunidad ha sido la regla ante lo que, sin exagerar, Paul Preston ha llamado *el holocausto español*. Como ha señalado este hispanista:

... calcular el número de los republicanos exterminados por la violencia rebelde ha entrañado un sinfín de dificultades [...] hasta 1985 el gobierno español no emprendió actuaciones, aunque fueran tardías y titubeantes, para proteger los recursos archivísticos del país [...] No fue posible realizar una investigación en toda regla hasta después de la muerte de Franco. Al acometer esta tarea, los estudiosos no solo hubieron de hacer frente a la destrucción deliberada de abundante material de archivo por parte de las autoridades franquistas, sino también al hecho de que muchas muertes se correspondieran con registros falsos o, directamente, no quedara constancia de ellos” (Preston, 2012: 22).

A pesar de ello, según destacan José Antonio Martín Pallín y Rafael Escudero, hoy se puede saber con seguridad que:

... fueron más de 200.000 las personas asesinadas entre los años 1939 y 1942, que 700.000 estuvieron en campos de concentración, que más de 400.000 fueron encarceladas y que unas 300.000 fueron expulsadas de sus puestos de trabajo. Sabemos ahora que se trató de un auténtico genocidio por motivos políticos que los vencedores de la guerra ejecutaron sin pudor, ensoberbecidos por la imperial marcha de sus protectores nazis” (Martín Pallín y Escudero Alday, 2008: 10-11).

El mencionado auto de 16 de octubre de 2008 no pretendía, ni podía, ser una causa general¹ contra el régimen franquista, como se destaca en su razonamiento jurídico 1º párrafo 3º; sino que se limitaba a investigar las denuncias formuladas en base a unos presuntos delitos de detención ilegal, enmarcados en la “existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de la guerra civil y los siguientes de la posguerra” (Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, 2008: 3). A juicio del instructor se hacía necesario dar una respuesta procesal a las denuncias formuladas porque sigue habiendo víctimas — las personas desaparecidas, que ascienden según el sumario a 114.266 (*Ibid.*: 23), y sus respectivos familiares—, y también “para hacer cesar la comisión del delito y los efectos derivados del mismo, que solo tendrá lugar con la búsqueda y localización de los cuerpos de los desaparecidos, o cuando se ofrezca razón cierta de su paradero por parte de las autoridades públicas depositarias de esa información” (*Ibid.*: 16).

¹ Sí que se llevó a cabo una causa general, en cambio, por parte del régimen franquista, según narra también Preston: “Para probar ante el mundo la iniquidad del enemigo, el 26 de abril de 1940 Franco inició una ingente investigación a cargo del Estado, la Causa General, un «proceso informativo, fiel y veraz» que pretendía establecer la verdadera magnitud de los crímenes cometidos por el bando republicano, y que fomentó las denuncias y las exageraciones. Aun así, Franco se llevó una tremenda decepción cuando, basándose en la información recabada, y pese a emplear una metodología que inflaba las cifras, la Causa General concluyó que el número de muertes era de 85.940” (Preston, *Id.*: 25).

Respecto de la causa², el juez Garzón reconoce seis problemas fundamentales que son los que principalmente darán lugar a diferentes controversias jurídicas —destacadamente con el Ministerio Fiscal y con el Tribunal Supremo— en el sumario del caso. Estos seis problemas son: 1) la irretroactividad de la ley penal, 2) la cuestión de la permanencia delictiva de los hechos, 3) la posible aplicación de la Ley de Amnistía de 1977, 4) la competencia de la Audiencia Nacional para el caso, 5) la identificación de las personas responsables de los delitos y 6) la protección de las víctimas de los hechos denunciados.

2. El principio de legalidad y el problema de la irretroactividad de la ley penal

El problema que fundamentalmente interesa tratar aquí es el que se refiere a la irretroactividad de la ley penal. Sin querer ni poder entrar en cuestiones destinadas a la dogmática penal, sólo se tratará de realizar una comparación entre la posible aplicación retroactiva de la ley penal en el referido proceso español y en el caso de los juicios de Núremberg, centrándonos especialmente en los argumentos que un jurista tan reputado como Hans Kelsen adujo en aquel momento para defender la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras dispuestas por el Acuerdo de Londres de 1945 a algunos responsables de los gravísimos crímenes cometidos durante el régimen nazi.

Para respetar el principio de legalidad, reconocido por los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución de 1978, la calificación jurídica que se le otorga a los hechos denunciados es la de “delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, *en el marco de crímenes contra la humanidad*”³ (Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, *Id.*: 20). En concreto, se acude a la figura del artículo 607 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 15/2003:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1. Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

De entre los hechos castigados en el apartado 2º del 607 bis, sería de aplicación al caso lo dispuesto en su párrafo 6º: “Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida”. Fue precisamente en base al artículo 607 bis que la Audiencia Nacional condenó a Adolfo Scilingo como autor de crímenes contra la humanidad 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. Ello en base a considerar, como ratificó posteriormente el Tribunal Supremo resolviendo el recurso de casación en la sentencia 798/2007, que los

² Para un análisis más detallado del caso, véase Chinchón Álvarez (2009: 1415-1424).

³ La cursiva es mía.

hechos cometidos por el militar argentino constituían ya en el momento de ser realizados crímenes contra el Derecho de Gentes, encontrándose prohibidos por numerosos instrumentos internacionales en vigor, entre ellos los Principios de Núremberg de 1947, la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad de 1968, o la Resolución de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973, en la que se declaró expresamente que los crímenes contra la Humanidad deben ser perseguidos y no pueden quedar impunes⁴.

Todos estos instrumentos son anteriores a 1976, de forma que el Tribunal Supremo, realizando una interpretación material del principio de legalidad, consideró que éste requiere que el hecho punible se encuentre prohibido en una norma de rango legal (*lex stricta*), de forma clara (*lex certa*), por escrito (*lex scripta*) y con anterioridad a la comisión de los hechos (*lex previa*), de tal manera que el acusado no podía alegar el desconocimiento de la ilegalidad de sus acciones. De acuerdo con ello, se apreció procedente la aplicación de la sanción contenida en el 607 bis porque, pese a ser posterior en el tiempo a los hechos cometidos, establecía una pena más beneficiosa para el reo que las otras normas citadas y entonces en vigor. Se salva de esa manera el principio de legalidad, que lo que realmente prohíbe es la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras desfavorables, pero no de las favorables, según argumenta el Tribunal.

Debe observarse, sin embargo, que la mayoría de las normas citadas no son anteriores a la mayor parte de desapariciones practicadas por el régimen franquista. Si las últimas desapariciones denunciadas datan de 1952, fue justamente el 4 de agosto de ese mismo año cuando España reconoció expresamente los Principios de Núremberg al ratificar el Convenio de Ginebra de 1949, cuyo artículo 85 remite a ellos. La Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, por su parte, no sería ratificada por el Estado español hasta 1968. Es por eso que el juez Garzón, intentando salvaguardar el requisito de la *lex previa*, acude a la posible aplicación de la conocida cláusula Martens, introducida en el Segundo Convenio de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899, ratificada por España en 1900. Invocada de forma reiterada en el auto de 18 de noviembre de 2008⁵ —en el cual el instructor de la Audiencia Nacional se inhibe a favor de los Juzgados de Instrucción de las respectivas localidades donde se hubieran practicado los hechos—, la cláusula Martens viene a significar que “en los casos no incluidos en las regulaciones de las leyes de la guerra la población civil y los beligerantes estarán bajo la protección y las reglas de los principios del derecho de gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y de los dictados de la conciencia pública”. En otras palabras, se acude a la protección de las normas del Derecho Internacional consuetudinario, que ya prohibían comportamientos como los descritos en el sumario en el tiempo de ser cometidos. Parece respetarse así el principio de legalidad en cuanto a su vertiente de *lex previa* y *lex certa*, puesto que no podía alegarse el desconocimiento de la prohibición de estos actos por quienes los cometieron; pero no parece respetarse igualmente el principio de legalidad en sus otras dos vertientes, las de *lex stricta*, y *lex scripta*, en la medida en que los hechos no se encontrarían tipificados en una norma de rango legal, como sería un tratado internacional.

Así lo consideró más tarde el Tribunal Supremo en la sentencia 101/2012 — en la que absuelve al juez Garzón del delito de prevaricación del que le acusaron el

⁴ Véase el F.J. 6º, apartado 6 de la Sentencia 798/2007 del Tribunal Supremo, de 1 de octubre.

⁵ Posteriormente dejado sin efecto, igual que el auto de 18 de octubre, por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en auto de 2 de diciembre de 2008 al apreciar falta de competencia.

sindicato *Manos Limpias* y la asociación *Libertad e Identidad* a raíz de la instrucción del sumario comentado—. En esta resolución, el Tribunal Supremo, apoyándose en el precedente del caso Scilingo, considera que no cabe la aplicación directa del Derecho Internacional consuetudinario. La cláusula Martens aparece, a juicio del Supremo, “redactada en términos muy genéricos [...] y sin previsión de una consecuencia jurídica a su inobservancia”⁶, lo cual impide su directa aplicación por un lado en virtud del principio de tipicidad requerido en materia penal y por otro lado en virtud de la necesaria transposición de las normas internacionales al ordenamiento interno, como requiere el artículo 96 de la Constitución. Exigencias ambas que suponen sendas concreciones del principio de legalidad. Es en base a ellas que en este extremo el alto tribunal considera que Garzón, si bien no comete prevaricación —porque no se aprecia que concurren los elementos del tipo, que exige dictar “a sabiendas” una resolución injusta—, sí que realiza una aplicación “errónea” del Derecho. Según esta doctrina del Tribunal Supremo, entonces, de acuerdo a las leyes españolas no puede aplicarse ni el Derecho Internacional consuetudinario ni el Derecho recogido en los tratados internacionales al caso de los crímenes franquistas. La indeseable consecuencia de tal doctrina es que los hechos quedan necesariamente impunes y las víctimas sin la debida reparación.

La interpretación que realiza el Supremo, sin embargo, parece pasar por alto las contradicciones entre la concepción del principio de legalidad que maneja y lo dispuesto por el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ratificado por España el 27 abril de 1977 y publicado en el BOE de 30 abril 1977) cuyo tenor literal dice:

1.-Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2.-Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

En la misma línea, el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ratificado por España el 4 de octubre de 1979 y publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979) establece que:

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.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

Teniendo en cuenta el segundo apartado de estas dos normas —y especialmente la interpretación que de la última ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷—, cabe preguntarse si para evitar la impunidad —o, más bien,

⁶ Véase F.J. 3º, Sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo, de 27 de febrero.

⁷ Véase, los casos Papon contra Francia de 15 de Noviembre de 2001 y Kalk y Kislyiy contra Estonia de 17 de enero de 2006. La mencionada STS 101/2012, comentando estos casos en su F.J. 6º considera que “De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los

para satisfacer los derechos de las víctimas, puesto que los responsables penales han fallecido ya todos en este caso— sería conveniente flexibilizar en alguna medida la exigencia de la regla *lex previa*. Si no es posible la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional consuetudinario, que no prevén una sanción penal individual ajustada a los requisitos de *lex stricta* y *lex scripta*, debería explorarse la posibilidad de aplicar al caso de los crímenes franquistas el resto de normas internacionales de origen convencional de forma retroactiva. Así ocurrió en los procesos de Núremberg, que significaron un hito fundamental en el progreso del Derecho Penal Internacional. Es en este punto que merece la pena recuperar algunas de las reflexiones que Kelsen realizó a propósito de tales procesos y, más concretamente, respecto de la aplicación retroactiva de las sanciones que en ellos se practicó.

3. El desarrollo de la justicia penal internacional en relación al pacifismo jurídico kelseniano

¿Por qué cupo en Núremberg la aplicación retroactiva de la ley penal y por qué no ha podido caber en el caso español, donde se ha llegado incluso a procesar por prevaricación al magistrado que intentó aplicar de forma retroactiva las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Pese a que la barbarie de los crímenes cometidos en uno y otro caso presenta numerosos puntos en común, no se puede ignorar que el contexto de uno y otro proceso es completamente diferente. En uno se trata de un tribunal militar internacional, impuesto por los vencedores a los vencidos. En otro se trata de un tribunal interno convencional, con un estricto sistema de garantías penales. En un caso el juicio se realizó en una fecha inmediatamente posterior a los hechos cometidos (si la conferencia de Yalta tuvo lugar en febrero de 1945, los procesos de Núremberg, compuestos por un total de 13 juicios, comenzaron a finales de ese mismo año y se prolongaron hasta 1949). En el caso español, en cambio, han pasado más de cincuenta años desde los últimos crímenes denunciados (datados en 1952) y su enjuiciamiento.

Muchas fueron las críticas que los juicios de Núremberg suscitaron a nivel internacional y, sobre todo, en Alemania. Los alemanes, todavía dolidos con las gravosas condiciones impuestas por el Tratado de Versalles de 1919 tras la Primera Guerra Mundial, no pasaron por alto ni la parcialidad de los jueces ni las infracciones al principio de legalidad y, particularmente, en su concreción en el principio de irretroactividad de las leyes penales. A pesar de ello son pocos los que hoy en día cuestionan la legitimidad de aquellos juicios, conscientes de que sobre las bases de la jurisprudencia de Núremberg se ha formado el moderno Derecho Penal Internacional (Muñoz Conde y Muñoz Aunión, 2003: 18-19). Partiendo del Estatuto y de las sentencias del Tribunal de Núremberg, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, a requerimiento de la Asamblea General, formuló en 1950 los llamados “principios de Núremberg”, el primero de los cuales consiste en establecer la responsabilidad penal individual: “Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo”. Como estableció la sentencia del tribunal militar internacional: “los delitos contra el Derecho Internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos

derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder”.

que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”⁸.

Precisamente la responsabilidad penal del individuo es uno de los ejes fundamentales del pacifismo jurídico que Hans Kelsen desarrolló, aplicando buena parte de los postulados de su conocida teoría pura del Derecho a la teoría del Derecho Internacional⁹. Para el jurista austriaco el Derecho era un instrumento del cual no se podía prescindir en la construcción de la paz mundial. Sólo el progreso técnico del Derecho Internacional podría librar a la humanidad de la catástrofe de la guerra. Y el principal progreso técnico consistiría en la sustitución de la responsabilidad colectiva que representaba la guerra por la responsabilidad individual de quienes violasen las normas internacionales¹⁰. En palabras de Kelsen: “Uno de los medios más eficaces para impedir la guerra y garantizar la paz internacional es la promulgación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de las personas que como miembros del gobierno han violado el Derecho Internacional recurriendo o provocando la guerra” (Kelsen, 2003: 91).

Para conseguir determinar esa responsabilidad resultaba crucial el establecimiento de un tribunal internacional permanente, de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a individuos particulares. El Tribunal de Núremberg queda lejos de algunos de los requisitos del tribunal que Kelsen diseñó con todo detalle en *Peace through Law* (1944)¹¹, obra cumbre de su pacifismo jurídico. Como veremos, dudó que Núremberg debiera constituir un precedente o un modelo a seguir por el Derecho Internacional (Kelsen, 1947: 153-171)¹²; aunque, pese a ello, defendió con contundencia la conveniencia de la aplicación retroactiva de la ley penal en los procesos.

145

Antes de desarrollar esas ideas conviene dejar apuntadas algunas premisas sobre el cambio que la introducción de la responsabilidad penal del individuo significó para la teoría del Derecho Internacional desde la perspectiva kelseniana. En primer lugar, implica romper con la tradicional idea westfaliana de que los sujetos del Derecho Internacional son únicamente los Estados, esto es, de que son los Estados y nada más que los Estados quienes se encuentran directamente obligados por las normas internacionales. Como las normas que tienen por destinatarias a las personas jurídicas —una sociedad mercantil, por ejemplo—, las normas del Derecho Internacional son, en principio, normas incompletas. Son normas incompletas porque determinan claramente el objeto al que se refieren, o sea, la conducta a la que obligan; pero no el sujeto obligado, o sea, el individuo que debe realizar la conducta ordenada por la norma. La determinación de este individuo concreto —que la mayor parte de las veces será el titular de un órgano estatal—, es delegada por el Derecho Internacional al orden jurídico interno. La conducta del individuo designado será imputada al conjunto del Estado, de la misma manera que la conducta del representante de una sociedad es imputada a la persona jurídica de la sociedad sin que por ello sea la propia sociedad la que haya realizado la conducta debida. Así, cuando se afirma que el Estado X está obligado a realizar alguna conducta, no se podrá estar afirmando sino que el individuo cuya conducta sea imputable al Estado X estará obligado a realizar esa conducta. No es, por tanto, que los individuos

⁸ Citado en Cassese (2009).

⁹ Sobre la específica contribución de Kelsen al desarrollo de la teoría del Derecho Internacional, véase Leben (1998: 287-305; 2010: 111-254).

¹⁰ Véase García Sáez (2010: 177-189; 2012a).

¹¹ Kelsen (2003), en concreto su II Anexo, titulado Disposiciones contractuales estableciendo la responsabilidad individual por las violaciones del Derecho Internacional (Jurisdicción penal internacional), (*Ibid.*: 149 ss.).

¹² Versión utilizada en su traducción italiana: Kelsen (1989: 99-115).

también puedan ser titulares de las normas del Derecho Internacional; sino que, en última instancia, *únicamente* los individuos pueden ser los obligados por el Derecho Internacional, si bien a través de la imputación mediata de sus Estados. La delegación que se produce del orden internacional al orden estatal constituye una muestra más de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico y es exactamente de la misma naturaleza que la delegación que se produce de la norma general a la norma particular (Kelsen, 2002[1936]: 182) dentro del ordenamiento interno.

En cualquier caso, el hecho de la determinación indirecta de los sujetos obligados a realizar el acto debido no es algo consustancial a la naturaleza del Derecho Internacional (Kelsen, 1932: 148). Así lo demuestra Kelsen citando numerosas normas de Derecho Internacional consuetudinario y convencional que tienen directamente como sujetos a individuos. Respecto del Derecho consuetudinario, el caso más citado por Kelsen será el de las normas internacionales contra la piratería (*Ibid.*: 149; 1989: 244), que facultan a los Estados afectados a castigar directamente a los individuos que la ejerzan. Existe la costumbre internacional según la cual los Estados pueden apresar y castigar a las personas que practiquen la piratería contra sus buques. Cuando los Estados actúan de esa manera no están actuando en realidad como ordenamientos independientes, sino como órganos de la comunidad internacional en ejecución de una norma del Derecho Internacional. Los piratas son, por tanto, los primeros que no solamente vienen a corroborar la idea de que no existen obstáculos de tipo teórico para determinar la responsabilidad internacional de los individuos, sino que además demuestran que esta responsabilidad es tan antigua como el propio Derecho Internacional.

En el Derecho Internacional de los tratados también encontró Kelsen abundantes normas que ya a principios del siglo XX establecían la responsabilidad individual, como el artículo 26 de la Convención de La Haya sobre Guerra Terrestre de 1907, que habla del jefe de la tropa (Kelsen, 1932: 154), determinando así directamente el órgano estatal obligado; o el artículo 3 de la Convención sobre el Empleo de Submarinos y de Gases Asfixiantes en Tiempo de Guerra de 1922, que prevé que todo individuo que viole la Convención atacando naves comerciales será susceptible de ser juzgado y castigado como autor de un acto de piratería (*Ibid.*: 151). Pero el ejemplo, con diferencia, más citado por Kelsen, es el artículo 227 del Tratado de Versalles, que establece la responsabilidad del káiser Guillermo II por un “agravio supremo contra la moral internacional y la santidad de los tratados” (*Ibid.*: 155; 2003: 105) y ordena la constitución de un tribunal —compuesto por cinco jueces designados por cada una de las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial— para juzgarlo. Aunque el juicio nunca se produjo porque el emperador huyó a los Países Bajos y la reina Guillermina I jamás concedió su extradición, la acusación formal de un jefe de Estado en un tratado internacional marcó sin duda un punto de inflexión en la evolución de la justicia penal internacional (García Sáez, 2012b). A partir de ese momento el hasta entonces blindado manto de impunidad de los jefes de Estado comenzó a disolverse. También los emperadores, como los piratas, podrían ser juzgados si incurrieran en una violación de las normas del Derecho Internacional; no obstante, todavía estaba por construirse la estructura jurídica que hiciera ello posible. Los juicios de Núremberg significarían un importantísimo avance en ese sentido.

4. La reflexión de Kelsen sobre Núremberg y el principio de retroactividad

Tomando en cuenta lo anterior, no es de extrañar que Kelsen afirmara que “cualquier investigación sobre los autores de la Segunda Guerra Mundial no suscita

problemas de extraordinaria complejidad. Ni la *quaestio iuris* ni la *quaestio facti* ofrecen dificultad seria alguna a un tribunal. De aquí que no haya motivo para renunciar a una acusación criminal contra las personas moralmente responsables por el estallido de la Segunda Guerra Mundial” (Kelsen, 2003: 106-107). Para desarrollar esa idea es interesante asomarse a la valoración que *a posteriori* realizó Kelsen de los juicios de Núremberg, especialmente en el ensayo titulado *The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals* (1945) y también en *Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* (1947). En el segundo de los trabajos se reconoce que Núremberg constituye un punto de inflexión en la técnica del Derecho Internacional al individualizar la responsabilidad del sujeto que ha de soportar la pena, dando así un paso en la dirección de la superación del primitivismo (Kelsen, 1947: 111) en el que tradicionalmente se ha encontrado. No obstante, identifica serias deficiencias en la manera en la que se llevó a cabo el proceso, las cuales no deberían repetirse en la constitución de una verdadera justicia penal internacional.

Una de esas deficiencias —sobre la que más se ha hablado, aunque no la más grave en opinión de Kelsen— es que el Derecho aplicado en Núremberg es un Derecho *ex post facto*, en la medida en que el Acuerdo de Londres tipificó como hechos punibles actos que no lo eran en el momento en el que fueron cometidos. Las principales críticas kelsenianas, sin embargo, tendrán que ver más con el carácter *ad hoc* del tribunal y con su composición. Por un lado, el tribunal no preexistía a los hechos, sino que fue creado por las potencias vencedoras para enjuiciar únicamente a los vencidos¹³. Así, quedaron impunes crímenes contra la paz y la humanidad tan graves como —paradigmáticamente— el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki por parte de Estados Unidos. Por otro lado, fueron excluidos para formar parte del tribunal no solamente los representantes de los Estados vencidos, sino también los de Estados neutrales; con lo cual los vencedores se constituyeron, además de en legisladores, en jueces de su propia causa, violando así el principio básico de la imparcialidad del juzgador. Tales circunstancias hicieron que Kelsen se resistiese a considerar que Núremberg pudiera sentar un precedente desde el punto de vista jurídico. No obstante, los importantes defectos técnicos 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.

En la medida en que, desde la perspectiva positivista, el Derecho es un orden coactivo por naturaleza; es decir, en la medida en que usa las sanciones para orientar la conducta humana, lo habitual es que 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” (Kelsen, 1945: 8). Esta necesidad lógica, sin embargo, puede verse matizada después de un examen más detallado. Si el positivismo jurídico concibe la sanción como un elemento esencial de la norma, toda norma se refiere —al menos indirectamente— a la regulación del comportamiento de como mínimo dos individuos: el individuo que está obligado a comportarse como la norma prescribe si no quiere ser sancionado, y el individuo titular del órgano autorizado a aplicar la sanción en el caso de que se compruebe que el primer individuo ha realizado el supuesto de hecho previsto por la norma. Se trata de la típica distinción teórica establecida por Kelsen entre las normas primarias y las normas secundarias (Kelsen, 2008[1925]: 66). Esta distinción permite diferenciar lo que significa el postulado de la irretroactividad para una concepción iusnaturalista, en contraste de

¹³ Ésta es una crítica que Danilo Zolo ha realizado mordazmente no sólo a los juicios de Núremberg, sino a todos los procesos internacionales que les siguieron. Véase Zolo (2007).

lo que ha de significar para una postura positivista. A diferencia del positivismo, para la doctrina del Derecho natural una norma jurídica únicamente tiene un destinatario: el sujeto cuya conducta está prescrita por la norma. Y esa norma, por supuesto, únicamente puede regular las conductas futuras, pero no las pasadas. El carácter coactivo que presenta el Derecho para el positivismo, en cambio, facilita relativizar el principio de irretroactividad:

El postulado de no promulgar leyes retroactivas no puede ser derivado de la naturaleza del Derecho en el sentido del positivismo jurídico, tal y como es derivado de la naturaleza del Derecho por la doctrina del Derecho natural. Dentro del sistema jurídico positivista la regla contra la legislación retroactiva no es un principio absoluto, como sí que lo es para la doctrina del Derecho natural, por expresión de una necesidad lógica. Su valor es altamente relativo y la esfera de su validez restringida (Kelsen, 1945: 8-9).

Por otra parte, afirma Kelsen que en el ámbito internacional el principio de la irretroactividad de la ley penal no se puede aplicar de la misma manera que en los ordenamientos internos. Al contrario de lo que suele ocurrir en el Derecho estatal, ningún principio del Derecho Internacional prohíbe establecer normas sancionadoras de carácter retroactivo (*Ibid.*: 10). Para justificar esto en relación con los procesos de Núremberg, Kelsen ofrece, al menos, cuatro argumentos:

1) No hay diferencia, desde el punto de vista psicológico, entre la aplicación de una norma retroactiva y la aplicación de una norma irretroactiva que el sujeto obligado desconoce. La regla que excluye las normas retroactivas está basada en el principio general de que una norma, al menos una norma sancionadora, no debería ser aplicada a una persona que no sabía de su vigencia en el momento en que actuaba. Pero existe otra regla ampliamente aceptada en todos los ordenamientos que es radicalmente contraria a ese principio general: aquella que dice que *el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento*. Tal regla parte de la ficción de que todos los individuos sometidos al ordenamiento conocen las normas a las que están sometidos. Según opina Kelsen, el efecto psicológico es el mismo en el caso de que a una persona se le sancione por una acción cuya prohibición estaba establecida en una ley vigente pero que desconocía, que en el caso de que se le sancione por una acción cuya prohibición no conocía —no podía conocer— porque no se encontraba prohibida en el momento de su realización¹⁴. En consecuencia, existe una contradicción entre el principio de irretroactividad y el principio *el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento* que debería resolverse, en su caso, a través de la ponderación: “si dos principios legales no son compatibles entre ellos, uno debe ser restringido por el otro” (Kelsen, 1945: 9).

2) El principio de irretroactividad no se puede aplicar al Derecho consuetudinario —como lo es buena parte del Derecho Internacional, incluida la cláusula Martens— ni al Derecho basado en precedentes, dado que “tal Derecho [como la jurisprudencia] es necesariamente retroactivo respecto del primer caso en el que es aplicado” (Kelsen, 1947: 111). De nuevo, hay que relacionar esta afirmación con la concepción escalonada del ordenamiento jurídico propia de la teoría kelseniana, de acuerdo con la cual, la aplicación de cualquier norma por un órgano jurídico es siempre un acto (también) de creación normativa. De este modo, cuando un tribunal está aplicando una norma consuetudinaria está creando, al mismo tiempo, una nueva norma individual en base a la primera; y esta nueva norma individual habrá de ser necesariamente retroactiva (Kelsen 2001[1939]: 61-84).

¹⁴ Esta posición ha sido criticada por Luigi Ciaurro (1989: 117-126): “en un caso se ignoraría la ilicitud, en el otro se podría verificar el conocimiento de la ilicitud”.

3) Puede que el Acuerdo de Londres sea una ley *ex post facto*, pero lo es únicamente en la medida en que establece la responsabilidad penal individual de unos sujetos que cometieron unos actos que ya estaban prohibidos por el Derecho Internacional cuando fueron realizados; pese a que la responsabilidad que estaba prevista fuera solamente de tipo colectivo. Se trata de un argumento muy similar al que podemos encontrar en los autos dictados por el juez Garzón. Las acciones de los nazis enjuiciados en Núremberg, como las de los franquistas denunciados ante la justicia española, ya eran ilegales en el momento en que fueron realizadas, porque se encontraban prohibidas por las normas del Derecho Internacional consuetudinario. De este modo, ni el Acuerdo de Londres ni la hipotética aplicación del Código Penal español o de la normativa internacional de los derechos humanos a los respectivos casos hubieran convertido los hechos en ilegales *ex post facto*. De lo que se trata, en realidad, es únicamente de determinar la responsabilidad individual de los infractores de las normas internacionales para sancionar aquellas conductas que ya se encontraban prohibidas cuando se realizaron. La virtualidad del establecimiento de la responsabilidad individual a través de un procedimiento celebrado ante un tercero imparcial, como un tribunal, sirve precisamente, cabe recordarlo, para pacificar las relaciones sociales evitando la autotutela. Si en el Derecho Internacional la autotutela se ha manifestado tradicionalmente en forma de guerra, en el ámbito interno lo ha hecho en forma de *vendetta*. Por eso, en un ordenamiento jurídico moderno es precisamente el monopolio del uso legítimo de la violencia lo que excluye tanto la guerra como la venganza.

4) Las personas que cometieron esos crímenes no podían dejar de ser conscientes del tamaño de la *inmoralidad* (sic) que realizaban. Por eso —y aquí se tambalea el conocido postulado de la nítida barrera entre Derecho y Moral que típicamente caracteriza a la teoría pura kelseniana— “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” (*Ibidem*)¹⁵. 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” (Kelsen, 1945: 11).

Merece la pena mencionar en este punto que incluso el eterno antagonista de Kelsen, Carl Schmitt¹⁶, aceptó la aplicación irretroactiva de la ley penal a los crímenes contra la humanidad tipificados por el Acuerdo de Londres. Lo hizo en el

¹⁵ La cursiva es mía. 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 del jurista austriaco 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” (Kelsen (1996: 23).

¹⁶ El mismo Schmitt fue acusado de colaborar con el régimen nazi y llegó a comparecer como testigo en el undécimo de los procesos de Núremberg, en el que se juzgaron a los responsables del Ministerio de Asuntos Exteriores, aunque pronto fue excluido de la acusación. Sobre el cautiverio de Schmitt (que comprendió un año, entre 1945 y 1946 en un campo de concentración y dos meses en la prisión de Núremberg en 1947), véase Schmitt (2010).

informe que redactó para la defensa del importante industrial alemán Friedrich Flick, quien fue condenado en Núremberg a siete años de prisión por suministrar armamento al ejército alemán. En dicho informe expresó:

Las *atrocities*, en este particular sentido, que han sido cometidas antes de la última guerra mundial, y durante ésta, tienen que ser consideradas de hecho como «*mala in se*». Su inhumanidad es tan grande y tan evidente que basta constatar los hechos y el autor para fundamentar una punibilidad, sin tomar en consideración las leyes penales positivas hasta ahora vigentes. Aquí se juntan todos los argumentos del sentir humano, de la razón y de la justicia, de una forma aparentemente elemental, para justificar una condena, la cual no necesita de una norma positiva en algún sentido formal [...]. Quien, a la vista de estos crímenes presenta la objeción del «*nullum crimen*», queriendo referirse de esta manera a las determinaciones jurídico-positivas penales hasta ahora vigentes, se expondría él mismo a la luz de duda. (Schmitt, 2006: 47).

No argumentaré lo mismo Schmitt sobre los crímenes de agresión también tipificados en el Acuerdo de Londres, ya que, como es sabido, en su concepción del Derecho Internacional, la guerra es una manifestación natural de las relaciones políticas entre los Estados¹⁷. Posición que, como tantas otras de Schmitt, sería contestada por Kelsen, quien consideró que la definición del crimen de agresión no tenía por sí misma mayor dificultad técnica que la del crimen de homicidio, o cualquier otro: “si la agresión es definida como el uso legítimo de la fuerza armada, puede haber duda en un caso concreto si el número de hombres empleados en una acción sea suficientemente grande o las armas usadas por ellos suficientemente destructivas como para que se pueda hablar de ataque armado. El verdadero problema no consiste en la posibilidad de una definición, sino en la dificultad de su aplicación” (Kelsen, 1957: 13).

5. Conclusiones

En definitiva, los esfuerzos teóricos realizados por Kelsen pueden servir para comprender mejor cómo la responsabilidad penal de los individuos en el ámbito internacional ha ido ligada a la mejora técnica del Derecho Internacional. Los avances técnico-jurídicos han implicado frecuentemente la superación de fuertes condicionamientos de tipo político. Un pacifismo jurídico como el kelseniano considera imprescindible el papel de los tribunales como instrumentos para imponer la lógica del Derecho sobre la fuerza de la Política. La tendencia actual, como se sabe, es la contraria. Hoy se imponen las teorías realistas, como las de Posner y Goldsmith (2009)¹⁸ que tienden a limitar el papel del Derecho a un mero residuo de lo que realmente importa: las consideraciones políticas. Como ha destacado Martii Koskeniemi (2011: 180), “los realistas políticos, como Hans Morgenthau, siempre han subrayado la debilidad del proceso jurídico para lidiar con los grandes eventos de la política internacional”.

En el caso del juicio a los responsables del régimen franquista, no se trata de un asunto de política internacional —aunque su relevancia sí sea internacional—; sino de política interna. Del núcleo duro de la política de un país que ha edificado su democracia sobre los frágiles cimientos del olvido colectivo. Un núcleo tan duro que es capaz de frenar en seco la acción de la justicia, pero que sirve, por otro lado, como un curioso banco de pruebas para experimentar cuáles son los límites de un proceso penal, que son también los límites del mismo Derecho.

¹⁷ Paradigmáticamente, véase Schmitt (1979[1974]; 1999[1932]).

¹⁸ Se puede encontrar una buena crítica a esta última obra en García Pascual (2012: 247-270).

Es lógico considerar que el proceso, como ha expresado la sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico primero, no es un instrumento destinado a esclarecer la verdad histórica, sino a aplicar las sanciones correspondientes a quienes se demuestre que han violado la ley. La verdad procesal es, de hecho, algo completamente distinto de la verdad histórica. Y ésta, por cierto, también es distinta de la verdad absoluta. En cualquier caso, es cierto que, al menos coyunturalmente, un proceso judicial celebrado tras un importante episodio de violencia social generalizada —como fueron el régimen nazi y la posterior guerra mundial, o el régimen franquista y la anterior guerra civil— puede servir de catalizador a una especie de catarsis colectiva que, sobre la conciencia de lo ocurrido, sirva de punto de partida para comenzar una nueva etapa histórica.

El proceso no es, desde luego, el único medio, ni seguramente el mejor, para realizar esa catarsis¹⁹. Pero es uno de ellos y, a falta de otros, es legítimo que la ciudadanía inste ante la justicia reparaciones materiales y morales que no se han producido por parte del Estado. Es lo que ocurre en el caso español, en el que la ley de Amnistía de 1977 se ha convertido en amnesia colectiva y en silencio institucional sobre lo ocurrido en la guerra civil y durante el franquismo. Solo en el año 2007 se aprobó una ley de Memoria Histórica²⁰ (Ley 52/2007, publicada en el BOE de 27 de diciembre), cuya aplicación en los próximos años quedará previsiblemente en la nada, pasto de los recortes del ejecutivo de Mariano Rajoy. La memoria, a diferencia de los presupuestos, no puede ser recortada. Y la actuación de los tribunales, a falta de otros medios, puede contribuir a su recuperación y mantenimiento.

Lo que se ha pretendido en este trabajo, realizando una comparativa entre el caso instruido por el juez Garzón y las reflexiones de Hans Kelsen a propósito de la retroactividad en los juicios de Núremberg, ha sido contribuir de alguna manera a desenmascarar razones de índole fundamentalmente política que se ocultan bajo argumentaciones que pretenden ser estrictamente jurídicas²¹. La *sagrada* regla de la irretroactividad, como la *insalvable* amnistía, la *indiscutible* prescripción de los hechos o la *imposible* calificación de las desapariciones como un delito continuado no son las únicas soluciones posibles. Encuadran dentro del legítimo margen de apreciación del que dispone el órgano judicial. Pero hay que resaltar que no son las únicas posibles, sino que han sido las que en este caso se adaptaban al criterio político que protege un determinado *statu quo* en torno al cual parece gravitar la paz social del país. Si prosperan las querellas que por este mismo caso se han interpuesto ante la justicia argentina, ¿sería descabellado que los jueces argentinos, con condicionantes políticos diferentes a los de sus colegas españoles, apreciaran que sí cabe la aplicación retroactiva de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Sin duda, se trataría de una buena lección para la justicia española²², además de una excelente noticia para quienes creen que la justicia universal, si es verdaderamente universal, también puede realizarse desde el sur hacia el norte.

¹⁹ Sobre las diferentes formas de abordar jurídicamente el pasado, véase, entre otros, Portinaro (2011).

²⁰ Para un comentario crítico, véase Martín Pallín (2008: 19-46).

²¹ Con ello no pretendo afirmar que *todas* las razones utilizadas por el Tribunal Supremo sean de índole política ni, menos aún, que *todos* los magistrados del Supremo hayan actuado guiados por motivaciones políticas. Merece la pena, por ejemplo, no olvidar algunos de los buenos argumentos que, desde una concepción garantista del Derecho ha ofrecido el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez: Véase Andrés Ibáñez. (2012: 169-200).

²² No hay que olvidar la eliminación en el ordenamiento español de la posibilidad de ejercer el principio de jurisdicción universal tras la última reforma del art. 23.4 de la LOPJ mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2012), "Casos Garzón: necesario distinguir", *Isonomía*, Núm. 37, pp. 169-200.
- CASSESE, A. (2009), *Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en línea: http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-l/ga_95-l_s.pdf. Revisado el 21 de marzo de 2013.
- CIAURRO, L. (1989), "Postilla alla critica giuridica di Kelsen sul proceso di Norimberga", *Nuovi Studi Politici*, Núm. 19, pp. 117-126.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009), "La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, Tomo 1, pp. 1415-1424.
- GARCÍA PASCUAL, C. (2012), "Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica", BARRANCO, M.C, CELADOR, O. y VACAS, F. (coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, pp. 247-270.
- GARCÍA SAEZ, J.A. (2010), "Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen", *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Núm. 11, pp. 177-189.
- GARCÍA SAEZ, J.A. (2012a), *El decenio internacionalista de Hans Kelsen. Colonia y Ginebra (1930-1940)*, eStudis, monografías digitales del Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Valencia.
- GARCÍA SAEZ, J.A. (2012b), "Piratas, emperadores y nazis. La individualización de la sanción como base de la justicia penal internacional en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen", en ANITÚA, J.I. et al., *Derecho Penal Internacional y Memoria Histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabian Di Placido, Buenos Aires.
- GOLDSMITH, J.L. y POSNER, E.A. (2005), *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1989[1920]) *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milán.
- KELSEN, H. (2008[1925]), *Teoría General del Estado*, Coyoacán, México.
- KELSEN, H. (1932), *Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis*, Recueil des Cours 1932, Académie de Droit International, París.
- KELSEN, H. (1936), "La transformation du droit international en droit interne", *Revue Générale de Droit International Public*, Núm. 43, pp. 5-49.
- KELSEN, H. (1939), "Théorie du droit international coutumier", *Revue internationale de la théorie du droit*, Vol. X, pp. 253-274.
- KELSEN, H. (1966[1942]), *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- KELSEN, H. (2003[1944]), *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid.
- KELSEN, H. (1945), "The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals", *Judge Advocate Journal*, Núm. 2, pp. 8-12, 46.
- KELSEN, H. (1947), "Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?", en *International Law Quarterly*, Vol. I, Núm. 2, pp. 153-171.
- KELSEN, H. (1957), "È possibile e desiderabile definire l'aggressione?", *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Vol.2, Giuffrè, Milán.
- KELSEN, H. (1989), "Il processo di Norimberga e il diritto internazionale", en *Nuovi Studi Politici*, Núm. 19, pp. 99-115.

- KELSEN, H. (2001), *Ecrits français de droit international*, Presses Universitaires de France, París.
- KOSKENNIEMI, M. (2011), *The Politics of International Law*, Hart, Oxford.
- LEBEN, C. (1998), "Hans Kelsen and the Advancement of International Law", *European Journal of International Law*, Núm. 9, pp. 287-305.
- LEBEN, C. (2010), *The Advancement of International Law*, Hart, Oxford.
- MARTÍN PALLÍN, J.A. y ESCUDERO ALDAY, R. (2008), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. y MUÑOZ AUNIÓN, M. (2003), *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Standley Kramer "El juicio de Nuremberg" (1961)*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PORTINARIO, P.P. (2011), *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milán.
- POSNER, E.A. (2009), *The Perills of Legal Globalism*, The University of Chicago University Press, Chicago.
- PRESTON, P. (2012), *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*, Debate, Barcelona.
- SCHMITT, C. (1999[1932]), *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid.
- SCHMITT, C. (2006[1945]), *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SCHMITT, C. (2010), *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, Trotta, Madrid.
- SCHMITT, C. (1979[1974]), *El nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del lus Publicum Europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ZOLO, D. (2007), *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid.