

La pena y su renuncia
en la justicia
transicional.
¿Puede trasladarse
el fundamento premial
a la violencia terrorista?

David Gallego Arribas



Derecho Penal
y Procesal Penal

LA PENA Y SU RENUNCIA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL.
¿PUEDE TRASLADARSE EL FUNDAMENTO PREMIAL
A LA VIOLENCIA TERRORISTA?

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

LA PENA Y SU RENUNCIA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL. ¿PUEDE TRASLADARSE EL FUNDAMENTO PREMIAL A LA VIOLENCIA TERRORISTA?

DAVID GALLEGO ARRIBAS



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: junio de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, David Gallego Arribas.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-167-1 (edición en papel)
144-24-168-7 (edición en línea, PDF)
144-24-169-2 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2998-9

Depósito legal: M-15225-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mi familia

*«When the violence causes silence,
we must be mistaken».*

*Dolores O'Riordan (The Cranberries),
Zombie, No need to argue.*

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
LISTADO DE ABREVIATURAS	17
PRÓLOGO	19
NOTA PRELIMINAR	23
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO I. EL CASTIGO EN LOS ESCENARIOS DE TRANSICIÓN EN EL DERECHO POSITIVO	31
I. Una visión holística de la justicia transicional	31
1. Concepto y fines de la justicia de transición	31
1.1 El derecho a la verdad: las comisiones de la verdad	40
1.2 El derecho a la reparación y a la no repetición: programas de reparación, reformas y lustraciones	43
II. El dilema jurídico-penal en la justicia de transición	49
III. Las limitaciones en el derecho positivo a la discrecionalidad punitiva estatal	57
1. Una cuestión previa: el art. 6.5 del PA II	57
2. El deber de investigación, enjuiciamiento y castigo	59
2.1 Origen y alcance del deber	60
2.2 Extensión del deber	68
2.3 Compatibilidad con las medidas premiales	71

	Páginas
2.3.1 La jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos.	71
2.3.2 La jurisprudencia del TEDH	76
2.4 Toma de posición: una defensa de la naturaleza relativa del deber	78
3. Medidas premiales en contextos de transición y la CPI	85
3.1 Marco general	85
3.2 El preámbulo del Estatuto de Roma	88
3.3 El art. 16 del Estatuto de Roma: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	89
3.4 El art. 17 del Estatuto de Roma: el principio de complementariedad	91
3.5 Las derivaciones del umbral de gravedad	98
3.6 El art. 53 del Estatuto de Roma: el interés de la justicia ...	99
IV. Conclusiones parciales	104
CAPÍTULO II. HACIA UNA INTEGRACIÓN ENTRE TEORÍA DE LA PENA Y JUSTICIA DE TRANSICIÓN	107
I. Introducción	107
II. La justicia de transición como proceso de restauración de la cooperación social	109
1. Justicia de transición y reconstrucción del contrato social	109
2. Reconstrucción del contrato social y derecho penal internacional ...	118
III. La retribución en la justicia de transición	123
1. Fundamento del castigo en la teoría kantiana de la retribución ...	123
2. Limitaciones de la retribución en los escenarios de transición ...	126
3. ¿Qué queda de «vivo» de la teoría kantiana o clásica de la retribución en los contextos de transición?	133
IV. ¿Tienen las víctimas un derecho al castigo del autor? Sobre la pena como satisfacción a la víctima del delito	137
V. La restauración de la cooperación por medio del Derecho penal ...	146
1. Los efectos asociados a las teorías de la prevención general	146
1.1 El plano fáctico-aflictivo: la prevención general negativa ...	148
1.2 El plano simbólico-comunicativo e integrador: la prevención general positiva	155

2.	Las debilidades de la prevención general negativa en los contextos de justicia transicional	162
2.1	El (falso) argumento de la irracionalidad de los victimarios ...	162
2.2	La influencia del contexto en la confrontación racional del delito	165
3.	Hacia una restauración de la cooperación «en dos tiempos»	177
3.1	El «primer tiempo»: la renuncia utilitaria a la pena como «premio» a la reincorporación al sistema cooperativo	177
3.2	El «segundo tiempo»: las posibles justificaciones a la imposición y ejecución de la pena como refuerzo del sistema cooperativo	183
3.2.1	El efecto expresivo de la pena en la restauración y mantenimiento de la cooperación	186
a.	La ejecución de la pena como refuerzo comunicativo	186
b.	Condiciones para su flexibilización en los escenarios tradicionales	189
3.2.2	El efecto de reafirmación de la norma como expectativa de comportamiento en la restauración y el mantenimiento de la cooperación	196
a.	La ejecución de la pena como refuerzo cognitivo de la vigencia de la norma: disuasión y reafirmación del monopolio de la violencia	196
b.	Condiciones para su flexibilización en contextos transicionales	205
3.2.3	El sufrimiento del victimario como evitación de la venganza privada	212
3.3	A modo de acotación: sobre lo irrenunciable de la pena ...	216
VI.	Otros fines de la pena en la justicia de transición	218
1.	¿Prevención especial?	218
1.1	Consideraciones generales	218
1.2	La prevención especial en los contextos transicionales	221
2.	El fortalecimiento del Estado de derecho	227

	Páginas
3. Sobre los enjuiciamientos como foro adecuado para satisfacer el derecho a la verdad	229
4. Derecho penal y reconciliación	236
CONCLUSIONES A LA PRIMERA PARTE	241
CAPÍTULO III. ENCAJE DEL TERRORISMO EN LA LÓGICA PRE-MIAL TRANSICIONAL	247
I. El concepto de terrorismo	248
1. Estado de indefinición del concepto: la ambigua plasmación en el derecho positivo	248
2. Hacia un concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo: el terrorismo como violencia subversiva	251
2.1 La finalidad política del terrorismo como elemento diferenciador	251
2.2 El terrorismo como estrategia subversiva	257
3. El injusto objetivo de los delitos de terrorismo	264
3.1 Idoneidad de los actos objetivos: la importancia del bien jurídico atacado	264
3.2 La instrumentalización de la víctima	266
3.3 El elemento organizativo	268
3.3.1 La necesaria existencia de una estructura colectiva ...	268
3.3.2 La flexibilización de los caracteres organizativos	270
3.4 ¿Un elemento transnacional?	274
4. Una primera conclusión sobre el acomodo del terrorismo dentro de la lógica transicional	275
II. Los potenciales privilegios del delito político en la justicia de transición y su relación con el terrorismo	278
1. Delito político y terrorismo	280
1.1 La indefinición del delito político y la exclusión normativa del terrorismo	280
1.2 El terrorismo como delito político: perspectiva objetiva, subjetiva y mixta	282
1.2.1 La perspectiva objetiva	282
1.2.2 Las perspectivas subjetiva y mixta	284

	Páginas
2. Fundamento y límites en la renuncia a la pena	287
2.1 El fundamento objetivo de la renuncia a la pena: contexto y lesividad de la conducta	287
2.2 Sobre la trascendencia de los motivos de la organización ...	293
III. Necesidad de pacificación y renuncia a la pena ordinariamente establecida. Una comparativa entre el conflicto armado interno y el terrorismo subversivo	296
1. El conflicto armado interno como escenario de necesidad	297
1.1 El conflicto armado interno en el derecho positivo	298
1.1.1 El conflicto armado en el DIH	298
1.1.2 El conflicto armado en el Estatuto de Roma	300
1.2 El establecimiento de un umbral de exclusión: los criterios de organización e intensidad	303
1.2.1 El criterio organizativo: la existencia de un grupo armado organizado	305
1.2.2 El criterio de la intensidad: cualificación temporal y material de la violencia	307
1.3 Crítica conclusiva: una amplitud disfuncional	310
2. Articulación de un concepto jurídico funcional de conflicto armado interno a efectos transicionales	311
2.1 La insuficiencia del elemento organizativo como criterio distintivo autónomo	311
2.2 El carácter militar de las hostilidades	313
2.3 El ejercicio de un «control militar negativo» sobre el territorio	315
2.4 ¿Cualificación temporal de la violencia?	317
3. Satisfacción mínima del criterio de necesidad: la guerrilla	318
3.1 El carácter militar de la guerrilla	319
3.2 La importancia del «control militar negativo del territorio»: el apoyo de la sociedad civil y la orografía	320
4. La necesidad en el terrorismo	324
4.1 Una cuestión previa: la distorsión entre terrorismo y guerra ...	324
4.2 Ponderando la amenaza del terrorismo: una estrategia de provocación al poder	326

	Páginas
4.3 Supuestos límite: las guerrillas o milicias urbanas	336
Excurso. El «terrorismo» como estrategia bélica	338
IV ¿Una justificación premial alternativa? Las consecuencias jurídicas del abandono de la lucha armada	343
1. El abandono individual de la estructura colectiva	344
2. El alcance premial del cese definitivo de la violencia por parte de la organización subversiva	352
V. A modo de cierre: el «terrorismo de o desde el Estado» como escenario transicional	360
1. Delimitación del concepto «terrorismo de o desde el Estado» ...	360
2. La necesidad en los supuestos de «terrorismo de o desde el Estado»: el elemento político de los delitos de lesa humanidad	362
3. Conclusiones sobre su tratamiento en un sistema penal transicional	369
CONCLUSIONES A LA SEGUNDA PARTE	370
LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA	375
ANEXO JURISPRUDENCIAL	401
OTRAS RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS EMITIDOS POR O EN EL MARCO DE ORGANIZACIONES REGIONALES O INTERNACIONALES	407

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AA.VV.	<i>Autores Varios</i>
AN	<i>Audiencia Nacional de España</i>
art./ arts.	<i>artículo(s)</i>
c./v.	<i>contra / versus</i>
CADH	<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)</i>
CE	<i>Constitución Española de 1978</i>
CEDH	<i>Convenio Europeo de Derechos Humanos</i>
CIDH	<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>
Coord(s).	<i>Coordinador(es)</i>
Corte IDH	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>
CP	<i>Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)</i>
CPC	<i>Código Penal colombiano (Ley 599, de 24 de julio de 2000)</i>
CPF	<i>Código Penal francés (Code Penal)</i>
CPI/ICC	<i>Corte Penal Internacional / International Criminal Court</i>
CPIT	<i>Código Penal italiano (Codice Penale)</i>
DIH	<i>Derecho Internacional Humanitario</i>
Dir(s).	<i>Director(es)</i>
Doc.	<i>Documento</i>
DUDH	<i>Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>
Ed(s).	<i>Editor(es)</i>
ed.	<i>Edición</i>
EE.UU.	<i>Estados Unidos de América</i>
ELN	<i>Ejército de Liberación Nacional</i>
EPL	<i>Ejército Popular de Liberación</i>
ER	<i>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</i>
ETA	<i>Euskadi ta Askatasuna (Euskadi y Libertad)</i>
et al.	<i>Y otros</i>
etc.	<i>etcétera</i>

■ LA PENA Y SU RENUNCIA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL...

<i>FARC-EP</i>	<i>Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo</i>
<i>FD</i>	<i>Fundamento de Derecho</i>
<i>FJ</i>	<i>Fundamento jurídico</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>íd.</i>	<i>el mismo / los mismos</i>
<i>JEP</i>	<i>Jurisdicción Especial para la Paz</i>
<i>LECRim</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)</i>
<i>LOGP</i>	<i>Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria</i>
<i>núm.</i>	<i>número</i>
<i>ONU</i>	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
<i>OTP</i>	<i>Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional (Office of the Prosecutor)</i>
<i>p./pp.</i>	<i>página(s)</i>
<i>PA I</i>	<i>Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra</i>
<i>PA II</i>	<i>Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra</i>
<i>passim</i>	<i>En lugares diversos</i>
<i>PIDCP</i>	<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>
<i>RAF</i>	<i>Rote Armee Fraktion (Fracción del Ejército Rojo)</i>
<i>RJ</i>	<i>Razonamiento Jurídico</i>
<i>RPPCPI</i>	<i>Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional</i>
<i>SAN</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i>
<i>SAP</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
<i>ss.</i>	<i>siguientes</i>
<i>STEDH</i>	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>StGB</i>	<i>Código Penal alemán (Strafgesetzbuch)</i>
<i>(S)STS</i>	<i>Sentencia(s) del Tribunal Supremo español. Sala Segunda.</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TESL/SCLS</i>	<i>Tribunal Especial para Sierra Leona / Special Court for Sierra Leone</i>
<i>TPIR/ICTR</i>	<i>Tribunal Penal Internacional para Ruanda / International Criminal Tribunal for Rwanda</i>
<i>TPIY/ICTY</i>	<i>Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia / International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo español</i>
<i>Vol.</i>	<i>Volumen</i>

PRÓLOGO

Dar nombre a las cosas ayuda a comprenderlas mejor. Aunque desde antiguo son conocidos los desafíos jurídicos que plantean las situaciones en las que se ha producido una ruptura generalizada de la convivencia, con delitos cruzados entre amplios sectores sociales cuya persecución integral no sólo es casi imposible, sino que puede impedir el restablecimiento de la paz social, no ha sido hasta que se acuñó para ello la expresión ‘Derecho transicional’ que han adquirido el protagonismo que merecen. Ello ha desembocado en un importante caudal de publicaciones específicas, en el que se inserta brillantemente la investigación de David Gallego.

Escrita en un lenguaje siempre claro y preciso, que respeta al lector, y apoyada en un exhaustivo manejo de fuentes y en el estudio directo de uno de los contextos de transición más importantes y analizados de los últimos años, el proceso de paz en Colombia, que pudo conocer de primera mano gracias a sendas estancias de investigación en aquel país, el trabajo que ahora ve la luz, que tiene su origen en su excelente tesis doctoral, supone un hito en la literatura en esta difícil materia.

Los términos del conflicto transicional son aparentemente claros, justicia o paz. Pero la mejor solución pasa por un cambio en la conjunción: justicia y paz. Prescindir de la justicia no es una opción en sociedades que hacen de ella un valor supremo. Sin justicia puede lograrse el exterminio del otro, y la correlativa ‘paz’ de los muertos, como sabe cualquier aprendiz de genocida, pero no una verdadera paz que permita construir un nuevo contrato social sobre bases firmes. Pero no menos dañino puede ser el otro extremo, que provoca el enroque de cada parte en su posición, bajo una visión estereotipada de una justicia que debería imponerse a toda costa: fiat iustitia et pereat mundus. Las situaciones de conflicto que tratan de superarse con el derecho transicional no surgen de la nada. Sin que ello suponga reconocer automáticamente una igual responsabilidad a las partes –piénsese, por ejemplo, en el caso sudafricano, provocado por un criminal apartheid sustentado por una parte de la sociedad–, lo cier-

to es que en muchas ocasiones proceden de errores y desencuentros mutuos, en los que cada parte es incapaz de situarse en la posición del otro. Superar esa estrecha visión requiere generosidad, altruismo y, seguramente, una comprensión profunda de la naturaleza humana. De nuevo, el caso sudafricano, con sus altibajos, es un ejemplo extraordinario de ello.

El desafío del Derecho transicional, y muy particularmente del Derecho penal en este ámbito, consiste en encontrar soluciones jurídicas que permitan refundar el contrato social, cimentando una paz duradera mediante el uso razonable de la responsabilidad penal, atemperándola –reducción de penas, indultos selectivos, amnistías–, cuando haya motivos para ello, pero sin ceder en lo básico –reconocimiento del delito, satisfacción a las víctimas, garantías de no repetición–. El equilibrio no es fácil, y los riesgos de incomprensión son altos, pero lo que está en juego es tan importante, que merece la pena el esfuerzo.

Pero no hay respuesta posible a este conflicto que no pase por examinarlo a la luz del instrumento penal por excelencia, la pena, y los fines que puede cumplir, ya que, a fin de cuentas, se trata de renunciar total o parcialmente a su aplicación. Un primer y destacado mérito de este trabajo es haber adoptado decididamente esta perspectiva en su primera parte, que constituye por sí un exhaustivo estudio sobre los fines de la pena.

La tarea no era fácil, porque es un tema polémico y difícilmente abordable, y menos en el contexto de una investigación centrada en otro tópico, pero el autor sale del reto airoso, demostrando desde el principio su sólida formación jurídico-penal y su valentía intelectual. El resultado es un ponderado examen de los distintos fines de la pena, retributivos y preventivos, positivos y negativos, y de cómo se verían afectados por las medidas del derecho de transición.

La segunda parte del trabajo se dedica a un tema inequívocamente actual, pero menos estudiado, y seguramente más polémico, y por ello necesitado de buenas investigaciones: la hipotética aplicación del derecho transicional a los contextos de terrorismo subversivo que adquiere una dimensión colectiva, porque procede de estructuras organizadas y afecta como posibles víctimas a una parte importante de la población. Con exquisito rigor y criterio jurídico, el autor analiza las afinidades y diferencias entre ambos contextos, procede a su adecuado deslinde de figuras que podrían parecer próximas, como el delito político o los conflictos armados internos, y extrae de todo ello consecuencias para un trato diferenciado, que impide trasladar sin más los beneficios del derecho transicional al terrorismo. La sensatez que emana del detallado análisis del autor resulta siempre muy convincente.

David Gallego es hoy un joven profesor de la Universidad Autónoma de Madrid que continua la excelente tradición de penalistas del centro. Para mí, que he tenido la oportunidad de conocer de primera mano el nacimiento de su vocación investigadora y su fulgurante progresión, es un motivo de enorme satisfacción profesional y personal poder prologar una obra de tanta calidad científica como la suya, que augura una brillante carrera universitaria.

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ.
Catedrático de Derecho penal.
Universidad Autónoma de Madrid.

NOTA PRELIMINAR

El contenido de esta obra coincide esencialmente con la investigación desarrollada para obtener el título de Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas en la Universidad Autónoma de Madrid el 21 de octubre de 2022. El tribunal estuvo compuesto por los Profs. Dres. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Adela Asua Batarrita, Manuel Cancio Meliá, Yesid Reyes Alvarado y Alicia Gil Gil, quienes concedieron a la misma por unanimidad la calificación de sobresaliente cum laude y la mención internacional del doctorado. A ellos les debo la primera de mis gratitudes, tanto por haber aceptado formar parte de dicho acto, como por las críticas realizadas al trabajo, las cuales me han servido para mejorar su contenido. Un agradecimiento y un reconocimiento especial merece, sin duda, la Profa. Dra. Gil Gil, quien se tomó la enorme molestia de devolverme el ejemplar de mi investigación doctoral minuciosamente glosado con distintos comentarios.

También soy acreedor de un agradecimiento adicional al Prof. Dr. Reyes Alvarado, quien durante los años 2018 y 2019 me acogió en el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia en sendas estancias de investigación, brindándome un trato exquisito y difícil de igualar. Del mismo modo, también he de mostrar mi gratitud con el Prof. Dr. Mark Alexander Zöller, con quien pude realizar una última estancia en la Ludwig-Maximilians Universität München (LMU) entre septiembre y diciembre de 2021.

Una deuda aun mayor tengo con los Profs. Dres. Agustín Jorge Barreiro y Fernando Molina Fernández. El primero de ellos, lamentablemente, nunca pudo ver esta obra terminada. A él le debo mi vocación por el Derecho penal y, muy probablemente, no estaría escribiendo estas líneas si no hubiera sido mi profesor de teoría del delito. Al segundo de ellos, solo puedo agradecerle la confianza depositada en mí y la enorme libertad de la que he disfrutado en mis tareas de investigación.

El camino transitado hasta este punto hubiera sido más duro sin muchas de las personas que, en el mundo universitario, me han acompañado y tendido la mano en algún momento. La Universidad sería –y en algunos casos, es– un microcosmos peor sin su presencia. Voy a evitar personalizar, pues corro el enorme riesgo de no ser exhaustivo o, en caso de serlo, de alargar notablemente –aún más– la extensión de esta obra. Ellos y ellas saben quiénes son y eso es lo más importante. Y lo mismo puedo decir acerca de mis amigos y amigas de toda la vida, también hartamente difíciles de enumerar y quienes me han permitido disfrutar de un oasis cada día que regresaba al barrio.

No puedo terminar sin, por supuesto, acordarme de mi familia, especialmente de mi hermano, así como de mi padre y de mi madre. Estos últimos hicieron todo lo posible –y hasta lo imposible, si es que lo imposible es posible, como diría un antiguo presidente del Gobierno de España– para que pudiera estudiar, aprender idiomas, viajar y, sobre todo, ser mejor persona. Su paciencia, pese a mis innumerables defectos, ha sido infinita y no creo que pueda ser capaz de devolverles una décima parte de lo que me han dado. Aquí también debo incluir a Vane, por haberme acompañado durante una buena parte del camino.

INTRODUCCIÓN

Si matas a una persona, acabarás en la cárcel; si matas a diez, probablemente terminarás en un establecimiento de máxima seguridad; si, bajo tu mando, matan a mil, podrás acudir a dar charlas sobre la construcción de la paz. La frase anterior no deja de ser un chascarrillo. Y, sin embargo, esconde una cruda realidad: en ocasiones, dejar atrás un pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos puede requerir que los autores de los delitos más graves no reciban, en todo o en parte, la totalidad de las consecuencias jurídicas a las que ordinariamente deberían hacer frente. Se trata esta de una afirmación sobre la que se ha articulado todo un debate en el marco de la denominada «justicia transicional».

El objetivo de este trabajo será tratar de contestar a dos cuestiones fundamentales: ¿hasta qué punto y en qué condiciones cabe, en los escenarios anteriores, renunciar a la imposición y/o ejecución de la pena respecto de los delitos más graves? Y, en segundo lugar, las razones que están presentes en la concesión de medidas premiales en los contextos de justicia de transición, ¿resultan extrapolables a los distintos escenarios de violencia terrorista? A los fines de dar una respuesta a ambos interrogantes, la presente investigación se articula en dos grandes partes y tres capítulos, en los que se lleva a cabo un desarrollo de la problemática planteada en distintos niveles.

La primera parte aborda la cuestión de los límites en la discrecionalidad estatal respecto del castigo de los delitos que lesionan los bienes jurídicos de mayor importancia. El primer capítulo acomete esta cuestión desde la perspectiva del derecho positivo. Para ello, en primer lugar, se introduce el concepto de «justicia de transición» de una manera amplia, haciendo referencia a todos los intereses en juego que han de ser objeto de ponderación, para des-

pués, pasar a describir brevemente la tensión entre el deber de castigar y la necesidad de pacificación en los contextos de transición.

Posteriormente, se desarrolla cuáles serían los límites que el ordenamiento jurídico internacional impondría a los Estados respecto de su discrecionalidad punitiva. Así, se analizan aquellas disposiciones de las que, doctrina y jurisprudencia, han extraído el denominado deber de investigación, enjuiciamiento y castigo, así como la extensión de su ámbito material y su posible flexibilización bajo determinadas circunstancias. En este punto, se hace un especial énfasis en la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH. Adicionalmente, se lleva a cabo un examen sobre la admisibilidad o no de las medidas premiales en el marco de la CPI, en tanto organismo encargado de velar por que los crímenes más graves contra la comunidad internacional no queden sin castigo.

El segundo capítulo del trabajo contiene una propuesta de integración entre teoría de la pena y justicia de transición. Y es que, pese a la importancia de la cuestión referida al por qué de la imposición y ejecución de la pena en estos escenarios, esta ha sido históricamente descuidada por la doctrina y la jurisprudencia. A estos efectos, se propone un marco teórico concreto desde el que examinar el alcance del deber de castigo. Así, se examina detenidamente cómo las condiciones sociopolíticas en las que son cometidos los delitos afectan a la capacidad de la pena de alcanzar los fines que tradicionalmente le han sido conferidos. Del mismo modo, se destaca la labor que mecanismos complementarios como los programas de reparación o las comisiones de verdad pueden desempeñar en relación con determinados efectos asociados a la pena.

La segunda parte del trabajo está dirigida a examinar en qué medida puede extrapolarse el fundamento de la renuncia a la pena en los contextos tradicionales de la justicia de transición a los escenarios de violencia terrorista. El análisis comienza por establecer, a partir de los rasgos que la sociología ha atribuido a este fenómeno, un concepto jurídico-penal de terrorismo en el que el elemento subversivo se instituye como clave en su distinción respecto de otros tipos de delincuencia. Una vez construido dicho concepto, se lleva a cabo un examen del fundamento de la renuncia a la pena en el llamado delito político y su relación con los delitos de terrorismo.

Seguidamente, en el marco del argumento referido a la necesidad de pacificación de la sociedad, se lleva a cabo una comparativa entre el terrorismo como estrategia subversiva y las características que definirían a los escenarios de conflicto armado interno. En relación con este último concepto, aunque se parte de su configuración en el derecho positivo y la jurisprudencia, se acaban

haciendo una serie de consideraciones de *lege ferenda*. La contraposición entre el terrorismo y la guerra de guerrillas aparece aquí como un aspecto capital.

Por último, y a efectos de que el análisis jurídico-penal sea lo más completo posible, se examinan dos cuestiones adicionales. La primera de ellas está relacionada con las posibles consecuencias jurídico-penales asociadas al abandono individual o colectivo de la actividad armada. En lo que a la dimensión individual se refiere, se hacen una serie de breves referencias a la legislación comparada a nivel europeo. En lo relativo a la dimensión colectiva, se emplea el ejemplo español y el cese definitivo de la violencia anunciado por ETA en 2017. Las ideas de peligrosidad y «Derecho penal del enemigo» son clave en esta parte del análisis.

Asimismo, para concluir la investigación, se abandona el ámbito de los delitos de terrorismo en sentido propio para analizar hasta qué punto cabría la concesión de medidas premiales en otros contextos de violencia que reciben el calificativo de «terroristas».

PRIMERA PARTE

**LA RENUNCIA A LA PENA EN EL CONTEXTO
DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

CAPÍTULO I

EL CASTIGO EN LOS ESCENARIOS DE TRANSICIÓN EN EL DERECHO POSITIVO

I. UNA VISIÓN HOLÍSTICA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. Concepto y fines de la justicia de transición

El término «justicia de transición» es relativamente nuevo. Si bien resultaría ocioso tratar de fijar una fecha y un momento exacto en el que fue acuñado, puede aseverarse que ello sucedió, aproximadamente, a principios de la década de los 90 del siglo pasado¹. Sin embargo, hoy en día, existen autores que consideran que el concepto de «justicia transicional» sigue sin tener un significado claro². A ello puede haber contribuido, probablemente, el que dentro de

¹ En este momento temporal fija el origen, INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, «¿Qué es la justicia transicional?», 2020. Disponible en: <<https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>>. A este respecto, a pesar de que como señalan ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, Volume 31, núm. 2, 2009, p. 328, o WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Springer, 2018, p. 3, no es posible determinar con exactitud quién usó por primera vez el término, sí puede afirmarse que uno de los pioneros en emplearlo, dotándolo de una mayor difusión, fue el académico estadounidense Neil Kritz, en la década de los 90 del siglo pasado, en el título de la publicación de lo que se ha convertido en un auténtico tratado y referente sobre el tema [KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995].

² Lo pone de manifiesto ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., p. 359; OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», *Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, núm. 1, 2007, p. 51, para quien el término continúa siendo un enigma; véase también WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 5, indicando que el término arroja más sombras que luces.

este novedoso envase, disciplinas como la ciencia jurídica, la filosofía, la politología, la sociología o la criminología se vean entremezcladas³, lo que sin duda dificulta el dar al término un significado unívoco, pues cada una de aquellas, a la hora de otorgar una definición, enfatizará un aspecto determinado. De todo este abanico de ramas del conocimiento, esta investigación se focalizará en el ámbito jurídico y, más concretamente, en la perspectiva jurídico-penal.

El objetivo, por lo tanto, será perfilar un concepto funcional desde esta última óptica⁴. A este respecto, la justicia de transición ha sido entendida como aquella llamada a actuar en épocas de transformación social y política profunda⁵. Se habría producido, no obstante, una variación en los contextos sociopolíticos de fondo en los que estaría llamada a actuar.

Aunque en sus inicios el concepto era empleado para referirse a aquellas situaciones en las que, tras el colapso de un régimen autoritario o dictatorial, había de iniciarse la progresiva transformación del Estado hacia uno democrático, con el paso del tiempo su uso ha sido progresivamente ampliado, utilizándose también en los contextos de tránsito hacia la paz desde un conflicto armado interno en el que siguen cometándose violaciones de derechos

³ Destacan el carácter interdisciplinar de la justicia transicional, ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., p. 324; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición. Conceptos, Modelos, Debates, Experiencias*, Institut Català Internacional per la Pau, 2011, pp. 13, 81; ESER, A. / ARNOLD, J., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Teilband 14: Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Duncker & Humboldt, 2012, p. 21; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 4, 152.

⁴ Y es que, como evidencia CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional y Derecho penal internacional: Alianzas y Desencuentros*, Bosch, 2020, pp. 14-15, existen varios factores que convierten al término «justicia de transición» en un concepto difuso y en permanente evolución. Por ello, considero que es necesario construir una noción mínima de la «justicia de transición» desde la óptica jurídico-penal, en atención a algunos de los rasgos compartidos por las situaciones que tradicionalmente han sido etiquetadas de «transicionales».

⁵ UPRIMNY YEPES, R., «Introducción», en UPRIMNY YEPES, R., et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, p. 13; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 15; ESER, A. / ARNOLD, J., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, cit., pp. 12-13; véase también, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 16, calificando la justicia de transición como aquella que se «enmarca en una situación de brusco cambio político-social». Aunque con matices, pues hacen referencia exclusiva al tránsito de una sociedad de un régimen político al siguiente, sin incluir las transiciones de una situación de conflicto armado a la paz, TEITEL, R., *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000, p. 3; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, núm. 1, 2008, pp. 98, 101; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“», en NEUMANN, U., et al. (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, p. 39; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad. El papel del derecho penal en sociedades de posconflicto» (Traducción de Daniel Ariza Zapata), en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 144. En esta misma línea, el TS, en STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012, FD 5.º, ha manifestado que por «derecho transicional» debe entenderse aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro.

humanos⁶. Por último, y de manera más reciente, ha llegado a plantearse la posibilidad de aplicar sus principios y medidas en dos tipos distintos de escenarios: i) en los casos de violaciones de derechos humanos de las minorías indígenas por Estados democráticos⁷; ii) en los supuestos de terrorismo doméstico acontecidos en el marco de un régimen democrático⁸, enmarcándose la segunda parte de esta investigación en este último ámbito.

En este sentido, se ha debatido si en todos estos escenarios cabría hablar de una verdadera «transición». Así, en relación con los contextos de superación de un conflicto armado se ha llegado a afirmar, a mi parecer equivocadamente, que se estaría ante una «justicia transicional sin transición»⁹, o una «falsa transición»¹⁰. Y digo equivocadamente porque considero que, a lo sumo, puede predicarse la ausencia de una transformación en los rasgos que revisten externamente al Estado, pero desde luego sí hay un punto de ruptura con el pasado en la medida en que se «transita» de un escenario de hostilidades abiertas a otro en el que predomine una situación de no conflicto o de violencia mantenida dentro de los cauces normales del sistema. Este mismo argumento creo que puede emplearse, con el matiz referido a la intensidad cualitativa de la violencia que se abandona, en relación con los supuestos de terrorismo, en los que varios autores consideran que no cabría hablar de transición al no existir una clara ruptura institucional con el pasado¹¹.

⁶ ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., pp. 331, 337, 360; UPRIMNY YEPES, R., «Introducción», cit., p. 13; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., pp. 13-15; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. v, 18; íd., «Mauerfall und Transitional Justice. Wege der juristischen Aufarbeitung von Diktaturen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, p. 3283; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, núm. 1, 2020, p. 132; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 16.

⁷ Véase, en este sentido, MATSUNAGA, J., «Two Faces of Transitional Justice: Theorizing the Incommensurability of Transitional Justice and Decolonization in Canada», *Decolonization: Indigeneity, Education & Society*, Vol. 5, núm. 1, 2016, pp. 24-44.

⁸ CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, 2016, p. 46; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, p. 9; VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson S. L., Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, p. 151; ÁLVAREZ BERASATEGUI, A., «Transitional Justice in Settled Democracies: Northern Ireland and the Basque Country in Comparative Perspective», *Critical Studies on Terrorism*, 2017, pp. 1-20. Amplían lo anterior, refiriéndose a las propuestas de ampliación de la justicia de transición a las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de una democracia estable, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 150; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 132. También CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 29, considera que actualmente el componente de «transición» puede referirse a supuestos de criminalidad organizada.

⁹ UPRIMNY YEPES, R., «Introducción», cit., p. 14; sigue al anterior, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 9.

¹⁰ BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 17.

¹¹ ECHANO BALDASÚA, J. I., «Justicia restaurativa y justicia transicional en los delitos de terrorismo: algunas reflexiones», en AA. VV., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012, Univer-

En consecuencia, debe advertirse que, pese a lo más o menos «innovador» de la etiqueta del continente, la cuestión que de fondo subyace en su contenido nada tiene de novedosa, pues ha estado, está y estará presente a lo largo de la historia de la humanidad: como hacer frente o superar (*bewältigen*¹²) un pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos¹³. Sería este carácter a gran escala, masivo y/o sistemático de los delitos cometidos el elemento que, con independencia del trasfondo político-social, definiría a los escenarios de justicia transicional¹⁴.

sidad de Deusto, 2012, p. 128; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente», en AA. VV., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012, Universidad de Deusto, 2012, p. 83. Sin embargo, debo estar de acuerdo con ÁLVAREZ BERASATEGUI, A., «Transitional Justice in Settled Democracies», cit., pp. 1, 3, en que la definición de transición no tiene que estar necesariamente relacionada con un claro punto de ruptura con el pasado, sino que en el supuesto del terrorismo puede ser interpretada como el proceso de dejar atrás la violencia de carácter político. Y ello aun cuando, como trataré de desarrollar en esta investigación, ese periodo de violencia que se deja atrás no alcance, cualitativamente, la intensidad de un conflicto armado interno.

¹² Téngase en cuenta, que la doctrina alemana, para referirse a los escenarios de justicia de transición, hace uso de la expresión *Vergangenheitsbewältigung*, cuyo tenor literal significa «superación del pasado». Así, NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 39; PRITZWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff strafrechtlicher Versuche der Vergangenheitsbewältigung. „Individuelle vs. kollektive Verantwortung” und „Verantwortung für Vergangenheit und Zukunft”», en NEUMANN, U., et al. (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, pp. 256-257; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. v; id., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3283. Asimismo, ESER, A. / ARNOLD, J., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, cit., p. 12, emplean la expresión *Vergangenheitsaufarbeitung*, cuyo significado no diferiría en exceso del anterior, pues podría traducirse como «elaboración del pasado».

¹³ Destacan que el trasfondo de la justicia de transición está lejos de ser verdaderamente novedoso, ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., pp. 328, 334; en la misma dirección, UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades», en UPRIMNY YEPES, R., et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, p. 114; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 5; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2.^a ed., Dykinson S. L., 2019, pp. 523-524. Lo anterior ha llevado a POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», *Harvard Law Review*, Vol. 117, núm. 3, 2004, pp. 764 ss., a plantear que los problemas que enfrenta la justicia transicional son los propios de todo sistema jurídico, si bien dramatizados por el contexto en el que tienen lugar.

¹⁴ UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., p. 118; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 100; LAMBOURNE, W., «Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence», *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, p. 29; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 13; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 10; SEILS, P., «La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz», *International Center for Transitional Justice*, 2015, p. 9; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 135-136; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 54, 151; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, Polity, 2019, p. 138; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice in Post-Conflict Situations», *Max Planck Encyclopedia of International Criminal Law*, 2019, p. 1; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 133; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», cit., p. 525; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 16. Véase también, el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición en las sociedades

Así concebida, la idea de justicia transicional enlaza, en el plano empírico, con la denominada macrocriminalidad. En su sentido más básico, la noción de macrocriminalidad haría referencia al desarrollo de comportamientos delictivos conforme a un sistema de injusto¹⁵, aparato de poder u otra estructura de acción colectiva¹⁶. Y es que, al margen de las especificidades propias de cada escenario¹⁷, la comisión de delitos de manera generalizada y sistemática requerirá de la presencia de una estructura organizativa con la capacidad suficiente para planear y preparar las actuaciones, coordinar las acciones de sus componentes y gestionar de manera eficiente los recursos disponibles¹⁸.

Más concretamente, la noción de macrocriminalidad habría de entenderse en el sentido restringido enunciado en su día por Jäger y referido a la delin-

que sufren o han sufrido conflictos. Doc. ONU. S/2004/616, p. 5: «la justicia de transición puede definirse como [...] los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala...».

¹⁵ En relación con la idea de sistemas de injusto, véase, LAMPE, E.J., «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 106, núm. 4, 1994, p. 687, definiéndolos como sistemas sociales en los que los individuos que lo componen interactúan en torno a un objeto antisocial.

¹⁶ AMBOS, K., *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 44; similar, APONTE CARDONA, A., «Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. Aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición», en AMBOS, K., et al. (Eds.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, p. 178. Toman ambos autores como referente lo establecido por, JÄGER, H., *Makrocriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, 1989, pp. 11 ss.; íd., «Ist Politik kriminalisierbar?», en LÜDERSEN, K. (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Baden-Baden, 1998, pp. 122, 129, quien define la macrocriminalidad como la criminalidad de los grandes colectivos, los aparatos de poder del Estado y los sistemas políticos de injusticia.

¹⁷ A este respecto, en relación con el elemento colectivo en los escenarios de conflicto armado interno o de criminalidad estatal, véase, *infra*. Capítulo III. III. 1.2.1.

¹⁸ BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto* (traducción de Ana Mendoza), 1.ª ed., 1.ª reimpresión, Sequitur, 1998, pp. 18 ss., quien, de manera correcta a mi parecer, considera que la comisión de delitos en masa no sería posible sin la eficiencia propia de las actividades organizadas, llegando a hablar incluso de la «racionalización burocrática del Holocausto»; en la misma dirección, y también desde el campo de la psicología social, MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, Tavistock Publications, 1974, p. 1. Asimismo, desde una perspectiva jurídica, también se ha pronunciado a favor de considerar la presencia de aparatos organizados de poder como un rasgo fundamental de la masividad propia de los delitos internacionales, AMBOS, K., *La parte general*, cit., pp. 44 ss. Del mismo modo, lo consideran un rasgo de los delitos perpetrados en contextos de justicia de transición, MALAMUD-GOTI, J., ««Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?», *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, núm. 1, 1990, p. 2; OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 63; AKHAVAN, P., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism», *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, núm. 3, 2009, p. 630; DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», en BRUDHOLM, T./ CUSHMAN, T. (Eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2009, p. 89; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 28, 2013, p. 95; PRITTWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., p. 263; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», *Revista UNISCI*, núm. 51, 2019, p. 238; íd., «The Rationale», cit., p. 146; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 57; íd., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3284.

cuencia propia del «estado de excepción»¹⁹, aquella que acontece «en situaciones de desorden y sociedades pervertidas»²⁰. Esto incluiría tanto los supuestos en los que el Estado desempeña un rol esencial en la comisión de los crímenes²¹, como aquellos otros en los que los crímenes son perpetrados por actores no estatales que han obrado como contra-Estados²², y en los que el Estado sería responsable, al menos por omisión, de no garantizar a sus ciudadanos la protección que les corresponde²³.

En este marco de necesidad de enfrentar un pasado de violaciones generalizadas de los derechos humanos, es común enfatizar las virtudes de la justicia transicional para alcanzar una serie de fines de lo más diverso y que en ocasiones se superponen entre sí. Así, la justicia de transición es definida como aquella dirigida a generar responsabilidad –entendida en un sentido amplio, esto es, no solo como responsabilidad jurídico-penal– sobre los victimarios por sus acciones²⁴.

Esta noción amplia de exigencia de responsabilidad enlaza con otro de los fines que normalmente se asocia a la justicia de transición: la satisfacción de los derechos de las víctimas²⁵ de graves violaciones de derechos huma-

¹⁹ JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 123; siguen al anterior, PRITTWITZ, C., «Einleitung», en LÜDERSSEN, K. (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Baden-Baden, p. 13; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes Indiano, 2010, p. 30; APONTE CARDONA, A., «Macrocriminalidad y función penal», cit., p. 180; véase también AMBOS, K., *La parte general*, cit., p. 44, considerando que se trata de la criminalidad acontecida en «condiciones políticas de excepción».

²⁰ JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 125.

²¹ Íd., *Makrocriminalität*, cit., p. 17; íd., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 121; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 30, destacando que en estos supuestos el Estado actúa como «plataforma de producción de la violencia criminal»; en una dirección similar, AMBOS, K., *La parte general*, cit., p. 44, señala que se trata de casos en los que existe una «intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de los comportamientos criminales».

²² APONTE CARDONA, A., «Macrocriminalidad y función penal», cit., p. 180.

²³ AMBOS, K., *La parte general*, cit., p. 45.

²⁴ Así, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, núm. 4, 1996, p. 18; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 98. Nótese que los autores anteriores emplean la palabra *accountability* cuya traducción al castellano sería la de responsabilidad, pero en un sentido amplio respecto de una conducta anteriormente cometida. Así, en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición, cit., p. 5, el término se traduce como «rendición de cuentas», lo que denota que va más allá de mera imposición y ejecución de sanciones de naturaleza jurídico-penal.

²⁵ Una cuestión que debe abordarse es la referida a qué se entiende por víctima a estos efectos. Como punto de partida puede tomarse la definición desarrollada por la CPI, en ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, § 14, en la que se define a la víctima como «toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales». En cualquier caso, como muy acertadamente señala AMBOS, K., «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm 3, 2012, p. 5, la anterior definición debe verse complementada por lo dispuesto en la regla nú-

nos²⁶, que vendrían a ser los contenidos en la archiconocida fórmula –repetida hasta la saciedad como si de un mantra se tratara– de verdad, justicia, reparación y no repetición²⁷.

mero 85 RPPCPI, que obliga a que, las personas que quieran participar ante ella en calidad de víctimas, acrediten que el daño sufrido es consecuencia de la comisión de los crímenes imputados, es decir, la existencia de un nexo causal entre los crímenes que se imputan y los resultados dañosos. Así, sería víctima toda aquella persona que haya sufrido, ya sea de manera individual o colectiva, daños físicos, mentales, o económicos, o haya sido objeto de menoscabo en sus derechos fundamentales, siempre que los mismos tengan un origen directo en el conflicto de que se trate. La definición sería entonces esencialmente coincidente con la establecida en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Doc. ONU. A/RES/60/147, párrafo 8, donde la víctima queda definida como «toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario». A ello se le adiciona que «el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización». En consecuencia, como indica DÍAZ LÓPEZ, J. A., «La participación de la víctima en el indulto», *La ley penal*, núm. 113, 2015, p. 3, en los últimos tiempos existe una tendencia a definir el concepto de víctima de manera que trascienda de la categoría del «ofendido», pasando a ser asimilado con el de «perjudicado», pues abarcaría no sólo al titular del interés lesionado de modo central por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas del mismo.

²⁶ En algunos casos, esta finalidad ha sido considerada como el objetivo de carácter principal. Así, por ejemplo, el INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, «¿Qué es la justicia transicional?», cit., esboza que, aunque los objetivos de la justicia de transición variarán en función del contexto, el reconocimiento de la dignidad de los individuos y la reparación de sus derechos permanecen como una constante. También parece otorgar a los derechos de las víctimas un rol central en la justicia de transición, DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, 2015, p. 194. Mencionan la justicia de transición como aquella dirigida a garantizar los derechos de las víctimas, sin pronunciarse en un sentido evidente acerca de si este es el fin prioritario o no, ZALAUQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, p. 4; BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 24; SELLS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 3; ESER, A., «Justicia transicional: acerca del acuerdo de paz colombiano a la luz de Ulfrid Neumann» (Traducción de Daniel Ariza Zapata), en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 36; WERLE, G. / VORMBAUM, M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3283. Véase también la ya mencionada STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012, FD 5.º, donde se asocia la justicia de transición a la satisfacción de ciertos derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

²⁷ Estos han sido reconocidos por las Naciones Unidas en dos exhaustivos informes sobre los derechos de las víctimas en los contextos de graves violaciones de los derechos humanos. Así, JOINET, L., «Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)», Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 26 de junio de 1997, Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/1997/20; ORENTLICHER, D., «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, Doc. ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1. En la doctrina, entre otros muchos, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 18; UPRIMNY YÉPES, Y., «Introducción», cit., p. 13; BOTERO

De igual modo, también se destacan entre los fines a alcanzar otras metas que trascienden del plano meramente individual y que se ubican en la esfera colectiva, tales como la reconciliación de la sociedad, la consolidación de la paz o la reconstrucción del Estado de derecho y la democracia²⁸. Nótese que la justicia de transición disfrutaría entonces de una doble orientación: por un lado, sería retrospectiva, pues lo que busca es la superación del pasado por medio de la satisfacción de ciertos derechos de las víctimas y de la exigencia de responsabilidad a los perpetradores; por otro sería prospectiva, pues también tendría entre sus objetivos la edificación de un futuro pacífico en el que se evitara la reproducción de un conflicto de dimensiones similares al que se abandona²⁹.

A los efectos de dar satisfacción a los múltiples fines anteriormente enumerados suele ser frecuente relacionar la idea de justicia de transición con la existencia de una *toolbox*³⁰ compuesta por una serie de mecanismos y procesos que irían más allá del enjuiciamiento e imposición y ejecución de una pena

MARINO, C. / RESTREPO SALDARRIAGA, E., «Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia», en UPRIMNY YEPES, R. *et al.*, *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 48, 53-82; AMBOS, K., *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*, Temis, 2008, pp. 41-51; ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., p. 353; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 66; SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 3; DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., p. 194; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada Justicia Transicional», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson S. L., Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, p. 203; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 28; CHINCHÓN ALVAREZ, J., «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», cit., p. 530; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 133. Asimismo, este abanico de derechos ha sido reconocido por el TS en STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012, FD 5.º

²⁸ ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., pp. 4-6; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 3; UPRIMNY YEPES, R., «Introducción», cit., p. 13; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 1; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., pp. 98-99, 117; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 9; FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz internacional», *Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, p. 150; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 142-143; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 133. Asimismo, también en la STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012, FD 5.º, se hace mención a la «ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro» y a «avanzar en los procesos de reconciliación».

²⁹ Destacan este carácter prospectivo y retrospectivo, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., pp. 23-24; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 7; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., pp. 762, 766; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 33; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 30.

³⁰ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 6; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 13, 15, quien se muestra en contra de definir la justicia de transición en atención a sus instrumentos, pues ello sería tan inapropiado como el tratar de definir la medicina a partir, únicamente, de un listado de tratamientos; del mismo modo, WERLE, G. / VORMBAUM, M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3283, consideran que definir la justicia de transición con base en sus mecanismos tradicionales arroja un concepto estrecho, si bien históricamente y hoy en día aceptado.

a los victimarios, incluyendo también medidas como las amnistías o los indultos, u otras de naturaleza extrapenal como las comisiones de la verdad o los programas de reparación³¹.

Los distintos mecanismos descritos no son mutuamente excluyentes, sino que se complementan e interaccionan entre sí³². Así, aun cuando el énfasis en esta investigación se ponga en la perspectiva jurídico-penal, no puede prescindirse en su análisis de un enfoque holístico³³, en el que se tenga en cuenta el resto de las medidas que acompañan a los procedimientos penales dentro de un mismo sistema transicional. Por ello, en la medida en que a la óptica penal le será dedicada el grueso de la primera parte del trabajo, antes desarrollaré una breve exposición sobre los instrumentos de naturaleza extrajudicial normalmente incorporados a los sistemas de transición y dirigidos a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición.

De manera previa a dicho análisis, debe destacarse lo siguiente. Aun cuando existen autores que, en atención a las características compartidas por todos ellos, consideran que el problema de fondo no variaría en demasía en los distintos escenarios de justicia de transición³⁴, lo cierto es que no existiría una única

³¹ Sirva como ejemplo el comienzo de la definición de justicia transicional empleada en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición, cit., p. 5, «la Justicia de Transición puede definirse como toda la variedad de procesos y mecanismos [...]. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales...»; esta definición ha sido posteriormente reiterada, entre otros, en Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Doc. ONU. S/2011/634, p. 7. También hacen especial hincapié en la existencia de una serie de mecanismos como elemento clave e integrante de la definición de justicia de transición, entre otros, ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., p. 329; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 135, 142-143; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 228; id., «The Rationale», cit., p. 132; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 17.

³² ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», *The Yale Law Journal*, Vol. 100, núm. 8, 1991, p. 2556; BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 23; STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design», *Leiden Journal of International Law*, Volume 18, núm. 3, 2005, p. 427; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 103; SELLS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 3; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 6; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 7.

³³ ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2556; STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 426; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 144; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 6.

³⁴ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 18-19. En esta misma línea, ESER, A., «Justicia transicional» cit., p. 36, defiende que, en última instancia, en todos los escenarios lo que se busca es generar justicia para las víctimas, que los autores reciban el equivalente al desvalor de sus actos y sentar los fundamentos para una vida pacífica en comunidad; véase también, KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 148, indicando que, en último término, las distintas actuaciones y mecanismos se dirigen al tratamiento del injusto cometido en el pasado por medio de la revelación de las estructuras de poder precedentes y de la documentación y el reconocimiento de los hechos. En contra, ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., p. 360, considera que los dilemas prácticos que han de afrontarse en las transiciones del autoritarismo a la democracia son distintas que las presentes en el paso de un conflicto armado interno a la paz. Según el mencionado autor, en los últimos es más probable que las

«fórmula» o «receta» que resulte universalmente aplicable para afrontar aquel. Las sociedades son un fenómeno tremendamente complejo, con numerosas interacciones entre distintos actores dentro de un contexto social, cultural, político, histórico y económico determinado, de forma que lo que ha funcionado para una sociedad X en un momento temporal Y no tiene por qué ser trasladable exitosamente a una sociedad y a un tiempo diferente³⁵.

1.1 EL DERECHO A LA VERDAD: LAS COMISIONES DE LA VERDAD

El primero de los denominados pilares de la justicia de transición que analizaré brevemente es el derecho a la verdad. Este derecho disfruta de una doble dimensión: individual y colectiva. En su vertiente individual, supone el derecho imprescriptible de las víctimas a conocer quiénes fueron los responsables, así como las circunstancias referidas a la manera, el momento y el lugar en que aconteció el suceso delictivo y los posibles patrones detrás de aquél³⁶.

exigencias giren en torno a la reintegración de los excombatientes, la restitución de la propiedad, el reparto del poder, el reparto de la riqueza y las reclamaciones de autodeterminación. Empero, a mi juicio, cualquiera de las exigencias que el autor expresamente menciona estarían igualmente presentes en el primero de los escenarios, por lo que no puedo compartir su postura.

³⁵ Existe unanimidad entre la doctrina a la hora de reconocer la validez de la afirmación anterior, así, entre otros muchos, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 23; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 5, 219; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, 1998, pp. 4-5; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, p. 92; STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., pp. 425, 428; ORENTLICHER, D., «'Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, p. 18; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nulium crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor»», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, 2008, p. 152; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 13; ESER, A. / ARNOLD, J., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, cit., p. 14; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 9; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 74; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., pp. 6, 8-9; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 245; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», cit., p. 527; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 17. Asimismo, véase el informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición, cit., p. 9, señalando que «si bien las experiencias extraídas de actividades anteriores de justicia de transición influyen en la preparación de los trabajos futuros, el pasado únicamente puede servir de orientación. Las soluciones prefabricadas no son aconsejables».

³⁶ JOINET, L., «Informe final acerca de la cuestión de la impunidad», cit., principio 4; ORENTLICHER, D., «Conjunto de principios actualizado», cit., principio 4. Esta dimensión ha sido reconocida reiteradas veces por la Corte IDH en su jurisprudencia. Ver, entre otras, sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2000 (*Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*), § 201; sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001 (*Caso Barrios Altos c. Perú*), § 48; sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 148.

En su faceta colectiva, implica el derecho inalienable de la sociedad a conocer la realidad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con los crímenes perpetrados, con el objeto de construir un relato sobre lo sucedido y así evitar la repetición de tales acciones³⁷.

En la satisfacción de este derecho de las víctimas y la sociedad juegan un rol esencial las llamadas comisiones de la verdad³⁸. Este tipo de comisiones no constituyen un fenómeno homogéneo en lo que a sus funciones y cualidades se refiere³⁹. Empero, si es posible delinear una serie de características que, en mayor o menor medida, son compartidas. Se trataría de órganos *ad hoc*⁴⁰, nacidos con vocación de temporalidad⁴¹, de naturaleza oficial y extrajudicial⁴²,

³⁷ JOINET, L., «Informe final acerca de la cuestión de la impunidad» cit., principios 1-2; ORENTLICHER, D., «Conjunto de principios actualizado», cit., principios 3-4. En la jurisprudencia, véase, entre otras muchas, la sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 243.

³⁸ BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 59, si bien reconoce que no es la única manera de desarrollar una memoria colectiva, lo que también puede hacerse a través de procesos como la memorialización a través de la construcción de monumentos nacionales y de celebraciones conmemorativas. En relación con esta dimensión de la justicia de transición referida a la memoria, véase, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., pp. 215-226.

³⁹ Así, NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 41-43, identifica 3 generaciones de comisiones de la verdad. La primera de ellas se ubicaría en la década de 1980 a 1990 y se correspondería con las establecidas en Argentina, Chile, Bolivia o Uganda. En esta primera generación la actuación de las comisiones estaría relacionada con la búsqueda de una explicación fáctica de los hechos, llevando a cabo un registro de muertes y desapariciones, si bien quedaban excluidos aspectos performativos como las escuchas, así como la construcción de un relato histórico de los hechos. La segunda generación de comisiones de la verdad se extendería desde la década de 1990 al inicio del nuevo milenio, constituyendo el ejemplo prototípico la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica. Estas poseerían una mayor amplitud en sus mandatos, tanto respecto de la investigación de los crímenes como de los aspectos performativos y sí estarían dirigidas a establecer un relato histórico de la nación e intentar reconciliar a las comunidades previamente excluidas. Por último, la tercera generación iría desde inicios de la década del 2000 hasta la actualidad y en ellas no habría habido muchas variaciones respecto de las de segunda generación, más allá de que comienzan a perder el carácter de mecanismos sustitutivos de la investigación y el enjuiciamiento penal y pasan a ser vistas como medidas complementarias.

⁴⁰ WERLE, G. / VORMBAUM, M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3285.

⁴¹ HAYNER, P., «Fifteen Truth Commissions-1974 to 1994: A Comparative Study», *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, núm. 4, 1994, pp. 598, 604; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 185. Véase, a este respecto, la interesante apreciación que introducen WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 86, señalando que es deseable que el mandato de las comisiones sea limitado en el tiempo, pues una actividad demasiado larga de las contrarrestaría el efecto catártico deseado, sin que incluso pueda descartarse que lleguen a embotar a la población.

⁴² El carácter «oficial» debe ser entendido, en la línea apuntada por HAYNER, P., «Fifteen Truth Commissions», cit., p. 604, como referido a que se encuentran respaldadas por algún tipo de autoridad; en la misma dirección, NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 44; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 7. En cualquier caso, como indica TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 81, la autoridad que da soporte a este tipo de comisiones puede variar desde el Estado, a una organización internacional o incluso a determinadas instituciones dentro de la sociedad civil. En este sentido, véase STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., pp. 428-429, para un breve esbozo de las circunstancias que pueden favorecer el que una comisión de la verdad sea establecida bajo los auspicios de un Estado, de una organización internacional o de la propia sociedad civil.

cuyo enfoque trasciende del delito en particular para tratar de dibujar un retrato general de las violaciones de derechos humanos acontecidas en el pasado⁴³.

Que aquí emplee el adjetivo «general» no es casual. Y ello porque, en la medida en la que llevar a cabo una investigación de todos los hechos acontecidos resultaría enormemente complicado u imposible, estas comisiones necesariamente habrán de limitar sus esfuerzos a los hechos de mayor trascendencia⁴⁴. Nótese que, en consecuencia, las comisiones de la verdad se enfrentan a una situación en la que deben alcanzar un delicado equilibrio: si bien deben focalizarse en los supuestos de violaciones más representativas, el examen debe ser lo suficientemente detallado como para convencer a los escépticos de que los hechos son ciertos, así como para proporcionar patrones globales de lo sucedido⁴⁵.

A este respecto, es frecuente que estén constituidas de tal forma que dispongan de algún tipo de facultad que les permita tomar testimonio a víctimas, testigos y victimarios⁴⁶, emitiendo un informe al final de su mandato⁴⁷ en el que, a partir de la identificación de las causas de la violencia y a afectos de evitar su recurrencia⁴⁸, se incluyen recomendaciones de reformas estructurales de cara al futuro⁴⁹. Por el contrario, las comisiones de la verdad generalmente no suelen disponer de poderes judiciales que les permitan, por ejemplo, resolver acerca de la concesión o no de una amnistía, indulto o medidas similares, aunque en alguna ocasión sí han sido dotadas de esta capacidad de decisión⁵⁰.

⁴³ BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 44; de manera similar, ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review*, Vol. 78, núm. 2, 1990, p. 80, indica que este tipo de instituciones buscan crear un registro autorizado sobre lo sucedido. A este respecto, como destaca CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 180, las comisiones de la verdad buscan establecer una «verdad histórica» de carácter social y cultural, dotada por ello de un carácter reparador, de reconciliación y superación del pasado.

⁴⁴ STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 652.

⁴⁵ ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 96.

⁴⁶ HAYNER, P., «Fifteen Truth Commissions», cit., p. 599.

⁴⁷ Como indican WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 86, el informe que emiten es, probablemente, el legado más importante de las comisiones de la verdad, pues en él se atestiguan y se reconocen oficialmente las violaciones de los derechos humanos cometidas.

⁴⁸ STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 428; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 7; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 86.

⁴⁹ BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., pp. 46-47, poniendo en liza que, desde esta perspectiva, las comisiones de la verdad son instrumentos adecuados de transformación social.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 45. Así, como ejemplo de una comisión que sí estaba dotada de tales facultades se suele citar el ejemplo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, en la que, como señala HAYNER, P., «Fifteen Truth Commissions», cit., p. 598, se podía otorgar una amnistía o emitir una solicitud de enjuiciamiento contra el victimario. De la misma forma, como destaca SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 7, también entraría dentro de este tipo de comisiones de la verdad la de Timor Oriental, cuyo mandato la permitía conmutar a los perpetradores de crímenes de menor gravedad que confesaran los hechos la pena de prisión por la de servicios a la comunidad. En cualquier caso, como indican WERLE, G. /

En cualquier caso, y pese al rol inicialmente conferido durante la década de los 70 y 80 en Latinoamérica, cada vez existe un mayor consenso en que las comisiones de la verdad no deben ser un sustituto del enjuiciamiento penal respecto de las violaciones más graves de derechos humanos acontecidas⁵¹. Cuestión distinta es, como desarrollaré más adelante, que, como mecanismos complementarios, lo sucedido en el marco de sus actuaciones no pueda ser tenido en cuenta a los efectos de una equivalencia parcial respecto de determinados fines de la pena.

Por último, simplemente quiero señalar que no me detendré aquí en determinar en qué medida el derecho a la verdad puede ser satisfecho a través del procedimiento judicial penal, pues abordaré esta cuestión más adelante en un apartado específico⁵².

1.2 EL DERECHO A LA REPARACIÓN Y A LA NO REPETICIÓN: PROGRAMAS DE REPARACIÓN, REFORMAS Y LUSTRACIONES

Junto al derecho a la verdad, otro de los pilares de la justicia de transición lo constituye el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos –reconocido en tratados específicos y en instrumentos de *soft law*– a una reparación rápida, justa y adecuada⁵³. Muy sintéticamente, pues no es el objetivo de esta investigación profundizar en este aspecto, el derecho a la reparación incluiría: la *restitutio in integrum*, la indemnización, la rehabilitación médica y psicológica, la satisfacción y la no repetición⁵⁴.

VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 97, otorgar este tipo de facultades puede convertirse en problemático si no están acompañadas de una serie de garantías procesales respecto de los victimarios.

⁵¹ BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 20; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2546; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 39; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 102; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 83; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 7; STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 452.

⁵² Véase *infra*. Capítulo II. Apartado VI. 3.

⁵³ Así, por ejemplo, el art. 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece que «todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible». En un sentido similar, el art. 24.4 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas determina que «los Estados Parte velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada». A este respecto, también el art. 75 ER reconoce un derecho de las víctimas de los delitos bajo su competencia a la reparación.

⁵⁴ Así se encuentra recogido en el art. 24.4 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o en los principios 15 y 18 de la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A este respecto, para un mayor análisis véase, AMBOS, K.,

A este respecto, tanto la jurisprudencia de la Corte IDH, como las resoluciones de la asamblea de las Naciones Unidas, estiman que la restitución –definida como el restablecimiento de la situación anterior a la violación– quedaría constituida como el remedio de carácter prioritario⁵⁵. De manera subsidiaria, operarían el derecho de las víctimas a obtener una indemnización cuya cuantía queda supeditada a los daños materiales⁵⁶ y morales⁵⁷ sufridos, siempre con el límite referido a no provocar un empobrecimiento en la víctima⁵⁸. Asimismo, el concepto de rehabilitación comprendería tanto la atención médica y psicológica, como el acceso a servicios jurídicos y sociales⁵⁹; por último, la denominada satisfacción quedaría conformada como una reparación de carácter simbólico, muy vinculada al derecho a la verdad y a la no repetición⁶⁰.

En la medida en la que el modelo anterior ha sido pensado para operar en contextos de normalidad social en los que el delito es un fenómeno en cierto modo poco frecuente, la idea de reparación está siendo readaptada allí donde se cometen violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. Al margen de objeciones que también podrían realizarse en escenarios de norma-

El marco jurídico, cit., pp. 46 ss., con múltiples referencias al desarrollo jurisprudencial de las distintas vertientes de este derecho a la reparación.

⁵⁵ Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cit., principio 19; sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 136. En cualquier caso, no puedo dejar de señalar los problemas que, a mi juicio, el concepto de restitución presenta en el marco de graves violaciones de los derechos humanos. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que muchos conflictos dentro de los cuales se perpetran las violaciones de derechos poseen un carácter prolongado. Ello provoca, como indica MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 107-108, que exista un riesgo de dañar a terceros de buena fe, lo que equivaldría a cometer una injusticia para tratar de eliminar una pasada. Sobre los dilemas que provoca el paso del tiempo en las reparaciones, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 140 ss. Por otro lado, no puede descartarse, en la línea de lo señalado en relación con la restitución de tierras por NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 51-52, que aquello que se haya de restituir sea, precisamente, una de las causas del conflicto, lo que puede contribuir a agravarlo.

⁵⁶ A este respecto, empleando la definición empleada en la sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 298, por daños materiales se entienden «la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso». Al igual que sucedía con la restitución, también la idea de indemnización plantea problemas en el marco de violaciones graves de los derechos humanos.

⁵⁷ Haciendo uso como en el supuesto anterior de la definición dada en la sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 305, los daños morales comprenderían tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.

⁵⁸ Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cit., principio 20; véase también, sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), §137.

⁵⁹ Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cit., principio 21.

⁶⁰ Así, en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cit., principio 22, algunas de las medidas asociadas a este derecho a la satisfacción son: la revelación pública de la verdad, la búsqueda de los desaparecidos, el reconocimiento público de los hechos y de la responsabilidad sobre ellos, la petición de disculpas, etc.

lidad⁶¹, el carácter generalizado de los hechos provoca que, desde una perspectiva material, la capacidad económica de cualquiera de los actores se vea ampliamente desbordada⁶². Y ello aun cuando sea el propio Estado el que, como suele ser frecuente⁶³, garantice de manera subsidiaria la reparación a las víctimas⁶⁴. Como señala Newman, si las cantidades a entregar a estas últimas hubieran de ser parecidas a las otorgadas en escenarios de normalidad, entonces en el Perú –en relación con los hechos acontecidos durante el mandato de Fujimori– habrían excedido del total del presupuesto nacional⁶⁵.

Cuando los recursos son escasos y los damnificados muy numerosos, determinar qué víctimas han de ser materialmente reparadas plantea grandes problemas, en tanto el daño no parece un criterio de selección adecuado, pues todos lo han sufrido⁶⁶. Por ello, en estos escenarios suelen establecerse programas de reparación estatales de carácter colectivo, desarrollados al margen de los posibles procesos de enjuiciamiento y de determinación de la responsabilidad penal individual, en los que la compensación económica o material es limitada, poniéndose un especial énfasis en el plano simbólico⁶⁷. Así se prevén diversas actuaciones –como procesos de memorialización⁶⁸, de petición públi-

⁶¹ Aquella que más suele repetirse es la relativa a que si la reparación ha de ser proporcional al daño sufrido, entonces no habría reparación posible para los casos en los que, por ejemplo, un padre pierde a su hijo asesinado. Así, entre otros muchos, ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 10; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 93, 103; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 79; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 83; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 49.

⁶² BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 22; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 136; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 784; DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., pp. 199-200; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 49; WERLE, G. / VORMBAUM, M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3285.

⁶³ En relación con el Estado como ente que cubre de manera primaria la reparación a las víctimas para luego, en ocasiones, repetir contra los perpetradores, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 134-135, 146.

⁶⁴ Y es que, como indica KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, p. xvii, tras años de conflicto o de fuerte represión no solo los recursos económicos son limitados, sino que el Estado debe abordar otras tareas que también suponen un coste monetario como, por ejemplo, la reconstrucción de las infraestructuras. En esta misma dirección, POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., pp. 784 ss., añadiendo que una de las prioridades en este tipo de contextos debería ser reactivar la economía a fin de generar una mejora en el bienestar general de la población, lo que puede entrar en tensión con las estrategias de reparación. Se plantea esta misma cuestión, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 79.

⁶⁵ NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 49.

⁶⁶ TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 133-134.

⁶⁷ A este respecto, defienden que la reparación en estos escenarios debe centrarse en el plano simbólico, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 107; *id.*, «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3285.

⁶⁸ En profundidad, sobre estos procesos en los escenarios de justicia transicional, BENAVIDES VANE-GAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., pp. 59-68, donde se incluyen acciones como la construcción de monumentos conmemorativos, el renombramiento de calles, etc.

ca de disculpas⁶⁹, de revocación de decisiones judiciales discriminatorias⁷⁰—cuya finalidad es reconocer el sufrimiento de las víctimas, restaurar su dignidad y generar, a futuro, un impacto en la sociedad en su conjunto⁷¹.

Téngase en cuenta que en muchas ocasiones las víctimas no quieren una reparación monetaria o material. Algunas de las demandas más comunes son el ver satisfecho su derecho a conocer la verdad de lo sucedido⁷², poder dar una sepultura digna a un familiar o disponer de una plataforma desde la que poder hablar de sus experiencias de victimización⁷³.

A este respecto, junto a su capacidad para revelar la verdad y construir una narrativa de lo sucedido, algunos autores consideran que las comisiones de la verdad también desempeñarían, a partir de su potencial restaurativo, una función de reparación a las víctimas en la medida en que les proveería de una plataforma donde poder contar lo sucedido y obtener así un reconocimiento de su calidad como tal y una forma de reparación⁷⁴.

En este sentido, que el cumplimiento del deber de reparar a las víctimas se lleve al margen del procedimiento judicial penal parece adecuado. El Derecho penal solo puede conceder indemnizaciones una vez establecida la culpabilidad del victimario en sentencia, lo que generaría que las víctimas tuvieran que esperar décadas para ser reparadas⁷⁵. Asimismo, el enorme número de víctimas pone en riesgo de colapso el propio sistema judicial, al tiempo que determinados principios del proceso —regido por el principio de contradicción y en el que

⁶⁹ Así por ejemplo, en Chile, en 1991, el presidente Aylwin, al firmar el Decreto que creaba la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pidió públicamente perdón a las víctimas por los crímenes cometidos desde el Estado chileno durante la dictadura de Augusto Pinochet. El discurso puede consultarse en: <http://www.archivochile.com/Gobiernos/gob_paylwin/de/GOBdeaylwin0004.pdf>. De igual manera, actualmente en Colombia los exmiembros de las extintas FARC-EP han pedido disculpas públicas a las víctimas del conflicto armado, siendo especialmente representativa la llevada a cabo por Rodrigo Londoño, alias Timochenko, excomandante de la mencionada guerrilla.

⁷⁰ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 117.

⁷¹ Como indica TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 119, 126, mientras en contextos ordinarios las reparaciones tienen una finalidad eminentemente retrospectiva, en los escenarios de la justicia de transición estas también poseerían un carácter prospectivo, pues buscarían contribuir a la estabilización de la sociedad.

⁷² Tal y como ponen de manifiesto BOTERO MARINO, C. / RESTREPO SALDARRIAGA, E., «Estándares internacionales», cit., pp. 73-74, la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos tiende a caracterizar el derecho a la verdad como una forma de reparación propiamente dicha. También conceptúan la revelación de la verdad como una forma de reparación a las víctimas, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 79, en atención al alivio que proporcionaría a los familiares de las víctimas el conocer, por ejemplo, donde se encuentran aquellas enterradas; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 43.

⁷³ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 105; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 79; DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., p. 199.

⁷⁴ ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 80; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 7. Menos convencido de lo anterior se muestra DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., p. 197, quien considera que es dudoso que este tipo de organismos puedan alcanzar ese fin de curación individual.

⁷⁵ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 202.

la víctima tiene un papel limitado—amenazan con enfrentar a esta última con el Estado y dejarla insatisfecha por no sentirse lo suficientemente escuchada⁷⁶.

Por otro lado, la garantía de no repetición, dentro del concepto de reparación, iría encaminada no tanto a restablecer a las víctimas y a la sociedad en la situación previa a que ocurrieran las violaciones de derechos humanos, como a evitar, de cara al futuro, que aquellas vuelvan a acontecer. A este respecto, al margen de la indudable conexión de esta dimensión con el castigo a los perpetradores, en los escenarios transicionales existen otra serie de medidas asociadas a esta garantía que deben ser destacadas.

Por un lado, desde una perspectiva netamente extrapenal, suele ser habitual que en estos escenarios el Estado adopte una serie de reformas con el fin de corregir las deficiencias históricas y estructurales que favorecieron en el pasado la comisión de los delitos⁷⁷. Por otro lado, también ha sido bastante frecuente que, con el objetivo de evitar una ulterior reiteración de los hechos⁷⁸ y dar un nuevo comienzo a la ciudadanía recuperando la confianza cívica en las instituciones⁷⁹, se adopten sanciones no penales —a veces calificadas de administrativas⁸⁰ o políticas⁸¹— respecto de las cuales las denominadas purgas o lustraciones serían, sin lugar a duda, la medida prototípica. En este sentido, bajo esta denominación⁸² entiendo englobado el desarrollo de procesos por los que aquellos individuos que apoyaron, colaboraron o participaron en la comisión de violaciones sistemáticas de derechos humanos por parte del antiguo régimen político o de grupos armados son «removidos» o se les impide el ac-

⁷⁶ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 108; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 49.

⁷⁷ NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 49-50.

⁷⁸ JOINET, L., «Informe final acerca de la cuestión de la impunidad» cit., principio 42, prevé como garantía de no repetición la inhabilitación, suspensión, cambio de destino; o la destitución de los agentes estatales implicados en la violación de derechos humanos; ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 482; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 33.

⁷⁹ Como indica KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xxiv, la presencia en las instituciones de quienes apoyaron o participaron en la violación de derechos humanos puede generar desconfianza en la población y, con ello, dificultar la transición; también destacan que este tipo de medidas tendrían por fin el recuperar la confianza de la sociedad o hacer frente al miedo de esta última de volver a ser victimizada en el futuro, ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 482, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 124; íd., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3285; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 34, quien habla de «relegitimizar las instituciones públicas».

⁸⁰ TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 150; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 122.

⁸¹ BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 19.

⁸² A este respecto, debido a la intensa carga peyorativa de ambos términos, autores como WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 123, prefieren emplear la expresión «revisión del servicio público» (*Überprüfung des öffentlichen Dienstes*); en un sentido similar, véase, SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 8, quien se refiere a estos procedimientos como «reformas institucionales que conllevan el escrutinio de los cargos públicos».

ceso a posiciones públicas y gubernamentales –de naturaleza electiva o no– dotadas de cierta autoridad⁸³.

Aunque a priori bienintencionadas y asentadas en la lógica de dificultar que acontezcan nuevas violaciones de derechos en el futuro, este tipo de medidas –históricamente prolíferas en los países de la Europa oriental que formaban parte del antiguo bloque comunista de la Unión Soviética⁸⁴– no dejan de ser polémicas. El gran problema es cómo diferenciar entre aquellos que han de sufrir dichas consecuencias y aquellos que no, sobre todo en contextos como los aquí examinados en los que, por omisión, un número importante de ciudadanos puede haber colaborado en las atrocidades⁸⁵. La dificultad de efectuar dicha distinción ha llevado a que en algunos de estos procedimientos se imponga una suerte de responsabilidad colectiva o por asociación que operaría con independencia de la responsabilidad individual del sujeto⁸⁶, siendo conducidos de manera sumaria y sin las garantías propias del proceso penal, lo que supone un ejercicio de discriminación inaceptable para un Estado de derecho⁸⁷, de forma que en lugar de contribuir a su estabilidad puede acabar poniéndola en peligro⁸⁸.

La solución podría pasar por imponer estas consecuencias de manera individual⁸⁹; no obstante, el alto número de sujetos que potencialmente pueden llegar a verse afectados acarrearía un enorme coste monetario y temporal. Pero incluso obviando tales limitaciones, la imposición de estas «sanciones administrativas», aun respetuosas con los principios de igualdad y no discriminación, pueden resultar contraproducentes en los escenarios de transición. En determinadas socieda-

⁸³ KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xxiv; BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 19; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 136; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., pp. 767, 803-804.

⁸⁴ Véase, por todos, SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 461-483.

⁸⁵ KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xxiv; SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», cit., p. 461.

⁸⁶ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 123, 125. A este respecto, véase el ejemplo de SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», p. 464, referido a lo sucedido en Alemania tras la caída del muro de Berlín, en la que 13.500 profesores fueron despedidos por sus vínculos con el régimen de la Alemania Oriental. También constituye un supuesto prototípico la purga llevada a cabo en la antigua Checoslovaquia contra los oficiales del Partido Comunista y miembros de la antigua Policía, quienes fueron impedidos de ejercer cargos públicos o económicamente relevantes. Sobre ello, véase, Act 451/1991 of 4th October 1991 determining some further prerequisites for certain positions in state bodies and organizations of the Czech and Slovak Federative Republic, the Czech Republic and the Slovak Republic (la versión original se puede consultar en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. III. Laws, Rulings and Reports*, United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 312-321).

⁸⁷ Así lo determinó, en relación con la ley anteriormente mencionada, la Corte Constitucional de la antigua Checoslovaquia. Sobre ello, Czech and Slovak Federal Republic: Constitutional Court Decision on the Screening Law; November 26, 1992.

⁸⁸ Lo advierten, KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xxv; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 34.

⁸⁹ SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», p. 466; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 124.

des y contextos es posible que solo aquellos contra los que se dirigen las medidas tengan la experiencia suficiente para gestionar las infraestructuras de la nación, lo que se acentúa aún más en el caso de los jueces, cuya inhabilitación para el ejercicio significa tener que formar a otros en un periodo de tiempo muy corto⁹⁰.

Asimismo, en ocasiones, la negación de la posibilidad de participar en la vida política constituye una de las causas del conflicto⁹¹, por lo que prolongar en el tiempo el veto a la participación en la vida pública puede ser funcional a la continuación de aquel. En estos casos, la solución pasaría por evitar o reducir –en su alcance material o temporal– al máximo dichas medidas⁹², facilitando el tomar parte de la vida democrática para canalizar las necesidades, los intereses y las expectativas del conglomerado social en su conjunto, lo que puede ayudar a la no repetición de las atrocidades. En definitiva, antes de decidir si emplear una de estas medidas, se debería examinar el contexto sociopolítico en el que las violaciones de derechos acontecieron.

Por último, señalar que, a los efectos de dar satisfacción a esta garantía de no repetición, los Estados también suelen adoptar los llamados programas de Desarme, Desmovilización y Reintegración, en los que domina un enfoque preventivo-especial dirigido a facilitar la resocialización de los excombatientes⁹³.

II. EL DILEMA JURÍDICO-PENAL EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

El encabezado del presente apartado puede inducir a engaño al lector, en la medida en que pueda derivar de él que en los contextos de transición el Derecho penal afronta un único reto o desafío. Nada más lejos de la realidad. Los escenarios de justicia de transición pueden llegar a plantear múltiples proble-

⁹⁰ KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xxiv; similar, POSNER, E./VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 778; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 34.

⁹¹ Así se identificó, por ejemplo, en el caso de Colombia. Por todos, WILLS OBREGÓN, M. E., «Los tres nudos de la guerra colombiana», en *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, febrero de 2015, pp. 1-45.

⁹² Así se ha hecho en Colombia en el art. transitorio 20 del Acto Legislativo 01 de 2017, en desarrollo del Acuerdo Final, como un tratamiento especial de justicia tendiente a facilitar la reincorporación política de los excombatientes, estableciéndose que «la imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política». La suspensión de las inhabilitaciones, sin embargo, se encuentra condicionada al cumplimiento progresivo y de buena fe de las obligaciones derivadas del Acuerdo y del Acto Legislativo 01 de 2017, en particular: (i) dejación de las armas; (ii) sometimiento al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; (iii) atención de las obligaciones ante la Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, y ante la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, y (iv) compromiso de no volver a delinquir (se adicionó en el art. 122 de la Constitución Política de Colombia).

⁹³ Un análisis en profundidad sobre este tipo de programas puede consultarse en STEENKEN, C., *Desarme, desmovilización y reintegración (DDR): Descripción general práctica*, Instituto para Formación en Operaciones de Paz, 2017.

mas desde el plano de los principios nucleares del Derecho penal y desde categorías de enorme relevancia en la teoría jurídica del delito. Sin embargo, profundizar en cada uno de ellos excedería con mucho las pretensiones de esta investigación, por lo que me limitaré exclusivamente a señalar algunos para, posteriormente, desarrollar de manera introductoria el dilema central que será analizado en profundidad en la primera parte del trabajo.

En primer lugar, el castigo a los victimarios que perpetraron violaciones generalizadas y/o sistemáticas de los derechos humanos puede entrar en tensión con las exigencias derivadas del principio de legalidad. Una de las principales tirantezas estaría relacionada con la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*). Ello en la medida en que, en los supuestos de transición de un régimen autoritario a uno democrático, ha de juzgarse a los integrantes del régimen opresor por actos que, bajo su ordenamiento jurídico-penal, es posible que no estuvieran castigados como delito⁹⁴. Muy relacionada con lo anterior se encuentra la cuestión referida a la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables. Y es que no es raro que en estos escenarios aquellos que abandonan el poder promulguen leyes de amnistía o indulto que, con el paso de los años, son derogadas por los nuevos gobiernos⁹⁵.

Del mismo modo, la idea de que los actos perpetrados por los victimarios en muchos casos se encuentran autorizados –o, al menos, no tipificados como delito– bajo el ordenamiento jurídico-penal vigente, plantea la cuestión referida al error de prohibición vencible o invencible sobre la ilicitud del hecho⁹⁶. Asimismo, sin

⁹⁴ Destacan este problema como uno de los principales que debe afrontar el Derecho penal, entre otros, NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», con múltiples referencias; aunque en menor detalle, véase también, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 55-57. No voy a entrar, en esta investigación, en el fondo de una cuestión que enlaza con el debate, propio del ámbito de la filosofía del Derecho, entre el naturalismo o el positivismo jurídico. Basta aquí con señalar el debate mantenido entre Hart y Fuller al hilo del Holocausto y la posibilidad de juzgar a los distintos miembros y colaboradores del régimen nacionalsocialista alemán. Así, HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, Vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 593-629, consideraba, muy resumidamente, la norma positiva, con independencia del juicio moral que pueda formularse sobre ella, resultaba válida y vinculante, lo que impediría el enjuiciamiento de aquellos cuyos actos se limitaban a cumplir con una «legalidad violenta». Por otro lado, véase la respuesta de FULLER, L. L., «Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, Vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672, quien criticaba a Hart por desconocer el rol que, a su juicio, la moral desempeñaría en la creación de la ley; en la medida en que la legislación positiva durante el nacionalsocialismo aparecía desconectada de la moral, no podía ser considerada válida y, en consecuencia, podía procederse al enjuiciamiento de los victimarios. Un análisis crítico y en profundidad sobre como la jurisprudencia de los distintos tribunales latinoamericanos han tratado de resolver este problema de legalidad en la práctica mediante una «jurisprudencia expansiva» puede encontrarse en MACULAN, E., *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, 2019, pp. 89-178.

⁹⁵ Se hace eco del problema anterior, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., pp. 156-158. En profundidad, sobre el mismo, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 193-204; REYES ALVARADO, Y., «Amnistías, indultos y principio de legalidad», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, pp. 421-450.

⁹⁶ Así lo destacan, NEUMANN, U., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición» (Traducción de Franceline Delgado Ariza), en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 124-128; WERLE, G. / VORMBAUM,

perjuicio de que más adelante haré una referencia a ello en el marco de los motivos por los que considero que el Derecho penal ve muy limitada su capacidad preventiva mientras el conflicto permanece activo, también se plantean problemas en relación con la obediencia debida o un posible estado de necesidad exculpante.

Junto a las tensiones anteriores, ha de tenerse en cuenta que todos los escenarios tradicionales –esto es, transición dictadura-democracia y finalización de un conflicto armado interno– se enfrentarían a una limitación compartida derivada del carácter colectivo tanto de las víctimas como de los victimarios⁹⁷. Este rasgo no solo provoca que en muchas ocasiones la dicotomía víctima-victimario haya de entenderse superada⁹⁸, sino, aún más importante, que emane una imperiosa necesidad de seleccionar qué victimarios habrán de ser sometidos a enjuiciamiento y cuáles no. Y ello porque ni la CPI⁹⁹, ni ningún otro tribunal encargado de perseguir crímenes cometidos a gran escala, dispone del personal, tiempo y presupuesto necesarios para enjuiciar a todos los perpetradores¹⁰⁰. Esto provoca que en mu-

M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3284, ejemplificándolo a partir de los tiradores del muro de Berlín en la Alemania Oriental. Para un análisis en profundidad, véase, FELIP I SABORIT, D., *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, 2000, pp. 209-254.

⁹⁷ OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 53; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 9; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 237. En relación con la dimensión pluriindividual de los victimarios, me remito a las apreciaciones que realizo en relación con la macrocriminalidad y el conflicto armado interno.

⁹⁸ Y ello por difuminarse la diferencia entre ambas categorías. Así, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 63; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 83; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Oregon, Hart, 2008, p. 18. Suele ser frecuente emplear aquí el ejemplo de los denominados «niños-soldado», así, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 155. No obstante, cabe imaginar otros ejemplos. Así, VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 156, emplea el de los guerrilleros que cometen una serie de delitos pero que posteriormente son privados de su vida o de su integridad física fuera de las estipulaciones del DIH. Muy interesante resulta también el ejemplo propuesto por NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 118-119, referido a las mujeres combatientes que, en muchas ocasiones, son víctimas de agresiones sexuales dentro de su propio grupo. En cualquier caso, como indica UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano», en UPRIMNY YEPES, R., *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, p. 38, sería necesario distinguir entre la transición de regímenes dictatoriales a democracias, y aquellas otras en las que lo que se busca es superar un conflicto armado interno. En la primera situación, en la medida en que el Estado no enfrenta a un grupo armado organizado, la violencia suele ser asimétrica o represiva, lo que hace que la distinción entre víctimas y victimarios sea más clara. En cambio, en los conflictos armados de carácter interno, la violencia suele ser simétrica u horizontal, lo que coadyuva a difuminar la distinción entre víctimas y victimarios; en la misma dirección que el anterior. SHAW, R. / WALDORF, L., «Introduction: Localizing Transitional Justice», en SHAW, R. / WALDORF, L. (Eds.), *Localizing Transitional Justice*, Stanford University Press, 2010, p. 8, al considerar que la diferencia entre víctima y victimario sí estaría presente en los contextos postautoritarios, en los que hay una clara descompensación entre los ciudadanos como víctimas y los represivos agentes estatales como inductores, autores, etc.

⁹⁹ En relación con la CPI, lo ponen de manifiesto, entre otros, OLÁSULO ALONSO, H., «The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-judicial or a Political Body?», *International Criminal Law Review*, Vol. 3, núm. 2, 2003, p. 145; STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 18.

¹⁰⁰ TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 40; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation», *Human Rights Quarterly*, Vol. 24,

chos casos se opte por una política de exclusiva persecución a los máximos responsables¹⁰¹, en la que la renuncia a la acción penal sirve como herramienta dentro de una estrategia más amplia de selección y priorización de casos¹⁰².

Más allá de los puntos de tensión ya señalados, considero que el *mayor dilema* al que se enfrenta en estos escenarios el Derecho penal –y sobre el que pivotará la primera parte de esta investigación– viene dado por aquellos casos en los que la satisfacción de las exigencias de responsabilidad que impone el pasado puede frustrar la consecución de otros fines a futuro que la sociedad también está interesada en alcanzar. Me estoy refiriendo, más concretamente, a aquellas situaciones en las que la investigación, el enjuiciamiento y la imposición de la pena ordinariamente prevista respecto de los delitos perpetrados puede, en atención a las relaciones de poder existentes¹⁰³, ser disfuncional a la

núm. 3, 2002, p. 579; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 51-52; ACOSTA ARCARAZO, D. / BUCHAN, R. / URUEÑA, R., «Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the Interests of Justice, and the Limits of International Criminal Law», *Criminal Law Forum*, Vol. 26, núm. 2, 2015, p. 303; MACULAN, E., «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson S. L., Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, p. 215; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 237; íd., «The Rationale», cit., pp. 145-146; WERLE, G. / VORMBAUM, M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3284. A este respecto, KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xxiii, indica que si se hubiera tenido que perseguir a todos en Ruanda, habría que haber enjuiciado entre 30.000 y 100.000 personas; el conflicto ruandés es tomado también como ejemplo por REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la Justicia Transicional? A manera de estudio preliminar», en REYES ALVARADO, Y. (Ed.) *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 17, quien pone de manifiesto que el enjuiciamiento de un número tan elevado de hubiera llevado casi un siglo.

¹⁰¹ Así lo ponen de manifiesto, UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 27; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 215; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 238; íd., «The Rationale», cit., pp. 145-146; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 30.

¹⁰² GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 237. Sobre cómo sería posible compatibilizar los criterios de selección con los fines que arroga al Derecho penal en estos escenarios, véase *infra*. Capítulo II. V. 3.

¹⁰³ Que el dilema referido a la renuncia a la pena está inexorablemente asociado al poder que conserven en la sociedad aquellos que perpetraron los delitos es algo que destaca, de manera casi unánime, la doctrina penalista. Así, entre otros muchos, ZALAUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 18; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 4-5; MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, pp. 207, 218-221; NEUMANN, U., «Problemas jurídico-penales fundamentales», cit., p. 101; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 147; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 244. Sin emplear la misma terminología, pero estando presente la misma idea de fondo por hablar de «relaciones de fuerza»; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, p. 279; similar a los anteriores, NINO, C., *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en caso de violaciones masivas de los derechos humanos?* (Traducción de Martin Böhrer), Siglo veintiuno, 2015, p. 200, refiriéndose a si se ha producido un colapso en el Gobierno anterior; REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 17, haciendo mención a la capacidad de resistencia de los perpetradores. De una manera más difusa, STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 428, haciendo re-

pacificación de la sociedad, prolongando el conflicto subyacente¹⁰⁴, e incluso «empujando» a los victimarios a la comisión de nuevos delitos con el fin de evadir de las consecuencias por los anteriormente cometidos¹⁰⁵.

Con independencia de que por supuesto caben mayores subdivisiones en atención a otras variables¹⁰⁶, dos serían las situaciones dentro de los escenarios tradicionales de justicia transicional en los que el dilema se presentaría en su máxima intensidad. Por un lado, en los supuestos de transición dictadura-democracia, cuando los perpetradores aun posean un notable control y presencia dentro del aparato coercitivo —especialmente en el cuerpo militar— del Estado¹⁰⁷. Por otro lado, en los contextos en los que se busca poner fin a un conflicto armado de naturaleza interna, si aquellos que han sido parte de las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos no han sido derrotados militarmente¹⁰⁸.

En cualquiera de las situaciones anteriormente descritas, la transición no podrá ser unilateralmente impuesta, sino que habrá de ser pactada¹⁰⁹. En este contexto, a partir de un análisis de las restantes medidas que integran el sistema transicional en su conjunto, un nutrido grupo de autores se muestra favorable a renunciar a la imposición del castigo ordinariamente previsto respecto de

ferencia, entre los factores de los que dependerá la configuración de un sistema transicional, a la situación de seguridad del Estado; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 25.

¹⁰⁴ MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 213; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 244; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 31; íd., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3284. Y es que, como indica, UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 20, la imposición de la sanción ordinaria puede obstaculizar el llegar a un acuerdo de paz, pues nadie estaría dispuesto a participar en un acuerdo carente de ventajas para él. En cualquier caso, no solo la investigación de los hechos, seguida de una posterior imposición y ejecución de una pena, puede poner en peligro la paz. Así, como señala BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 47, también las comisiones de la verdad pueden ser un obstáculo para los acuerdos iniciales de paz, pues a las partes en la negociación puede no interesarles que la verdad sea conocida.

¹⁰⁵ AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 66; MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 217.

¹⁰⁶ Véase, a este respecto, la detallada división que, desde la perspectiva de las transiciones de la dictadura a la democracia, lleva a cabo ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., pp. 18-19.

¹⁰⁷ En este sentido, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 201, para quien disponer del control del aparato coercitivo del Estado es esencial a la hora de poder aplicar una justicia «retroactiva». Asimismo, el disponer o no del apoyo de la rama militar del Estado es un criterio clave en la clasificación efectuada por ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., pp. 18-19. En la misma dirección que los anteriores, RODMAN, K., «Darfur and the Limits of Legal Deterrence», *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, núm. 3, 2008, p. 531.

¹⁰⁸ ZALAQUETT, J., «Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations», *Hastings Law Journal*, Vol. 43, núm. 6, 1992, pp. 1428, 1431; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 134. De manera menos clara, MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 207.

¹⁰⁹ UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., p. 120; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El indulto y sus razones», cit., p. 279.

determinados delitos cuando represente un obstáculo en la consecución de la que sería la finalidad primaria en estos escenarios: la consolidación de la paz¹¹⁰. Esta será la tesis que, con los matices apropiados, sobre todo en relación con el término «paz», será asumida en esta investigación¹¹¹.

A este respecto, tendrá una especial relevancia la distinción entre aquellas medidas que suponen una renuncia a la totalidad de la pena prevista por el ordenamiento y aquellas otras que únicamente llevan asociada una renuncia parcial o atenuación. En lo que a la primera categoría se refiere, ha sido muy común entre la doctrina el discernir entre amnistías e indultos, en la medida en que cada una de estas medidas llevaría asociadas unas consecuencias jurídicas diferentes.

La amnistía –palabra proveniente del griego *amnestia* (ἀμνηστία)– constituye una actuación enfocada al olvido, en la medida en la que actúa directamente sobre el hecho delictivo, eliminando cualquier posible consecuencia jurídica derivada de aquel como si nunca hubiera sido cometido¹¹². En este sentido, ejerce sus efectos sobre el colectivo de personas que pudieran tener una conexión de relevancia jurídico-penal con el delito¹¹³. Esto implica que la amnistía no solo supone una renuncia a la pena, sino que también veda cualquier tipo de posibilidad de iniciar un enjuiciamiento o de obtener la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito¹¹⁴. El indulto, por el contrario, suele concederse de manera individual y actúa exclusivamente sobre la pena y su ejecución¹¹⁵, por lo que generalmente se concede una vez se ha desarrollado el procedimiento y ha sido dictada sentencia¹¹⁶.

Sin embargo, en la distinción entre una y otra figura debe tenerse en cuenta que, en la práctica estatal, existen diferentes tipos de amnistías, muchas de ellas alejadas de la idea de «olvido». Dicha asociación solo resultaría predicable, a mi

¹¹⁰ Se integran en esta línea de pensamiento, entre otros, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 37-38, 95-99; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 13; MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 211; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice auf die Festlegung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist -Zwölf Thesen», en NEUMANN, U., et al. (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, pp. 271-272; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 10; FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., pp. 147, 149; REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 26; CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto: una aproximación holística*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 321; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El indulto y sus razones», cit., p. 279; GIL GIL, A., / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 135.

¹¹¹ Véase, *infra*. Capítulo II. II.

¹¹² CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto*, cit., p. 111.

¹¹³ Destaca el rasgo anterior, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 155; en la misma dirección, CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto*, cit., p. 112.

¹¹⁴ CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto*, cit., p. 111.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 111, señalando que así, por ejemplo, subsiste la responsabilidad civil derivada del delito.

¹¹⁶ FREEMAN, M., *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, 2009, p. 14; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 156, para quien esta diferencia resultaba determinante para rechazar en estos contextos el recurso a las amnistías y, en cambio, admitir tal posibilidad respecto de los indultos, pues estos últimos permiten que subsista la declaración del injusto culpable, lo que resultará de importancia respecto de determinados fines de la pena que serán más adelante examinados.

juicio, respecto de un grupo muy determinado: las denominadas «amnistías manta», esto es, aquellas promulgadas de manera unilateral por los propios perpetradores de los crímenes y en las que ni se prevén, ni se exigen como condición para beneficiarse de las mismas, actos específicos de contribución a la verdad o a la reparación de las víctimas¹¹⁷.

Frente a las anteriores, los autores distinguen en una segunda categoría las llamadas «amnistías de compromiso», concedidas de manera general y sin condicionar, si bien acompañadas de medidas llamadas a restaurar los derechos de las víctimas¹¹⁸. Una tercera categoría la integrarían las denominadas «amnistías condicionadas», aprobadas normalmente a través de un procedimiento democrático y promulgadas de tal manera que no eximen de la pena automáticamente, sino que la exención queda supeditada a que el victimario, de manera individual, lleve a cabo una serie de actos, normalmente vinculados a la satisfacción de los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición¹¹⁹.

Nótese que en estos casos muchas de las diferencias existentes entre la amnistía y el indulto desaparecerían¹²⁰, pues ya no actuaría como un instrumento dirigido al olvido, impidiendo exigir cualquier tipo de responsabilidad sobre el hecho. En la medida en la que fueran otorgadas antes de iniciarse el procedimiento jurídico-penal, permanecería la diferencia referida a la declaración oficial de culpabilidad, pero incluso esta puede desaparecer si se conceden una vez dictada sentencia¹²¹.

Frente a esta necesidad de pacificación emanarían, desde el derecho positivo, una serie de limitaciones. Y es que aun cuando cada conflicto revista sus propias particularidades y las medidas a adoptar deban, en consecuencia, ser adaptadas al contexto específico, la discrecionalidad estatal a la hora de configurar un sistema transicional estaría limitada por determinados estándares im-

¹¹⁷ Se trata de un concepto construido por MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 6, quien emplea el término *blanket amnesties*, lo que aquí he traducido como *amnistías manta*. Esta categoría se correspondería esencialmente con lo que SLYE, R., «The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, núm. 1, 2002, pp. 240-241, denomina amnistías amnésicas, si bien se diferenciarían en que el autor considera que no tienen por qué ser aprobadas unilateralmente, sino que también pueden serlo democráticamente; también emplea la denominación de amnistías amnésicas, UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 23.

¹¹⁸ SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 242. UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 23.

¹¹⁹ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 91. Este tipo de amnistías son denominadas por SLYE, R., «The Legitimacy», cit., pp. 242, 246-247, como «amnistías responsabilizantes», cuya principal diferencia con las amnistías de compromiso residiría en que en estas últimas la compensación a las víctimas tendría un carácter institucional, mientras que en las amnistías responsables son los propios victimarios los que directamente participan en la satisfacción de los derechos de aquellas; sigue al anterior, UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 23.

¹²⁰ SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 237; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 14; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 14; GAVRON, J., «Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court», *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, núm. 1, 2002, p. 115.

¹²¹ Se trataría de las denominadas por MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 149, «amnistías impropias».

puestos por el derecho internacional¹²². A este respecto, las restricciones en cuanto al ámbito objetivo de las distintas medidas de renuncia a la pena se han derivado de la llamada doctrina de la «lucha contra la impunidad»¹²³, desde la que, como indica Gil Gil, se impone a los Estados el exigir responsabilidad jurídico-penal a los victimarios como forma de dar satisfacción al componente de justicia en un sistema transicional¹²⁴.

Más allá de que comprender el término justicia exclusivamente como justicia penal parece reduccionista¹²⁵, resulta necesario analizar las disposicio-

¹²² ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., pp. 2541, 2553; BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 13; UPRIMNY YÉPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 19; BOTERO MARINO, C. / RESTREPO SALDARRIAGA, E., «Estándares internacionales», cit., p. 47; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., pp. 32-33; SHAW, R. / WALDORF, L., «Introduction: Localizing Transitional Justice», cit., p. 5; KITTICHAISAREE, K., *The Obligation to Extradite or Prosecute*, Oxford University Press, 2018, p. 329; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 27, destacando que la superación del sistema de injusto debe estar en armonía con las reglas y principios del derecho internacional; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», cit., p. 527. A este respecto, GARCÍA CASAS, M., *El Derecho internacional de la justicia transicional*, Wolters Kluwer, 2022, considera que en el ordenamiento jurídico internacional habría cristalizado un marco normativo propio referido a los contextos de transición y que limitaría sensiblemente la discrecionalidad estatal a la hora de superar un pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos.

¹²³ Así, haciendo referencia específica a esta doctrina, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 150; GRECO, L., «Amnestien und Völkerstrafrecht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 159, núm. 11, 2012, cit., p. 677; íd., «Por que inexistem deveres absolutos de punir», en AMBOS, K., et al. (Eds.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, p. 89; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., pp. 82, 84; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 7; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The rationale», cit., p. 133; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, p. 28; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 76, haciendo uso de la expresión en alemán «Kampf gegen die Straftlosigkeit»; véase también, FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 584; si bien emplean el término «anti-impunity».

¹²⁴ GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 10. A este respecto, como indica MACULAN, E., *Los crímenes internacionales*, cit., p. 72, bajo este lema se ha ido formando un régimen especial que pretende derogar algunas de las reglas comunes del Derecho penal en la medida que supongan un obstáculo para el enjuiciamiento de los presuntos responsables.

¹²⁵ Y es que, como ya he señalado anteriormente, en la justicia de transición la exigencia de responsabilidad va más allá del enjuiciamiento y castigo de los victimarios e incluye todo lo referido a la verdad, la reparación y la adopción de medidas dirigidas a la no repetición. A favor de entender el término justicia de manera amplia, STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 426; BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., pp. 19, 22, señalando que la justicia en épocas de transición no se limita exclusivamente a la justicia penal la cual sería solo uno de los muchos mecanismos dentro de la primera; FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», *Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, p. 150, indicando que en estos escenarios debe abandonarse una visión retributiva de la justicia, pues esta también comprendería la reparación de las injusticias y, sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica, reconociendo públicamente el sufrimiento de las víctimas; en la misma dirección; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 145; REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 32; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 34. De manera similar, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., pp. 135, 142, consideran que el Derecho penal habría de ser considerado como una de las muchas herramientas que dispone el Estado en estos contextos, sin poder desdeñarse el rol que pueden desempeñar determinados mecanismos de corte restaurativo como las comisiones de verdad o los programas de reparación.

nes que, desde el ordenamiento jurídico internacional, vendrían a dotar de un soporte positivo a esta doctrina. Y ello porque solo así podrá determinarse en qué medida implican un verdadero encorsetamiento a la discrecionalidad punitiva del Estado en contextos de justicia de transición o, por el contrario, dejan, bajo determinadas condiciones, un margen de actuación a este último.

III. LAS LIMITACIONES EN EL DERECHO POSITIVO A LA DISCRECIONALIDAD PUNITIVA ESTATAL

1. Una cuestión previa: el art. 6.5 del PA II

Lo primero que debe señalarse es que, hasta la fecha, no existe ningún tratado internacional que prohíba expresamente el otorgamiento de una amnistía –o de medidas similares que supongan la exclusión total o parcial de la responsabilidad penal– en relación con la perpetración de graves violaciones de los derechos humanos¹²⁶. Por el contrario, incluso cabe plantearse si su concesión se encontraría permitida dentro de un determinado contexto en atención a lo regulado por el DIH.

La discusión radica aquí en torno a lo dispuesto por el art. 6.5 del PA II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. El mencionado precepto establece que «a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder una amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan formado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

Debe destacarse que este precepto regula una facultad y no una obligación del Estado, por lo que deja intacto el derecho de este a enjuiciar, juzgar y condenar a quienes puedan haber cometido un delito en el marco del conflicto

¹²⁶ Si existen, por el contrario, instrumentos de *soft law*, como la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, cuyo art. 18 establece que «los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del art. 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal». Asimismo, en ocasiones es el propio derecho interno el que actúa como límite a la facultad de otorgar medidas premiales, así por ejemplo, el art. 29 de la Constitución de Venezuela veda expresamente la posibilidad de otorgar amnistías e indultos a los perpetradores de delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra; de manera similar, el art. 80 de la Constitución de Ecuador prohíbe de forma expresa la concesión de amnistías respecto de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado.

armado¹²⁷. Las amnistías –pero no solo estas, también los indultos o medidas de efectos similares o equivalentes¹²⁸– aparecen entonces como potencialmente compatibles, *prima facie*, con el DIH.

No obstante, resultaría ilusorio creer que la mera evocación al art. 6.5 del PA II sería suficiente a los fines de dar por jurídicamente aceptable el recurso a medidas premiales cualquiera que sea su alcance. A pesar de que ningún límite al ámbito objetivo de estas medidas emana del tenor literal del texto, existe cierto consenso en considerar que su ámbito objetivo o material no se extendería *ad infinitum*. Como ha sido reiteradamente advertido, «los trabajos preparatorios indican que este precepto tiene el propósito de alentar la amnistía [...] como una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No pretende ser una amnistía para aquellos que han violado el derecho humanitario internacional»¹²⁹.

Nótese, sin embargo, que la anterior acotación tiene una naturaleza superflua y vacía de contenido. Aquellos que han participado en las hostilidades cum-

¹²⁷ JUNOD, S., «Article 6 - Penal Prosecutions», en SANDOZ, Y., *et al.* (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, § 4617, p. 1402.

¹²⁸ *Ibid.*, § 4617, p. 1402, donde el Comité Internacional de la Cruz Roja considera que, a pesar de que el literal del texto se refiere exclusivamente a las amnistías, otras medidas como los indultos deben entenderse también abarcadas.

¹²⁹ Comunicación del Comité Internacional de la Cruz Roja al Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Tomado de CIDH. Informe núm. 1/99. Caso 10.480. El Salvador, § 115. En esta dirección parece apuntar también las Naciones Unidas, ORENTLICHER, D., *Independent study on best practices, including recommendations, to assist states in strengthening their domestic capacity to combat all aspects of impunity*, 2004. Doc. ONU. E/CN.4/2004/88, § 27. Del mismo modo, a nivel de jurisprudencia de los órganos europeos e interamericanos de derechos humanos, véase la sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), §§ 285-286, donde se afirma que la previsión de amnistía del art. 6.5 PA II ha de entenderse referida a quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que se excluyan los delitos más graves, esto es, que no se trate de hechos que cabrían en categorías como los crímenes de guerra o de lesa humanidad; se alinea con la anterior, STEDH de 27 de mayo de 2014 (*Caso Margus c. Croacia*), § 131. Esta misma interpretación está presente en ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza on the Judgment on the appeal of Mr Saif Al Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”», § 107. En la doctrina, expresamente a favor de esta exégesis que limita el ámbito de aplicación del art. 6.5 PA II, entre otros, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 112; MÉNDEZ, J., «Accountability for Past Abuses», *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, núm. 2, 1997, p. 273, indicando expresamente que este precepto no ha sido pensado para proporcionar impunidad a los ataques contra civiles o los graves incumplimientos de las leyes de la guerra; SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 178; GROPEGIEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court», *International Criminal Law Review*, Vol. 5, núm. 2, 2005, cit., p. 272; BOTERO MARINO, C. / RESTREPO SALDARRIAGA, E., «Estándares internacionales», cit., pp. 55-57; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 5, refiriéndose específicamente a la necesidad de excluir de estos beneficios a los crímenes de guerra y lesa humanidad.

pliendo con lo estipulado por el DIH no han cometido ningún delito, por lo que, en principio ¹³⁰, no requerirían de amnistía, indulto o medida equivalente alguna.

Entonces ¿cuál es el ámbito objetivo de aplicación de esta disposición? Por ahora, baste decir que la postura mayoritaria es aquella que considera que su ámbito material quedaría reducido a los llamados «delitos políticos» ¹³¹, sin perjuicio de profundizar más adelante en ambos conceptos desde la perspectiva de los delitos de terrorismo ¹³².

2. El deber de investigación, enjuiciamiento y castigo

La ausencia de una provisión que a nivel internacional vede expresamente el recurso a la amnistía u a otras medidas de renuncia total o parcial a la pena no debe ser entendida como una autorización tácita a su otorgamiento de manera general y sin limitaciones. A este respecto, las restricciones en cuanto al ámbito objetivo se han derivado, y la doctrina de la «lucha contra la impunidad» ha encontrado aquí su soporte, del deber de investigación, enjuiciamiento y castigo que los Estados tendrían respecto de determinados delitos.

Sin embargo, una primera aproximación a este deber revela que su origen, extensión y contenido no aparece claramente definido. *A priori*, no queda

¹³⁰ Así sería desde una óptica puramente teórica. Sin embargo, como me fue señalado por la Profa. Gil Gil en el acto de defensa de mi tesis doctoral, desde una perspectiva pragmática, dicha acotación sí podría tener un cierto sentido, sobre todo en relación con la puesta en práctica de los acuerdos de repatriación entre Estados. Así tras la II GM el Acuerdo de Repatriación Total de los prisioneros alemanes no se firmó hasta 1948 y la repatriación de aquellos presos en la URSS no acabó hasta 1956.

¹³¹ A nivel interamericano, véase, CIDH, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 2004, § 37. Asimismo, a nivel nacional, la vinculación entre la previsión del art. 6.5 del PA II y el delito político se hace especialmente patente en los procesos de paz colombiano y hondureño. Así, el art. 8.º de la Ley 1820 de 2016 establece que: «como consecuencia del reconocimiento del delito político y de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, a la finalización de las hostilidades el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible». Véase, también, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-007/18 de 1 de marzo de 2018 (ponente: Fajardo Rivera), §§ 136-137, 393; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080/18 de 15 de agosto de 2018 (ponente: Lizarazo Ocampo), apartado 4.1.5.1 (delito político); Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras. Recurso de Inconstitucionalidad 20-99 – Inconstitucionalidad del Decreto Número 199-87 y del Decreto Número 87-91, 27 de junio de 2000, motivo de la inconstitucionalidad por razón de fondo 1. También las Naciones Unidas parecieron vincular en un inicio la posibilidad de amnistiar a la existencia de un delito de estas características, así, JOINET, L., *Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights*, United Nations Economic and Social Council, 1985, Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/1985/16, §§ 51-64. En la doctrina, entre otros, a favor de limitar el alcance del artículo a los delitos políticos, MÉNDEZ, J., «Accountability for Past Abuses», cit., p. 273, limitando su ámbito objetivo a la rebelión, la sedición y las infracciones menores del derecho de la guerra. BOTERO MARINO, C. / RESTREPO SALDARRIAGA, E., «Estándares internacionales», cit., p. 55; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 176, ejemplificándolo a través de los delitos de rebelión y sedición.

¹³² Véase, *infra*. Capítulo III. II.

del todo claro de dónde emana dicho deber, a qué violaciones de los derechos humanos se extiende, cuáles son los estándares que en relación con la intensidad y duración del castigo concreto deben cumplirse, así como bajo qué circunstancias y hasta qué punto pueden estos últimos flexibilizarse¹³³. Tratar de dar una respuesta a dichas cuestiones es entonces una tarea capital a fin de determinar el margen de actuación estatal en la elaboración –entiéndase la decisión relativa a la medida y extensión del castigo, así como su supeditación a la existencia de medidas complementarias– de un sistema transicional.

2.1 ORIGEN Y ALCANCE DEL DEBER

La posibilidad de que un Estado conceda determinadas medidas premiales queda condicionada, en primer lugar, a las obligaciones derivadas de los tratados en los que aquel sea parte. A este respecto, la existencia de un deber de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de determinadas actuaciones puede rastrearse en tratados y cláusulas de diversa índole que, en apretada síntesis, pueden resumirse en los siguientes. Primero, en aquellos tratados en los que aquel deber se prevé expresamente respecto de determinadas conductas en ellos contenidas; segundo, en tratados de un carácter más genérico, en las cláusulas de protección y garantía del disfrute de los derechos en ellos previstas; por último, y también referido a aquellos tratados que recogen derechos genéricos, en las cláusulas que reconocen un remedio a la víctima. Conviene analizar uno a uno los supuestos enumerados.

— En primer lugar, existen varios tratados y convenciones internacionales que instauran un deber estatal de investigación, enjuiciamiento y castigo en relación con los delitos en ellos recogidos. Las primeras manifestaciones de este deber de castigo tuvieron lugar en el campo del DIH, donde se prevé la obligación estatal de sancionar penalmente a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves recogidas en dichos convenios¹³⁴. Con el paso del tiempo, dicho deber abandonó paulatinamente el ámbito

¹³³ Ponen de manifiesto estas deficiencias, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford University Press, 2009, p. 5; GROPENGEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 273; MACULAN, E., «Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición», *Revista Penal*, núm. 41, 2018, p. 119, indicando que existe una patente falta de uniformidad en el modo en el que este deber ha sido interpretado.

¹³⁴ Así, art. 49 del I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949; art. 50 del II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949; art. 129 del III.

de los delitos cometidos en el marco de un conflicto armado, para resultar también aplicable respecto de otros tipos delictivos que cabe imaginar pueden cometerse fuera de estos contextos, como el genocidio¹³⁵, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹³⁶, la desaparición forzada de personas¹³⁷, o, a los efectos que interesan en la segunda parte de este trabajo, los delitos de terrorismo¹³⁸.

Si se concluyera que este deber tiene su base únicamente en lo dispuesto en tratados de esta índole, la consecuencia lógica sería que su alcance quedaría exclusivamente limitado a los delitos en dichos tratados referidos y sólo respecto de los Estados que aparezcan como firmantes de aquellos¹³⁹. Esto daría como resultado que, si bien dicho deber se extendería a los delitos anteriormente señalados, no lo haría ni respecto de los crímenes de lesa humanidad¹⁴⁰, ni tampoco respecto de los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado interno, lo que significa que una parte muy importante de los delitos cometidos en la mayoría de los conflictos posteriores a la II Guerra Mundial quedarían fuera de su ámbito material. Quizás por ello, doctrina y jurisprudencia han tratado de encontrar orígenes alternativos a dicho deber.

Una de las orillas a la que la doctrina iusinternacionalista ha tratado de orientar este debate es la referida a la existencia o no de una costumbre internacional de investigar, enjuiciar y castigar determinados delitos. De acogerse tal

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949; art. 146 del IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

¹³⁵ Art. IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: «Las personas que hayan cometido genocidio [...] serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares»; art. V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: «Las Partes contratantes se comprometen [...] especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...».

¹³⁶ Art. 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: «1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal [...]. 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad».

¹³⁷ Art. 4 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: «Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal». Este precepto se ve complementado por lo recogido en el art. 6, en el que se establece que los Estados Parte tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable a una serie determinada de personas, y por lo fijado por el art. 7.1 donde se prevé que los Estados Parte considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad.

¹³⁸ Véase, entre muchos otros, art. 4.b) del convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo; también el art. 15.1 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo.

¹³⁹ GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 675.

¹⁴⁰ No obstante, si han existido esfuerzos por parte de la *International Law Commission* de tipificar expresamente dicha obligación en relación con los crímenes de lesa humanidad. Así, véase el art. 9 del *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* (1996).

hipótesis, la obligación de investigación, enjuiciamiento y castigo habría de entenderse como vinculante para todos los Estados más allá de su condición de firmantes o no de los diferentes tratados en que este se recoja, a excepción, por supuesto, de los denominados «objetores persistentes»¹⁴¹.

De manera resumida basta decir que, a pesar de que la diversidad de opiniones doctrinales es la tónica dominante, la tesis mayoritaria considera que estaría cristalizando –o ya habría cristalizado– una costumbre internacional de enjuiciar los denominados *core crimes* o «crímenes internacionales nucleares»¹⁴². Empero, y aunque no es el propósito de esta investigación el contribuir o profundizar en el debate de esta cuestión, no puedo alinearme completamente con la visión que afirma que dicha costumbre ya estaría completamente cristalizada. Para afirmar que una determinada obligación ha adquirido el rango de costumbre internacional –recogida en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia– habrían de constatarse la existencia dos elementos: primero, una práctica estatal generalizada y consistente; segundo, la concurrencia, junto a dicha práctica, de una *opinio iuris* que la corrobore en tal sentido¹⁴³. A mi juicio, ni lo uno ni lo otro se estaría dando de manera suficiente, por lo que, a lo sumo, podría hablarse de una regla consuetudinaria naciente, pero que aún necesitaría de mayor consolidación¹⁴⁴.

¹⁴¹ Como señala KITTICHAISAREE, K., *The Obligation to Extradite or Prosecute*, cit., p. 168, por «objetores persistentes» debe entenderse a todos aquellos Estados que rechazan la existencia de una norma consuetudinaria desde el momento en que aquella comienza a formarse, esto es, por ejemplificarlo con el caso concreto, aquellos Estados que consideran que dicho deber de enjuiciamiento emergería solo de los tratados de los que aquel es parte, siendo EE. UU. el más representativo de esta posición. Cabe destacar que esa oposición habría de ser expresa, pues el silencio puede interpretarse como validación tácita de dicha costumbre.

¹⁴² En la década de 1990 muchos autores defendieron que estaba comenzando a materializarse una costumbre internacional referida al deber de perseguir, por parte del Estado en el que dichas conductas acontecieran, aquellos crímenes que atentaran contra los derechos humanos más básicos. Entre otros, ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., pp. 490-505; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., pp. 2582-2585; ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European Journal of International Law*, Vol. 14, núm. 3, Oxford University Press, 2003, pp. 490-493; GROENIGEBER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., pp. 273-276, a pesar de que dudan sobre si los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado interno quedarían comprendidos. Más recientemente, favorables a la existencia de dicha costumbre, CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 183, aunque también se muestran dubitativos sobre si los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado interno y los de lesa humanidad quedarían abarcados por esta costumbre; KITTICHAISAREE, K., *The Obligation to Extradite or Prosecute*, cit., pp. 117-168, si bien reconoce que muchos Estados consideran que se trata de una obligación basada exclusivamente en los tratados. En la jurisprudencia, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Appeals Chamber, IT-94-I-AR72, 2 October 1995, § 134.

¹⁴³ FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 33; de igual manera, KITTICHAISAREE, K., *The Obligation to Extradite or Prosecute*, cit., p. 109.

¹⁴⁴ Sobre los motivos que me llevan a afirmar lo anterior, véase, GALLEGO ARRIBAS, D., «Justicia de transición y medidas premiales en Colombia. Análisis de su legalidad internacional y breve excursión sobre el problema agrario como una de las causas del conflicto armado», en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado Colombiano y la guerrilla de las FARC-EP*, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 178-188. Comparto pues la conclusión alcanzada por MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., pp. 129-130, considerando que, a pesar de los esfuerzos

En este sentido, la doctrina internacionalista parece vincular el concepto de *core crimes* a aquellos crímenes que formarían parte del *ius cogens*¹⁴⁵. Sin embargo, una exégesis así dista de ser óptima, ya que no existe unanimidad en lo relativo a qué delitos disfrutarían de tal naturaleza. De manera mayoritaria, la doctrina estima que habrían de entenderse incluidos dentro de esta categoría aquellos delitos que el ER considera como los más graves y de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, a saber: el crimen de genocidio, el crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra –ya sean cometidos en un conflicto armado internacional o en uno interno– y el crimen de agresión¹⁴⁶. Algunos autores van más allá y amplían el citado listado a través de la inclusión conductas como la tortura, la piratería o la esclavitud¹⁴⁷. También existen países que han solicitado la incorporación del terrorismo a esta categoría conceptual¹⁴⁸.

— Una segunda vía alternativa mediante la cual fundamentar el origen del deber de castigo se ha encontrado en tratados que, pese a no contener una cláusula expresa sobre la obligación de enjuiciar y castigar las violaciones a los derechos en ellos recogidos, sí contienen *preceptos de carácter más genérico* respecto de los que aquel deber ha sido derivado. Destaca, en primer lugar, el

recientes por derogar leyes de amnistía previamente concedidas para así proporcionar algún tipo de responsabilidad criminal, no parece haber una *opinio iuris* y mucho menos una práctica estatal que considere el deber de castigo como inderogable; similar a la anterior, SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 4; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 54; MACULAN, E., «Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición», cit., p. 119; GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 675. Específicamente referidos a la ausencia de una práctica estatal, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 30; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 99. Mayores matices presenta la postura de GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, 2009, pp. 109-111, considerando que aunque en el momento de dictarse la Ley de amnistía en España (1977) faltaba tanto una práctica constante como una *opinio iuris*, ambos elementos pueden haberse formado en los últimos tiempos. Véase también, en este sentido, Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Kallon and Bazy Kamara*, Appeals Chamber, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 13 de marzo de 2004, § 84, esbozando que la concesión de amnistía en estos supuestos sería contraria a un derecho internacional consuetudinario que se está desarrollando, pero que no se encuentra completamente concretado, faltaría una práctica estatal.

¹⁴⁵ Un resumen de las distintas teorías iuspositivistas e iusnaturalistas que han tratado de fundamentar la naturaleza del *ius cogens* puede encontrarse en TLADI, D., «Primer informe sobre el *ius cogens*», Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 8 de marzo de 2016. Doc. ONU. A/CN.4/693, §§ 51-60. Si bien aún persiste cierta discusión en torno a qué permitiría identificar el carácter *ius cogens* de una norma, existe un consenso generalizado en afirmar que estas son normas imperativas cuya aplicación o no queda fuera de la discrecionalidad estatal y cuya derogación no está permitida ni en tiempos de paz ni en tiempos de guerra, ya que únicamente podrían ser modificadas por una norma del derecho internacional que alcanzara el mismo rango. Por todos, BASSIOUNI, C., «International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, núm. 4, 1996, pp. 65-67.

¹⁴⁶ KITTICHAISAREE, K., *The Obligation to Extradite or Prosecute*, cit., p. 101.

¹⁴⁷ BASSIOUNI, C., «International Crimes», cit., p. 68; SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 175.

¹⁴⁸ Véase el acta resumida de la 28.ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 66.º período de sesiones. Doc. ONU. A/C.6/66/SR.28, § 46, en referencia a la petición efectuada por el representante de Argelia.

llamado «deber de protección y garantía» (*protect and ensure*) de los derechos¹⁴⁹ y su conexión con la llamada doble vertiente de los derechos fundamentales.

Constituye hoy una idea aceptada que la obligación de respetar y proteger los derechos humanos no solo llevaría asociada una vertiente negativa –esto es, un mandato al Estado de omitir comportamientos que puedan lesionar los derechos de sus ciudadanos–, sino, igualmente, una vertiente positiva, es decir, un mandato al Estado de llevar a cabo acciones dirigidas a proteger los derechos frente a ataques de terceros¹⁵⁰. Aunque *a priori* cabría imaginar que esta obligación positiva de garantía podría alcanzarse de diferentes maneras, lo significativo es que la tendencia es, como señala Viganò, a considerar que esa protección tendría que llevarse a cabo por medio del Derecho penal, el cual quedaría constituido como una medida de protección «ya sea de forma preventiva, criminalizando determinadas conductas; ya de forma reactiva, a través del ejercicio del *ius puniendi* contra el responsable de la agresión»¹⁵¹. Dicho de otra manera: el deber de protección y garantía quedaría quebrantado simplemente por la omisión en el empleo del *ius puniendi*¹⁵².

Empero, no hay unanimidad a la hora de afirmar respecto de qué violaciones de los derechos humanos operaría esta garantía de empleo del Derecho penal. Atendiendo a la postura mantenida por la Corte IDH y la CIDH, el Estado estaría obligado a investigar, enjuiciar y sancionar penalmente toda violación de los derechos humanos, con independencia de su gravedad y título de

¹⁴⁹ Como ejemplos más ilustrativos, art. 1.1 CADH: «Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona [...]»; art. 2.1 PIDCP: «Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio». Por último, también es frecuente hacer referencia en este punto al art. 1 CEDH, el cual tiene por título la «obligación de respetar los derechos humanos».

¹⁵⁰ Lo anterior ha sido reconocido por la Corte IDH [Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*), § 167; sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001 (*Caso Barrios Altos c. Perú*), §§ 41-43; sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 110; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), §§ 189, 225; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 242] y el TEDH, [así, STEDH de 28 de octubre de 1998 (*Caso Osman c. UK*), § 115; STEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic c. Turquía*) § 62; STEDH de 26 de julio de 2005 (*Caso Siliadin c. Francia*) § 79]. Sobre esta vertiente positiva, a nivel doctrinal, entre otros, ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., pp., 462, 466-467; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2568; VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, p. 311; GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 682; íd., «Por que inexistem», cit., p. 94; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., pp. 5, 12.

¹⁵¹ VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal», cit., pp. 311-312.

¹⁵² *Ibid.*, p. 312; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., pp. 2551-2552.

comisión¹⁵³. Más mesurada y razonable es la interpretación sostenida por el TEDH. Según su jurisprudencia, el deber aquí mencionado operaría exclusivamente respecto de las violaciones más graves de los derechos humanos, esto es, allí donde están en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada¹⁵⁴. Esta fórmula abstracta no ha sido acotada en demasía por el TEDH; así, más allá de la necesidad de que los hechos sean cometidos a título de dolo¹⁵⁵, la determinación de cuáles serían los valores que superarían el umbral mínimo es abordada de modo casuístico, si bien muchos de los supuestos tendrían en común el carácter personalísimo de los bienes y derechos en juego¹⁵⁶. Una línea similar a la del TEDH mantiene, en sus decisiones y comentarios, el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas¹⁵⁷.

En este punto me gustaría realizar dos reflexiones relativas al deber de garantía. En primer lugar, que los derechos humanos vulnerados por la falta de investigación, enjuiciamiento y castigo no serían los mismos que los violados por el crimen respectivo. El Estado, mediante la no punición del delito cometido, no quebrantaría el derecho en su momento lesionado o puesto en peligro por el victimario, sino el de un número indefinido de titulares del mismo derecho, que, a futuro, quedaría desprotegido ante la ausencia de castigo¹⁵⁸. Se

¹⁵³ Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*). Fondo, § 166; reiterado en sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 110; en relación con la CIDH, véase, CIDH. Informe núm. 36/96. Caso 10.843. Chile, § 73; CIDH. Informe núm. 28/92. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina, § 40. A pesar del literal de sus decisiones, existen académicos que consideran que, en atención a una interpretación sistemática de sus decisiones anteriores, esta obligación solo se extendería a las violaciones más graves, así ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2578, con múltiples referencias a las decisiones de las que extrae su conclusión.

¹⁵⁴ Sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1985 (*Caso X e Y c. Países Bajos*), § 27; reiterado en STEDH de 4 de diciembre de 2003 (*Caso M. C c. Bulgaria*), § 150.

¹⁵⁵ STEDH de 17 de enero de 2002 (*Caso Calvelli y Ciglio c. Italia*), § 51.

¹⁵⁶ Así, requerirían imperiosamente de una respuesta penal, entre otras, las violaciones referidas a la vida [STEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic c. Turquía*) § 62], tortura y malos tratos [STEDH de 18 de diciembre de 1996 (*Caso Aksoy c. Turquía*), § 98], esclavitud y trabajos forzados (STEDH de 26 de julio de 2005 (*Caso Siliadin c. Francia*), § 112] e integridad sexual [Sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1985 (*Caso X e Y c. Países Bajos*), § 27].

¹⁵⁷ El Comité vincula el deber de protección a esta necesidad del empleo del Derecho penal a, entre otros, los delitos contra la vida (HRC, General Comment núm. 6: The Right to life, § 3); integridad corporal (HRC, General Comment 20: Replaces General Comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment, § 8), así como los relativos a las desapariciones forzadas (HRC, Bautista de Arellano c. Colombia, § 8.6). Sobre ello, en profundidad, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., pp. 11-49; véase también, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Margus contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 922-923, nota al pie 47, con ulteriores referencias a las resoluciones y las violaciones a las que las Naciones Unidas ha extendido este deber.

¹⁵⁸ MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 179; GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 683; íd., «Por que inexistem», cit., pp. 95-96; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., p. 27.

trata esta de una observación que, como desarrollaré más adelante, disfrutará de una especial relevancia en el análisis referido a la configuración del deber de castigo como absoluto o no.

En segundo lugar, que puede constatarse un cambio esencial en el paradigma hasta ahora dominante en la relación entre Derecho penal y derechos fundamentales: mientras tradicionalmente los últimos actuaban como límite a la potestad punitiva estatal —es decir, se erigían como un muro de contención contra los posibles excesos estatales frente al reo—, actualmente operarían «como el motor del Derecho penal, obligando al Estado a ejercer el *ius puniendi*»¹⁵⁹. En consecuencia, el Derecho penal ya no quedaría configurado como un «derecho» —valga la redundancia— del Estado, sino como una solución necesaria, no abierta a la discrecionalidad estatal, esto es, como una obligación de aquel, transitando de un *ius puniendi* a un *officium puniendi*¹⁶⁰. De hecho, en atención a la tercera vía empleada para fundamentar el origen del deber y que ahora será objeto de examen, quien originariamente apretaría el botón que accionaría el motor punitivo del Estado sería la víctima del delito.

— En este sentido, una tercera vía de la que ha sido derivado el deber de investigación, enjuiciamiento y castigo ha sido la referida al derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a un remedio efectivo frente a un órgano competente, recogido en muchos de los tratados de derechos humanos¹⁶¹. Esta vinculación entre el *ius puniendi* como deber del Estado y remedio de la víctima hace necesario cuestionarse si ello no significaría afirmar, en la línea de lo sugerido por algunas corrientes actuales de la teoría de la pena¹⁶², la existencia de un derecho de la víctima al castigo del autor. La juris-

¹⁵⁹ VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal», cit., pp. 312, 323; similar, PASTOR, D., *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, 2006, pp. 182-183. Como indica MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?», *Revista de Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, pp. 245-246, a ambos paradigmas subyacen diferentes visiones del ser humano y su relación con los derechos fundamentales. Mientras en el paradigma clásico se ve al individuo como destinatario de prohibiciones y mandatos, en el paradigma actual aquel es concebido como una potencial víctima de los delitos cometidos por otros miembros de la sociedad.

¹⁶⁰ GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 16; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 134; similar, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿*Nullum crimen sine poena?*», cit., p. 169; VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal», cit., p. 312; más tímidamente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., p. 26, alertando de que «la premisa de que una insuficiente protección penal de un derecho convencional/fundamental supone su vulneración por el Estado lleva consigo el germen de una profunda transformación de la relación entre derechos fundamentales e *ius puniendi*».

¹⁶¹ Así, por ejemplo, este derecho a un remedio efectivo se encuentra recogido en el art. 8 DUDH; art. 25 CADH; art. 2.3 PIDCP; art. 13 CEDH.

¹⁶² Véase, *infra.*, Capítulo II. IV.

prudencia de la Corte IDH ha sido, sin lugar a duda, la máxima representante de esta tendencia.

Así, ya en su primera sentencia, la Corte IDH afirmó que «si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción»¹⁶³. Es cierto que de este pequeño párrafo no puede inferirse, sin más, una atribución a la víctima del derecho al castigo del victimario¹⁶⁴. Por el contrario, sería, más bien, la semilla de una idea que, convenientemente nutrida por las numerosas tragedias en el continente americano, acabaría por florecer en su jurisprudencia posterior. Así, esta visión del *ius puniendi* como remedio al que tendría derecho la víctima se fue tornando más clara en *Bámaca Velásquez c. Guatemala*¹⁶⁵, para ser enunciada abiertamente y sin tapujos en *Goiburú c. Paraguay*, donde se afirmó que «los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquéllas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado, se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes»¹⁶⁶.

A diferencia de su homólogo interamericano, el TEDH no se ha mostrado tan rotundo en relación con la existencia de este supuesto derecho de la víctima. De este modo, ha mantenido una postura que alcanza tal grado de ambivalencia que se hace difícil salvar ciertas contradicciones internas. Por un lado, son varias las ocasiones en las que el TEDH ha defendido que el recurso efectivo re-

¹⁶³ Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*), § 176; la afirmación anterior ha sido posteriormente reiterada en sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 110; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 191; sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 172; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 249.

¹⁶⁴ Y es que, como advierte ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 473, si la sentencia de mayor relevancia para afirmar este supuesto derecho fuera la referida a Velásquez Rodríguez, se advertiría una cierta contradicción, pues la Corte IDH ordenó solo la compensación monetaria (Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*), § 189), cuando lo lógico hubiera sido requerir a Honduras para enjuiciar criminalmente a los responsables.

¹⁶⁵ Sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2000 (*Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*), § 129.: «el no investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos violaría el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención, tanto de la víctima como de sus familiares».

¹⁶⁶ Sentencia de la Corte IDH de 22 de septiembre de 2006 (*Caso Goiburú y otros c. Paraguay*) Fondo, Reparaciones y Costas, § 165; reiterado en, sentencia de la Corte IDH de 6 de abril de 2006 (*Caso Baldeón García c. Perú*). Fondo, Reparaciones y Costas, § 197; véase también, sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 249: «el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables».

conocido por el art. 13 del CEDH a todas las personas cuyos derechos y libertades reconocidos por el Convenio hayan sido violados requiere, en adición al pago de una compensación allí donde fuera apropiada, de una investigación exhaustiva y eficaz capaz de conducir a la identificación y el castigo de los responsables¹⁶⁷; por el otro, también ha reiterado que de ello no debe extraerse un derecho de la víctima a ver enjuiciado o castigado a su victimario¹⁶⁸. En cualquier caso, y a pesar de la marcada voluntad del TEDH en ello, la argumentación empleada resulta a todas luces insuficiente a los efectos de negar este pretendido derecho de la víctima una vez se afirma que el Derecho penal queda constituido como el único remedio efectivo en determinados supuestos¹⁶⁹.

2.2 EXTENSIÓN DEL DEBER

El deber estatal de hacer uso del *ius puniendi* puede dividirse, siguiendo a Tomás-Valiente Lanuza, en: i) un deber de criminalización y de previsión de penas suficientes, donde el obligado es el legislador; ii) un deber de investigación, que atañería a la policía, los jueces o el Ministerio Fiscal encargados de la instrucción; iii) un deber de celebración del proceso, que principalmente correspondería al aparato judicial del Estado; iv) un deber de imposición de sanciones suficientes, el cual sería propio de los tribunales; y v) un deber de ejecución de las penas, el cual concerniría a los tribunales pero también a los órganos encargados de la concesión de medidas de gracia¹⁷⁰.

De las diferentes subvertientes del deber, aquí me ocuparé exclusivamente del análisis de aquellas relacionadas con la dimensión reactiva del *ius pu-*

¹⁶⁷ Entre otras, sin ánimo de exhaustividad, STEDH de 18 de diciembre de 1996 (*Caso Aksoy c. Turquía*), § 98; STEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic c. Turquía*), § 91; STEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Caso Abdulsamet Yaman c. Turquía*), §53; STEDH de 3 de junio de 2010 (*Caso Gäfgen c. Alemania*), § 117; STEDH de 14 de enero de 2021 (*Caso Sabalić c. Croacia*), § 96.

¹⁶⁸ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (*Caso Dujardin c. France*), p. 240; STEDH de 30 de noviembre de 2004 (*Caso Öneriyildiz c. Turquía*) § 96; STEDH de 17 de enero de 2002 (*Caso Calvelli y Ciglio c. Italia*), § 51.

¹⁶⁹ De esta opinión, VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal», cit., pp. 311-312; véase también, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The rationale», cit., p. 133, alertando de que la postura del TEDH se acerca cada vez más a la interpretación maximalista de la Corte IDH; más moderada en sus conclusiones, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., pp. 124-126, quien, a efectos de resolver la evidente contradicción, esboza que aquello que se le debería a la víctima sería una investigación que busque establecer la culpabilidad de los implicados, lo que recalca sería una obligación de medios y no de resultados.

¹⁷⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., pp. 4-5 ss., con múltiples referencias a la jurisprudencia de donde extrae esta clasificación; un desglose similar realizan, VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal», cit., p. 315; JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, núm. 3, 2018, p. 458.

niendi –es decir, de aquellas que operarían una vez se ha producido la lesión de un derecho– en atención a su intensa relación con el dilema planteado en los escenarios de justicia de transición. Y es que, una vez perpetrado el delito, los Estados «habrían de organizar toda una serie de estructuras por medio de las cuales asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, removiendo todo obstáculo *de iure* y *de facto* que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en el caso de determinarse su responsabilidad penal, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas»¹⁷¹.

El primer subconjunto de deberes –esto es, el deber de investigación y enjuiciamiento– quedaría configurado como una obligación de medio, no incumplida por el solo hecho de que no produzca un resultado satisfactorio¹⁷². Esta habría de ejecutarse con la suficiente seriedad y no como una mera formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, al tiempo que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como dependiente de la voluntad o iniciativa procesal de las víctimas y familiares¹⁷³. Asimismo, debe garantizarse la independencia e imparcialidad del órgano encargado de la investigación y el enjuiciamiento¹⁷⁴.

De no trascender de este primer estadio, el deber de emplear el *ius puniendi* quedaría reducido a garantizar a las víctimas el acceso a los tribunales, a través de la articulación de toda una estructura capaz de llevar a la identificación del culpable, y a la imposición de un castigo¹⁷⁵. El deber de imponer una pena y ejecutarla sería un derivado de aquel, y dependiente de factores como la existencia de pruebas capaces

¹⁷¹ Así se pronuncia la jurisprudencia de la Corte IDH. Entre otras muchas, sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 110; sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 140; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 189; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 248.

¹⁷² Véase también en este sentido, STEDH de 15 de noviembre de 2011 (*Caso MP y otros c. Bulgaria*), § 111.

¹⁷³ Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*), § 177; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 184; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 249.

¹⁷⁴ STEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic c. Turquía*), § 74; véase también, sentencia de la Corte IDH de 6 de diciembre de 2001 (*Caso Las Palmeras c. Colombia*), Fondo, § 53, donde la Corte defiende la necesidad de que la investigación y el enjuiciamiento sean llevados a cabo por la justicia ordinaria, puesto que no puede hablarse de independencia e imparcialidad cuando «las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra los grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles».

¹⁷⁵ STEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Caso Abdulsamet Yaman c. Turquía*), § 53; STEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic c. Turquía*), § 91; STEDH de 27 de mayo de 2014 (*Caso Margus c. Croacia*), § 12; STEDH de 3 de junio de 2010 (*Caso Gäfgen c. Alemania*), § 114; STEDH de 14 de enero de 2021 (*Caso Sabalić c. Croacia*), § 96.

de desvirtuar la presunción de inocencia del reo¹⁷⁶. Empero, esta naturaleza de obligación de medio desaparece cuando la investigación y el enjuiciamiento conducen a determinar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del sujeto.

Una vez ello sucede, la imposición de la pena quedaría constituida como un elemento necesario del proceso¹⁷⁷, de suerte tal que los Estados deben abstenerse de recurrir a figuras «que pretendan [...] suprimir los efectos de la sentencia condenatoria»¹⁷⁸. Asimismo, no bastaría con la imposición de cualquier tipo de sanción, si no que aquella habría de reunir unas características determinadas. Así, habría de imponerse aquella «proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor»¹⁷⁹, puesto que para estos organismos «sanciones excesivamente suaves supondrían una suerte de desproporcionalidad por defecto, y, *de facto*, vendrían a determinar la misma impunidad que la amnistía o el indulto»¹⁸⁰. Nótese que, nuevamente, principios que en la lógica clásica estaban llamados a limitar el *ius puniendi*, ven su significado invertido: si históricamente el principio de proporcionalidad fundamentaba una prohibición de exceso, en los últimos tiempos pasa a servir como fundamento de una prohibición de defecto¹⁸¹.

¹⁷⁶ TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 47.

¹⁷⁷ CIDH. Informe núm. 36/96. Caso 10.843. Chile, § 77; Sentencia de la Corte IDH de 11 de mayo de 2007 (*Caso Masacre La Rochela c. Colombia*). Fondo, Reparaciones y Costas, § 193; STEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Caso Nikolova and Velichkova c. Bulgaria*), §§ 60-62; STEDH de 3 de junio de 2010 (*Caso Gäfgen c. Alemania*), § 121.

¹⁷⁸ Sentencia de la Corte IDH de 30 de mayo de 2018 (*Caso Barrios Altos y La Cantuta c. Perú*). Supervisión de cumplimiento de la sentencia, § 38. Se trata de una sentencia emitida al hilo del indulto concedido por razones humanitarias al expresidente peruano Alberto Fujimori y que terminó con la revocación del beneficio de indulto (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, Exp. núm. 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, Control de Convencionalidad Alberto Fujimori o Kenya Fujimori, 13 de febrero de 2019).

¹⁷⁹ Sentencia de la Corte IDH de 11 de mayo de 2007 (*Caso Masacre La Rochela c. Colombia*). Fondo, Reparaciones y Costas, § 196; de forma parecida, sentencia de la Corte IDH de 26 de mayo de 2010 (*Caso Cepeda Vargas c. Colombia*). Excepciones. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, § 150, alertando de la necesidad de imponer «penas adecuadas en relación con la gravedad». Una fórmula similar ha sido empleada por el TEDH al afirmar que no puede haber una manifiesta desproporción entre la gravedad del hecho y el castigo impuesto al autor [STEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Caso Nikolova and Velichkova c. Bulgaria*), § 62; STEDH de 3 de junio de 2010 (*Caso Gäfgen c. Alemania*), §§ 123-124; STEDH de 14 de enero de 2021 (*Caso Sabalić v Croacia*, §§ 110-111) o que los hechos han de ser sancionados de manera suficiente para así no generar una sensación de impunidad [STEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Caso Abdulsamet Yaman c. Turquía*), § 55]. Esta obligación también puede ser extraída de algunos tratados, así, véase, por ejemplo, el art. 4.2 de la de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, donde se establece que «todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad».

¹⁸⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., p. 23.

¹⁸¹ MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección», cit., pp. 246-247, quien además advierte una reformulación del principio de subsidiariedad implícito en la prohibición de exceso. Según este principio solo se debe intervenir penalmente si no se pueden alcanzar los fines perseguidos por otros medios, si bien para los tribunales de derechos humanos esta intervención ya no se encuentra solo permitida, sino que es obligatoria; también es consciente de lo anterior, en relación con la jurisprudencia del TEDH, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., p. 15.

2.3 COMPATIBILIDAD CON LAS MEDIDAS PREMIALES

Del análisis de las páginas anteriores puede colegirse que, en relación con la discrecionalidad estatal para enfrentar determinadas violaciones de los derechos humanos –cabe entender, en la línea del TEDH y de las Naciones Unidas que serían solo las más graves que afecten a bienes jurídicos personalísimos–, el deber de castigo impone a los Estados una serie de mínimos: el Estado estaría obligado a investigar, enjuiciar e imponer una pena proporcional a la gravedad de los hechos. Queda entonces examinar su compatibilidad con la facultad estatal de conceder medidas premiales que atemperen el rigor punitivo.

El grueso del análisis quedará vinculado al TEDH y la Corte IDH. En relación con Naciones Unidas, baste señalar que, aunque existe alguna que otra resolución que implícitamente validaría la concesión de amnistías respecto de las violaciones más graves contra los derechos humanos¹⁸², su tendencia actual es justo la contraria. Bajo su punto de vista, las amnistías promulgadas en escenarios de transición, a pesar de que pueden contribuir a la reinserción de civiles y excombatientes desplazados, no pueden servir como una excusa que lleve a la impunidad –entendida no solo como ausencia de castigo, sino como falta de imposición y ejecución de una pena apropiada, por lo que se debe hacer extensiva esta limitación a medidas como el indulto o las suspensiones de la pena– del genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves de los derechos humanos¹⁸³.

2.3.1 *La jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos.*

Los órganos interamericanos de derechos humanos han adoptado una postura muy restrictiva respecto a la admisibilidad de este tipo de medidas. Así, en primer lugar, la CIDH ha defendido que aquellas amnistías cuyo ámbi-

¹⁸² Véase en este sentido, Report of the Secretary-General on the Situation of Democracy and Human Rights in Haiti (Doc. ONU. A/47/975-S/26063).

¹⁸³ Resolución 2002/79, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 25 de abril de 2002. Doc. ONU. E/CN.4/RES/2005/81, Impunidad, p. 2; Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición, cit., p. 14: «los acuerdos de paz aprobados por Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves a los derechos humanos». Véase también, JOINET, L., «Informe final acerca de la cuestión de la impunidad», cit., principio 25; ORENTLICHER, D., «Conjunto de principios actualizado», cit., principio 24. Específicamente sobre las posturas de los distintos comités encargados de monitorizar la aplicación de tratados como el PIDCP o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, véase, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., pp. 1-50, 150-180.

to objetivo abarque los crímenes de mayor trascendencia contra la comunidad internacional han de entenderse contrarias a la obligación estatal de investigación, enjuiciamiento y castigo de este tipo de delitos¹⁸⁴. Coincide esta percepción con la mantenida por la Corte IDH en su jurisprudencia, donde ha afirmado en reiteradas ocasiones que las amnistías dictadas en casos de graves violaciones de derechos humanos irían en contra del deber de garantía del art. 1.1 de la CADH y de los arts. 8.1 y 25 de la misma, al impedir que los familiares de las víctimas puedan ser oídos por un juez, al tiempo que implican la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos¹⁸⁵.

De hecho, la exégesis de la Corte IDH iría más allá de la –expresamente– sostenida por la Comisión, en tanto lleva la prevalencia del deber de castigo aún más lejos si cabe. Desde lo que ha sido calificado como una «visión punitivista de los derechos humanos»¹⁸⁶, la obligación de enjuiciamiento y castigo no solo sería incompatible con medidas premiales como las amnistías o los indultos, sino que de la misma forma habrían de entenderse inadmisibles «las disposiciones sobre prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos»¹⁸⁷.

La defensa del castigo como obligación ineludible de los Estados alcanza tal magnitud que la Corte llega a renunciar a principios básicos del Derecho penal como el *ne bis in idem* o la cosa juzgada –reconocidos explícitamente en la CADH– con el fin de asegurar que aquel es efectivamente impuesto¹⁸⁸. Más

¹⁸⁴ Entre otros, informe núm. 28/92, de 2 de octubre de 1992, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, y 10.311. Argentina, §§ 40-41; informe núm. 29/92, de 2 de octubre de 1992, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Casos 10.029, 10.036 y 10.145. Uruguay, §§ 50-51.

¹⁸⁵ Sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001 (*Caso Barrios Altos c. Perú*), §§ 42-43; sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 172; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 227.

¹⁸⁶ MALARINO, E., «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, K. / ELSNER, G. / MALARINO, E. (Coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Vol. I*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 45-46.

¹⁸⁷ Sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001 (*Caso Barrios Altos c. Perú*), § 41; esto ha sido reiterado, entre otras, en sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 112; sentencia de la Corte IDH de 29 de noviembre de 2006 (*Caso La Cantuta c. Perú*), § 152; sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 172; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), §§ 195-196; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 283.

¹⁸⁸ En relación con el principio «*non bis in idem*», véase la sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 154: «si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos [...]»

aun, tal como dictaminó la Corte en relación con la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado aprobada mediante referéndum en Uruguay, no solo serían contrarias a las obligaciones internacionales de los Estados las llamadas «autoamnistías» —entendiendo por tales las concedidas por los perpetradores de las violaciones a sí mismos— sino también todas aquellas cuya *ratio legis* suponga una grave violación de las disposiciones del derecho internacional, con independencia de que el proceso de adopción seguido haya revestido o no caracteres democráticos, pues ello no trascendería de una cuestión meramente formal¹⁸⁹. Esta visión restrictiva de las amnistías ha permeado en la jurisprudencia de Chile¹⁹⁰, Perú¹⁹¹, Argentina¹⁹² y Uruguay¹⁹³.

En cualquier caso, debe resistirse la tentación de extraer de la jurisprudencia y decisiones anteriores una prohibición absoluta de conferir amnistías u otras medidas premiales. Primero, debido a que las afirmaciones contenidas en aquellas no pueden ser escindidas del contexto en el que fueron emitidas¹⁹⁴. Entender el contexto es, a todas luces, indispensable a efectos de evitar inferir conclusiones que difícilmente pueden ser trasladables fuera de aquel. El conglomerado de jurisprudencia y decisiones de los órganos interamericanos ha

pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplazan la protección del *non bis in ídem*; sentencia de la Corte IDH de 29 de noviembre de 2006 (*Caso La Cantuta c. Perú*), § 153; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 254.

¹⁸⁹ Sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), §§ 226-229; sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*), § 175; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 286. Véase también, sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 120, donde la Corte advierte que el hecho de que las normas de amnistía hayan sido adoptadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o no es indiferente a efectos de su validez.

¹⁹⁰ Sentencia de 13 de diciembre de 2006 la Corte Suprema de Chile. Caso Molco. Rollo núm. 559-2004. Considerandos 2.º y 20.º; véase también, sentencia de 13 de noviembre de 2007 de la Corte Suprema de Chile. Caso de Secuestro Calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje. Recurso de Casación. Rollo núm. 6186-2006. Considerando 28.º

¹⁹¹ Sentencia de 2 de marzo de 2007 del Tribunal Constitucional de Perú (*Caso Santiago Martín Rivas*. Recurso de agravio constitucional. Expediente núm. 679-2005-PA/TC), § 60: «las leyes de amnistía [en cuestión] son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos».

¹⁹² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de 14 de junio de 2005 (Simón, Julio Héctor y otros *s/* privación ilegítima de la libertad, etc. —causa núm. 17.768—), considerando 26.º: «toda regulación de derecho interno que, invocando razones de “pacificación” disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida».

¹⁹³ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay núm. 365/2009 de 19 de octubre de 2009. Considerando III.8.

¹⁹⁴ Así, sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*). Voto concurrente del Juez Diego García-Sayan, §§ 8-9.

sido elaborado tomando como pivote de estudio amnistías cuyo objetivo principal era excluir la responsabilidad penal de los perpetradores, sin condicionamiento alguno a la satisfacción de los derechos de las víctimas; por lo tanto, hay que mantener una cierta cautela a la hora de entender dicha incompatibilidad como incondicional¹⁹⁵.

De hecho, es posible encontrar decisiones y jurisprudencia de los mismos órganos que dejan abierta la posibilidad de hacer uso, bajo determinadas condiciones, de medidas premiales en la elaboración de un sistema transicional. En algunos de sus informes de la década de los 80 y 90 del siglo pasado, la CIDH adoptó una postura flexible –vanguardista para la época– en la que defendía el carácter sensible y extremadamente delicado de la investigación y eventual sanción a los responsables de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social debería ser armonizada con las ineludibles exigencias de la revelación de la verdad y la consecución de la justicia¹⁹⁶.

La concesión de amnistías y medidas similares sería aceptable cuando viniera justificada por razones de paz social, reconciliación y consolidación del régimen democrático. En todo caso, sería necesario que fueran aprobadas por órganos democráticos, con la participación de todos los sectores representativos de la sociedad, sin que puedan tener validez jurídica alguna las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones, resultando ineludible investigar los hechos anteriores a fin de dar satisfacción al derecho a la verdad de las víctimas¹⁹⁷.

Esta referencia a la paz como valor que debe entrar en juego en la ponderación también está presente en el voto particular de García-Sayan en el caso de *Masacres del Mozote c. El Salvador*¹⁹⁸, donde, debe recordarse, la Corte declaró la falta de validez de la Ley de Reconciliación Nacional y la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (El Salvador). El entonces presidente de la Corte IDH bosquejó que la consecución de la paz permitiría atemperar el último estadio del deber de castigo –esto es, el referido a la aplicación de san-

¹⁹⁵ SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., p. 109.

¹⁹⁶ CIDH. Informe Anual de 1985-86. Capítulo V: campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; posteriormente reiterado en, CIDH. Informe Anual de 1993. Nicaragua. Capítulo IV. Derecho a la justicia y debido proceso.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*). Voto concurrente del Juez Diego García-Sayan, § 37: «(El Estado tiene) la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance».

ciones proporcionales a la gravedad de la infracción¹⁹⁹— siempre que existieran mecanismos complementarios que satisficieran los derechos de las víctimas y que las penas atenuadas o incluso la suspensión de aquellas obedeciera tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información²⁰⁰.

La idea de que la existencia tanto de una justa causa, como de medidas complementarias orientadas a las víctimas, daría origen a una diferente lógica de proporcionalidad que permitiría atemperar significativamente el rigor punitivo ordinario también puede localizarse —aunque muy tímidamente— en parágrafos muy concretos de determinadas sentencias de la Corte IDH. Así, ya en su primera sentencia, la Corte IDH advertía que si bien pueden existir circunstancias legítimas del orden jurídico interno que permitirían no aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables —lo que, en cierto modo, es reconocer la posibilidad de renunciar al castigo ordinariamente correspondiente—, ello no sería óbice para eludir el cumplimiento de la obligación de investigar los hechos y de satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad²⁰¹.

Incluso puede afirmarse que esta forma flexible de concebir el deber de castigo en contextos de transición sería la que implícitamente subyacería en alguna de sus sentencias más recientes. Así, en *Vereda La Esperanza c. Colombia*, la Corte IDH afirmó, en relación con las penas previstas en Ley de Justicia y Paz relativa al proceso de paz entre el Estado colombiano y determinados grupos de paramilitares²⁰², que no ponía en duda la proporcionalidad del beneficio de la pena alternativa que se aplica a los postulados que resultan condenados y que cumplen con los requisitos por la ley fijados²⁰³. En consecuencia, es posible conjeturar que pese a que *prima facie* la Corte IDH parece mantener una postura de manifiesta y total incompatibilidad de las amnistías y otras medidas premiales

¹⁹⁹ La clasificación que realiza *Ibid.*, § 28, no difiere en exceso de la aquí efectuada, así distingue un primer nivel que se correspondería con las tareas de investigación y esclarecimiento los hechos; un segundo nivel, en el que se debería producir la identificación de las responsabilidades individuales; y el mencionado último nivel referido a la aplicación de una pena proporcional a la gravedad de los hechos. La falta de concreción de este último estadio no debería provocar que el resto se vieran afectados o diferidos.

²⁰⁰ *Ibid.*, §§ 28, 30, 36.

²⁰¹ Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*), § 181. En línea con la interpretación propuesta por la Corte IDH, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., p. 87.

²⁰² En este sentido, el art. 29 de la Ley 975 de 2005, de Justicia y Paz prevé, en relación con los diversos delitos cometidos, una pena mínima de prisión de 5 y máxima de 8 años, de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de aquellos. Como requisito necesario para poder llegar a beneficiarse de la aplicación de esta pena alternativa, el art. 2 de la Ley 975 obligaba a la desmovilización de los grupos armados, contribuyendo a la reconciliación nacional. Asimismo, los arts. 7.º y 8.º de la Ley 975 establecían la obligación de satisfacer el derecho a la verdad y a la reparación.

²⁰³ Sentencia de la Corte IDH de 31 de agosto de 2017 (*Caso Vereda La Esperanza c. Colombia*), § 224.

con el deber de castigo, no cierra definitivamente la puerta a que, bajo determinadas circunstancias y condiciones, aquel pueda flexibilizarse en el estadio relativo a la imposición y ejecución de una pena ajustada a la gravedad de la infracción.

2.3.2 *La jurisprudencia del TEDH*

A diferencia del sistema interamericano de derechos humanos, el TEDH no ha tenido demasiadas oportunidades de pronunciarse sobre la admisibilidad de medidas premiales en contextos propios de transición, donde impera una tensión entre los distintos objetivos a alcanzar. No obstante, pueden esbozarse una serie de conclusiones a partir de su jurisprudencia y decisiones. Lo primero que debe señalarse es que el TEDH parte, como su homólogo interamericano, de la incompatibilidad entre deber de castigo y aquellas medidas premiales que redunden en la imposición de una pena desproporcionada –por defecto– respecto de la gravedad del hecho²⁰⁴.

Así, en su jurisprudencia ha advertido que los procesos penales referentes a las graves violaciones a los derechos humanos no deberían admitir ni amnistías ni indultos al respecto²⁰⁵, ni otras medidas como la suspensión de la pena²⁰⁶. Sin embargo, aunque *prima facie* parece inclinarse por la incondicionalidad de este deber, al mismo tiempo –consciente quizás de que dicha posición podría traerle problemas en un futuro en el que, por ejemplo, debiera pronunciarse sobre un acuerdo de paz que pusiera fin al conflicto armado en Ucrania– introduce una serie de matices que podrían dotar a aquel de una cierta flexibilidad en determinados contextos²⁰⁷.

²⁰⁴ De esta opinión, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía», cit., p. 947; similar, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., p. 111.

²⁰⁵ STEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Abdişamet Yaman c. Turquía*), § 55; STEDH de 7 de junio de 2018 (*Mocanu y otros c. Rumania*), § 326; concretamente respecto de las amnistías, véase, Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2009 (*Ely Ould Dah c. Francia*), p. 17, indicando que las amnistías se encuentran generalmente prohibidas bajo el prisma del derecho internacional; de igual manera, STEDH de 27 de mayo de 2014 (*Margus c. Croacia*), § 139, afirmando que existe una tendencia cada vez mayor en derecho internacional de encontrar las amnistías como inaceptables en tanto incompatibles con la unánimemente reconocida obligación de los Estados de enjuiciar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos.

²⁰⁶ STEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Nikolova and Velichkova c. Bulgaria*), §§ 59-64. Véase también, STEDH de 8 de abril de 2008 (*Ali and Ayse Duran c. Turquía*), § 69, donde, al hilo de la Ley de Amnistía 4455 de Turquía que preveía la suspensión de la pena impuesta tras la debida investigación y enjuiciamiento, advierte que la suspensión de la ejecución es asimilable a una amnistía parcial, medida que resultaría inadmisibles.

²⁰⁷ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía», cit., p. 914, habla de un estatus de indefinición avanzado; similar, JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», cit., pp. 452, 457, conjeturando que el TEDH se muestra ambivalente, probablemente para no cerrar ninguna puerta de cara al futuro. En este sentido,

De esta forma, a finales de la década de 1990, la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Dujardin c. Francia*, reconoció que una amnistía que abarcara delitos como el asesinato no sería, *per se*, contraria al CEDH, a no ser que formara parte de una práctica generalizada dirigida a la prevención sistemática del enjuiciamiento a los responsables²⁰⁸. Fuera de dichos casos, afirmó la capacidad del Estado para ponderar entre sus intereses legítimos y los de sus ciudadanos, confirmando la validez de la amnistía dictada en Nueva Caledonia en atención a su carácter de medida excepcional adoptada con el objetivo de poner fin a los conflictos existentes entre las diversas comunidades que habitaban la isla²⁰⁹. La idea que subyace en el fondo, a saber, la noción de reconciliación como justa causa que dotaría de legitimidad a esta clase de medidas, está igualmente presente en decisiones y sentencias posteriores.

Así, en el caso *Ely Ould Dah c. Francia*, al tiempo que afirmaba que las amnistías se encontraban generalmente prohibidas, el TEDH adicionó que «no se podría excluir la posibilidad de un conflicto entre, por un lado, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos y, por otro, la voluntad de reconciliación del cuerpo social de un país»²¹⁰. Un razonamiento similar está presente en el caso *Asociación «21 de diciembre del 1989» y otros c. Rumanía*, donde el TEDH reiteró la fórmula por la que consideraba que las amnistías eran generalmente incompatibles con el deber de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, si bien añadió a lo anterior la enorme importancia de que las víctimas y sus familiares pudieran conocer la verdad de lo sucedido, lo

véase, STEDH de 7 de junio de 2018 (*Mocanu y otros c. Rumania*). Partly dissenting opinion of Judge Wojtyczek, § 11, donde alerta de que la ambivalencia existente en la jurisprudencia del TEDH respecto de las amnistías provoca que su posición precisa respecto de la compatibilidad o no de aquellas con el Convenio aún debe ser clarificada.

²⁰⁸ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 1991 (*Caso Dujardin c. Francia*), p. 243.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 244; lo referido a la capacidad de ponderación del Estado fue reiterado en STEDH de 11 de diciembre de 2012 (*Caso Tarbuk c. Croacia*), § 50. Como indica CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía», cit., p. 920, el preciso contenido de todos estos criterios resulta imposible de determinar, ya que la Comisión se limitó a afirmar que a su juicio concurrían en el caso, lo que deja numerosas preguntas abiertas y sin una respuesta en un sentido evidente.

²¹⁰ Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2009 (*Ely Ould Dah c. Francia*), p. 17. En cualquier caso, a continuación añade que «sin embargo, como el Tribunal ha observado ya, la prohibición de la tortura ocupa un lugar destacado en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas. La obligación de perseguir a los criminales no debe, por lo tanto, verse socavada por la concesión de impunidad al autor en forma de una ley de amnistía que pueda considerarse contraria al derecho internacional». En este sentido, en atención a una interpretación sistemática, existen autores que consideran que el TEDH se mantuvo aquí contrario a la admisibilidad de este tipo de medidas respecto de los delitos más graves incluso aun cuando pudiera darse dicha clase de conflicto de intereses. En este sentido, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía», cit., pp. 931-933, con múltiples referencias a los autores que han sostenida una u otra interpretación similar; de igual opinión, JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», cit., p. 462.

que conllevaría un derecho a una investigación judicial eficaz y, en su caso, el derecho a una reparación²¹¹.

Pese a que el TEDH prescindió del concepto de reconciliación nacional empleado anteriormente como posible elemento que legitimara las amnistías, no pasaría mucho tiempo hasta que el término fuera nuevamente rescatado y vinculado a la legitimidad de aquellas. Así, en el caso *Margus c. Croacia*, a pesar de anunciar la creciente tendencia a considerar incompatibles las amnistías con el deber de castigo, reconoció que estas serían posibles «cuando existen algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación», así como la existencia de algún tipo de compensación –cabe suponer que en forma de medidas complementarias– a las víctimas²¹². Como puede observarse, en esta sentencia el TEDH condensa los elementos de reconciliación y de satisfacción de los derechos de las víctimas que, por separado, habían estado presentes en su jurisprudencia anterior, si bien dentro de una lógica general de inadmisibilidad de este tipo de medidas, lo que hace que realmente pueda dudarse de si se trata de una nueva postura en relación con aquellas o no²¹³.

2.4 TOMA DE POSICIÓN: UNA DEFENSA DE LA NATURALEZA RELATIVA DEL DEBER

El objetivo del presente apartado será precisar en qué medida el fundamento que los tribunales de derechos humanos otorgan al deber de castigo hace de la imposición de la pena proporcionada a la gravedad del hecho una exigencia inderogable en contextos de justicia de transición. A este respecto, aun reconociendo la existencia de una obligación tanto de proteger y asegurar el disfrute de los derechos humanos, como de castigar las violaciones a estos, la conclusión de que las medidas premiales son contrarias al derecho internacional sólo puede extraerse si se introduce una tercera premisa, a saber, que la obligación de castigar es una obligación absoluta²¹⁴.

²¹¹ STEDH de 12 de abril de 2016 (*Asociación «21 de diciembre de 1989» y otros c. Rumanía*), § 144.

²¹² STEDH de 27 de mayo de 2014 (*Margus c. Croacia*), § 139.

²¹³ Como indica CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía», cit., p. 941, resulta complejo compatibilizar ambos argumentos del TEDH. Así, podría sostenerse que respecto del TEDH nada esencial habría ocurrido o cambiado, por lo que estaríamos ante una suerte de vuelta a los inicios, o de desarrollo casi circular, que situaría la cuestión en un estado no muy distinto al de 1991. Con todo, el autor considera que las pequeñas matizaciones introducidas no tienen entidad suficiente para modificar la conclusión general de que las amnistías son incompatibles con dicho deber.

²¹⁴ Así, GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 676.

En relación con ello, merece la pena detenerse brevemente en la justificación que, a favor de su carácter absoluto, emplea Roht-Arriaza. La mencionada autora parte de la distinción entre derechos derogables y no derogables, de suerte que una medida que elimine un derecho derogable podrá ser inválida si, por extensión, también menoscaba un derecho no derogable²¹⁵. Esto sería precisamente lo que, a juicio de la autora, sucedería en relación con las medidas premiales concedidas a los victimarios de los crímenes más graves contra los derechos humanos. Mientras el derecho a un remedio efectivo y a la protección estatal efectiva estarían incardinados dentro de los derechos derogables, algunos de los derechos que en última instancia serían objeto de protección –por ejemplo, el derecho a la vida o a la integridad física– habrían de ser subsumidos dentro de los no derogables y, en consecuencia, no admitirían la flexibilización del castigo²¹⁶.

No obstante, existen buenos argumentos para oponerse a la idea de que todo deber fundado en un derecho absoluto es, del mismo modo, absoluto²¹⁷. Aquí me interesan aquellos que estarían relacionados –directa o indirectamente y en mayor o menor medida– con la naturaleza del deber que nos ocupa. El deber de punir –de existir– sería, indudablemente, un deber de naturaleza activa cuyo incumplimiento se produciría a partir de la omisión del Estado del comportamiento debido. Siendo esto así, debe tenerse en cuenta que los deberes de actuar solo pueden ser absolutos en un contexto que difícilmente concurrirá en la realidad: aquel en el que el sujeto no se encuentra obligado por otro deber de fuerza igual o superior, puesto que de lo contrario nada excluiría una colisión de deberes que haga que uno deba ceder²¹⁸.

²¹⁵ ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 486.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 486. La autora extrae esta conclusión de los dispuesto en algunos tratados de los que se extrae dicho deber de garantía y que contienen una cláusula de derogación de estos deberes para determinados casos, así entre otros, art. 27.1 CADH: «en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional»; de manera idéntica, art. 4.1 PIDCP; art. 15.1 CEDH. No obstante, los mismos instrumentos declaran que dicha posibilidad de suspensión no operará respecto a, entre otros, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, así como la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados. Esta inderogabilidad ha sido expresamente señalada en ocasiones por el TEDH. Así, por ejemplo, en STEDH de 26 de julio de 2005 (*Siliadin c. Francia*), § 112, se declara como inderogable la obligación de impedir la esclavitud. El mismo razonamiento que el seguido por Roht-Arriaza puede apreciarse en el marco de la CPI en ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza on the Judgment on the appeal of Mr Saif Al Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”», §§ 45-46.

²¹⁷ Convincentemente sobre esta distinción, JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», cit., pp. 453, 464 ss.

²¹⁸ GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 678; íd., «Por que inexistem», cit., pp. 101-102.

El abanico de valores, derechos y obligaciones enfrentados en los contextos de justicia de transición condiciona entonces la posibilidad de considerar como absoluta la prohibición de recurrir a amnistías, indultos o atenuaciones de la pena en relación con los crímenes más graves contra los derechos humanos²¹⁹. Si en estos casos se hace uso del argumento referido a que los Estados no pueden prescindir de la imposición de un castigo proporcional a la gravedad del hecho porque a ello obliga el ordenamiento jurídico internacional, debe tenerse en cuenta que en este también existen otras obligaciones que disfrutaban de un estatus de enorme importancia, como por ejemplo mantener la paz²²⁰ –en el sentido de no perpetuar una situación de conflicto que suponga un peligro para aquellos– o el impedir socavar el Estado de derecho²²¹.

Más aun, los Estados también se encuentran obligados a dar una satisfacción a los derechos de las víctimas y la sociedad a la verdad y la reparación, antojándose muy complicado imaginar cómo ello podría suceder en un contexto de guerra abierta entre dos partes o en el que el propio Estado o sus instituciones actúan como plataforma desde la que perpetrar los delitos²²².

A este respecto, un argumento muy relacionado con lo anterior tiene que ver con la idea de que las disposiciones internacionales son elaboradas sobre la base de un contexto de normalidad social, en el sentido de que cada una de ellas –o su conjunto– no son concebidas para su empleo en escenarios propios de transición, posteriores a fenómenos de violencia colectiva²²³. Las obligaciones derivadas de los tratados deben ser entonces interpretadas de tal manera que admitan ciertas

²¹⁹ SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 184.

²²⁰ Así lo demuestra tanto el hecho de haber sido reconocida en diversos tratados de derecho internacional como un objetivo fundamental a alcanzar (sin ánimo de exhaustividad: art. 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas, haciendo referencia a que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es el mantener la paz y la seguridad internacionales; arts. 1 y 2.a) de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948 afirmandose que uno de los objetivos es lograr y afianzar un orden de paz respectivamente) o un principio orientador de los derechos en ellos reconocidos (preámbulo DUDH; preámbulo PIDCP), como el formar parte de los derechos y deberes del orden constitucional de determinados países (sirva como ejemplo el art. 22 de la Constitución Política de Colombia, donde se establece que «la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento»).

²²¹ GRECO, L., «Amnestien», cit., pp. 678, 683-685; íd., «Por que inexistem», cit., p. 102; en sentido similar, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., p. 37; JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», cit., pp. 467-468.

²²² Como indica BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 26, la satisfacción de los derechos de las víctimas depende de la existencia de una democracia pacificada cuya existencia puede, paradójicamente, ponerse en peligro por el Derecho penal.

²²³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «En busca del efecto útil de las normas internacionales: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición ante contextos de violencia colectiva», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Ministerio de Economía y Competitividad y Dykinson, 2017, pp. 19-20.

excepciones o un margen de apreciación por los Estados²²⁴ y, en consecuencia, que puedan desplegar algún efecto en la realidad en la que han de ser aplicadas.

Entender el deber de castigo como absoluto e inflexible puede llevar a situaciones de imposibilidad de cumplimiento de este –pero también de otros deberes– igualmente absoluta²²⁵. Así, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en su sentencia referida al análisis de la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*, cuyo art. 20 recogía la posibilidad de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos, estableció que la alternativa era mantener el derecho al enjuiciamiento y al castigo vigente en abstracto, pero sin la posibilidad de desarrollarlo de manera concreta, al igual que hubiera sucedido con el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad²²⁶.

Por otro lado, tampoco los deberes de los que ha sido derivado el deber de castigo –y que primariamente justificarían el recurso al *ius puniendi*– invitan a conceptualizar aquel como absoluto. En este punto debe recordarse que mientras la Corte IDH parece vincular en mayor medida la necesidad de castigo con el deber de asegurar a las víctimas un remedio efectivo, el TEDH ha inferido dicha necesidad respecto del deber de garantía de los derechos. Adviértase que, sin embargo, en esta vinculación del castigo a un objetivo ulterior lo que veladamente oculta no es otra cosa que diferentes concepciones sobre cuál sería el fin que habría de perseguir la pena y que vendría a justificar su imposición.

Ello se hace especialmente evidente en relación con la vertiente positiva del deber de garantía. A la idea de que es tarea del Estado proteger y garantizar los derechos de sus ciudadanos subyace una concepción preventivo-general de la pena como instrumento centrado en la evitación del delito²²⁷. La afirmación de que la impunidad –entendida no solo como la ausencia total de castigo, sino también como la imposición de una pena demasiado débil– propiciaría nuevas violaciones a futuro²²⁸ solo puede justificar el recurso al castigo si se entiende

²²⁴ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 37; véase también JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», cit., p. 469, con múltiples referencias a la jurisprudencia del TEDH donde se reconoce la existencia de un margen de apreciación estatal en lo que a los deberes positivos se refiere.

²²⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «En busca del efecto útil», cit., p. 19; véase también, ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 4, quien alerta de que establecer estándares demasiado rígidos e impracticables puede llevar a socavar el derecho internacional en tanto en estos contextos los gobiernos pueden no disponer del poder suficiente para cumplir con esas obligaciones.

²²⁶ Constitutional Court of South Africa, Case CCT17/96, *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, § 18.

²²⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., p. 4; en sentido similar, véase también. ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., pp. 2542, 2568, 2600; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 179; VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal», cit., p. 325; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 14.

²²⁸ Esta afirmación puede encontrarse en sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2000 (*Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*), § 211; sentencia de la Corte IDH de 11 de mayo de 2007 (*Caso Masacre La Rochela c. Colombia*). Fondo, Reparaciones y Costas, § 289; sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*), § 206; también es posible encontrar esta lógica preventiva

aquel como el único recurso que aseguraría un efecto disuasivo suficiente a los efectos de garantizar la vigencia real de los derechos que potencialmente pudieran verse afectados en el futuro por delitos similares²²⁹.

No obstante, una vez se opta por adoptar un razonamiento preventivo, el castigo queda configurado como un medio cuyo empleo esta únicamente legitimado en tanto coadyuve a alcanzar el fin último de la protección de los derechos. Por ello, no resulta evidente –y, de hecho, creo que supone un salto argumentativo²³⁰– derivar de este deber de protección un deber de punición irrestricta, pues un deber de medio nunca puede ser incondicional²³¹. Que los derechos humanos obliguen al Estado a tomar políticas activas de protección no implica, desde luego, que estas deban concretizarse través del Derecho penal²³².

El factor decisivo será entonces si el Estado puede dar satisfacción a dicho fin preventivo-general sin hacer uso de una pena proporcionada a la gravedad del hecho. Así, su imposición solo resultaría ineludible cuando aquel fin no pudiera alcanzarse por medios alternativos como puede ser a través del es-

referida a que la impunidad fomentaría un mayor número de violaciones de derechos humanos a futuro en muchas de las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre ello, en profundidad, SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., pp. 15 ss.

²²⁹ De hecho, esta es la lógica expresamente dominante en el acervo jurisprudencial del TEDH, así, por ejemplo, en Sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1985 (*X e Y c. Países Bajos*), § 27, se estableció que allí donde están en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada, la protección que ofrece la ley civil es insuficiente; de esta manera, la disuasión efectiva podría alcanzarse solo a través de provisiones penales. Esto ha sido reiterado de manera idéntica en STEDH de 4 de diciembre de 2003 (*M. C c. Bulgaria*), § 150; STEDH de 26 de julio de 2005 (*Siliadin c. Francia*), § 114). Esta concepción del castigo como instrumento preventivo se hace aún más evidente en STEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Nikolova and Velichkova c. Bulgaria*), §§ 61-62; STEDH de 3 de junio de 2010 (*Gäfgen c. Germany*), §§ 123-124; STEDH de 14 de enero de 2021 (*Sabalić v Croatia*), §§ 96, 110-111, donde el Tribunal alerta de que una manifiesta desproporción entre la gravedad del hecho y el castigo impuesto al autor haría perder al deber su sentido pues no se alcanzaría el efecto disuasivo necesario en orden a prevenir ulteriores violaciones, lo que resulta necesario a efectos de que los derechos protegidos sean prácticos y efectivos y no meramente teóricos o ilusorios. Aun cuando, como he señalado, los órganos interamericanos de derechos humanos parecen vincular el castigo con la reparación a la víctima, en ocasiones es posible encontrar una lógica preventiva similar a la señalada. Así, en CIDH. Informe núm. 36/96. Caso 10.843. Chile, § 50, se afirma que las amnistías eliminan la medida más efectiva para poner en vigencia tales derechos: el enjuiciamiento y castigo a los responsables. En el mismo sentido, la Corte IDH ha requerido el castigo para prevenir futuros crímenes [Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*), § 175], llegando a sostener que la imperiosa necesidad de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad [Sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 244].

²³⁰ De la misma opinión, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 177-178.

²³¹ GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 683; íd., «Por que inexistem», cit., pp. 100, 104. Precisamente por ello me sorprende que en ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza, cit., §§ 49-51, pese a derivar la magistrada el deber de castigo del deber de garantía, afirme al mismo tiempo –sin percatarse de la evidente contradicción en la que incurre– la naturaleza absoluta y *erga omnes* del deber.

²³² AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 31-32.; en el mismo sentido, GIL GIL, A., *La justicia de transición en España*, cit., pp. 102-103. GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 683; íd., «Por que inexistem», cit., p. 100.

tablecimiento de una comisión de la verdad o de medidas de reparación²³³. Más aún dadas las posibles falencias de la vertiente disuasiva de la pena para desplegar sus efectos en estos contextos²³⁴.

Y es que, el hecho de que la pena —en tanto la más contundente de las herramientas de las que dispone el Estado— sea un medio funcional a la evitación de delitos, no implica que esta sea el único existente o que su capacidad preventiva opere de manera idéntica en cualquier contexto. Sorprende la nula atención prestada en la jurisprudencia examinada a este argumento. En aquellos escenarios en los que la imposición de la pena ordinariamente establecida puede llevar a una continuación de las hostilidades —y con ello a una nueva violación de numerosos derechos humanos²³⁵—, la tesis de la prevención se derrota a sí misma²³⁶.

Este mismo razonamiento puede hacerse extensivo —con un mayor o menor grado de matices— a la otra posibilidad remanente de justificación del deber de castigo, esto es, a partir de la concepción del *ius puniendi* como remedio a la víctima. Se trata esta última de una idea cuya lógica no es fácil de entender. Así, pueden distinguirse dos posibilidades interpretativas, las dos, a mi juicio, insuficientes e insatisfactorias para dotar de una naturaleza absoluta al deber de castigo. La primera posibilidad sería entender que, también en estos casos, el deber de punir estaría relacionado con el deber de proteger los derechos de manera efectiva. La víctima ostentaría un derecho a que el Estado ejercitara el *ius puniendi* contra los responsables de los delitos cometidos ya que, de lo contrario, el disfrute de sus derechos se tornaría inefectivo en la práctica²³⁷. Sin embargo, debe advertirse que en tanto la violación acontecida ya no es evitable, los derechos a los que se hace referencia y respecto de los que la pena actuaría como remedio solo pueden ser aquellos que aún no han

²³³ GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 683; íd., «Por que inexistem», cit., p. 100; de manera similar, SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 184.

²³⁴ Véase, *infra.*, Capítulo II. V.2.

²³⁵ Se trata de una lógica a la que no es completamente ajena el TEDH. Así, en STEDH de 27 de mayo de 2014 (*Caso Margus c. Croacia*), Joint concurring opinión of judges Sikuta, Wojtyczek and Vehabović, § 9: «no podemos descartar la posibilidad de que dicha amnistía sirva en algunos casos como instrumento que permita poner fin más rápidamente a un conflicto armado o a un régimen político que viole los derechos humanos, evitando así nuevas violaciones en el futuro».

²³⁶ MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 181; de manera similar, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., pp. 89-90.

²³⁷ Esta sería, *a priori*, la lógica subyacente en la jurisprudencia del TEDH. Así, en STEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Nikolova and Velichkova c. Bulgaria*), § 55, alertó, en relación con los ataques a los bienes jurídicos más importantes, que las consecuencias derivadas de estos no pueden ser remediadas por el pago de una compensación a la víctima, debido a que en tal caso, la ausencia de enjuiciamiento y castigo de los responsables haría posible el abuso de los derechos con total impunidad, de forma que la prohibición de lesionar aquellos derechos sería inefectiva en la práctica; reiterado, entre otros, en STEDH de 3 de junio de 2010 (*Gäfgen c. Germany*), § 119.

sido lesionados. Ello no solo distorsiona claramente la noción de remedio sino que implica que en ningún momento se abandone propiamente el argumento preventivo, por lo que las críticas anteriormente enunciadas son trasladables a este punto sin demasiado esfuerzo.

La segunda posibilidad pasaría por concebir el término remedio en sentido estricto, esto es, como recurso destinado a reparar un daño o inconveniente causado por un fenómeno anterior –en este caso, el delito– dando así satisfacción a los derechos sustantivos de las víctimas²³⁸. Empero, esta posibilidad tampoco me resulta convincente. En primer lugar, debido a que este supuesto derecho de la víctima a la imposición de un castigo al autor no aparece en el literal de ninguno de los tratados²³⁹.

En segundo lugar, porque la propia noción de remedio denota –de manera idéntica a como lo hace la idea de prevención– que este queda supeditado a la consecución de un fin, por lo que nada impediría que dicha obligación pudiera satisfacerse por vías alternativas a la penal cuando estas aparezcan como funcionalmente idóneas para ello²⁴⁰. En este sentido, ya he señalado que el derecho a la reparación puede alcanzarse en mayor medida fuera de la vía penal, y lo mismo defenderé en relación con el derecho de la víctima a la verdad²⁴¹. Por

²³⁸ Esta sería, según SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., p. 57, la manera en la que la Corte IDH justifica el recurso al castigo.

²³⁹ Como indica GIL GIL, A., *La justicia de transición en España*, cit., p. 102, en estos únicamente se señala que se ha de dotar a las víctimas de recursos judiciales, pero no se dice que tengan que ser necesariamente penales; similar, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 31. En relación con la Corte IDH, véase, MALARINO, E., «Activismo judicial», cit., pp. 43-48, alertando de que pese a que dicho derecho no está consagrado en la literalidad de la CADH, la Corte IDH lo ha invocado como medio a través del cual llevar a cabo un proceso de «ponderación» que le permite derogar, *de facto*, derechos explícitamente reconocidos en la Convención, como serían el principio de irretroactividad de las disposiciones penales (art. 9) o la prohibición del doble enjuiciamiento (art. 8.4); en una dirección similar, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima», cit., p. 13, señalando que la Corte IDH ha llegado al extremo de crear un estatuto jurídico de la víctima que se opone y neutraliza los derechos del imputado. Por otro lado, como indica MATUS ACUÑA, J. P., «Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, núm. 81, 2013, pp. 140 ss., una exégesis como la mencionada reduce al Estado al rol de árbitro entre el derecho de la víctima al castigo y el de los victimarios a un proceso con todas las garantías legales. Como el propio autor afirma, esto supone un auténtico disparate jurídico. En aquellos supuestos –cabe esperar que numerosos– en los que tales derechos individuales colisionen frontalmente y devengan incompatibles –por ejemplo, porque se haya decidido la absolución de los presuntos culpables pese a la existencia de una acusación particular– el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho deberá ponderarse frente al derecho de las víctimas al castigo. En el marco de dicha ponderación, deberá decidirse a que derecho se le otorga un mayor peso, de manera que, si aquella se inclina a favor del primero, se deberá volver a juzgar a los presuntos culpables tantas veces como sea necesario para obtener su castigo. Por mi parte, no dudo que la Corte IDH se encuentra profundamente marcada por las heridas –muchas de ellas aun sin cerrar– que el pasado más reciente ha dibujado sobre el rostro de Latinoamérica. Sin embargo, ello no justifica la derogación fáctica de principios que precisamente lo que buscan es un mayor garantismo frente a prácticas también tristemente habituales en dicho continente.

²⁴⁰ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España*, cit., p. 103; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 32.

²⁴¹ Véase *infra.*, Capítulo II. VI.3.

otro lado, tampoco resulta claro en qué medida el efectivo sufrimiento del victimario desplegaría efectos sanatorios en la víctima, más allá de colmar en todo o en parte su posible necesidad de venganza, siendo más numerosas las debilidades inherentes a las teorías que tratan de construir una teoría de la pena sobre un derecho de la víctima al castigo del autor que sus fortalezas²⁴².

3. Medidas premiales en contextos de transición y la CPI

3.1 MARCO GENERAL

En las siguientes páginas trataré de contestar a la pregunta de hasta qué punto las medidas de renuncia total o parcial a la pena por los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra son compatibles con la CPI. Dar una respuesta a este interrogante resulta capital, pues en la práctica es muy frecuente –y cabe esperar que así siga siendo– que exista una relación de convivencia e interdependencia²⁴³ que provoca que la CPI haya de ser percibida y analizada como un actor más en el «polifacético panorama de la justicia de transición»²⁴⁴. De poco, o más bien de nada, serviría que un Estado desarrolle un sistema penal transicional si la CPI lo rechaza y amenaza con poner en peligro la pacificación.

No existe ningún precepto del ER que contenga una alusión directa a la posibilidad de que un Estado parte otorgue amnistías o indultos, emplee sanciones alternativas a las ordinariamente previstas, o acuda a suspensiones o fuertes atenuaciones de la pena respecto de los crímenes abarcados por la competencia de la CPI. Si bien el art. 77.1 ER sí establece una pena máxima a imponer²⁴⁵, tampoco existe artículo alguno que fije una pena suelo que actúe como límite a la discrecionalidad punitiva estatal²⁴⁶.

En cualquier caso, el tema de las amnistías, indultos y medidas equivalentes sí fue abordado durante las negociaciones del ER. La delegación de EE. UU. hizo circular un documento en el que promovía un debate sobre la

²⁴² Véase *infra.*, Capítulo II. IV.

²⁴³ GROPENGEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 268.

²⁴⁴ STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 427.

²⁴⁵ A saber, la pena de prisión por un máximo de treinta años, aunque se admite «la reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado».

²⁴⁶ Es una práctica común en el contexto de los tribunales penales internacionales. Así, únicamente el art. 39 de la *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes committed During the Period of Democratic Kampuchea* fija una pena mínima de cinco años para los delitos en ella recogidos.

potencialidad de las amnistías para favorecer las transiciones democráticas, alcanzar la reconciliación nacional o poner fin a un conflicto armado²⁴⁷. No obstante, resultó imposible llegar a un acuerdo sobre su admisibilidad. Como pone de manifiesto Robinson –presente durante las negociaciones de Roma–, muchos miembros de los diferentes equipos de negociación se opusieron a la posibilidad de crear una regla de hierro según la cual el enjuiciamiento penal fuera la única respuesta aceptable en cualquier escenario²⁴⁸. Al mismo tiempo, otras delegaciones mostraron su rechazo a la alternativa de crear una excepción explícita que legitimara el recurso a las amnistías u otras medidas, pues consideraban que serían objeto de abuso en el futuro²⁴⁹.

Ante esta situación, se decidió acudir a lo que algunos han llamado «ambigüedad creativa»²⁵⁰, no haciendo mención alguna a las diferentes medidas premiales, pero adoptando una serie de disposiciones que permitieran a los futuros jueces y fiscales de la CPI decidir sobre la compatibilidad o no de estas con el ER²⁵¹. Estas disposiciones serían: el art. 16 ER, que faculta al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a aplazar el inicio o suspender una investigación o enjuiciamiento en curso por un plazo de doce meses prorrogables; el art. 17 ER, que se refiere al rol complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales; y, por último, el art. 53 ER, que permite al Fiscal no iniciar una investigación cuando este considere que existan razones sustanciales para creer que no redundará en «interés de la justicia». Si bien ha de reconocerse que una fórmula así otorga cierta flexibilidad, también es justo señalar que mediante esta ambigüedad los diferentes equipos de negociación trasladaron el problema al futuro, sacrificando precisión y seguridad jurídica en aras de un menor descontento que redundara en un mayor número de adhesiones²⁵².

²⁴⁷ U. S. DELEGATION, *State Practice Regarding Amnesties and Pardons*, 1997, p. 1. Disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/USDraftonAmnestiesPardons.pdf>>.

²⁴⁸ ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 483.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 483.

²⁵⁰ SCHARF, M., «The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, núm. 3, New York, Cornell Law School, 1999, p. 522, atribuye dicha expresión a Philippe Kirsch –presidente de la Conferencia Diplomática de Roma donde se negoció el ER– en una conversación privada durante una conferencia en Estrasburgo.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 521-522; ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 483; GOLDSTONE, R. / FRITZ, N., «“In the Interests of Justice” and Independent Referral: The ICC Prosecutor’s Unprecedented Powers», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, núm. 3, 2000, p. 667; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, núm. 3, 2005, p. 718, señalando que mediante esa fórmula se evitó una política de tolerancia cero hacia las amnistías, dejando margen a una ponderación entre las necesidades de las sociedades en transición y los requerimientos del derecho internacional.

²⁵² Lamentablemente, se trata de una práctica a la que se ven abogados incluso académicos de gran prestigio. Sirva como ejemplo especialmente representativo el caso de la profesora Diane Orentlicher, reconocida defensora de los derechos humanos y una de las académicas más brillantes. Durante años, la

A día de hoy, la CPI únicamente ha abordado tangencialmente el tema en el proceso contra *Saif al Islam Gaddafi*²⁵³. Así, en primera instancia consideró que, con independencia de las diferencias técnicas entre ambas figuras, existe una tendencia creciente a considerar que las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos no pueden ser objeto de amnistías o indultos bajo el prisma del derecho internacional²⁵⁴. No obstante, esta postura parece haber sido levemente corregida por la cámara de apelación de la CPI, excluyendo el razonamiento sobre la legalidad de las amnistías de la *ratio decidendi* –considerándolo *obiter dicta*– y concluyendo que el derecho internacional aún se encuentra en un estadio de desarrollo en relación con esta cuestión²⁵⁵.

Cabe destacar que, bajo el pretexto de que el art. 3 de la Ley 6/2015 General de Amnistía excluía de su ámbito material los delitos imputados a Gaddafi, la CPI evadió intencionalmente llevar a cabo un análisis de fondo sobre la admisibilidad de medidas como las amnistías bajo el paraguas del articulado previa-

profesora Orentlicher defendió, en numerosos y magníficos artículos, la incompatibilidad de las amnistías con el deber de persecución de aquellos crímenes más graves contra los derechos humanos. Así, en ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2614, llegó a recomendar que las futuras convenciones deberían hacer explícita la prohibición a los Estados de adoptar leyes o decretos que supusieran una preclusión del castigo penal respecto de aquellas personas que hubieran cometido delitos atroces. Años más tarde, en ORENTLICHER, D., «Immunities and Amnesties», en SADAT, L. N. (Ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, pp. 220-222, en un contexto en el que se proponía la creación de un Convenio que se ocupara específicamente de los crímenes de lesa humanidad, su recomendación fue la de no explicitar una prohibición de amnistía en tanto las diferentes sensibilidades de los Estados sobre el tema podían provocar un menor número de adhesiones. No han de entenderse estas líneas como un ataque personal a una académica cuyo trabajo merece el mayor de mis respetos y mi profunda admiración, sino como un ejemplo que ilustra a la perfección la presión a la que muchos juristas se ven sometidos en su trabajo en las altas esferas de la política nacional o internacional, tratándose de un ámbito que parece valorar más intensamente el número de firmantes de una Convención o Tratado que la profundidad de trato en cuestiones de gran trascendencia práctica en el mundo del Derecho.

²⁵³ No obstante, a la luz del proceso de paz colombiano, la Fiscalía de la CPI sí se ha pronunciado informalmente sobre amnistías, indultos, suspensiones o atenuaciones en la pena a aplicar en los delitos competencia de la Corte. Algunas de sus apreciaciones serán posteriormente examinadas.

²⁵⁴ ICC, *Prosecutor v. Saif al Islam Gaddafi*, Decision on the ‘Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, Pre-Trial Chamber I, 05.04.2019, ICC-01/11-01/11, § 61, y ello porque serían incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como por interferir en la obligación positiva de los Estados de investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores de los *core crimes*, y en el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (*Ibid.*, § 77).

²⁵⁵ ICC, *Prosecutor v. Saif al Islam Gaddafi*, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”» of 5 April 2019, Appeals Chamber, 09.03.2020, ICC-01/11-01/11, § 96. Con mayor contundencia se pronuncia la jueza Ibáñez Carranza en su voto particular, ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza, cit., §§ 25, 130, 132, afirmando que existe un derecho, unos principios y unas normas bien establecidas que confirman que las amnistías generales y las medidas equivalentes para las violaciones graves de los derechos humanos, como las causadas por la comisión de crímenes de competencia de la Corte, son incompatibles con el derecho internacional.

mente mencionado²⁵⁶. Ante la ausencia de un examen de este calado, en este apartado trataré de desarrollar brevemente en qué medida podría resultar admisible la concesión de medidas premiales por los crímenes competencia de la CPI.

3.2 EL PREÁMBULO DEL ESTATUTO DE ROMA

El preámbulo del ER afirma que los crímenes más graves para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo, de modo que sus responsables han de ser sometidos a la acción de la justicia, siendo deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra ellos, para así poner fin a su impunidad. *Prima facie*, todo parece apuntar a que los redactores del ER, al definir el objeto y propósito de este, optaron abiertamente por el enjuiciamiento penal en detrimento de medidas como la amnistía o el indulto²⁵⁷.

Ello ha llevado a la jueza Ibañez Carranza a afirmar, en su voto particular a la decisión de admisibilidad en el asunto *Saif Al Islam Gaddafi*, que el sistema articulado por el Estatuto de Roma no ha sido diseñado para permitir medidas que en última instancia conduzcan a la impunidad, en tanto inconsistentes con el propósito y el objeto del Estatuto²⁵⁸.

Sin embargo, creo que es posible diferir de la argumentación anterior. Si el propósito y objeto de un tratado ha de ser principalmente inferido de su preámbulo, este debe ser leído en su conjunto y no de manera selectiva. Así, en el preámbulo del ER también se recogen valores como la paz y la seguridad o la prevención de futuros crímenes, valores que, precisamente, pueden entrar en conflicto con una concepción inflexible de la necesidad de castigo.

Considero más razonable una interpretación alternativa a la anterior y que parte de que la exención en todo o en parte de la responsabilidad penal por los delitos abarcados por la competencia de la CPI ha de ser excepcional, de manera tal que cada una de las potenciales excepciones ha de interpretarse de

²⁵⁶ Y ello a pesar de que en el caso de *Saif al Islam Gaddafi*, la defensa alegó los arts. 17.1.c) y 20.3 ER como causa de inadmisibilidad. Sin embargo, como digo, únicamente señaló la admisibilidad del caso, «sin perjuicio de la cuestión de si una amnistía puede tener algún impacto en las decisiones sobre la admisibilidad de un caso en virtud del art. 17(1)(c) del Estatuto, en particular sobre si puede cambiar el hecho de que una persona haya sido o no ha sido juzgada o no a los efectos del art. 17(1)(c) del Estatuto» (ICC, *Prosecutor v. Saif al Islam Gaddafi*, Judgment on the appeal, cit., §§ 87-88).

²⁵⁷ Así lo han puesto de manifiesto entre otros, SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 522; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, p. 571; OLÁSOLO ALONSO, H., «The prosecutor of the ICC», cit., p. 140; GROENIGEBER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 282; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 279.

²⁵⁸ ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza, cit., §§ 6, 130.

manera restringida y en atención a otros valores cuya protección también ha sido conferida al ER ²⁵⁹. A través de esta exégesis restrictiva, que parece compartir la Fiscalía de la CPI al hilo del proceso transicional colombiano ²⁶⁰, sería posible reconciliar las diferentes secciones del ER ²⁶¹.

3.3 EL ART. 16 DEL ESTATUTO DE ROMA: EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

El art. 16 del ER prevé la potestad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de solicitar –mediante resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, la Carta)– a la CPI que no inicie o que suspenda, por un plazo de doce meses renovable por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones, la continuación de la investigación o el enjuiciamiento de unos determinados hechos; en tal caso, la CPI procederá a esa suspensión. En atención a lo dispuesto en la Carta, sería necesaria la existencia de una amenaza a la paz y seguridad internacional a efectos de que el Consejo pudiera solicitar a la Corte tal suspensión ²⁶². Nótese, nuevamente, la vinculación de la CPI con el objetivo de la paz y la seguridad.

Un numeroso grupo de autores ve en este precepto un potencial apoyo a la validez de determinadas medidas premiales, principalmente en el marco de conflictos armados ²⁶³. No obstante, considero que no es una hipótesis comple-

²⁵⁹ Comparten esta interpretación, SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., pp. 526-527; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 571; también a favor de una interpretación restrictiva, pero sin limitarla a los valores del preámbulo, STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., pp. 701-703.

²⁶⁰ Así, el entonces fiscal adjunto STEWART, J., «El art. 28 del Estatuto de Roma», *Conferencia dictada en la Cámara de Comercio de Bogotá*, 1 de noviembre de 2018, p. 13, defendía que el marco creado por el ER enfatiza la importancia de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves, lo que no puede ser suspendido o ignorado por motivos de oportunidad. No obstante, dicho marco también otorgaría flexibilidad a los Estados en situaciones de posconflicto, si bien las medidas de justicia transicional habrían de estar en conformidad con los objetivos del ER.

²⁶¹ Como señala SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 522, el preámbulo del ER y el resto del articulado fueron negociados por diferentes grupos, lo que explicaría la existencia de tensiones que deberían haber sido resuelto por Comité de Redacción, pero que, sin embargo, no lo fueron debido al apresuramiento imperante en los últimos días de la Conferencia de Roma.

²⁶² Art. 39 de la Carta: «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales»; igualmente, art. 24.1 de la Carta: «A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales...».

²⁶³ Entre otros, SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 522, quien incluso ha llegado a calificar dicho artículo como «la previsión más importante del ER con respecto a una potencial excepción

tamente viable, no solo por la dimensión material –esto es, la dificultad de fundamentar suficientemente la existencia de un peligro de tales dimensiones²⁶⁴–, sino, especialmente, por el escollo emanado del espíritu temporal de la provisión. Aun cuando puede ser sometida a condición cuyo incumplimiento conlleve su revocación, la exclusión total o parcial de la responsabilidad penal está pensada para operar de manera permanente. Sin embargo, resulta difícil concebir que el Consejo de Seguridad pueda posponer o suspender indefinidamente el inicio o desarrollo de una investigación²⁶⁵.

Si bien el tenor literal del art. 16 ER no señala un número de veces máximo que el Consejo de Seguridad podría reiterar su decisión, el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas sí limita dicha facultad materialmente: su adopción queda condicionada a la existencia de una concreta amenaza a la paz y seguridad. Por lo tanto, pese a que nada obstaría a hacer un uso reiterado de dicha facultad mientras se mantengan tales condiciones²⁶⁶, una vez desaparecido el peligro, el Consejo de Seguridad carecerá de cobertura legal para adoptar una nueva resolución y la CPI dejaría de estar impedida²⁶⁷.

El espíritu de temporalidad que emana del art. 16 ER parece entonces descartar a éste como potencial cláusula que otorgue viabilidad a las amnistías, indultos u otras medidas premiales desde la perspectiva de la CPI. Sin embar-

relativa a las amnistías»; GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 109; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 583; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 698; GROPEGIEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 288; UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 30; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 282; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 80; PESCHKE, K., «The ICC Investigation into the Conflict in Northern Uganda: Beyond the Dichotomy of Peace versus Justice», en BROWN, B. S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 196; REYES ALVARADO, Y., «La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso colombiano. A manera de estudio preliminar», en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 16.

²⁶⁴ Así, son varios los autores que defienden que la posibilidad de suspensión operaría solo en los conflictos que se encuentran todavía en marcha, entre otros, GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 109, excluyendo los supuestos de simple descontento militar y social; en la misma dirección SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 583, haciendo referencia implícita al supuesto de Haití; RODMAN, K., «Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, núm. 1, 2009, p. 120, limitándolo a aquellos casos en los que la negociación de un acuerdo de paz ha finalizado o está finalizando, o a supuestos en los que se pide la intervención de mediadores internacionales.

²⁶⁵ GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 109; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 699; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 282; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 81.

²⁶⁶ GROPEGIEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., pp. 289-290, defendiendo la posibilidad de que el Consejo de Seguridad adopte tal decisión un número ilimitado de veces; similar, OHLIN, J. D., «Peace, Security, and Prosecutorial Discretion», en STAHN, C. / SLUITER, G. (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 193.

²⁶⁷ Este razonamiento es el que parece estar de fondo en GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 109; también en STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 717; igualmente, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 151-152.

go, lo que sí puede afirmarse es que paz y seguridad son algo más que palabras para el ER; son valores y objetivos que alcanzar y, por lo tanto, han de ser especialmente sopesados en su relación con el deber de castigo. A este respecto, el art. 16 ER no solo refleja una primera ponderación, sino que, al mismo tiempo, ofrece un primer resultado que queda plasmado en el derecho positivo: la posibilidad de diferir en el tiempo la investigación de aquellos crímenes más graves contra los derechos humanos. Si el resto del articulado del ER ofrece o no alternativas de naturaleza permanente que avalen renuncias en todo o en parte a la pena es algo que se analizará a continuación.

3.4 EL ART. 17 DEL ESTATUTO DE ROMA: EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

El art. 1 ER establece que la competencia de la CPI respecto de los delitos recogidos en los arts. 6 a 8 del ER es complementaria respecto de la competencia de las jurisdicciones penales nacionales, que disfrutan de preferencia en la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes. El art. 17 ER viene a regular el funcionamiento de este régimen de complementariedad, estableciendo los supuestos en los que la CPI habrá de determinar la inadmisibilidad de un asunto; a saber, cuando: i) sea objeto de investigación o enjuiciamiento por parte de un Estado que tenga jurisdicción sobre él; ii) haya sido objeto de investigación por parte de un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate; iii) la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia²⁶⁸.

Tomando ello en consideración, existen autores que han señalado el art. 17 ER como la disposición que albergaría un mayor potencial en relación con la posibilidad de encontrar un acomodo a determinadas modalidades de amnistía y otras medidas premiales en el ER²⁶⁹. Queda fuera de toda duda que las *amnistías manta* —en tanto amnistías incondicionales que impiden, *ab initio*, toda investigación y enjuiciamiento de los hechos— no suponen obstáculo

²⁶⁸ Como advierte EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 283-285, el principio de complementariedad recogido en el art. 17 ER está íntimamente conectado con el art. 20 ER, que supone la plasmación de los principios *ne bis in idem* y «cosa juzgada», estableciendo su apartado tercero que «la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8»; también destacan esta relación, STIGEN, J., *The Relationship*, cit., pp. 207-209; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 141.

²⁶⁹ ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., pp. 498-502; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 564; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 710; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, núm. 2, 2007, p. 212.

alguno a la competencia de la CPI, pues no satisfacen los criterios más básicos que se desprenden del tenor literal del art. 17 ER ²⁷⁰.

Sin embargo, existen contextos de mayor complejidad en los que las diferentes medidas premiales incorporan mecanismos complementarios focalizados en la averiguación de los hechos y que, como señaló el en su momento Fiscal adjunto de la CPI, James Stewart, han de ser necesariamente tenidos en cuenta en el análisis ²⁷¹. Más allá de si la investigación habría de revestir necesariamente un carácter penal o si sería suficiente con que fuera conducida, al menos en un primer momento, por una comisión de la verdad ²⁷², lo relevante será determinar si mediante el recurso a las medidas premiales el Estado ha actuado o no en «fraude de ley», puesto que el art. 17 ER faculta a la CPI a ejercer su competencia en todos aquellos supuestos en los que «no existiera una verdadera voluntad de investigación o enjuiciamiento por parte del Estado o este no pudiera realmente llevarlo a cabo».

Para ello, el propio art. 17 ER –así como el art. 20.3 ER– definen una serie de criterios que la CPI debe tener en cuenta a la hora de decidir si un asunto es admisible o no. Se trata, en consecuencia, de un análisis en dos nive-

²⁷⁰ ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 501; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 567; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 709; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 144-145; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 283; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., p. 169.

²⁷¹ STEWART, J., «El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia», *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín*, Bogotá y Medellín, Colombia 30-31 de mayo 2018, p. 5.

²⁷² Durante las negociaciones del ER, Sudáfrica buscó el reconocimiento expreso de esta posibilidad. No obstante, como ponen de manifiesto ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 499 o SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 5.^a ed., Cambridge University Press, 2017, p. 180, la propuesta fue deliberadamente eludida ante la desconfianza generalizada hacia otros modelos, como, por ejemplo, el chileno. A favor de interpretar el término investigación de una manera mínima, es decir, como esfuerzo diligente y metódico para reunir pruebas y comprobar los hechos relacionados con la conducta en cuestión, ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., pp. 499-500; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., p. 168. En contra, y a favor de que la investigación revista un carácter penal, Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka, *Prosecutor v. Ruto et al.*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute», Appeals Chamber, ICC-01/09-01/11 (OA), 30 August 2011, § 27, donde afirma que «a la hora de determinar si un Estado está en efecto investigando o enjuiciando un caso, la Cámara deberá ser informada y recibir documentación del sistema nacional de justicia penal del Estado en cuestión». En cualquier caso, en ningún momento explica si ello supone una exclusión de otras modalidades de investigación ni fundamenta por qué ello habría de ser así. En la misma dirección, SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 525, defendiendo que en tanto el fin de la investigación es hacer comparecer a la persona ante la justicia penal, esta debe ser llevada a cabo por órganos de esa naturaleza. Se trata de una explicación que no me resulta convincente, pues en la línea de lo señalado por SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 569, aun aceptando que el fin último de toda investigación fuera evitar la sustracción de la persona de su responsabilidad penal, nada impide que, en una primera fase, pueda ser conducida por un órgano no penal.

les: en el primero habrá de determinarse la existencia de una investigación o enjuiciamiento en relación con un determinado asunto; una vez comprobado lo anterior, habrá de examinarse la cuestión referida a la falta de voluntad y/o capacidad del Estado²⁷³.

Lo dispuesto en estos preceptos constituye, con toda probabilidad, el mayor impedimento a la viabilidad de medidas que afecten a la imposición, extensión y ejecución de la pena. Ello debido a que el ER no solo hace referencia a la falta de disposición de un Estado de llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, sino, igualmente, a la existencia de decisiones «cuyo propósito sea el de sustraer a una persona de su responsabilidad penal»²⁷⁴. Así, mientras las amnistías suelen impedir la investigación y/o el enjuiciamiento, el indulto, la suspensión o las atenuaciones actúan sobre la pena y/o su régimen de ejecución, por lo que su examen debe abordarse desde esta última perspectiva²⁷⁵.

De igual manera, tampoco debe pasarse por alto lo dispuesto en los apartados b) y c) del art. 17 ER, y en el art. 20.3.b) ER. En éstos se prevé que la CPI habrá de determinar la falta de disposición a actuar por parte del Estado en aquellos casos en los que se advierta una notoria incompatibilidad entre el modo en el que el proceso está siendo sustanciado y «la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia»²⁷⁶. A pesar de que el tenor literal no menciona qué ha de entenderse por «proceso» o por «justicia», doctrina y jurisprudencia coinciden en considerarlos conectados al necesario desarrollo de un procedimiento judicial penal contra los autores²⁷⁷.

²⁷³ ICC, Prosecutor v. Katanga and Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 September 2009, § 78; ICC, Prosecutor v. Ruto *et al.*, Judgment on the appeal, cit., § 41; ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the admissibility, cit., § 26; ICC, Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled «Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo», Appeals Chamber, ICC-02/11-01/12 OA, 27 May 2015, § 27.

²⁷⁴ Arts. 17.2.a) y 20.3.a) ER.

²⁷⁵ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 131.

²⁷⁶ Arts. 17.2.b), 17.2.c) y 20.3.b) ER.

²⁷⁷ En la doctrina, entre otros, SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 525; ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 499; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 563; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 716; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 136-137; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms», *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, núm. 2, 2008, p. 245; PESCHKE, K., «The ICC Investigation», cit., p. 200; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., p. 173. Así, CPI y la Fiscalía han defendido que «por “procesos”, por supuesto, el ER hace referencia a procesos penales en el sentido tradicional, esto es, procesos que involucran un enjuiciamiento penal, una decisión acerca de la culpabilidad o inocencia de la persona imputada y, en caso de condena, la imposición de una sanción penal». Así, STEWART, J., «El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia», cit., p. 5; en la jurisprudencia, ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal, cit., § 230, interpretando la expresión «incompatible con la intención de hacer compa-

El ER referencia algunos ejemplos –como la existencia de una demora injustificada en el juicio o la falta de independencia o imparcialidad– para así reducir el prevalente carácter subjetivo de este examen²⁷⁸, sin embargo, estos no agotan todos los supuestos cobijables por el precepto. A mi juicio, el grado de encaje dentro del marco normativo anterior de las medidas premiales de un determinado sistema transicional dependerá de la interpretación que se otorgue a la expresión «propósito de sustraer» o al término «intención». La elección de una exégesis objetiva o subjetiva conduce a resultados totalmente dispares.

Objetivamente, la remoción total o parcial de la responsabilidad penal es una consecuencia inevitable de las medidas premiales. Aun cuando el fin último sea el poner fin a las hostilidades o favorecer la transformación democrática, el medio elegido lleva ineludiblemente asociada la exclusión –parcial en el caso de las sanciones fuertemente atenuadas– de la responsabilidad penal de los victimarios²⁷⁹. Si, como han planteado algunos autores, la CPI no debe entrar a valorar el objetivo a largo plazo de las disposiciones adoptadas, entonces, incluso cuando las medidas hayan sido adoptadas de buena fe, la CPI podría mantener su competencia sobre el asunto en atención a que la consecuencia inmediata –y la única que con certeza sucederá– será la sustracción de los perpetradores de su responsabilidad penal²⁸⁰.

Aunque, como he señalado anteriormente, la CPI eludió pronunciarse sobre esta cuestión en el proceso contra *Saif Al Islam Gaddafi*, esta primera opción interpretativa es vista con simpatía por determinados miembros de la Corte. Así, en su voto particular, la jueza Ibáñez Carranza adopta una exégesis objetiva en la que lo importante a la hora de determinar la concordancia de una medida con el derecho internacional es el efecto por ella producido, de suerte tal que, si su efecto es la impunidad, será incompatible con aquel²⁸¹. Ello sucedería incluso en los con-

recer a la persona de que se trate ante la justicia» como referente a los procesos que llevan a un sospechoso a evadir la justicia, es decir, a no ser procesado para establecer su responsabilidad penal.

²⁷⁸ EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity*, cit., p. 168.

²⁷⁹ GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 111; ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 501; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 570; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 715; GROPENGEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 285; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 82.

²⁸⁰ Expresamente a favor de esta interpretación, GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 111; GROPENGEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., pp. 285-286; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., pp. 251-252, destacando que el motivo subyacente, aunque pueda ser moralmente aceptable, ha de ser legalmente irrelevante; se plantea esta opción, aunque sin llegar a decantarse por ella, RODMAN, K., «Is Peace in the Interests of Justice?», cit., p. 103; también se muestra dubitativa KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., pp. 245, 258, indicando que aunque el resultado inmediato es la extracción de responsabilidad, no debería descartarse la posibilidad de que la CPI interprete el propósito de blindar como referente a la necesidad de que exista una mala fe estatal.

²⁸¹ ICC, *Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza*, cit., § 37.

textos transicionales en los que se buscara la reconciliación o el fin de las hostilidades, lo que legitimaría el acudir a amnistías condicionadas respecto de determinados delitos, pero no respecto de los crímenes competencia de la Corte²⁸².

Esta exégesis presenta varios problemas que me impiden compartirla. En primer lugar, es un asunto altamente discutido en la doctrina el de si la concesión de un indulto o una suspensión de la pena una vez finalizado el procedimiento afectaría necesariamente al carácter genuino de aquel mientras estaba en marcha²⁸³. Sobre todo en aquellos supuestos en los que estas medidas son concedidas por un Gobierno diferente al vigente durante la sustanciación del proceso²⁸⁴. En este último caso, piénsese en los indultos concedidos en Argentina por el Gobierno de Menem en relación con los crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar y enjuiciados parcialmente por el Gobierno de Alfonsín.

En segundo lugar, porque ello supone una criticable objetivación de los términos «propósito» e «intención». Se trata de vocablos que, a diferencia de otros como «efecto» o «consecuencia», evocan ineludiblemente a la existencia de un designio o un ánimo, es decir, de un elemento subjetivo²⁸⁵. Ello indica, a mi parecer, que, en la admisibilidad de un determinado asunto, la CPI no puede obviar el ánimo específico del Estado en su concesión. Y es que una exégesis objetiva redundante en última instancia en una presunción de mala fe estatal y en una equiparación absoluta entre voluntad y efecto, que, *de facto*, impide discernir entre modelos de transición democráticamente legitimados –pienso aquí en Sudáfrica– de aquellos otros, como Chile, surgidos de la arbitrariedad dictatorial.

Resulta evidente que las *amnistías o indultos manta*, en tanto medidas incondicionales que obedecen a procesos «políticamente manipulados para generar impunidad»²⁸⁶, son supuestos indiscutibles de decisiones cuyo propósito

²⁸² *Ibid.*, §§ 7, 115, 121-122, señalando que, a su juicio, las amnistías deberían quedar limitadas a los delitos políticos, domésticos o menores.

²⁸³ En este punto la doctrina se encuentra dividida. A favor de considerar que el otorgamiento de este tipo de medidas denotaría que el procedimiento no es genuino y que, de acuerdo con el propósito de blindar, la CPI podría obviar éstos. SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 525. En contra de tal posibilidad, o al menos dubitativos con ello, EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity*, cit., pp. 297-298; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 210; SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 187.

²⁸⁴ Específicamente sobre ello, STIGEN, J., *The Relationship*, cit., pp. 287-288, 334-335.

²⁸⁵ GAVRON, J., «Amnesties in the Light», cit., p. 111; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 141; EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity*, cit., pp. 163, 236; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 251; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 142.

²⁸⁶ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 140.

es evadir a una persona de su responsabilidad penal²⁸⁷. Sin embargo, considero que sí serían legalmente admisibles aquellas medidas premiales encaminadas a alcanzar la paz y la reconciliación nacional, y cuya concesión individual esté condicionada al cumplimiento de determinados requisitos que coadyuven a tales fines, permaneciendo latente, en caso contrario, la posibilidad de ser condenado a la pena ordinariamente prevista²⁸⁸. En este tipo de supuestos, la falta de enjuiciamiento, la imposición de una pena inferior a la ordinaria, o la ausencia de su ejecución, serían más una consecuencia eventual –derivada de la satisfacción de un catálogo de condiciones orientadas a la consecución del fin último²⁸⁹– que un verdadero propósito cuya realización se persigue.

La concesión incondicionada de amnistías o indultos, aun cuando, como en el caso chileno, estuviera complementada por una comisión de la verdad que construyera un relato de los hechos, no sería suficiente para inhibir la competencia de la CPI para el enjuiciamiento internacional de los hechos. La existencia de un margen de decisión sobre la concesión de las medidas premiales sería necesaria a efectos de negar la intención de evitar que el victimario comparezca ante la justicia, entendida esta última como procedimiento jurisdiccional penal²⁹⁰.

Esta parece ser la interpretación acogida, con matices, por la Fiscalía de la CPI después de casi una década de modificaciones de su posición. En 2013, en relación con el proceso transicional colombiano, la entonces Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, manifestó en una carta dirigida al presidente de la Corte Constitucional de Colombia su negativa a que los victimarios de crímenes de guerra y lesa humanidad pudieran ver suspendidas sus penas, como así recogía el Acto legislativo 01 de 2012 aprobado por el Congreso de Colombia. Y ello en atención a que, «la decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su

²⁸⁷ Entre otros, ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 501; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 714; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 145; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 283.

²⁸⁸ A favor de esta interpretación, SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 570; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., pp. 715-716; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», cit., p. 212; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 145-147; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., p. 170; SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 181; REYES ALVARADO, Y., «La legitimidad de las amnistías», cit., p. 19.

²⁸⁹ SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., pp. 571-572; UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 29; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 141-144; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., p. 170; GIL GIL, A., «El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. / DE SOUSA FERREIRA, A. (Coords.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2017, p. 42.

²⁹⁰ Así, ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 500; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 712; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., p. 169.

responsabilidad penal, según lo establecido en los arts. 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los arts. 17(2)(c) y 20(3)(b)»²⁹¹. Este mismo razonamiento lo hizo entonces extensible a las «penas groseramente inadecuadas»²⁹².

La exégesis que en aquel momento realizaba la Fiscalía de la CPI en la cuestión referida al art. 17 ER y su relación las medidas premiales obedecía a una visión objetiva. Sin embargo, más adelante, la Fiscalía de la CPI modificó su parecer al respecto, al menos en lo referido a las penas que resultarían desproporcionadas por defecto. Así, en 2016 manifestó su apoyo a las sanciones previstas en el Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP respecto de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²⁹³, sanciones que, en ocasiones, oscilan entre los dos y los cinco años y cuyo cumplimiento no tiene por qué llevarse a cabo en prisión²⁹⁴. Por último, en 2021 la Fiscalía de la CPI y el Gobierno de Colombia firmaron un Acuerdo de Cooperación en el que se consolida la anterior interpretación, cerrándose el examen preliminar por graves violaciones de derechos humanos y crímenes de guerra hasta entonces existente contra Colombia en virtud del principio de complementariedad²⁹⁵.

En consecuencia, de los criterios seguidos hasta ahora por la Fiscalía, parece que resultarían admisibles aquellas medidas premiales que fueran con-

²⁹¹ Carta, de 26 de julio de 2013, de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cpicol7.html>>; véase también, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the occasion of the visit of the President of Colombia's Special Jurisdiction for Peace to the Seat of the Court*, disponible en <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20180711-otp-stat>>. Más recientemente, comparte expresamente esta valoración, STEWART, J., «El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia», cit., p. 15.

²⁹² Carta, de 26 de julio de 2013, de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz.

²⁹³ Véase, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia–People's Army, 1 September 2016. Disponible en <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>>. Como indica GIL GIL, A., «El tratamiento jurídico», cit., pp. 43-44, en tanto la Fiscalía no denunció que el Acuerdo de paz incumpliera las obligaciones emanadas de la llamada «lucha contra la impunidad», estaba implícitamente aceptando las sanciones previstas y renunciando a las posturas maximalistas que solo aceptan como realización del componente de justicia, la pena retributiva ajustada a la magnitud del crimen.

²⁹⁴ Para un análisis en profundidad de la distinta naturaleza y duración temporal de las sanciones por los crímenes competencia de la CPI en el marco del sistema transicional colombiano, así como de las condiciones para acceder a ellas, me remito a GALLEGO ARRIBAS, D., «Justicia de transición», cit., pp. 170-173.

²⁹⁵ Véase, Acuerdo de cooperación entre la oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia, pp. 1-5. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20211028-OTP-COL-Cooperation-Agreement-SPA.pdf>>. Hay que destacar que esta decisión de poner fin al examen preliminar fue impugnada por colectivos en defensa de los derechos humanos. La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI rechazó su petición, exhortando a la Fiscalía, eso sí, a brindar información adicional sobre los motivos que le llevaron a ello, por considerar que hasta dicho momento era insuficiente. Así, ICC, Decision on the 'Request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia' and related requests, Pre-Trial Chamber I, ICC-RoC46(3)-01/22, 22 July 2022, § 11.

cedidas con el objetivo de pacificar la sociedad, acompañadas y condicionadas al desarrollo de actividades complementarias, y siempre que exista un mínimo de sufrimiento para el victimario, aun cuando su duración y modalidad queden esencialmente indefinidas.

3.5 LAS DERIVACIONES DEL UMBRAL DE GRAVEDAD

El art. 17.1.d) ER determina que la CPI habrá de resolver la inadmisibilidad de un asunto cuando éste «no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte». Así, para que la CPI pueda conocer de un asunto, no basta con que los hechos sean subsumibles bajo el tipo de alguno de los delitos de su competencia, es igualmente necesaria la superación un filtro adicional: el llamado umbral de gravedad²⁹⁶. Así, la CPI restringe su ámbito de actuación a los victimarios que ostentan un mayor rango de responsabilidad y solo respecto de aquellos delitos que ostentan una mayor gravedad desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo²⁹⁷. Se trata de una regla que también regula la actuación de otros tribunales nacionales²⁹⁸ e internacionales²⁹⁹ y que responde a criterios de necesidad y eficiencia.

Hay quien considera que el art. 17.d) ER únicamente sería una regla de descargo para la CPI, pero no así para las jurisdicciones nacionales. Mientras aquella se focalizaría exclusivamente en los mayores responsables, los sistemas penales nacionales habrían de enjuiciar al resto de perpetradores para evitar la temida impunidad³⁰⁰. Sin embargo, resulta difícil estar de acuerdo con

²⁹⁶ ICC, Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, «Decision on the confirmation of charges», Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-02/09, 8 February 2010, § 30; ICC, Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09, 31 March 2010, § 56; ICC, Situation in the Republic of Cote d'Ivoire, «Corrigendum to 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire'», Pre-Trial Chamber III, ICC-02/11, 3 October 2011, § 201.

²⁹⁷ ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 485; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 565; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., pp. 707-708; GROENIGER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 286; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», cit., p. 222; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 132; CARTER, L. / ELLIS, M. / JALLOH, C., *The International Criminal Court*, cit., pp. 18-19.

²⁹⁸ Así, en el proceso transicional colombiano, art. 19 de la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

²⁹⁹ Entre otros, ICTY, Rules of Procedure and Evidence, 8 July 2015, rule 28 (Doc. ONU. IT/32/Rev.50); art. 1 Statute of the SCSL; art. 1 Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes committed During the Period of Democratic Kampuchea.

³⁰⁰ En la doctrina, se trata de una opinión compartida por GROENIGER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 287; EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity*, cit., pp. 299-301.

una exégesis tan excesivamente punitivista y que va más allá de lo objetivamente realizable para cualquier sistema de justicia transicional que aspire a un mínimo de practicidad.

Las propias circunstancias en las que se cometen los crímenes invitan a pensar que se estaría exigiendo por imperativo legal aquello que es fácticamente irrealizable. Por ello, en los escenarios transicionales –en los que el número de victimarios es exorbitado– la CPI debería admitir aquellos modelos que combinaran amnistías, indultos o suspensiones condicionadas –complementadas con medidas como las comisiones de la verdad o programas de reparación– para quienes ostentan un grado de responsabilidad menor, con una política de sanciones para los máximos responsables³⁰¹.

Como en el supuesto anterior, cabe suponer que esta es la solución implícitamente adoptada por la fiscalía de la CPI. Aunque originariamente esta última parecía estar de acuerdo con la tesis referida a que aquellos que no fueran enjuiciados por la CPI habrían de serlo por los sistemas penales nacionales³⁰², al validar el sistema transicional adoptado en Colombia estaría aceptando la renuncia a la acción penal por los delitos más graves siempre que quienes los hubieran perpetrado no ostentaran la categoría de «máximos responsables»³⁰³.

3.6 EL ART. 53 DEL ESTATUTO DE ROMA: EL INTERÉS DE LA JUSTICIA

La superación del test de complementariedad del art. 17 ER no lleva asociado un inicio automático de la investigación de los hechos por la CPI. Así, los arts. 53.1.c) y 53.2.c) ER conceden a la Fiscalía de la CPI la facultad de

³⁰¹ SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., p. 567; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 708; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», cit., p. 223; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 430; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 146, quien sin optar expresamente por esta solución aboga por una aproximación flexible de la CPI respecto de los procedimientos nacionales referidos a los perpetradores de bajo rango; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 76.

³⁰² OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, cit., pp. 4-5.

³⁰³ En este sentido, el art. 19 de la Ley Estatutaria de la JEP preveía la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal respecto de las personas y hechos que no sean objeto de selección, en atención a una serie de criterios de carácter cualitativo. Esta previsión era limitada por su parágrafo 2.º, donde se preveía que «en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el parágrafo del art. 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016». La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-080/18, cit., apartado 4.1.5.3., declaró que dicha posibilidad habría de permanecer respecto de quienes no fueran los máximos responsables, siempre que dieran satisfacción a los requisitos de descubrimiento de la verdad y otorgamiento de reparación a las víctimas. En su justificación de esta decisión, la Corte Constitucional de Colombia adujo que se trataba de la única posibilidad de enjuiciar los hechos más graves en un periodo de tiempo razonable dado lo elevado del número de victimarios.

decidir no iniciar una investigación si «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia»³⁰⁴.

A día de hoy, la Fiscalía de la CPI no ha hecho uso de esta facultad que, sin embargo, debe considerarse excepcional, de forma que existe una presunción a favor de la investigación y el enjuiciamiento allí donde se hayan satisfecho los criterios de admisibilidad del art. 17 ER³⁰⁵. Sin embargo, son varios los autores que ven en esta previsión la cláusula con mayor potencial para justificar la admisibilidad de medidas de renuncia a la pena respecto de los delitos competencia de la CPI³⁰⁶.

Nótese que esta referencia al «interés de la justicia» aparece también en los estatutos del TPIY, TPIR, y del TESL, donde es empleada como una fórmula que, junto a los principios generales del Derecho, condicionaría la viabilidad de los indultos y de las conmutaciones de la pena³⁰⁷.

Debe, entonces, examinarse cuáles serían las situaciones en las que la investigación, enjuiciamiento y castigo no redundarían en «interés de la justicia», pues el ER no lo define. Hasta ahora, el debate ha girado en torno al modo en el que habría de interpretarse el término «justicia», si como justicia penal³⁰⁸ o como un término que encierra algo más. La discusión quedaba entonces configurada como una inevitable disyuntiva en la que el recurso a las medidas premiales únicamente podría justificarse si se acogiera una concepción amplia

³⁰⁴ Especialmente crítico con esta posibilidad, OLÁSOLO ALONSO, H., «The prosecutor of the ICC», cit., p. 88, opinando que los redactores del ER deshicieron, por la puerta de atrás, algunas de las elecciones ya tomadas en el Preámbulo, decisiones que debido a su gran relevancia deberían haber sido adoptadas por quienes aprobaron el ER y no dejadas en manos de la Fiscalía o de las Cámaras de la CPI. En cualquier caso, según OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, 2007, pp. 1, 3, se trataría de una facultad excepcional, pues satisfechos los criterios de admisibilidad del art. 17 ER, existiría una presunción a favor de la investigación y el enjuiciamiento. Asimismo, como disponen los arts. 53.3.a) y b) ER, la decisión de la Fiscalía de la CPI podrá ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

³⁰⁵ OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, 2007, pp. 1, 3, ello resultaría del significado ordinario de los términos en atención tanto al contexto como al objeto y propósito del ER. En la misma dirección, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 158.

³⁰⁶ GOLDSTONE, R. / FRITZ, N., «'In the Interests of Justice'», cit., p. 656; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 142; MACULAN, E., «La corte penal internacional», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson S. L., 2019, p. 95, quien considera que se trata de una «válvula de apertura» a consideraciones de carácter político; en línea con la anterior, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 153, destacando que esta cláusula permitiría tener en cuenta aspectos relacionados con la estabilidad social.

³⁰⁷ Art. 28 del Estatuto del TPIY; art. 27 del Estatuto del TPIR; art. 23 del Estatuto del TESL.

³⁰⁸ Los argumentos a favor de una interpretación restrictiva ya han sido desarrollados: la necesidad de acabar con la impunidad como objeto y propósito de la CPI, así como el significado otorgado al término «justicia» como procedimiento judicial penal en relación con el principio de complementariedad contenido en los arts. 17 y 20 ER, denotaría que las consideraciones de justicia transicional quedarían excluidas del concepto de «interés de la justicia».

de justicia, pues, de lo contrario, el art. 53 ER no proporcionaría base legal suficiente como para ir más allá de lo dispuesto en el art. 17 ER³⁰⁹.

Así, se defendía que a efectos de dar cabida a las amnistías, indultos, suspensiones o fuertes atenuaciones en la pena, la única posibilidad pasaba por incorporar una visión restaurativa que incluyera, entre otros objetivos, la satisfacción de los derechos de las víctimas o la reconciliación como últimas metas del proceso de transición³¹⁰. A partir de la expresión «entre ellas», contenida en el art. 53.2.c) ER al enumerar las circunstancias a valorar por la Fiscalía para determinar si la investigación o el enjuiciamiento redundan en «interés de la justicia»³¹¹, se extraía la posibilidad de extender la valoración a consideraciones de justicia extrapenal³¹².

Empero, a mi juicio, aun si se aceptara que el término justicia hace exclusivamente referencia a la justicia penal³¹³, de ello no se derivaría necesariamente una incompatibilidad con las medidas premiales. Quienes sostienen lo contrario es porque –previamente y de manera consciente o inconsciente– ya se han decantado por una determinada concepción de la justicia penal, a saber, por una visión retributiva en la que la pena es un propósito en sí mismo. Si se identifica la noción de justicia con castigo, debe tenerse en cuenta que éste último tiene varios intereses –o fines– aparte de la mera retribución, y a los que la imposición de una pena ajustada a la gravedad del injusto puede perjudicar, como por ejemplo la prevención general o la prevención especial³¹⁴.

³⁰⁹ Así configuran el debate, entre otros, SCHARF, M., «The Amnesty Exception», cit., p. 523; ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., pp. 486 ss.; SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute», cit., pp. 578-580; GROENINGE, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., pp. 296-297; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», cit., p. 218; FREEMAN, M., *Necessary Evils*, cit., p. 83; PESCHKE, K., «The ICC Investigation», cit., p. 199; ACOSTA ARCARAZO, D. / BUCHAN, R. / URUEÑA, R., «Beyond Justice, Beyond Peace?», cit., pp. 309-318.

³¹⁰ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 159.

³¹¹ Art. 53.2 ER: «[...] c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor...».

³¹² ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 488; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 698; GROENINGE, H. / MEIßNER, J., «Amnesties», cit., p. 296; GOLDSTONE, R. / FRITZ, N., «“In the Interests of Justice”», cit., p. 668. No obstante, hay un sector de la doctrina que considera que el término «entre ellas» no puede concebirse como completamente autónomo, sino conectado al resto de criterios, de suerte que solo abriría la puerta a cuestiones adicionales del proceso en cuestión y no a aquellas ubicadas fuera de éste. Así, entre otros, ACOSTA ARCARAZO, D. / BUCHAN, R. / URUEÑA, R., «Beyond Justice, Beyond Peace?», cit., p. 316.

³¹³ Nótese que, de ser así, se trataría de una previsión completamente inoperante, pues si una situación fuera admisible bajo el art. 17 ER, también habría de serlo necesariamente bajo el art. 53 ER.

³¹⁴ En la misma dirección, KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., pp. 260 ss.; DE SOUZA DIAS, T., «“Interests of Justice”: Defining the Scope of Prosecutorial Discretion in Article 53(1)(c) and (2) (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, núm. 3, 2017, pp. 740-741; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., pp. 160-161.

Lo que aquí propongo –y desarrollaré en el siguiente capítulo– es equiparar el término «interés de la justicia» con el que creo es el objetivo último que alcanzar en los contextos de transición: el restablecimiento de la cooperación social. Desde esta perspectiva marcadamente utilitarista, la oposición entre justicia penal y justicia restaurativa sería una falsa dicotomía, pues en el marco de la justicia transicional, ambas serían herramientas que coadyuvarían a alcanzar un mismo fin, solo que en distintos niveles y mediante el empleo de diferentes instrumentos o instituciones. Así, la CPI podría suspender o no iniciar una investigación o enjuiciamiento en la medida en que esta interfiriera en el desarrollo de un proceso transicional en el que la combinación de castigo, medidas premiales e instrumentos de carácter restaurativo permitieran que el fin último a alcanzar no quede insatisfecho³¹⁵.

El razonamiento anterior también sirve para replicar a quienes consideran que el «interés de la justicia» no puede comprender el «interés de la paz», por ser la paz y la seguridad valores propios de la esfera política y ajenos a la jurídica³¹⁶, o por quedar aquellos fuera del mandato competencial de la Fiscalía de la CPI por pertenecer al de otras instituciones como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas³¹⁷. Más allá de que no existe ni un solo precepto en todo el ER que excluya la paz y la seguridad de los objetivos o la competencia de la CPI³¹⁸, que la paz y la seguridad estén correlacionadas con la esfera de la politología no conlleva necesariamente que queden al margen de lo jurídico. Se trata de una conclusión que, una vez más, se extrae desde una óptica retributiva. Empero, desde una

³¹⁵ Véase, en este sentido, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 162, quien considera que en los casos en los que el Estado desarrolla de manera interna una serie de procesos que permitan garantizar una determinada estabilidad, satisfaciendo con ello los estándares de ciertos fines de la pena, la CPI debería limitarse a ser un mero «tribunal de observación».

³¹⁶ Tal sorprendente interpretación ha sido mantenida por, PESCHKE, K., «The ICC Investigation», cit., p. 199; ACOSTA ARCARAZO, D. / BUCHAN, R. / URUEÑA, R., «Beyond Justice, Beyond Peace?», cit., pp. 309 ss.

³¹⁷ Así lo ha mantenido la Fiscalía de la CPI en OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, cit., pp. 1, 8; en la misma dirección, OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., p. 16, manifestando el temor de que, en caso de adoptarse una concepción amplia, la Fiscalía de la CPI pueda quedar convertida en una herramienta de mediación respecto de negociaciones políticas. Esta postura, también ha sido defendida por un notable sector de la doctrina, entre otros, OHLIN, J. D., «Peace, Security, and Prosecutorial Discretion», cit., p. 196, quien aboga por una división de poderes entre la CPI y el Consejo de Seguridad de forma tal que este último quedaría a cargo de las cuestiones de justicia y seguridad colectiva, mientras que la competencia de la CPI se extendería únicamente a casos de justicia individual; en la misma dirección, ACOSTA ARCARAZO, D. / BUCHAN, R. / URUEÑA, R., «Beyond Justice, Beyond Peace?», cit., pp. 314-315, 318.

³¹⁸ Lo que sí existen son disposiciones que, precisamente, parecen indicar lo contrario. El contenido del preámbulo del ER o del ya analizado art. 16 ER ofrece evidencia bastante acerca de la voluntad de los redactores del ER de atribuir a la CPI el objetivo de la CPI de alcanzar y mantener una situación de paz y seguridad nacional e internacional.

perspectiva utilitaria, «interés de la paz» e «interés de la justicia» no pueden ser separados en tanto funcionales el uno respecto del otro³¹⁹.

De hecho, que se pueda atenuar el rigor punitivo en atención al comportamiento postdelictual del victimario no es ajeno a la práctica y a las reglas que rigen el *sentencing* de la CPI. Así, la regla 145.2.a) RPPCPI, establece que, al tiempo de imponer una pena, la Corte podrá tener en cuenta «circunstancias atenuantes como las siguientes: «[...] ii) la conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte».

La referencia a la conducta del victimario una vez perpetrado el hecho permitiría que la voluntad por la paz y la reconciliación del sujeto en cuestión y su sometimiento a mecanismos alternativos de corte restaurativo puedan ser eventualmente considerados como un factor que permita la atenuación de la pena o la imposición de sanciones alternativas³²⁰.

La práctica de la CPI, así como de otros tribunales internacionales, vendría a corroborar tal posibilidad. La CPI, en la determinación de la pena de Bosco Ntaganda, Germain Katanga y Jean Pierre Bemba Gombo, ha declarado expresamente que los esfuerzos por lograr la paz y alcanzar la reconciliación pueden constituir una circunstancia atenuante en aquellos casos en los que fueran genuinos y concretos³²¹. De igual modo, otros tribunales internacionales han aceptado como atenuante tanto los esfuerzos por la paz³²², como otras conductas intensamente vinculadas a los compromisos adquiridos por los victimarios en el mar-

³¹⁹ En esta dirección, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 159; SCHABAS, W., «National Amnesties, Truth Commissions and International Criminal Tribunals», en BROWN, B. S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 384; DE SOUZA DIAS, T., «“Interests of Justice”», cit., p. 741.

³²⁰ Especialmente relevantes son las afirmaciones del Fiscal adjunto STEWART, J., «El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia», cit., p. 16, señalando que: «la disminución de las penas es concebible en la medida que la persona condenada satisfaga determinadas condiciones [...] que podrían incluir el reconocimiento de responsabilidad penal, la desmovilización y desarme, las garantías de no repetición, la participación plena en mecanismos para establecer la verdad sobre crímenes graves, y una posible prohibición temporal de participar en los asuntos públicos, entre otras medidas»; en la doctrina, STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 704.

³²¹ ICC, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, Trial Chamber VI, ICC-01/04-02/06, 7 November 2019, § 218; ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 23 May 2014, § 91; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08, 21 June 2016, § 72.

³²² Entre otras, ICTY, Prosecutor v. Babić, Judgement on Sentencing Appeal, Appeals Chamber, IT-03-72-A, 18 July 2005, §§ 56-62; SCSL, Prosecutor v. Sesai, Kallon and Gbao, Sentencing Judgement, Trial Chamber I, SCSL-04-15-T, 8 April 2009, § 29.

co de un proceso transicional, como la expresión de arrepentimiento y la asunción pública de responsabilidad³²³.

IV. CONCLUSIONES PARCIALES

El presente capítulo ha tenido un doble objetivo: por un lado, introducir al lector en el concepto de «justicia de transición»; por otro, analizar y poner en cuestión los fundamentos sobre los que se asientan los deberes que han cimentado la denominada doctrina de la «lucha contra la impunidad», de la que se derivarían una serie de limitaciones a la discrecionalidad punitiva estatal en los escenarios de justicia transicional.

En relación con el primero de los objetivos, se ha puesto de manifiesto que, pese a lo relativamente reciente del término, la cuestión de fondo no lo es tanto: cómo puede una sociedad hacer frente o superar un pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos. En esta superación de lo pretérito, el término justicia ha de ser entendido de manera amplia, es decir, evitando equipararlo con la exigencia o generación de responsabilidad penal respecto de los victimarios. Junto a esta dimensión punitiva, la idea de justicia también abarcaría cuestiones de corte restaurativo, vinculadas a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la sociedad a la verdad, la reparación y la no repetición.

Estas exigencias que impone la elaboración del pasado, sobre todo la referida al castigo de los perpetradores, pueden, sin embargo, entrar en tensión con otros fines de naturaleza colectiva y de carácter prospectivo que la sociedad habría de alcanzar de manera más inmediata. Ello ha sucedido históricamente en dos situaciones específicas: en el tránsito de la dictadura o el autoritarismo a la democracia, cuando los miembros del Gobierno aún conservan una cuota de poder en el aparato coercitivo del Estado; y, en la finalización de un conflicto armado que continúa activo, si quienes perpetraron los delitos no han sido militarmente derrotados.

Es en este punto, el deber de castigo obligaría a los Estados a, en principio, imponer a los victimarios de los delitos contra bienes jurídicos personalísimos una pena proporcionada a la gravedad del hecho. Sin embargo, de ello no puede deducirse, sin más, que las amnistías, indultos u otras medidas pre-

³²³ Sin ánimo de exhaustividad, ICTR, *Prosecutor v. Serushago*, Sentence, Trial Chamber I, ICTR-98-39-S, 5 February 1999, §§ 38, 41-43; ICTY, *Prosecutor v. Babić*, Judgement on Sentencing Appeal, cit., § 42; SCSL, *Prosecutor v. Sesai, Kallon and Gbao*, Sentencing Judgement, cit., § 29.

miales concedidas en escenarios transicionales, cuyo ámbito material abarque los delitos mencionados, sean siempre contrarias al derecho internacional.

Las limitaciones fácticamente imperantes en estos escenarios, en los que el número de victimarios es exorbitado, impiden el enjuiciamiento de todos los perpetradores, por lo que el ámbito subjetivo del deber de castigo habría de quedar restringido únicamente a los máximos responsables³²⁴. Asimismo, tanto algunas de las resoluciones de los órganos interamericanos y europeos de derechos humanos, como determinadas decisiones y documentos emitidos por la Fiscalía de la CPI, permiten inferir que, cumpliendo con ciertas condiciones, la obligación estatal puede ser flexibilizada.

Se constituye, en este punto, una suerte de estado de necesidad estatal en el que la renuncia al castigo habría de superar un juicio de ponderación³²⁵. Se requeriría, en primer lugar, la existencia de intereses legítimos que alcanzar y la idoneidad del conjunto de medidas adoptadas por el Estado para satisfacerlos³²⁶. Junto a lo anterior, también se requeriría, en segundo lugar, la concurrencia de una necesidad en sentido estricto, esto es, la no existencia de otras alternativas que permitieran alcanzar aquellos intereses con un coste menor para el Estado³²⁷.

La exigencia de una necesidad adicional a la concurrencia de intereses como la verdad o la reparación a las víctimas obedece a que el recurso a las medidas premiales no sería «gratuito» para el Estado, sino que tendría un coste en forma de credibilidad de sus instituciones, de los principios en los que se sustenta, así como de la amenaza que supone la propia pena³²⁸. La asunción de dicho coste viene justificada por el hecho de que la ganancia obtenida por el Estado es mayor³²⁹.

³²⁴ A favor de esta interpretación, ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2599; ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice», cit., p. 485; STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 707; también parece estar implícitamente de acuerdo con ello, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., pp. 18, 21, afirmando que la concesión de amnistías, indultos o penas atenuadas a los responsables de menor entidad no afectaría al contenido del deber de enjuiciamiento y castigo.

³²⁵ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 75 ss.; véase también, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «En busca del efecto útil», cit., pp. 16 ss., defendiendo que en estos casos el Estado podría alegar la existencia de un estado de necesidad para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

³²⁶ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 75-76.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 76-78; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (sobre los límites de la amnistía)», *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 5, 2013, pp. 245 ss.; CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto*, cit., p. 318; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 804; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 337.

³²⁸ En relación con las amnistías, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., pp. 242-243.

³²⁹ A esto haría referencia el llamado juicio de proporcionalidad estricta, así, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 76-78.

Es dentro de la lógica de este juicio donde tiene cabida la exigencia de que las medidas de renuncia a la pena estén dotadas de una justa causa, es decir, que tengan por finalidad la pacificación o reconciliación de la sociedad, sin ser promulgadas «de mala fe», esto es, con la finalidad de librar de todo tipo de responsabilidad –penal y extrapenal– a sus autores. Junto a las exigencias anteriores, las medidas de renuncia a la pena también habrían de ser aprobadas mediante un proceso democrático y quedar condicionadas a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la sociedad³³⁰.

Empero, en lo que al fondo de la cuestión relativa a cuánto castigo resultaría posible renunciar –lo que integraría el juicio de proporcionalidad–, el alcance del deber queda inexorablemente conectado a la justificación de la pena que de fondo se adopte³³¹. Su extracción del deber de garantía –y la conexión de este último con la vertiente preventiva de la pena– o su configuración como un remedio de la víctima son un ejemplo de que se trata de una cuestión que enlaza con la teoría de la pena. Y lo mismo puede decirse respecto de las disposiciones del ER que regulan la inacción de la CPI en relación con un determinado asunto. La vinculación de la justicia con el castigo penal, o que la Fiscalía de la CPI advierta –en relación con el art. 17 ER– de la imposibilidad de imponer penas manifiestamente inadecuadas implica, necesariamente, valorar el fin u objetivo con el que estas se imponen.

Será necesario entonces analizar los contextos transicionales desde la perspectiva de la teoría de la pena, lo que implica no solo discutir acerca de cuál habría de ser su fin en estos escenarios, sino, adicionalmente, en qué grado la pena sería capaz de alcanzarlo en un escenario de profunda anormalidad social en el que las hostilidades continúan activas. Y es que llevar a cabo un análisis de qué fines puede alcanzar el castigo, antes de sacralizar normativamente su imposición en una determinada intensidad, parece una técnica correcta³³². A todo ello se dedica el segundo capítulo de este trabajo.

³³⁰ A favor de la satisfacción de esta exigencia a los efectos de que este tipo de medidas resulten admisibles, ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 9; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 58; UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 34; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», cit., pp. 220, 226; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., p. 261; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 138; GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 681; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., p. 241; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 4; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 337.

³³¹ Hago más las palabras de NINO, C., «The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina», *The Yale Law Journal*, Vol. 100, núm. 8, 1991, p. 2619, «dudo de los efectos beneficiosos de imponer un deber general que no tenga en cuenta estas complejidades».

³³² Empleando las palabras de HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, 2016, p. 47: «la crítica y la justificación del Derecho penal dependen de la crítica y la justificación de la pena, y no se puede emitir ningún juicio sobre él, si no se sabe que es lo que la pena tiene que conseguir».

CAPÍTULO II

HACIA UNA INTEGRACIÓN ENTRE TEORÍA DE LA PENA Y JUSTICIA DE TRANSICIÓN

I. INTRODUCCIÓN

He concluido el capítulo anterior señalando que carece de sentido tratar de delimitar hasta dónde llegaría el deber de castigo –y, consecuentemente, la discrecionalidad estatal a la hora de afrontar la problemática transicional– sin dilucidar previamente para qué se castiga en general¹, y en los contextos de justicia transición en particular².

Y, sin embargo, en el análisis que se realiza desde el Derecho internacional sobre aquel deber, esta dimensión del estudio ha sido frecuentemente olvidada. La necesidad de que intervenga el Derecho penal se tiene como un hecho indiscutible, pero, sin embargo, rara vez se examinan previamente sus fines y posibilidades en relación con las víctimas y la sociedad³. Una de las mayores críticas que es posible hacer a la CPI –así como al resto de tribunales internacionales o encargados de velar a nivel regional por los derechos humanos– es el estar emi-

¹ Así, NINO, C., «The Duty to Punish», cit., p. 2619.

² A este respecto, NEUMANN, U., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., pp. 103-104, considera que determinar hasta qué punto es necesario el castigo y en qué medida puede dejarse aquel a consideraciones políticas en contextos de transición dependerá de si se interpreta la pena deontológicamente o consecuencialísticamente.

³ Así lo ponen de manifiesto. GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios pos-conflicto», cit., p. 231; íd., «The rationale», cit., p. 135. Y es que, empleando las palabras de PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 78, «la euforia en torno al castigo penal, ante el temor a la impunidad, ha llevado a perder de vista los fines modernos de la ciencia penal».

tiendo sentencias en las que, en el mejor de los casos, la fundamentación del castigo toma como base la dada a éste a nivel doméstico, dando por hecho que las diferentes teorías explicativas de la pena son trasladables, sin más, del ámbito de la criminalidad ordinaria a los escenarios de violencia masiva⁴.

No efectuaré aquí un examen profundo acerca de la historia y/o de la evolución de las diferentes teorías de la pena, ni buscaré, a partir de criterios filosófico-valorativos vinculados al «deber ser», dar una solución al –probablemente– irresoluble nudo gordiano relativo a si hay una determinada finalidad de la pena que pueda o haya de ser considerada prevalente sobre el resto. Todo ello excede con mucho de la pretensión de la presente investigación.

El objetivo será elaborar una construcción teórica propia capaz de ofrecer una visión de los procesos de justicia transicional desde la óptica de la teoría de la pena. En este contexto, será necesario examinar hasta qué punto las circunstancias que rodean a la comisión generalizada y sistemática de las violaciones de derechos humanos provocan que alguna de las finalidades o efectos que tradicionalmente han sido adjudicados a la pena no puedan ser eficientemente satisfechas o se vean debilitados.

Adicionalmente, también se analizará en qué medida el desarrollo del procedimiento penal, la declaración e imposición de una pena y su ejecución son necesarios para alcanzar objetivos más propios de otras ramas del conocimiento, pero respecto de los cuales se arroga al *ius puniendi* un rol relevante en su consecución en estos escenarios, como, por ejemplo, la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas o la reconciliación social⁵.

A estos efectos, como señalé en el capítulo inicial, se adoptará una visión holística de los sistemas transicionales, teniendo en cuenta que el Derecho penal es solo una herramienta más en interrelación continua con un amplio abani-

⁴ Crítico con lo anterior, considerando que las justificaciones que se dan domésticamente al castigo no pueden ser trasplantadas a los contextos de comisión de delitos en masa, AKHAVAN, P., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism», *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, núm. 3, 2009, p. 628; también críticos con la escasa atención prestada a esta cuestión a nivel internacional, ZOLO, D., «Peace through Criminal Law?», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, núm. 3, 2004, p. 728; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; íd., «The Rationale», cit., p. 135. De hecho, el extrapolar a la comisión de delitos en masa la racionalidad subyacente al castigo en contextos de criminalidad ordinaria no representaría la peor de las prácticas, puesto que como señala SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 159, en la línea argumental empleada por los tribunales de derechos humanos en su autodenominada «lucha contra la impunidad», cualquier consideración de prevención general negativa o positiva aparece generalmente como ausente.

⁵ Como indica LUBAN, D., «Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law», en BESSON, S. / TASIOLAS, J., *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, p. 575, la legitimidad de la atribución de estos objetivos al *ius puniendi* puede ser cuestionada, en tanto parecerían, *prima facie*, extrínsecos a valores puramente jurídicos.

co de instituciones o mecanismos complementarios disponibles. Así, no puede pasar desapercibido el rol que muchos de ellos pueden desempeñar como equivalentes funcionales a la pena⁶. Bajo este término se engloban, en atención a la definición empleada por Silva Sánchez, aquellos fenómenos, medidas o instituciones que, «siendo en todo o parte distintos de la pena, dan lugar a efectos idénticos o análogos a los que produce ésta, en la medida en que su aparición, sin constituir obviamente una pena estatal, puede cumplir en todo o en parte las funciones de esta»⁷. A todo ello se dedican las siguientes páginas.

II. LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN COMO PROCESO DE RESTAURACIÓN DE LA COOPERACIÓN SOCIAL

1. Justicia de transición y reconstrucción del contrato social

Con anterioridad al análisis de los escenarios transicionales desde la óptica de la teoría de la pena, resulta ineludible, primeramente, buscarles un acomodo dentro de la teoría del Estado. Esto debido a que, en la línea señalada por Greco, la teoría de la pena no puede ser entendida sino como parte integrante de la teoría del Estado, en tanto se refiere a los presupuestos de justificación de determinadas acciones de este último⁸. Si la teoría de la pena es necesaria —como aquí defendiendo— para justificar hasta qué punto y en qué condiciones es posible flexibilizar el deber estatal de castigo, y, al mismo tiempo, debe consi-

⁶ Aun cuando no hablan propiamente de equivalencia funcional, pero coincidiendo el fondo con lo que aquí se propondrá, véase, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., pp. 143-144, quienes consideran que el sometimiento por los victimarios dentro de la justicia de transición a mecanismos potencialmente calificables de «restaurativos» puede resultar en una menor necesidad de la pena a imponer, en la medida que permitan cumplir, al menos parcialmente, con los fines propios de la justicia penal; de manera similar, CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 168. Aun cuando no se hace una mención expresa a ello, esta noción de «equivalencia funcional» parece latir de fondo, en relación con los escenarios transicionales, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, concretamente en Sentencia C-579/13, de 28 de agosto de 2013 (ponente: Pretelt Chaljub), apartado 8.2.7.2, donde se habla de «la imposición de obligaciones, que como sanciones similares a la pena cumplen la función de conseguir una satisfacción por el injusto realizado y se evita que el delito quede para el condenado sin la más mínima consecuencia».

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, 2018, pp. 118 ss., quien aboga por incluir estos equivalentes funcionales, en lo que al esquema de la teoría del delito se refiere, dentro de la categoría de la punibilidad, en tanto se trata de factores que, dejando subsistente el injusto culpable, pueden afectar a la necesidad de la pena. A este respecto, los orígenes de la idea de «equivalente funcional» pueden encontrarse en JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991, p. 10, § 13.

⁸ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, 2015, p. 225.

derarse parte integrante de la teoría del Estado, entonces la justicia transicional ha de poder ser explicada de algún modo desde la óptica de esta última.

A estos efectos, debo alinearme con el grupo de autores que considera que los escenarios transicionales pueden ser entendidos, empleando una terminología «hobbesiana» o «rousseauiana», como supuestos de ruptura –total o terminal⁹– del contrato social¹⁰. Los motivos que permitirían aseverar la existencia de dicha ruptura requieren de un breve desarrollo.

Según autores como Rousseau o Hobbes, el ser humano no siempre habría estructurado su existencia en torno a la sociedad, sino que esta característica habría sido adquirida con el tiempo, a fin de dar cumplimiento a una de las leyes que derivarían de la naturaleza del hombre: la de velar por su propia conservación¹¹.

De manera previa a dicho «estadio social», el ser humano se encontraría originariamente sumido en el llamado «Estado de la Naturaleza», que no sería sino un estado de guerra continuo y perpetuo¹², difícilmente compatible con la preservación duradera del individuo, en tanto los obstáculos que perjudican su propia conservación serían superiores a su fuerza para resistirlos¹³. A este problema da

⁹ Empleo estos calificativos dado que, como indica JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., Civitas, 2006, p. 28, puede considerarse que todo delito infringe el contrato social. Más adelante, en el cuerpo del texto, especificaré a qué entiendo referidos estos adjetivos.

¹⁰ Conciben así los escenarios transicionales, DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 95, indicando que, en este tipo de contextos, los incumplimientos sistemáticos de los términos más básicos del contrato social convierten a este en nulo; de forma similar, OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 53; MCEVOY, K., «Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice», *Journal of Law and Society*, Vol. 34, num. 4, 2007, p. 422.

¹¹ HOBBS, T., *De Cive* (traducción de Carlos Mellizo), Alianza Editorial, 2000, p. 60; ROUSSEAU, J. J., *El contrato social* (Traducción del Dr. Doppelheim), 4.ª ed., Ediciones Mestas, 2010, p. 17. Esta premisa relativa a la propia conservación como directriz elemental de la conducta humana también ha sido asumida desde la sociología y la psicología social; así, por ejemplo, MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit. p. 124, habla de la existencia de un cierto componente biológico que amolda el comportamiento a las necesidades de supervivencia. Muy ilustrativo, BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 175-195, 268, donde desarrolla cómo la racionalidad de la propia conservación ayudo al colaboracionismo de los propios judíos con la «solución final».

¹² HOBBS, T., *De Cive*, cit., pp. 63-64; en sentido similar se han pronunciado otros destacados filósofos ilustrados como KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 141 o BECCARIA, C., *De los delitos y las penas* (Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente), 1.ª ed., 4.ª reimpresión, Aguilar, 1982, p. 72.

¹³ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, cit., p. 28; en sentido casi idéntico, HOBBS, T., *De Cive*, cit., pp. 63-64. Esta idea ha sido formulada de diversas maneras por otros autores de la época de la ilustración, entre otros, KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 141: «[...] antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno lo que le parece justo o bueno por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro [...]»; BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., p. 72: «las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla»; de manera similar, CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Vol. II (traducción de José Ortega torres y José Guerrero), Temis, 1991, p. 13: «las solas fuerzas de un individuo aislado serían mucho menos que suficientes para la defensa del derecho».

solución el contrato social a través de la creación de «una forma de asociación»¹⁴, el Estado, al que los individuos ceden en exclusiva el ejercicio de la fuerza¹⁵, con el objetivo de que garantice, a través de la amenaza y –en su caso– efectiva imposición del castigo, el disfrute de los bienes y derechos de cada persona¹⁶.

¹⁴ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, cit., p. 28.

¹⁵ La mencionada idea ya estaba presente en HOBBS, T., *De Cive*, cit., pp. 115-129, para quien el mero acuerdo en torno a un fin común resulta insuficiente para alcanzar la paz y la ayuda mutua. Sería necesario que cada ciudadano transfiera su fuerza y poder a un ente superior a él, de tal manera que aquel sienta la amenaza de castigo en caso de que sus intereses privados disientan del bien común; en una dirección similar, KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 141, afirmando que «[...] es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública [...]»; otros autores de la época también relacionaron la existencia del Estado con la necesaria existencia de una institución coactiva, la cual vendría representada por el *ius puniendi*, entre otros, FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania (traducción al castellano de la 14.ª edición alemana por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer)*, Hammurabi, 1989, p. 59; BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., p. 72; CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, cit., p. 13. Más recientemente, la idea de que el establecimiento de un sistema coactivo es necesario a fin de garantizar una convivencia pacífica puede encontrarse en KELSEN, H., *La paz por medio del derecho* (traducción de Luis Echavarrí), Trotta, pp. 39-40; ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LI, 1998, p. 513; LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», *Pacific Philosophical Quarterly*, Vol. 84, núm. 2, 2003, p. 129; HAQUE, A., «Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 9, núm. 1, 2005, p. 293; APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Ibáñez, 2009, pp. 128, 270; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 190-191.

¹⁶ El entendimiento del Derecho penal como instrumento de protección mediata de bienes jurídicos ganó relevancia a partir del S. XIX gracias a VON LISZT, F., *La Idea del Fin en el Derecho Penal* (introducción de José Miguel Zugaldía Espinar; traducción de Carlos Pérez del Valle), Editorial Comares, 1995, pp. 59 ss.; más recientemente, la doctrina mayoritaria ha aceptado esta idea de protección mediata de los bienes jurídicos de los individuos como función –o fin de primer orden– del Derecho penal. Entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C. H. Beck, 2020, pp. 128, 133; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, 1978, pp. 19, 22, quien destaca el carácter fragmentario de esta función: no se protegen todos los bienes jurídicos, solo los más fundamentales y no frente a cualquier tipo de atentado, solo los más intolerables; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 216, 222; ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 367 ss., 574 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente presentado a la primera prueba del Concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Universidad convocado por Resolución de la Universidad Autónoma de Madrid de 26 de marzo de 2001*, 2001, p. 9; GIL GIL, A., «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en Díez Ripollés, J. L., et al. (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, p. 9; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, pp. 193-194; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 230-276, donde lleva a cabo una magnífica análisis de esta teoría frente a una de las teorías que se presentan como alternativa, a saber, la de lesión de derechos subjetivos; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 191; también MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 56, si bien solo le otorga al bien jurídico un rol relevante respecto de la legitimidad de la norma de comportamiento, no así de la norma de sanción. Debo destacar que no creo que la aceptación de esta tesis de protección de bienes jurídicos suponga denigrar o rechazar completamente la tesis de JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 35, § 2, según la cual lo protegido sería la norma jurídico-penal en sí misma en tanto garante de

A partir del razonamiento anterior, resulta posible conjeturar que, en un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos más básicos, el pacto social ha colapsado¹⁷ o, en tanto éste tendría como uno de sus fines esenciales «la conservación de los contratantes»¹⁸, ha resultado generalizadamente fallido en cuanto a su razón de ser¹⁹. En este sentido, los dos escenarios tradicionales de justicia transicional pueden ser definidos a partir de la existencia de una falla en relación con el sujeto al que le fue otorgado el ejercicio exclusivo de la violencia²⁰.

Por un lado, en los supuestos en los que se abandona un pasado autoritario caracterizado por la criminalidad estatal, si bien seguiría existiendo un ente que detentaría el monopolio material de la violencia, este habría pervertido su uso, empleándolo para fines ajenos a aquellos por los que le fue originariamente concedido²¹. Por otro lado, en los casos en los que se transita de un conflicto armado que permanece activo hacia la paz, el Estado poseería el monopolio formal de la fuerza, pero carecería de su monopolio material, bien porque nunca llegó a ostentarlo, bien porque le hubiera sido arrebatado o puesto en cuestión por otro ente con la suficiente capacidad para ello²².

La justicia de transición puede ser entonces definida como un intento de, bajo circunstancias de excepción, «restablecer las condiciones básicas para

expectativas esenciales para la vida en sociedad, pues en la línea de lo señalado por ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 453, considero que ambos fines no son opuestos, sino «funcionalmente recíprocos: la realización de uno conllevará *per se* la consecución del otro».

¹⁷ OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 53, afirmando que estos escenarios representan una «vuelta al estado de la naturaleza».

¹⁸ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, cit., p. 50.

¹⁹ Esta afirmación puede conectarse con la postura desarrollada por SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Malum passionis*, cit., p. 76, para quien la asunción por parte del Estado del monopolio de la violencia genera en aquel una suerte de posición de garante de libertad, de protección en sentido negativo, respecto de los sujetos que se encuentran en su territorio frente a agresiones de terceros. De manera similar, MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección», cit., p. 251, considera que hay deberes de protección que se explican como una compensación por la monopolización estatal de la violencia; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado», cit., p. 3, considera que la atribución al Estado de la función de proteger o brindar seguridad a sus súbditos-ciudadanos frente a las agresiones de terceros es la razón de ser misma del pacto social. Asimismo, una vinculación entre justicia de transición e incumplimiento del deber estatal de protección respecto de sus ciudadanos está presente en TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 41.

²⁰ En este sentido, como indica CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 16, la justicia de transición trata sobre conflictos en los que «se ve comprometida la propia estructura de poder de un país».

²¹ Este sería el caso de la Alemania nacionalsocialista o de Argentina en la época de la dictadura de Videla. A este respecto, este supuesto puede enmarcarse en uno de los directamente aludidos por Rousseau a la hora de hablar de en qué situaciones quedaría disuelto el pacto social. Así, ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, cit., p. 101, hace referencia, como causa de disolución del contrato social, aquellos casos en los que el gobierno usurpa la soberanía en el sentido de que deja de administrar aquella con arreglo a la ley.

²² Así, HOBBS, T., *De Cive*, cit., p. 131, ya mencionaba los contextos de sedición y de guerra civil como una excepción al monopolio de la violencia por parte de un único «mando supremo». Como ejemplo representativo de lo anterior, sirva la situación vivida durante más de 50 años entre el Estado colombiano y guerrillas como las FARC-EP o el ELN.

que el contrato social funcione nuevamente»²³. En dicho restablecimiento o restauración, posee una gran importancia el concepto de paz, objeto de una enorme sobreutilización en la discusión sobre la justicia de transición²⁴, y que, como he señalado en el capítulo anterior, es empleado como fin llamado a justificar la flexibilización del deber de castigo.

A este respecto, puede afirmarse, siguiendo a Galtung, que, en mayor o menor medida, el concepto de paz está vinculado a la ausencia de violencia²⁵. Tomando como punto de partida la premisa anterior, y a partir de una distinción entre violencia personal e institucional, el sociólogo noruego diferencia entre «paz negativa» y «paz positiva». El primero de los conceptos haría referencia a aquellas situaciones de no existencia de violencia personal²⁶; más concretamente, la idea de «paz» quedaría aquí vinculada a la ausencia de violencia colectiva, organizada o entre grandes grupos de personas²⁷. Por otra parte, la noción de «paz positiva» queda asociada a la existencia de justicia social, de cooperación e integración entre distintos grupos humanos²⁸.

Recientemente, esta distinción entre «paz positiva» y «paz negativa» ha sido compartida por teóricos de la justicia de transición como Lambourne²⁹, apareciendo también en la Declaración de 2016 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho a la paz³⁰, así como en la ingente jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia en relación con los diversos procesos de paz³¹ —especialmente los referidos a los grupos paramilitares y las

²³ SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 3; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El indulto y sus razones», cit., p. 278, indicando que en estos escenarios se hace frente a una necesidad de «refundación del contrato social». Véase también, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 231, poniendo de manifiesto que se trata de procesos dirigidos al mantenimiento del orden social; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 17, destacando que el objetivo último de la justicia transicional es «reparar el tejido social y político». Aunque más tímidamente, esta idea también está presente en FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., pp. 148 ss.

²⁴ Esta sobreutilización puede deberse a que, como en su día señaló GALTUNG, J., «Violence, Peace and Peace Research», *Journal of Peace Research*, Vol. 6, núm. 3, 1969, p. 167, mediante su empleo se busca obtener cierto consenso sobre las afirmaciones de fondo, pues es difícil encontrar a alguien que abiertamente reconozca estar totalmente —en el sentido de sin matices— en contra de la idea de paz.

²⁵ *Ibid.*, pp. 167-168.

²⁶ *Ibid.*, p. 183.

²⁷ Íd. *Theories of Peace. A Synthetic Approach to Peace Thinking*, International Peace Research Institute, 1967, p. 12.

²⁸ En este sentido, véase *Ibid.*, pp. 14-15; íd., «Violence, Peace and Peace Research», cit., p. 184, donde ofrece un listado de valores que servirían para medir el alcance de esa justicia social.

²⁹ LAMBOURNE, W., «Transitional Justice and Peacebuilding», cit., p. 34.

³⁰ Resolución 32/28 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 1 de julio de 2016. Declaración sobre el Derecho a la Paz (Doc. ONU. A/HRC/RES/32/28), p. 4: «la paz no solo es la ausencia de conflictos (*paz negativa*), sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos, y se garantice el desarrollo socioeconómico (*paz positiva*)» (cursiva y paréntesis añadidos).

³¹ Dicha diferenciación puede encontrarse con tal nomenclatura en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579-13, cit., apartado 6.1.1, donde se habla de «poner fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (*paz negativa*) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas inclu-

FARC-EP–, quien, a su vez, ha añadido una acepción adicional a la idea de «paz», entendiendo esta como «atenuación de los rigores de la guerra y la “humanización” de las situaciones de conflicto»³².

En lo que a el presente trabajo se refiere, la distinción entre ambos conceptos será asumida con matices. La «paz negativa» será concebida de manera muy similar a cómo entiende la Corte Constitucional de Colombia el término «paz»: como mantenimiento de los niveles de violencia dentro de la capacidad normal del sistema, de tal manera que no se produzca un desbordamiento de los límites que aquel es capaz de soportar. Ello significa que podría existir violencia organizada, grupal o colectiva de manera ocasional, pero no así una violencia de una intensidad cualitativa tal como la propia de un conflicto armado o de un Estado criminal³³. La idea de paz negativa presume, en consecuencia, que el Estado posee el monopolio formal y material sobre la violencia.

Por otro lado, el concepto de «paz positiva» estará relacionado con la promoción de la igualdad y la justicia social a través de determinadas estructuras, instituciones, instrumentos, etc.³⁴, de forma que, como resultado de su

yentes (paz positiva)»; también en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080-18, cit., apartado 4.1.1.3: «La paz [...] tiene dos componentes: uno negativo, relacionado con el fin de los conflictos armados y el cese de las hostilidades; y uno positivo, relacionado con la democratización y la vigencia integral de los derechos humanos». En otras ocasiones la Corte no ha hablado expresamente de «paz positiva» y «paz negativa», sino que ha empleado otros términos que, más allá del cambio de etiquetas, son sustancialmente coincidentes en el fondo; así, entre otras, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370/06, de 18 de mayo de 2006 (ponente: Cepeda Espinosa), apartado 4.1.3: «la Paz aceptada como propósito colectivo nacional e internacional puede considerarse como ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos (núcleo mínimo), como efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos (desarrollo máximo)»; de manera similar, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-007-18, cit., § 103: «percibida como un mínimo, la paz se entiende como la ausencia de conflictos; mientras que, desde un plano maximalista (u óptimo), se refiere al conjunto de condiciones necesarias para el goce de los derechos humanos y la construcción de la democracia».

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370-06, cit., apartado 4.1.3; en términos similares, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007-18, cit., § 103, «en escenarios de conflicto armado, la paz también se manifiesta en la aspiración a la humanización de las confrontaciones por medio de las reglas del derecho internacional humanitario».

³³ Comparto, en consecuencia, la visión de MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., pp. 210, 212, quien entiende la «paz», como un mínimo de convivencia pacífica y de respeto a los derechos humanos en el sentido de evitar que respecto de ellos acontezcan violaciones generalizadas y sistemáticas propias de una guerra abierta o de un Estado criminal; en términos similares, LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., pp. 105-106, entendiendo por «paz» la ausencia de violencia organizada y a gran escala, de una situación de guerra o de resurrección de esta. Tampoco se alejan demasiado de lo aquí defendido, GRECO, L., «Por que inexistem», cit., p. 103, quien hace uso del término «paz social», entendiendo como tal no la falta de conflicto, sino la ausencia de violaciones sistemáticas de los derechos humanos; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 38, para quienes el concepto de paz negativa vendría representado por la ausencia de violencia colectiva y sistemática.

³⁴ LAMBOURNE, W., «Transitional Justice and Peacebuilding», cit., p. 34.

satisfacción, se favorezca la mitigación de las deficiencias estructurales que fueron funcionales al desarrollo de la violencia colectiva³⁵.

Aunque es cierto que la importancia de cada una de las dimensiones variará en atención al estadio en el que se encuentre cada sociedad en el desarrollo de su proceso de transición, puede establecerse una correlación temporal entre ambas. Así, parece razonable afirmar que la finalidad primaria, inmediata o a corto plazo en el proceso de reconstrucción del contrato social ha de ser de la de alcanzar una paz negativa, entendida como el cese del «*bellum omnium contra omnes* propio del estado de la naturaleza»³⁶. Y es que resulta difícil imaginar que en un contexto de profunda inestabilidad institucional puedan operarse las reformas necesarias a efectos de alcanzar una «paz positiva»³⁷.

Desde luego, y en esto hay que estar de acuerdo con Kelsen, ningún contrato social puede fundar o erigir una comunidad más que temporalmente pacificada sin que exista un «poder suficiente como para poner en vigor el orden que constituye la comunidad»³⁸. Empero, sería equivocado creer que recobrar el monopolio de la violencia constituye el último estadio de la «refundación social». Pues, al mismo tiempo, parece muy poco probable que dicha situación sea relativamente duradera si los «contratantes» no perciben que sus derechos son alcanzados o satisfechos en mayor medida que en un estado de guerra perpetua.

La existencia de un sujeto que detente el monopolio de la fuerza sería una condición necesaria para el restablecimiento de la cooperación en torno al contrato social, en tanto facilita, *ab initio*, la reconstrucción de la vida en comunidad. Sin embargo, no sería una condición suficiente, pues resultaría igualmente imperativo obtener una legitimidad o un consenso en torno a dicho monopolio. Esto se conseguiría, a mi juicio, de manera utilitaria, dando satisfacción a los derechos que víctimas y sociedad ostentan en relación con un

³⁵ Esta idea de paz positiva como justicia social asociada a la violencia estructural ya estaba presente en GALTUNG, J., «Violence, Peace and Peace Research», cit., p. 183, siendo recientemente compartida por WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 38. No obstante, como indica NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 76, todas las sociedades contienen, en mayor o menor medida, elementos de violencia estructural y cultural; por ello, para considerar la paz positiva como un objetivo alcanzable, creo más razonable definir está como justicia social –política, económica, etc.– aun cuando sea esperable que de la satisfacción dicho objetivo se derive una reducción –que no una completa eliminación– de la violencia estructural.

³⁶ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 148. Sin hacer referencia a la idea de contrato social, coinciden en que lo primero es alcanzar un estado de paz negativa, MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., pp. 210, 214; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 101 al señalar que en el corto plazo lo más importante es mantener cierto grado de estabilidad.

³⁷ MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 214; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 101, aunque no emplea la palabra paz positiva sí señala que a largo plazo se debe aspirar a transformar la sociedad, su conjunto de valores y las relaciones entre la ciudadanía, objetivos que pueden subsumirse dentro de este concepto.

³⁸ KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, cit., p. 42.

pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos. De esta manera, sería posible trasladar a los individuos la sensación de que solo a través del mantenimiento de una estrategia cooperativa que mantenga los conflictos dentro de los cauces del sistema es posible obtener una mayor protección de sus bienes, dotando así de una mayor estabilidad a largo plazo a dicha situación³⁹.

A partir de lo anterior, se puede redefinir la dicotomía entre paz y justicia⁴⁰, pues, como puede observarse, también la paz puede definirse en términos de justicia, al menos de justicia social. Paz y justicia serían entonces valores interdependientes y complementarios⁴¹, si bien pueden producirse tensiones temporales entre uno y otro, sobre todo en relación con la vertiente jurídico-penal.

Es el marco teórico anterior –en el que los procesos transicionales quedan definidos de una manera utilitaria– el que tomaré como referencia a los efectos de articular una teoría de la pena desde la que dotar de contenido al deber de castigo. Partiré entonces de una óptica consecuencialista de la pena en la que su imposición y efectiva ejecución debe ser justificadas desde su necesidad para el mantenimiento de una situación mínima de cooperación interpersonal⁴².

³⁹ Como indica APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*, cit., pp. 68, 273, la referencia al monopolio de la violencia como condición para la existencia del Estado debe ser matizada en el sentido de que no se trata de promoverlo a cualquier precio, esto es, no puede ser construido sobre la negación de los derechos y garantías necesarias en un Estado democrático. Una «pacificación eficientista» requiere, como condición necesaria, de una ampliación del entramado de derechos y garantías de los ciudadanos; en la misma dirección, AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, núm. 68, 2013, p. 24, indicando que «una paz justa y, por lo tanto, permanente se funda en el reconocimiento y respeto de los derechos de los ciudadanos».

⁴⁰ Por todos, en relación con esta dicotomía, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 51.

⁴¹ Esta idea ya estaba presente en BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 12, indicando que la famosa contraposición entre paz y justicia es una falsa dicotomía, porque una paz duradera y sostenible en el largo plazo requiere de la exigencia de algo de responsabilidad a los perpetradores; de manera similar, UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 20, indicando que una paz sin justicia se considera frágil; en la misma dirección; STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., p. 426; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 103; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 39.

⁴² Aun cuando, como desarrollaré más adelante, considero que la distinción prevención general negativa y prevención general positiva es algo artificiosa, no tengo problema en reconocer que, dado el etiquetado, probablemente encontraría un mejor acomodo dentro de las segundas. Concretamente, si tuviera que enmarcar la teoría que aquí sostengo dentro de alguna de las teorías de la pena actualmente existentes, diría que, *ab initio*, comparto la visión de DURKHEIM, E., *La división del trabajo social* (traducción de Carlos Posada), Biblioteca Nueva / Minerva, 2012, pp. 127 ss., de mantener la cohesión social. Sin embargo, me alejo del mencionado autor en el hecho de que concibo esta integración no como una integración interna que incluya representaciones sobre lo correcto o componentes afectivos con el grupo social, sino como integración externa respetuosa con las diferentes visiones cosmológicas y la diversidad cultural existente, esto es, como integración en torno a normas esenciales sin las cuales no se puede mantener la vida en sociedad (así, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, B de F, 2014, p. 267). En este sentido, diría que mi visión es esencialmente coincidente con la

Nótese que desde esta perspectiva, en principio, el fin a alcanzar por los procesos transicionales converge con el motivo por el que «nacería» el Derecho penal en el seno de las distintas comunidades: mantener la armónica convivencia entre sus integrantes⁴³. Serían pues las circunstancias que rodean a la utilización del Derecho penal en los escenarios aquí examinados las que, en ocasiones, convertirían a la pena, y a los efectos que está llamada a desplegar sobre el individuo y la sociedad, en disfuncionales para alcanzar dicho objetivo.

Y es que el Derecho penal no solo presupone la presencia de una comunidad jurídicamente establecida⁴⁴, sino que, como indica Neumann, aquel toma como punto de sustento alrededor del cual construir su propia estructura la existencia de una base social estable⁴⁵. De esta base se carece allí donde se trata de castigar personas que han actuado dentro de un orden social desviado en el que el delito deja de ser un fenómeno relativamente infrecuente o desviado respecto de las normas y/o pautas imperantes⁴⁶. A ello debe adicionarse, en los contextos aquí analizados, que el poder establecido carece del necesario

teoría desarrollada por RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, 2016, pp. 242 ss., en la que la pena está llamada a mantener la cooperación social como sistema de mayor eficiencia, en atención a las sinergias que en él se generan, para la protección y disfrute de los derechos individuales. Un entendimiento similar del Derecho penal en contextos transicionales está presente en GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 231, donde las autoras condicionan el empleo de aquel a la finalidad última de mantenimiento del orden social.

⁴³ Así, atribuye al Derecho penal el rol de mecanismo de control social que coadyuve a dicho fin, REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 190; similar, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, pp. 4-5. Véase también, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 18, indicando que «la función general del Derecho es la consecución de la paz social».

⁴⁴ ZACZYK, R., «“Ha matado, entonces debe morir”. Kant y el derecho penal» (traducción de Miguel Polaino-Orts), en ZACZYK, R., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena* (compiladores Eduardo Montealegre Lynett, Natalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John, Miguel Polaino-Orts), Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 126; en la misma dirección, REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 190-191; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 70, si bien el autor considera que ello solo aplica respecto de los delitos derivados de la infracción de obligaciones adquiridas y no respecto de aquellos otros infractores de deberes naturales, entendiendo por estos últimos aquellos que consisten en la realización de actos violentos contra otras personas. Véase, también, la tesis de ZIELCKE, A., «Gnade vor Recht», p. 464, citado en JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 123, esbozando que la aplicación del Derecho penal basado en el Estado de derecho presupone que los actos que se van a castigar se han cometido también en las condiciones marco de un Estado de derecho que funciona.

⁴⁵ NEUMANN, U., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., p. 100; véase también APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*, cit., pp. 67, 193, mencionando que la paz es una condición empírica fundamental para el funcionamiento del Derecho.

⁴⁶ AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 59; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 8-24. A este respecto, como indica KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 171-172, el *ius puniendi* no ha sido diseñado para operar escenarios en los que la cantidad de víctimas y victimarios es exorbitante; comparte expresamente dicha afirmación, REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 17; en términos parecidos, OSIEL, M., «Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity», *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, núm. 1, 2000, p. 126.

monopolio en el uso de la fuerza como precondition para la aplicación ordinaria del Derecho penal⁴⁷.

Desde esta perspectiva, el empleo de medidas premiales –por supuesto, en acción conjunta con otra serie de medidas prototípicas de la justicia de transición– puede verse como una cláusula de supervivencia⁴⁸ de la que se hace uso para recuperar el monopolio o el uso legítimo de la violencia y garantizar así la paz en un sentido minimalista⁴⁹. Así concebido, y aunque pueda parecer paradójico, el propósito principal del castigo en este tipo de contextos no diferiría de la razón por la que se renuncia a la totalidad o a parte de la pena.

Sin embargo, antes de iniciar el análisis de cómo la pena sería capaz de mantener la cooperación en torno al sistema, y en qué medida el contexto en el que se cometen los delitos afecta a los efectos que aquella está llamada a desplegar sobre los individuos, deben acometerse dos tareas. La primera es la referida a cómo se integraría esta visión de los procesos transicionales con una pena impuesta no por el Estado, sino por la comunidad internacional. De igual modo, habrá de refutarse la posibilidad de adoptar una visión retributiva de la pena en estos contextos, así como también habrán de ponerse en cuestión aquellas teorías que, sin concebir la pena como un fin en sí mismo, entienden que la víctima tiene un derecho al castigo del autor.

2. Reconstrucción del contrato social y derecho penal internacional

Definida la justicia de transición como supuesto de reconstrucción del contrato social, ha de plantearse brevemente la cuestión de si –y cómo– puede aunarse esta visión, que toma como punto de partida el Estado-Nación clásico, obligado a garantizar la coexistencia pacífica de sus ciudadanos, con la idea de una pena impuesta por un orden supranacional. Ello enlaza, irremediablemente, con el problema de legitimación de un castigo «sin soberano»⁵⁰. Se trata de una tarea que, entonces, habrá de acometerse en dos pasos: primero se habrá de buscar un modo de legitimar la existencia de un orden punitivo supranacional para, en segundo lugar, integrar dicha legitimación en la lógica transicional aquí defendida.

⁴⁷ KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 155.

⁴⁸ MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 217.

⁴⁹ Como afirma KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, cit., p. 44, el monopolio de la fuerza es el elemento esencial de una comunidad jurídica para asegurar la paz entre sus miembros.

⁵⁰ Termino empleado por AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano?», cit., *passim*.

En lo que al primero de los interrogantes se refiere, destaca la justificación kantiana clásica, cimentada, en parte, en una cierta analogía entre las relaciones Estado-Estado y las interacciones individuo-individuo⁵¹. Bajo su premisa genérica de que *la Justicia* solo puede ser alcanzada dentro de una comunidad jurídica, Kant defiende que los Estados pueden ser vistos «como individuos que se perjudican mutuamente por su mera vecindad en el estado de naturaleza»⁵². El pueblo inmerso en el estado de naturaleza constituiría un estado de las cosas injusto que representaría una constante amenaza para el resto de los Estados, los cuales podrían reclamar al primero su ingreso junto a ellos en una federación de Estados⁵³.

En los últimos tiempos, esta idea kantiana es tomada como punto de partida de la justificación desarrollada por Ambos. El mencionado autor considera que la existencia de un orden punitivo supranacional podría fundamentarse a partir de la idea de «dignidad humana como fuente de derechos humanos (civiles) fundamentales que, en última instancia, deben ser protegidos por un derecho (penal) supra o transnacional»⁵⁴.

Sin embargo, a pesar de la invocación en algunas partes a la dignidad humana y al castigo como una exigencia moral⁵⁵, hay determinados aspectos de la teoría desarrollada por Ambos que la alejan del plano meramente kantiano y la acercan a un plano consecuencialista. Ello en la medida en la que la idea de dignidad es reconducida por el propio autor a la prevención del daño respecto de determinados bienes jurídicos fundamentales –individuales y colectivos– que deben ser protegidos⁵⁶. Nótese que, en consecuencia, el ejercicio del *ius puniendi* por un ente supranacional no tendría una función o una finalidad última distinta de la que poseería a nivel doméstico.

En este punto, es frecuente distinguir doctrinalmente dos grandes categorías de bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal internacional. Desde una

⁵¹ En relación con hasta qué punto se trata de un razonamiento analógico, véase, BOTTICI, C., «The Domestic Analogy and the Kantian Project of *Perpetual Peace*», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, núm. 4, pp. 392-410, donde se señalan las diferencias existentes en cómo ese contrato quedaría configurado en uno y otro nivel.

⁵² KANT, I., *Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico* (Traducción e introducción de Roberto Aramayo), Alamanda, 2018, p. 86.

⁵³ *Ibid.*, pp. 80, 86. El propio Kant advierte que se trataría de una federación de pueblos ubicada por encima del Estado, y no de un Estado de pueblos fusionados en un único ente.

⁵⁴ AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano?», cit., p. 22.

⁵⁵ Así, sirva como ejemplo, *Ibid.*, p. 36, donde el autor afirma que en el marco del sistema de justicia penal internacional, el *ius puniendi* «representa así un juicio de valor que expresa la necesidad jurídica y moral de castigar la conducta macro criminal [...] puede ser considerado un progreso de civilización y, en este sentido, un proyecto ético».

⁵⁶ *Id.*, *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part*, 1.ª ed., Oxford University Press, 2013, pp. 65-66.

perspectiva individual, el Derecho penal internacional buscaría proteger bienes jurídicos de carácter personalísimo, imprescindibles para el individuo y su libre desarrollo en la medida en que sin ellos no sería posible la coexistencia pacífica dentro de un determinado sistema social⁵⁷. Se trataría de bienes que, pese a las diferencias culturales e idiosincráticas, serían compartidos por todos los individuos de las diferentes sociedades que componen la comunidad internacional⁵⁸.

Junto a esta, existiría también una dimensión «colectiva», en la que se habría de asegurar la protección de una serie de intereses «originales» difícilmente distinguibles entre sí⁵⁹, como la paz, la seguridad y el bienestar de la comunidad internacional⁶⁰. En cualquier caso, como indica Gil Gil, se trata de conceptos demasiado amplios y abstractos como para tratarse de bienes jurídicos protegidos; por el contrario, tendría más sentido considerarlos como el objeto genérico integrado por los distintos bienes jurídicos protegidos a nivel individual por cada uno de los tipos penales⁶¹.

Esta idea de que el orden internacional encontraría su legitimación en la protección de los bienes jurídicos anteriormente mencionados, también puede rastrearse en la denominada doctrina de la «responsabilidad de proteger»⁶². Se trata de un concepto surgido en el marco de las discusiones sobre la intervención en emergencias humanitarias graves y por el que cada Estado estaría obligado a proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. El defecto o la insuficiencia de la intervención estatal a estos fines habilitaría a la comunidad internacional a actuar⁶³. En este marco, el empleo del Derecho penal sería una de las posibi-

⁵⁷ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, p. 35; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume I*, cit., p. 62, quien también incluye la propiedad, junto a la vida, la integridad física y la libertad.

⁵⁸ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, cit., p. 27; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 204; CASSESE, A., *International Criminal Law*, 3.ªed., Oxford University Press, 2013, pp. 20, 268.

⁵⁹ WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, 2020, p. 105.

⁶⁰ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, cit., pp. 27, 35-36, indicando que lo protegido serían «las condiciones indispensables para el desarrollo real y efectivo de los bienes individuales»; AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano?», cit., p. 5; íd., *Treatise on International Criminal Law: Volume I*, cit., p. 66, señalando que así figuraría en el preámbulo del ER, así como en la creación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los Tribunales Penales Internacional a partir del capítulo VII de la Carta; de manera similar, WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., pp. 105, 109.

⁶¹ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, cit., p. 35.

⁶² He de reconocer que la idea no es originalmente mía, sino que me fue sugerida por la Profa. Gil Gil en mi acto de defensa de la tesis doctoral. Trato, en la medida de lo posible, de dar un breve desarrollo a ello.

⁶³ AÑAÑOS MEZA, M. C., «La «Responsabilidad de Proteger» en Naciones Unidas y la Doctrina de la «Responsabilidad de Proteger»», *Revista UNISCI*, núm. 21, 2009, p. 165, indicando que esa responsabilidad irradiaría en tres obligaciones para el Estado: prevenir, reaccionar y reconstruir, para cuya consecución el Estado habrá de adoptar las medidas apropiadas y necesarias; véase también, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «Responsabilidad de proteger, Derecho Penal Internacional y prevención y resolución de conflictos», en ALDA MEJÍAS, S., et al. (Coords.), *La seguridad. Un concepto amplio y dinámico*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2013, p. 40.

lidades con las que garantizar el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones derivadas de la responsabilidad de proteger⁶⁴. Desde este prisma, la existencia del ordenamiento internacional quedaría legitimada a partir de la garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los individuos, así como de su relación con los conceptos de paz y seguridad⁶⁵.

Nótese que la doctrina de la responsabilidad de proteger redefine entonces el concepto de soberanía estatal orientándola hacia el individuo⁶⁶. Si bien tradicionalmente se había asociado con la existencia de un derecho del Estado a la no injerencia en sus asuntos propios, ahora también se destaca la carga que impone al Estado que desee mantener ese derecho a la no injerencia: la protección de los bienes jurídicos más básicos de sus ciudadanos.

Quedaría entonces abordar el segundo interrogante: cómo puede integrarse esta justificación dentro de la lógica de reconstrucción del contrato social a nivel doméstico. Aquí puede discutirse si, y en qué medida, la actuación de un tercero –Estado o comunidad internacional– serviría a fines incardinables dentro de dicha lógica y no a otros ajenos a ella.

No sería posible integrar esa justificación si, de manera similar a la explicación kantiana, se entiende que lo que legitimaría la intervención sería la amenaza que la situación de conflicto supone para ese tercer Estado y los bienes jurídicos de sus individuos⁶⁷. Tampoco si se reconduce a la reafirmación y mantenimiento, por medio del efecto preventivo de la pena, de un orden internacional construido en torno a la idea de vigencia de los derechos fundamentales del individuo⁶⁸.

⁶⁴ Íd., «Responsabilidad de proteger», cit., p. 42.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 35, 37, señalando que esta consecuencia de la responsabilidad de proteger puede ras- trearse en el preámbulo del ER o de los instrumentos que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales.

⁶⁶ AÑAÑOS MEZA, M. C., «La “Responsabilidad de Proteger”», cit., p. 184, criticando que ello supone abandonar el concepto tradicional *grociano* de soberanía.

⁶⁷ Y, sin embargo, también podría justificarse desde este prisma, ya que como señalan GIL GIL, A. / MACULAN, E., «Responsabilidad de proteger», cit., p. 39, ejemplificándolo con el supuesto de Siria, un contexto de violaciones generalizadas y sistemáticas acaba, en muchas ocasiones, generando desplazamientos masivos de población y un riesgo de extensión de las tensiones a países vecinos.

⁶⁸ Aunque el castigo también puede ser leído en estos términos, así véase, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «Responsabilidad de proteger», cit., pp. 35, 37, 57; en contra de esta visión, PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., pp. 88 ss., especialmente pp. 88, 102-108, indicando que la ausencia de una sociedad mundial y de un Estado como tal implica que el trasplantar un instrumento con una finalidad social evidente, como es el *ius puniendi*, presente problemas insuperables de legitimación. Estos problemas estarían vinculados al hecho de que, a nivel nacional, el *ius puniendi* queda configurado como una *ultima ratio*, mientras que a nivel internacional viene definido como sola *ratio*. El autor apuesta por mantener su configuración como *ultima ratio*, lo que haría necesaria la existencia de una auténtica comunidad internacional que, primeramente, debería tratar de dotar de ayudas y reformas al Estado donde se cometieron los crímenes, comunidad que, así definida, no existe actualmente.

Por el contrario, sí sería posible aunar ambas explicaciones si se entiende, en la línea señalada por Chehtman, que el castigo quedaría legitimado por el propio interés de los individuos del Estado en que se producen las violaciones en mantener un sistema social vigente que contribuya a maximizar su bienestar⁶⁹. En este sentido, existirían determinados contextos en los que, a menos que una autoridad extraterritorial también detente un poder para castigar a los perpetradores, los ciudadanos no podrían confiar en la vigencia de dicho sistema⁷⁰. Serían aquellos casos en los que la intervención estatal resultaría ineficaz, bien porque los bienes son atacados por el propio Estado o por otras entidades con tolerancia de este último, bien por la inexistencia de instituciones que permitan la investigación, enjuiciamiento y castigo de estos actos.

En consecuencia, en la tarea de reconstruir el contrato social, el Estado en cuyo territorio se han cometido las violaciones generalizadas y sistemáticas disfrutaría, en atención al concepto clásico o *grociano* de soberanía, de preferencia sobre terceros Estados o la propia comunidad internacional. Ello en tanto esta vertiente de exclusión de terceros respecto de los asuntos propios también estaría relacionada con la lógica de maximización del bienestar que se esconde detrás de la idea del contrato social⁷¹. El bienestar se maximizaría no solo por la capacidad de proporcionar protección física a los ciudadanos, sino también por el valor de confiar el poder político sobre un grupo y sus miembros al propio grupo⁷².

Solo si el Estado en cuyo territorio se han cometido violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos omite el desarrollo de actuaciones suficientes encaminadas a reconstruir la cooperación en torno al contrato social, podría legítimamente intervenir un tercer Estado o la propia comunidad internacional en esa tarea⁷³.

⁶⁹ CHEHTMAN, A., *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, 2010, pp. 31 ss., si bien no se refiere a la vigencia del sistema social, sino del sistema penal. La mayor crítica que se puede realizar a la tesis que desarrolla el autor es que no explica cómo el mantener un sistema penal vigente contribuye a maximizar el bienestar de los individuos. El autor rechaza a lo largo de la obra el articular su teoría sobre los posibles efectos psicosociales –que redundarían en la prevención de nuevas conductas delictivas– de la pena. Sin embargo, en *Ibid.*, p. 118, y en relación con el posible contenido de ese bienestar, el autor realiza una serie de afirmaciones referidas tanto a la dignidad como a la seguridad de los ciudadanos, lo que invita a pensar, al menos en este último caso, que algo de prevención y protección de bienes jurídicos hay implícito en la teoría del autor.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 101.

⁷¹ Considera que el fundamento de la soberanía se encontraría en el tratar de maximizar el bienestar de los individuos, *Ibid.*, p. 25.

⁷² *Ibid.*, pp. 25-27.

⁷³ Esto enlaza con el carácter subsidiario del Derecho penal internacional, pues como indica GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, cit., p. 39, este solo interviene cuando otros medios no sean suficientes para obtener la mencionada protección y, en segundo lugar, cuando dicha protección no pueda alcanzarse por el ordenamiento estatal.

III. LA RETRIBUCIÓN EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

1. Fundamento del castigo en la teoría kantiana de la retribución

La idea de castigo como retribución del hecho pasado es una de las justificaciones principales que tradicionalmente se ha dado respecto de la existencia de la pena estatal. Se trata de una visión tan incrustada en doctrina, jurisprudencia, e incluso en la propia población, que es posible afirmar, sin temor a equivocarse, que el desarrollo histórico del debate sobre los fines de la pena ha estado, está y –me atrevería a decir– estará intensamente vinculado a un constante resurgir y a una constante readaptación de las teorías retributivas⁷⁴. A consecuencia de ello, las teorías de la retribución han exhibido un espectro tan amplio de matices que tratar de profundizar sobre cada una de sus variantes sería merecedor de un trabajo propio⁷⁵. Sin embargo, sí resulta posible esbozar una serie de rasgos generales que, en mayor o menor medida, son compartidos por las versiones de corte clásico⁷⁶ o tradicional y que beben de la teoría kantiana de la retribución.

Un primer aspecto generalmente común a las teorías clásicas de la retribución es el entendimiento de la pena como la imposición de un mal merecido al autor en atención a su comportamiento anterior⁷⁷. Así entendi-

⁷⁴ Así, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 198 ss., habla de un «permanente revival» de estas teorías debido a distintos motivos: el hecho de que se trate de una teoría garantista, su conexión con la religión o su vinculación con el deseo de castigo que experimentan los seres humanos ante una transgresión de la norma. También mencionan este constante revival, DUFF, A. / GARLAND, D., «Introduction: Thinking about Punishment», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 9, 12-14; KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Springer, 2013, p. 8; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 54; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 131.

⁷⁵ A este respecto, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 30, identifica –siguiendo a Cottingham– hasta 9 posturas distintas apegadas a la retribución: i) retribución como pago/devolución; ii) retribución como merecimiento; iii) retribución como castigo por la comisión de un delito; iv) retribución como garantía, en el sentido de que se permitiría solo el castigo del delincuente culpable; v) retribución como satisfacción de los demás miembros de la sociedad, fundamentalmente de su sentimiento de venganza; vi) retribución como castigo a aquel que, abandonando el *fair play*, obtiene ganancias ilícitas por su conducta delictiva; vii) retribución como descarga de la tolerancia del delito por parte de la sociedad; viii) retribución como forma de anular el delito y restablecer el derecho; y ix) retribución como denuncia por parte de la comunidad de la comisión de un delito.

⁷⁶ Sobre las vertientes más modernas de la retribución y su conexión con la llamada prevención general positiva, véase infra. Capítulo II. V. I. 1.2.

⁷⁷ Estas teorías tomarían como punto de partida la concepción de la pena de KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 165-167, para quien la pena sería la consecuencia merecida por la transgresión de un imperativo categórico –la norma penal– por parte del autor; también señalan el merecimiento como rasgo destacado de las teorías retributivas, entre otros; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 129; FLETCHER, G. P., «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law*

do, el castigo disfruta de un enfoque completamente retrospectivo, en el que el ser humano es tratado como un fin en sí mismo y la imposición de la pena queda desconectada de cualquier tipo de consideración utilitaria y de la consecución de posibles fines ulteriores⁷⁸ para concentrarse exclusivamente en la realización de la justicia como imperativo categórico y/o en la compensación del delito⁷⁹.

Un segundo postulado que puede considerarse en cierta medida común a las teorías de la retribución es la adopción de una postura «maximalista»⁸⁰ respecto al castigo. En la teoría de la pena de Kant, la imposición de aquella no es solo un acto debido de obligatorio cumplimiento, sino que dicha exigencia de castigo debe satisfacer el principio de escrupulosa igualdad entre delito y pena, expresado a través de la ley del talión (*ius talionis*)⁸¹. Sin embargo, las posteriores versiones de la teoría de la retribución se han ido separando paulatinamente de la exigencia de estricta igualdad entre delito y pena, adoptando la idea de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la conse-

Review, Vol. 3, num. 1, 1999, p. 52; MOORE, M., «Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, núm. 1, 1999, p. 66; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Reppertor, 2016, p. 84; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 16; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 16; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 31, 198; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (Ed.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 166.

⁷⁸ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166: «la pena judicial (*poena forensis*) distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro».

⁷⁹ Que la pena debe dirigirse a la realización de la justicia como imperativo categórico constituye uno de los pilares de la teoría de KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 167: «porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra». Sin embargo, en ocasiones, esa función de la pena retributiva se separa de la mera realización de la justicia y se vincula a la compensación de los efectos del delito, así, por ejemplo, se habla de la restauración del desequilibrio provocado por el delito [MACKEY, J. L., «Morality and the Retributive Emotions», *Criminal Justice Ethics*, Vol. 1, núm. 1, 1982, p. 5; MURPHY, J. G., «Marxism and Retribution», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 54-55; ZACZYK, R., «“Ha matado, entonces debe morir”. Kant y el derecho penal», cit., pp. 124-133; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 200], del restablecimiento del balance moral alterado por el delito (DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 61), de la compensación de la culpabilidad del autor (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 31; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 200) o, vinculado al ámbito de la religión, de la expiación de la culpa por parte del autor (DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit. p. 149; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 19, §§ 25-26; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., pp. 336-337; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 32, 199 ss.; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 189, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 129).

⁸⁰ GIL GIL, A., «El tratamiento jurídico», cit., p. 44.

⁸¹ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 167-169.

cuencia jurídica a él asociada, esto es, la necesidad de que la pena impuesta resulte adecuada a la magnitud del injusto y a la culpabilidad de su autor⁸².

Este criterio de proporcionalidad entre delito y pena ha sido desarrollado con profundidad desde el ámbito de la determinación judicial de la pena por Von Hirsch y, más recientemente, por Basso⁸³. Según lo mantenido por ambos autores, dentro del concepto general de proporcionalidad podría distinguirse entre proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal. El primer concepto haría referencia al nivel de severidad del sistema en su conjunto, de manera tal que constituiría el punto de anclaje de la pena mínima y de la pena máxima tanto respecto del sistema en su conjunto como respecto de cada tipo delictivo en concreto⁸⁴. Por otra parte, la noción de proporcionalidad ordinal quedaría asociada a

⁸² ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 131-132; NOZICK, R., *Philosophical Explanations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1981, p. 363; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 18, § 23; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 23-24, 231; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 12; HAQUE, A., «Group Violence», cit., p. 277; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 22; KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., p. 10; DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», en STAHN, C. (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, pp. 935-936; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 210; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 168. Es interesante destacar que esta concepción retributiva de la proporcionalidad es la dominante en la –hasta ahora escasa– jurisprudencia de la CPI. Así, ICC, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, cit., § 11; ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on Sentence, cit., §§ 38-40; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, cit., § 11; ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, Trial Chamber VIII, ICC-01/12-01/15, 27 September 2016, § 67.

⁸³ Sin embargo, debe reconocerse que es discutible el si ambos autores pueden ser calificados como defensores de una teoría de la pena completamente retributiva. En este sentido, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar* (traducción de Elena Larrauri), Trotta, 1998, pp. 23 ss., especialmente pp. 37-44, 62, se muestra partidario de una concepción mixta de la pena en la que esta no solo desempeña una función expresiva –expresión de reproche, censura o desaprobación moral al autor por su comportamiento anterior– sino que también reconoce al castigo una función preventiva ante la falibilidad del ser humano, admitiendo una desviación mínima por razones preventivas en la pena ajustada a la gravedad del delito y la culpabilidad del autor (sobre dicho margen de desviación, véase, VON HIRSCH, A., «Proportionate Sentences: A Desert Perspective», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.^a ed., Hart Publishing, 2009, pp. 121-122). Del mismo modo, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., *passim*, aunque en ningún momento hace explícita su postura, implícitamente parece decantarse por la teoría de Von Hirsch, sobre la que construye su concepto de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena. En cualquier caso, tanto para VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 62, como para BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., pp. 246, 307, la pena proporcional sería aquella ajustada a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor, lo que arroja una noción de proporcionalidad muy similar a las defendidas por las teorías de la retribución.

⁸⁴ BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., pp. 244, 299, 303; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., pp. 46-47, aunque limitando el concepto exclusivamente al sistema en su conjunto y no referido al marco penológico del delito concreto; también hace referencia al concepto de proporcionalidad cardinal, HERZOG, F., «How to Find the Proportionate Criminal Sentence for Crimes against Humanity», *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2001, p. 272, aunque lo vincula no tanto al punto de anclaje dentro del sistema como a la capacidad de que el castigo exprese completamente el desvalor de fondo del delito; en esta misma dirección, DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», cit., pp. 936-937.

la necesidad de distribuir el castigo en función de la lesividad del delito, de forma que a hechos de mayor gravedad les correspondan penas más severas y a hechos de menor gravedad se les apliquen penas de menor severidad⁸⁵.

2. Limitaciones de la retribución en los escenarios de transición

Una vez enunciados los dos grandes postulados sobre los que, en mayor o menor medida, estarían asentadas las teorías clásicas de la retribución, es posible comenzar el análisis referido a qué debilidades y qué fortalezas ostentaría esta concepción de la pena en los escenarios propios de la justicia de transición. A este respecto, en relación con la primera de las cuestiones, no solo deben tenerse en cuenta aquellas limitaciones que tradicionalmente le han sido achacadas desde escenarios de normalidad social, sino, igualmente, aquellas otras asociadas a los rasgos de sistematicidad y generalidad presentes en la comisión de delitos en contextos transicionales.

En relación con el primer postulado de las teorías clásicas de la retribución, la mayoría de las críticas son ampliamente conocidas y, aunque realizadas desde un escenario de normalidad social, resultan extensibles a aquellos otros en los que se han cometido violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos más básicos. Así, lo primero que debe señalarse es que, aisladamente considerada, la pena no representa sino la imposición de un mal; en este sentido, limitarse a causar un mal a quien previamente ha cometido un acto delictivo no solo no suprime las consecuencias perjudiciales derivadas de este último, sino que únicamente constituye una irracional sucesión de males⁸⁶. En tanto el delito no es un fenómeno ontológico que pueda ser contrabalanceado por otro acto natural⁸⁷,

⁸⁵ VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., pp. 46-47; BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., pp. 244, 344-345; similares, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 84; DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», cit., pp. 936-937.

⁸⁶ Cabe destacar que dicha crítica está presente en autores cuya teoría de la pena puede calificarse también como retributiva, pero en cierta medida alejada de una visión kantiana, así por ejemplo, HEGEL, G. W. F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado* (traducción de Eduardo Vázquez), Biblioteca Nueva, 2000, § 99, p. 169; ZACZYK, R., «“Ha matado, entonces debe morir”. Kant y el derecho penal», cit., 109 ss.

⁸⁷ La idea de que la pena no puede compensar el injusto pasado –y en definitiva no sería sino un mal que se sumaría al mal anterior que constituye el delito– ha estado presente en muchos autores a lo largo de la historia, entre otros, PLATÓN, *Protágoras* (traducción de Julián Velarde), Ediciones Pentalfa, 1980, pp. 129-131; BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., pp. 96, 111, ilustrando dicha idea con la siguiente frase: «los gritos doloridos de un desdichado ¿arrancarían quizá del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas?».

ocasionar un mal a quien previamente lo ha originado no sería sino un acto de venganza⁸⁸.

Más allá de lo anterior, es el momento de abordar, ahora sí, el acople de la teoría retributiva clásica a las especificidades de los contextos propios de justicia de transición. Los principales problemas emanan del mismo manantial: en tanto asentada en la premisa de dar a cada uno lo que se merece, la retribución lleva aparejada una noción de igualdad entre los victimarios –de no tratar a unos de manera más favorable que a otros– que va más allá de la ya de por sí complicada correlación entre gravedad del delito y gravedad de la pena⁸⁹. Ello da lugar a problemas difíciles de solventar en los escenarios aquí examinados, en los que existe un número exorbitado de personas en cierta forma implicadas en la comisión de los hechos.

Un primer problema derivado de la idea de igualdad sería el referido a si –dada la fuerte vinculación de la retribución kantiana con el plano ético-moral– sería realmente posible castigar de manera «justa». Ello debido a que las violaciones de derechos humanos acontecidas habrían sido cometidas de una manera tan extendida, persistente y organizada, que podría dudarse acerca de la adecuación del sistema moral ordinario para discernir entre quiénes serían merecedores del mal que representa la pena y quiénes no⁹⁰, sobre todo si se toma en consideración el argumento referido a que la actitud aquiescente de muchos también ha contribuido, en mayor o menor medida, al desarrollo de la actividad delictiva⁹¹.

Tampoco está exento de problemas el segundo postulado derivado de la idea de igualdad propia las teorías clásicas de la retribución, a saber, el de es-

⁸⁸ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 190-191; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 343, reconociendo que la pena retributiva no es sino la canalización formal del instinto de venganza. Ello ha sido igualmente reconocido por quienes no se oponen totalmente a la retribución, así, HEGEL, G. W. F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del derecho*, cit., §§ 101-102, pp. 173-175; DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit., pp. 149-150, quien considera que el espíritu de la prevención contiene esa venganza dentro de ciertos límites, gradúa su intensidad; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 12, quien sin oponerse totalmente a la retribución afirma que la misma puede ser entendida como venganza refrenada por la intervención de una persona diferente a la víctima, los efectos del principio de proporcionalidad y los derechos individuales.

⁸⁹ NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 44; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 238; también parece señalar lo anterior, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 61.

⁹⁰ NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., pp. 41-42, siendo especialmente ilustrativa la frase «lo que vemos son juicios y castigos a la gente equivocada, o a la gente correcta, pero por los actos equivocados».

⁹¹ *Ibid.*, pp. 43-44, señalando que, en este tipo de contextos, casi todos los individuos tienen una vinculación con el delito, ya sea por haberlo planeado, haberlo ejecutado o haber cooperado por omisión, por lo que «si todos son culpables, surge la sensación de que, en realidad, nadie lo es»; MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., pp. 2-3, afirmando que la participación en las violaciones de derechos humanos, aun solo por aquiescencia, sería universal, ya que quien no ha cometido directamente el delito ha fallado en su obligación de dar cuenta del mismo; comparte esta valoración, OSIEL, M., «Why Prosecute?», cit., p. 119.

tricta proporcionalidad entre delito y pena. A este respecto, ha de tomarse como punto de partida la objeción tradicional referida a que la proporcionalidad latente en la teoría de la retribución sería un concepto meramente simbólico, dada la imposibilidad fáctica de encontrar una pena exacta capaz de reflejar la ilicitud del hecho y la culpabilidad del victimario⁹². Esto, que no sería sino un problema de proporcionalidad cardinal⁹³, ostentaría una mayor intensidad en delitos como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, pertenecientes a lo que filósofos como Hannah Arendt o Carlos Nino han denominado el «mal radical»⁹⁴ o el «mal absoluto»⁹⁵.

A diferencia de la primera crítica enunciada, aquí no se estaría haciendo referencia a la imposibilidad de castigar de manera justa tales delitos –dada la falencia del sistema moral para discernir entre los individuos en términos de merecimiento–, sino a la imposibilidad de castigarlos suficientemente⁹⁶. La gravedad de estos delitos sería de tal dimensión que ninguna pena –en calidad o cantidad– reflejaría, en términos absolutos, el desvalor de fondo subyacente a crímenes tan atroces⁹⁷. Algunos autores han elucubrado acerca de que, en

⁹² Sobre esta imposibilidad, entre otros, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 228; TONRY, M., «Individualizing Punishments», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 356-357; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 39; comparten la crítica anterior, pero matizándola por el hecho de que no habría una única pena ajustada a la culpabilidad, sino varias dentro de un espectro más amplio, ROXIN, C., «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1.ª ed., Reus, 1981, p. 96; BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., pp. 106 ss.

⁹³ Así, como se ha planteado, entre otros, el propio VON HIRSCH, A., «Utilitarian Sentencing Resuscitated: The American Bar Association's Second Report on Criminal Sentencing», *Rutgers Law Review*, Vol. 33, 1981, p. 773, el problema no residiría pues en la paridad en la distribución del castigo, sino en fijar con exactitud el punto de anclaje que se toma como base para esa posterior distribución, el cual habría de ser capaz de expresar el merecimiento del autor en atención a la gravedad de la conducta.

⁹⁴ ARENDT, H., *La condición humana* (traducción de Ramón Gil Novales), 1.ª ed., Seix Barral, 1974, p. 317.

⁹⁵ NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 41.

⁹⁶ DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 81; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 58.

⁹⁷ En este punto, resulta muy ilustrativa la conocida frase de ARENDT, H., *La condición humana*, cit., p. 317, por la que afirmaba que «los hombres son incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que se ha vuelto imperdonable»; de manera muy similar, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 5, señalando que «la lógica de la ley nunca podrá dotar de sentido a lo ilógico del genocidio». También a favor de que no hay un castigo que pueda llegar a compensar o a reflejar en términos de proporcionalidad el desvalor de esta clase de delitos, entre otros, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 58; DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 81; OSIEL, M., «Why Prosecute?», cit., p. 129; NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 229; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 204; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 156; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 14; LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 575; SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 11; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 214; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 146; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 28.

estos casos, únicamente renunciando a los estándares impuestos por los derechos humanos y acudiendo a penas como la muerte o la tortura podría imponerse un castigo aproximadamente proporcional a los hechos⁹⁸. Sin embargo, si desde una perspectiva retributiva la pena está llamada a manifestar la extraordinaria gravedad inherente a tales delitos, es posible que incluso la pena de muerte yerre en el cumplimiento de dicha tarea⁹⁹.

Si la objeción anterior tomaba como premisa la posibilidad de que cualquier castigo imaginable no reflejaría suficientemente el merecimiento del sujeto, el otro reproche que puede vincularse a la proporcionalidad cardinal parte de la premisa opuesta. Así, y aunque, *prima facie*, podría parecer que ello supone distorsionar la lógica de igualdad entre delito y pena vinculada a la retribución, algún autor ha sugerido, de manera muy minoritaria, que aquellos subalternos que únicamente obedecen las órdenes de los líderes de la estructura estatal u organizativa pueden mostrar un carácter demasiado común o banal para merecer la seriedad de la sanción¹⁰⁰. Desde esta óptica, el problema que enfrentaría la retribución sería que el castigo aparecería sobredimensionado respecto del merecimiento de alguno de los autores¹⁰¹.

Una posible forma de evadir estas objeciones referidas a la inconmensurabilidad del delito pasaría por abandonar un concepto cardinal de proporcionalidad, adoptando un entendimiento ordinal de aquel. Desde dicha perspectiva, la proporcionalidad no habría de medirse en términos absolu-

⁹⁸ Así, en relación con la pena de muerte, OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 57, cuya visión de la proporcionalidad obedece no tanto a la capacidad de compensar lo sucedido, como a su relación con la gravedad del mal infligido al victimario en relación con sus derechos, derechos a los que habría renunciado en virtud de sus acciones. También se plantea lo anterior a efectos de proporcionalidad, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 229, aunque lo rechaza en términos morales en tanto ello supondría imitar aquello que se condena; sigue un razonamiento similar, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 57-58; DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», cit., p. 949, aunque rechaza tal posibilidad en tanto contraría a los derechos humanos; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 214, quien también parece rechazarlo, implícitamente, al atentar contra la dignidad humana y los derechos fundamentales del victimario.

⁹⁹ A este respecto, resulta muy ilustrativa la afirmación de ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén* (Traducción de Carlos Ribalta), 5.ª ed., 2.ª reimpresión, Debolsillo, 2017, p. 365, relativa a que los hechos de Eichmann difícilmente podían ser objeto de castigo humano, careciendo de sentido imponer la pena de muerte por delitos de tal magnitud; comparte lo anterior, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 58, para quien la muerte de uno solo no puede compensar la de miles; similar, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 156.

¹⁰⁰ OSIEL, M., «Why Prosecute?», cit., p. 130; sobre la sorprendente banalidad de los motivos que pueden llevar a la perpetración de este tipo de actos.

¹⁰¹ Como he señalado, en tanto ello supondría equiparar el merecimiento de la pena con el ánimo subjetivo del victimario, esta crítica podría parecer, *a priori*, no excesivamente convincente. Sin embargo, nótese que el propio KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 169, parece valorar esa dimensión subjetiva, en tanto menciona la necesidad de que la sentencia se pronuncie de forma proporcionada a «la maldad interna de los criminales», por lo que considero que la mención a esta crítica, al margen del debate de fondo en el que me resulta imposible detenerme, se antojaba oportuna.

tos, sino de manera relativa, es decir, en atención al castigo impuesto respecto de otros crímenes de mayor o menor seriedad, lo que daría como resultado las siguientes máximas: i) cuanto más grave haya sido el delito cometido por el sujeto, más severo será el castigo que merezca; ii) las personas que cometen delitos de la misma gravedad no deberían recibir penas diferentes en virtud de motivos ulteriores¹⁰².

Respecto de la primera de las implicaciones de la proporcionalidad ordinal y desde un punto de visto empírico, podría argüirse, por ejemplo a partir de un análisis de la jurisprudencia de la CPI, que las penas impuestas a los perpetradores de los delitos más graves contra la comunidad internacional son de una gravedad igual o incluso menor a las impuestas por algunos tribunales nacionales en relación con los «crímenes ordinarios»¹⁰³. Sin embargo, se trataría de una objeción débil que podría evitarse fácilmente, como ha propuesto algún autor, a través de una rebaja en el nivel de severidad de los sistemas penales nacionales¹⁰⁴.

¹⁰² VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 45.

¹⁰³ En este punto debe recordarse que el art. 77.1 ER prevé como pena máxima la de 30 años de prisión, si bien recoge la posibilidad de que esta sea a perpetuidad atendiendo a la extrema gravedad del crimen y a las circunstancias personales del autor. Sin embargo, como señala MACULAN, E., «El sistema de penas», en GIL GIL, A./MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson S. L., 2019, p. 384, el ER no da mayores indicaciones en relación con cuándo se estaría en presencia de ese carácter extraordinario, siendo la única exigencia que concurre alguna de las agravantes previstas en el apartado 2.b) de la regla 145.3 de las RPPCPI. Así, tal y como indica BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., pp. 71, 335, la vaguedad e inconsistencia de los criterios estatutarios de medición judicial de la pena redundan en una escasa contribución a la seguridad jurídica y a la aplicación uniforme del Derecho. Ello puede comprobarse atendiendo a las penas efectivamente impuestas por la CPI, las cuales, más allá de la pena de prisión de 30 años impuesta a Bosco Ntaganda (ICC, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, cit., §§ 246, 251), han sido bastante inferiores al máximo permitido por la escala penal prevista en el ER, como ejemplifican los 9 años de prisión impuestos a Al Mahdi (ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, cit., § 109) o los 12 años de prisión –posteriormente reducidos en 3 años y 8 meses– impuestos a Germain Katanga (ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on Sentence, cit., §§ 146-147). El agravio comparativo en lo que a menor severidad se refiere es evidente si se compara, por ejemplo, con las condenas impuestas por el delito de asesinato en el CP español. El art. 140 CP prevé la posibilidad de imponer la –eufemísticamente llamada– pena de prisión permanente revisable a quien cometiera delito asesinato concurriendo alguna de las circunstancias en él recogidas, posibilidad de la que se ha hecho uso, por ejemplo, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 20/2018, de 23 de mayo de 2018 (ponente: Mayor Rodrigo); Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre de 2019 (ponente: Doderó Martínez).

¹⁰⁴ Así, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena*, cit., p. 338, habla de un «efecto reflejo» de forma tal que las respuestas punitivas que se asignen a los crímenes de máxima gravedad sistémica en la jurisdicción penal internacional deberían resultar relevantes de alguna manera en la configuración de los niveles de severidad que los sistemas penales nacionales establezcan para el castigo de dichos crímenes; implícitamente, la misma idea para yacer en FAKHOURI GÓMEZ, Y., «¿Justicia transicional en Colombia? Análisis del acuerdo de paz con las FARC a la luz del Derecho internacional», en CANCIO MELIÁ, M., et al. (Eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM Ediciones, 2019, p. 141, señalando que el hecho de que las penas ordinarias sean sustancialmente más altas podría apuntar más bien a la desproporción de estas últimas.

El mayor inconveniente que presenta el concepto de proporcionalidad, también en su vertiente ordinal, es que chocaría inevitablemente con las limitaciones derivadas de la masividad de los delitos perpetrados. La máxima del «o todos o nadie», implícita en el imperativo kantiano según el cual se ha de perseguir hasta el último de los victimarios¹⁰⁵, colisionaría frontalmente con las limitaciones imperantes en la realidad cotidiana, a saber, con la imposibilidad práctica de enjuiciar a todos los perpetradores, por todos los actos cometidos¹⁰⁶. La óptica retributiva, focalizada en explicar el castigo como merecimiento del autor por sus actos, no permite dar una justificación a la inevitable necesidad de seleccionar quiénes de entre los victimarios habrán de enfrentar un procedimiento penal y quiénes no¹⁰⁷.

Asimismo, no debe desconocerse que en el marco operativo de un sistema transicional un mismo delito puede recibir penas diferentes en función de la contribución del victimario a fines como la verdad y la reparación¹⁰⁸. Como señala Feijoo Sánchez, las teorías absolutas de la retribución resultan problemáticas para explicar por qué el Estado debería renunciar a la imposición de la pena en aquellos casos en los que aquella no sea necesaria aun cuando sea merecida¹⁰⁹.

Todo ello conecta con la crítica de mayor envergadura que puede hacerse a estas teorías. En tanto exclusivamente focalizados en el merecimiento del victimario, los enfoques que en contextos de transición priman el castigo por el castigo¹¹⁰ olvidan –o si se prefiere, relegan a un segundo plano– el hecho de

¹⁰⁵ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 168-169.

¹⁰⁶ NINO, C., «The Duty to Punish», cit., pp. 2620, 2635; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 43-44; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 61; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 151; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 215; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 238; íd., «The Rationale», cit., p. 146.

¹⁰⁷ En este sentido, como afirma MURPHY, J. G., «Marxism and Retribution», cit., p. 57, las teorías filosóficas del castigo no pueden desconectarse de lo fáctico, ya que de lo contrario quedarían reducidas a meras teorías de la moral sin aplicación alguna en el mundo real.

¹⁰⁸ En este sentido, sirva como ejemplo el modelo colombiano de sanciones propias y alternativas reflejado, entre otros instrumentos, en los arts. 126 a 130 de la Ley Estatutaria de la JEP. Así, en relación con hechos similares, susceptibles de recibir la misma calificación delictiva, tanto el tiempo total de cumplimiento de la sanción, como la modalidad de cumplimiento, varía en función del reconocimiento de responsabilidad y contribución al esclarecimiento de la verdad. En profundidad sobre ello, nuevamente, GALLEGO ARRIBAS, D., «Justicia de transición», cit., pp. 170-173.

¹⁰⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 65; específicamente referido a los contextos aquí examinados, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 62. No obstante, véase, ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press, 2018, *passim*, quien considera importante, y realiza un notable esfuerzo por ello, el ser capaz de integrar el perdón (*forgiveness*), entendido como remisión o mitigación de la carga de la pena respecto de aquellos sujetos que merecen el castigo (*Ibid.*, p. 120), dentro de una teoría axiológica y pluralista de la retribución.

¹¹⁰ Posición que defienden, por ejemplo, KLABBERS, J., «Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law», *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 265-267; OHLIN,

que aquel es solo un instrumento más dentro de un sistema social complejo. De este modo, aquellas penas que no aporten nada –o incluso sean contraproducentes– desde el punto de vista de la utilidad social no solo carecen de sentido¹¹¹, sino también de legitimación¹¹². La retribución debería –cuanto menos– refrenarse en aquellos escenarios en los que el castigo ajustado a la magnitud del injusto cometido y a la culpabilidad del autor aparezca como disfuncional respecto de la propia subsistencia de la sociedad en la que se encuentra asentados¹¹³.

El propio Kant, tras defender que habría de ejecutarse hasta al último de los asesinos antes de que la sociedad civil se disolviera¹¹⁴, acaba graduando notablemente su postura, advirtiendo que «si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más y, sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior (no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero), entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo, como es la deportación»¹¹⁵.

J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 61, quien considera que el único motivo por el que una sociedad puede constituir un sistema de enjuiciamiento penal es para asegurarse que aquellos que han cometido un injusto son castigados.

¹¹¹ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 192-193; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 16.

¹¹² ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 132-133, con quienes debo estar de acuerdo en que el Estado obtiene su legitimación no de un poder divino, sino del pueblo, y es la garantía de seguridad de dicho pueblo la que le da un fundamento a aquel y a lo que debe ceñirse; similar, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 8.

¹¹³ Como indica FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 69, no debe olvidarse que la pena es una estrategia necesaria para la pervivencia de la sociedad y ha de estar vinculada a su necesaria protección.

¹¹⁴ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 168-169.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 170. Es necesario destacar que esta última matización de Kant ha sido objeto de críticas por parte de autores como PAULSEN, F., *Inmanuel Kant. Sein Leben und seine Lehre*, Stuttgart, 1898, p. 339, citado en ZACZYK, R., «“Ha matado, entonces debe morir”. Kant y el derecho penal», cit., pp. 112-113, por considerar que *La Metafísica de las costumbres* se trata de una obra publicada durante la época de senectud del autor, de manera que no habría que tomarse esta en serio, señalando que lo que más bien habría de hacerse es descuidarla a los efectos de la doctrina kantiana. En lo que a mí respecta, no puedo compartir esta crítica. A lo largo de la historia, no son pocos los filósofos, pensadores o investigadores que se han retractado o han matizado total o parcialmente alguna de las premisas por ellos defendidas en épocas anteriores. El diálogo con uno mismo forma parte inseparable del proceso de maduración intelectual de las personas y, a falta de evidencias suficientes de una pérdida importante de la capacidad intelectual por enfermedades vinculadas a la senectud, no puede pretenderse que, a partir de una determinada edad, las obras o pensamientos de una persona dejen de tener validez por contradecir lo escrito anteriormente.

A través del ejemplo anterior, Kant coloca en su escala de valores la pervivencia del Estado y de la sociedad civil por encima de la justicia retributiva¹¹⁶; aunque ello no signifique, *per se*, la atribución por parte de Kant de una finalidad social a la imposición y ejecución del castigo¹¹⁷, sí puede entenderse referido a la necesidad de flexibilizar las exigencias de proporcionalidad vinculadas al merecimiento en escenarios en los que la propia subsistencia del contrato social esté en entredicho¹¹⁸.

3. ¿Qué queda de «vivo» de la teoría kantiana o clásica de la retribución en los contextos de transición?

No puede desconocerse que, pese a las limitaciones previamente señaladas, la teoría clásica de la retribución disfruta, sin duda, de aspectos positivos. De esta forma, tradicionalmente se la ha considerado como una teoría garantista o una forma de fundamentar tanto quién debe ser castigado, como la cuantía de castigo que habría de imponerse¹¹⁹. También en el marco de los escenarios de transición se ha destacado este rol garantista que puede desempeñar la retribución.

Así, en la línea del concepto negativo de retribución apuntado por MacKie¹²⁰, existen autores que consideran que esta teoría podría emplearse como fundamento en la asignación del castigo¹²¹. De igual manera, en una dirección similar a lo propuesto por las teorías alemanas del margen de libertad (*Spielraumtheorie*) o por las norteamericanas del retribucionismo limitador (*limiting*

¹¹⁶ JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio y Bernardo Feijoo), Civitas, 2006, p. 106.

¹¹⁷ Sí lo considera así REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 193, para quien el matiz introducido denotaría que, para Kant, la pena trascendería del plano meramente individual para ubicarse igualmente en el plano social. Véase, en contra, LOPERA VIÑÉ, R., «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en CANCIO MELIÁ, M., *et al.* (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen II*, Ediciones UAM, 2019, p. 1450, quien defiende que Kant únicamente excepciona la aplicación de la ley del talión, pero lo hace precisamente en aras de salvaguardar la propia lógica retributiva, es decir, por *Justicia*, ya que esta última solo podría alcanzarse dentro de una comunidad jurídica y nunca en el estado de la naturaleza.

¹¹⁸ Véase, GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 677, quien interpreta el matiz de Kant como referido a la flexibilidad del deber de castigar incluso dentro de las teorías retributivas.

¹¹⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 86.

¹²⁰ MACKEY, J. L., «Morality and the Retributive Emotions», cit., p. 4, quien emplea el concepto de «retribución negativa» para hacer referencia al hecho de que solo habría de ser castigado el culpable y solo en la medida de su merecimiento.

¹²¹ MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 9, aunque reconoce que ello no da una base acerca de cuándo hay castigar, sino más bien acerca de cuándo no hay que castigar; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 54; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 214.

retributivism)¹²², también se ha defendido que el concepto de proporcionalidad ligado a la retribución habría de actuar como dique de contención frente a los posibles excesos en el castigo en los que pudieran incurrir las teorías consecuencialistas, de forma tal que los jueces no deberían imponer más pena de la que refleje la culpabilidad del autor¹²³.

Sin embargo, emplear la retribución como teoría garantista para evitar un excesivo rigor punitivo en el marco de procesos transicionales no deja de presentar una serie de problemas que me gustaría dejar indicados. Algunos autores señalan que si se opta por declinar la retribución como fin de la pena, en aras de una mayor coherencia interna, habría que rechazar igualmente la posibilidad de emplear dicha teoría como límite frente a los posibles excesos de las teorías consecuencialistas. Así, sería necesario –si lo que se quiere evitar es simplemente el castigo del inocente o la existencia de una pena sin límites– encontrar un fundamento distinto¹²⁴.

Esta objeción podría salvarse, en la línea de lo sugerido por un notable sector de la doctrina, acudiendo a la llamada teoría de la ventaja injusta, que casaría especialmente bien con una visión de la justicia de transición como dirigida a la reconstrucción de la cooperación en torno al contrato social, pero que, sin duda, también tiene sus propios límites explicativos¹²⁵.

Si su utilización como teoría garantista resultaría discutible, ¿quedaría entonces algún aspecto vinculado a la retribución que pueda ser utilizado o al menos deba ser tenido en cuenta a la hora de justificar el castigo en la coyuntura transi-

¹²² Para un análisis en profundidad de estas teorías BASSO, G., *Determinación judicial de la pena*, cit., pp. 82-126, con múltiples referencias.

¹²³ Específicamente referido a contextos de transición, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 283, quien considera que el no ser castigado de manera más grave a la que el propio delito denota sería un derecho del autor; aunque sin considerarlo un derecho del autor, también defiende la posibilidad de que el principio de proporcionalidad actúe como límite al castigo en estos contextos, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 214. En la jurisprudencia, ICTY, *Prosecutor v. Kunarac*, Judgment, Trial Chamber, IT-96-23-T, 22 February 2001, § 840, considerando la pena ajustada a la culpabilidad como un límite infranqueable. De manera más general, sobre el principio de culpabilidad como límite deontológico a la pena, véase especialmente, ROXIN, C., «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde), 1.ª ed., Reus, 1981, pp. 41 ss.; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 132, 156 ss.

¹²⁴ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 192, 198; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 27-28, § 49; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 225; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 219, 257.

¹²⁵ Muy resumidamente, puede señalarse que esta teoría parte de la siguiente premisa: la participación en la vida en comunidad supone asumir no solo beneficios, también cargas; el aprovechamiento de los primeros tiene que suponer la tolerancia de las segundas. La persona que causa daños a otros, en tanto se beneficia de un autocontrol por parte del resto al que él no atiende, obtiene un margen de libertad adicional o una ventaja injusta. El delito supondría entonces una desatención del deber ciudadano de cooperar en el mantenimiento de las reglas comunes. Sobre esa teoría, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 258-262, con múltiples referencias. Sobre sus límites explicativos, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., pp. 33-36; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 55-64.

cional aquí examinada? La respuesta, a mi juicio, es sí, pero sólo si abandona el plano metafísico y se analiza el aspecto psicosocial vinculado a esta teoría.

Aun cuando no todos los sujetos reaccionan de manera igual ante el delito, sí puede afirmarse que un porcentaje relevante de la población experimenta un deseo de causar a un mal a aquel que previamente ha causado uno ¹²⁶, deseo que, igualmente, disfrutaría de una poderosa presencia en relación con la comisión de delitos como el genocidio o la lesa humanidad ¹²⁷. La denominación que se le quiera dar a este sentimiento –de equidad ¹²⁸, de reciprocidad ¹²⁹, de justicia ¹³⁰ o, simplemente, venganza ¹³¹–, creo que resulta indiferente.

Es cierto que, debido a su fuerte componente peyorativo, tradicionalmente se ha tratado de desligar este impulso a castigar del sentimiento de la venganza como tal, siendo especialmente representativo el esfuerzo realizado por Robert Nozick en tal empresa ¹³². Sin embargo, hay que estar de acuerdo con Kaufman en que muchas de

¹²⁶ DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit., p. 157, referido a todo acto que ataca la conciencia común de la sociedad; similar, MACKAY, J. L., «Morality and the Retributive Emotions», cit., p. 3, esbozando que no se puede eliminar el castigo debido a su conexión con la moral del individuo. En la misma dirección, pero desconectado de esa vinculación entre el delito y la moral, HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers, in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, Vol. 19, 2006, p. 954; KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., p. 6; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 27; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 135-139, 200 ss.; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 141.

¹²⁷ KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, cit., p. 107, «la opinión pública exige que se lleve ante la justicia a la persona que han violado las leyes de la guerra»; similar, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 56, indicando que para los individuos y la sociedad es difícil de aceptar que quienes han perpetrado esos crímenes puedan evadir su responsabilidad, existiendo una necesidad de hacerles responder por dichos delitos.

¹²⁸ Por esta denominación, intensamente vinculada a la psicología social y al campo de teoría de juegos, opta RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 96 ss.

¹²⁹ Así, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 141, con múltiples referencias a estudios de psicología social sobre esa reciprocidad.

¹³⁰ REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, C. H. Beck München, 1999, p. 7, quien asimismo diferencia entre sentimiento de justicia (*Gerechtigkeitsgefühl*) y sentimiento de derecho (*Rechtsgefühl*); la diferencia principal residiría en que el primero requiere de una identificación con la víctima mientras que el segundo no. También optan por esta denominación (*Gerechtigkeitsgefühl*), ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 157.

¹³¹ Así, por ejemplo, CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, cit., p. 41, señala que «hombres primitivos fueron impulsados por el sentimiento de *venganza* a infligirle un mal al que le hubiera causado un mal a otro»; GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ, C. et al. (Eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos Baden Baden, 2002, p. 216, si bien considera que aquella no es otra cosa que la expresión de un sentimiento de justicia; también califica dicho impulso como venganza, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 10.

¹³² Así, NOZICK, R., *Philosophical Explanations*, cit., pp. 366-368, menciona como principales diferencias el que: i) la retribución responde a la comisión de un injusto, mientras que la venganza puede ser ejercitada como respuesta a un daño que no tiene por qué alcanzar a ser constitutivo de un injusto penal; ii) la venganza suele ir acompañada de espirales crecientes en lo que a su intensidad se refiere, mientras que la retribución está limitada por el principio de proporcionalidad; iii) la venganza solo puede ser desea-

las distinciones alegadas por Nozick aparecen como difusas, de tal manera que la principal diferencia sería de carácter estrictamente procedimental: el castigo es arrebatado de las manos privadas y pasa a ser impuesto por un ente abstracto, el Estado¹³³.

Tradicionalmente, la doctrina se ha opuesto a dar relevancia a este sentimiento en tanto considerado un vestigio de irracionalidad¹³⁴. Sin embargo, como indica Rodríguez Horcajo, los comportamientos irracionales tienden a desaparecer en tanto evolutivamente inestables¹³⁵ y, sin embargo, el que ese sentimiento haya perdurado hasta el día de hoy puede ser muestra de que quizás obedezca a motivos que, al menos, deban ser analizados. Desde luego, lo que es completamente irracional y no permite justificar la aflicción de un mal es imponer la pena para, simple y llanamente, dar satisfacción a ese sentimiento, si ello aparece desconectado de cualquier fin ulterior.

Empero, ello no sería así, si de lo anterior se derivasen una serie de efectos sociales positivos. Un profuso grupo de autores estima que este sentimiento de venganza –si así quiere llamarse– sería una suerte de «dispositivo», resultado de un proceso evolutivo del ser humano, que aportaría beneficios futuros para la sociedad¹³⁶. Si el sentimiento de venganza se ha mantenido enraizado durante tanto tiempo en la psique humana es porque se encontraría indefectiblemente unido al instinto de conservación individual¹³⁷.

da y ejecutada por quien tiene un vínculo personal con la víctima del injusto, vínculo que no está presente en aquel que desea y/o ejecuta el castigo retributivo; iv) la venganza implica un placer por el sufrimiento de otro mientras que la retribución lo que busca es satisfacer las exigencias de justicia; y v) no hay un componente de «generalidad» (*generality*) en la venganza, mientras que se presume que quien impone el castigo retributivo lo hará en todos los casos en los que se den hechos o circunstancias similares, aquel que se venga no necesita de un compromiso similar respecto de injustos actos similares sufridos bien por otros miembros de la sociedad, bien por su propia persona. Rebate estas diferencias, a mi juicio con buenos y convincentes argumentos, KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 95-110.

¹³³ KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., p. 107, para quien, mientras la venganza la ejecutaría la víctima o sus allegados, el principal rasgo del castigo sería el ser ejecutado por un Estado centralizado; de manera similar, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 3, considera que muchas de las distinciones alegadas por Nozick se difuminan una vez ese sentimiento o instinto pasa a institucionalizarse, pudiendo ser esta la principal diferencia.

¹³⁴ REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., p. 6; también MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 101, quien si bien no emplea el calificativo de «irracional», sí considera que la venganza sería un sistema de control social arcaico o superado.

¹³⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 132.

¹³⁶ MACKAY, J. L., «Morality and the Retributive Emotions», cit., pp. 3, 8-9; MURPHY, J. G., «Getting Even: The Role of the Victim», *Social Philosophy & Policy*, Vol. 7, núm. 2, 1990, p. 210; LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, núm. 4, 2015, p. 666; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., pp. 27 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 201-202, 205. Crítico con esta explicación evolutiva, KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 49-54; 149-151.

¹³⁷ VON LISZT, F., *La idea del fin*, cit., p. 55; DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit., pp. 147-148; de manera similar, HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 954, empleando el calificativo de «arma necesaria en la lucha por la existencia»; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 132.

De hecho, también permitiría que se mantengan las ventajas y los beneficios que aporta la cooperación en las relaciones intragrupo¹³⁸. La venganza desempeñaría un rol disuasivo en tanto supone una amenaza de represalia futura que reduciría los beneficios y aumentaría los costes de apartarse del sistema cooperativo¹³⁹, lo que a largo plazo redundaría en una reducción de los comportamientos inequitativos¹⁴⁰ y en efectos beneficiosos para la sociedad incardinables dentro de lo que se ha conocido como prevención general positiva¹⁴¹.

Expresado de otra forma, si en los escenarios transicionales este sentimiento –que, no debe haber problema en admitir, disfruta de un marcado carácter retributivo en atención a su intensa relación con el merecimiento¹⁴²– debe ser tenido en cuenta es a efectos de su relación instrumental con el fin último de reconstrucción y mantenimiento de la cooperación en torno al contrato social. Sobre ello, volveré más adelante.

IV. ¿TIENEN LAS VÍCTIMAS UN DERECHO AL CASTIGO DEL AUTOR? SOBRE LA PENA COMO SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA DEL DELITO

En los últimos tiempos se ha abandonado paulatinamente la tradicional neutralización o marginalización de la víctima en la teoría de la pena produ-

¹³⁸ LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., pp. 666, 679-680; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., pp. 27-29; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 205; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 141. De igual modo, atribuyen a la venganza un rol relevante en la conformación de los grupos sociales y en la protección de las relaciones entre ellos, WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, Gerling Akademie, 2003, pp. 170-171; HAQUE, A., «Group Violence», cit., p. 201.

¹³⁹ LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., pp. 680-683; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., pp. 27-30. De manera similar, WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 173, refiere que los actos de venganza constituyen una actitud defensiva por parte de un colectivo social cuyo objeto es indicar a los adversarios –así como a los aliados potenciales– que no pueden (*dürfen*) violar impunemente sus bienes y derechos. En sentido parecido, MURPHY, J. G., «Getting Even», cit., 219, que si bien no se posiciona expresamente, sí sugiere la idea de que dar satisfacción a ese impulso retributivo tiene un efecto disuasivo importante sobre los potenciales delincuentes. También atribuye un efecto disuasivo a la venganza, KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 121-124, 149-151, si bien sería un efecto secundario de ese sentimiento retributivo o de venganza.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 209.

¹⁴¹ ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 373-374; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 210, con matices, OHLIN, J. D., «Peace, Security, and Prosecutorial Discretion», cit., p. 205.

¹⁴² Así, consideran que a pesar de las diferentes teorías a nivel macro, a nivel micro, la mayoría de los sujetos justifica el castigo en atención a criterios asociados a la retribución, OHLIN, J. D., «Peace, Security, and Prosecutorial Discretion», cit., pp. 204-205; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 89; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 272.

ciéndose todo un renacer de su rol en el Derecho penal¹⁴³ alrededor de un pretendido derecho de la víctima al castigo del autor. Esta tendencia es especialmente acusada en la ya examinada jurisprudencia de la Corte IDH, siendo necesario volver a destacar el asunto *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, en el que se estableció que no investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos violaría el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención, tanto de la víctima como de sus familiares¹⁴⁴, lo que supone, y en este punto hay que estar de acuerdo con Seibert-Fohr, elevar el castigo a la categoría de remedio para la víctima¹⁴⁵.

Resulta imperativo detenerse en el análisis de sus premisas, puesto que, de entenderse así la pena, se eliminaría *de facto* cualquier tipo de discrecionalidad estatal a la hora de adoptar medidas que conlleven la renuncia total o parcial al castigo de los victimarios, en tanto esta posibilidad dependería individualmente de cada una de las víctimas¹⁴⁶. Lo primero que resulta necesario discernir es a qué tipo de satisfacción, compensación o reparación a la víctima harían referencia estas teorías.

No cabe duda de que es posible que un hecho delictivo pasado continúe generando un perjuicio material a la víctima en el presente; no obstante, tal perturbación no puede ser eliminada mediante el Derecho penal, pues este no tiene la capacidad de curar las heridas infligidas por el autor a la víctima¹⁴⁷.

¹⁴³ HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 950. Igualmente, hablan de este resurgimiento; PRITTWITZ, C., «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, num. 1, 1999, p. 109; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «*Nullum crimen sine poena?*», cit., p. 166.

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2000 (*Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*), §129. Recuérdese también Sentencia de la Corte IDH de 22 de septiembre de 2006 (*Caso Goiburú y otros v. Paraguay*) Fondo, Reparaciones y Costas, § 165, afirmándose que «los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquéllas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado, se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes».

¹⁴⁵ SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, cit., pp. 57-58.

¹⁴⁶ Como indican ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 149, el Estado sería un fideicomisario de la víctima (*Treuhänder des Opfers*), en quien residiría la facultad de punir. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «*Nullum crimen sine poena?*», cit., p. 169, esbozando que el derecho de la víctima al castigo del autor sería, entonces, un derecho de la víctima frente al Estado. Ello ha llevado a GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 16, a señalar que el Derecho penal dejaría de ser concebido como un derecho del Estado –*ius puniendi*– para ser una obligación con la que este último habría de cumplir –*officium puniendi*–.

¹⁴⁷ JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho penal tras una fractura del régimen político», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Mes 2, 1994, p. 138; de manera similar, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 78; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 345, calificando este tipo de reparación como «reparación positiva» que escapa al Derecho penal; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 44, señalando que cómo se podría compensar el daño material generado a la víctima por el delito, causando un daño adicional al victimario, no puede verse más allá de premisas metafísicas; íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., p. 106.

Empero, estas teorías no toman como referencia la compensación material, sino determinados sentimientos psicológicos que la mera satisfacción económica no puede reparar¹⁴⁸ y que derivarían del significado que el delito adquiere para la víctima. Más concretamente, se estaría haciendo alusión a la neutralización del daño o sufrimiento inmaterial y permanente que seguiría padeciendo la víctima del delito¹⁴⁹.

De acuerdo con los postulados de estas teorías, el castigo habría de servir para poner fin a los efectos de dominación¹⁵⁰, pérdida de autoestima¹⁵¹ o de lesión del honor¹⁵², que el delito provoca sobre las víctimas y que se extienden temporalmente más allá del momento inmediatamente posterior a la mera consumación. Todo ello puede llegar a provocar en la víctima un estado de «desorientación respecto de la vida en sociedad»¹⁵³ dentro del cual incluso puede desarrollar un sentimiento de culpa por el injusto sufrido¹⁵⁴. A través de la rendición de cuentas de los perpetradores, se reafirmaría el estatus de «ciudadano y agente moral» de la víctima¹⁵⁵ y se evitaría la revictimización asociada a la impunidad del delito¹⁵⁶. Así las cosas, estas teorías van más allá de la

¹⁴⁸ HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 953.

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 171; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 45; íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., p. 106; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 21.

¹⁵⁰ FLETCHER, G. P., «The Place of Victims», cit., pp. 57-58, 63. Creo posible incorporar junto al anterior autor a LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», cit., p. 130, quien, como Fletcher, parte de una teoría retributiva de la pena, concibiendo el delito como violación de la igualdad —en un sentido de justicia distributiva— entre víctima y victimario, subordinando a la primera frente al último.

¹⁵¹ GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung», cit., pp. 207-208, 211, defendiendo que las víctimas no solo experimentan un daño material —aquel que puede percibirse a través de nuestros ojos y nuestras manos—, sino que sufren también un menosprecio y una humillación; similar, íd., «Warum Transitional Justice», cit., p. 274.

¹⁵² KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 121-126, 146, 153, 190, quien entiende el honor como respeto por la dignidad de uno mismo, como valor enraizado en el ideal de autonomía individual. Esa autonomía sería degradada por el delito el cual comunicaría a la víctima que no la temen ni la respetan, imputándole así el «estatus de cobarde».

¹⁵³ REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., p. 26.

¹⁵⁴ HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 955; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., pp. 273-274. Sobre este sentimiento de culpa que el delito provoca en la víctima, véase también, ZEHR, H., *Changing Lenses. Restorative Justice for Our Times*, Twenty-fifth anniversary edition, Herald Press, 2015, pp. 25-31.

¹⁵⁵ DUFF, A., «Process, not Punishment: The Importance of Criminal Trials for Transitional and Transnational Justice», *Minnesota Legal Studies Research Paper*, núm. 14-03, 2014, pp. 5, 13.

¹⁵⁶ HAQUE, A., «Group Violence», cit., p. 282, considera que la impunidad supone un nuevo agravio para la víctima, pero cometido por el Estado; FLETCHER, G. P., «The Place of Victims», cit., pp. 61-62, añadiendo que, si además se es parte de un grupo minoritario, todo el grupo puede sentir esa revictimización. Se opone a que la no aflicción de un mal suponga necesariamente una segunda victimización que haga a instituciones como la prescripción, el indulto o la amnistía inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 163.

mera satisfacción del posible sentimiento de venganza que puede aparecer en quien ha sufrido las consecuencias del delito¹⁵⁷.

A mi juicio, hay buenas razones para oponerse a esta visión de la pena. Para comenzar, podría aseverarse que este «derecho al castigo» solo existiría en delitos contra bienes jurídicos individuales, de forma que en relación con aquellos delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos –en los que no hay una víctima en sentido individual, resultando debatible si sería posible hablar de una víctima colectiva–, sería necesaria elaborar una teoría diferente¹⁵⁸.

Asimismo, el pretendido abanico de sensaciones negativas que desarrollaría la víctima con posterioridad al delito no dejaría de ostentar un carácter prevalentemente subjetivo, en el sentido de que habrá víctimas que lo experimenten en una intensidad elevada y otras en una magnitud menor o incluso inexistente, por lo que carece de sentido sacralizar dicho sentimiento normativamente¹⁵⁹. De lo contrario, en aras de preservar la coherencia interna de las premisas de esta teoría, debería ser la víctima concreta la que determine tanto

¹⁵⁷ A este respecto, como indica MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., pp. 342-343, ese sentimiento sí sería susceptible de una «reparación negativa» –al menos parcial– mediante la imposición de una pena al victimario; en la misma dirección, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 232-233; MACKEY, J. L., «Morality and the Retributive Emotions», cit., p. 4.

¹⁵⁸ GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 22; CHIESA APONTE, L., «Taking Victims Seriously: A Dworkinian Theory of Punishment», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 76, 2007, p. 126, quien, a mi juicio convincentemente, alega que si para estas teorías el propósito del castigo es reafirmar los valores de autodeterminación e igualdad de la víctima que han sido negados por el autor, si no hay víctima, no hay principios que reafirmar y el castigo dejaría de estar justificado; LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», cit., pp. 130, 136; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 150; GRECO, L., «Strafjurist mit gutem Gewissen – Kritik der opferorientierten Straftheorie», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 167, núm. 4, 2020, p. 261; merece la pena mencionar la tesis de KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., p. 186, quien trata de solucionar esta objeción arguyendo que, en estos supuestos, la víctima sería la sociedad en su conjunto, ya que el delito supone un insulto para aquella en tanto el desvalor moral que contiene. Esto le lleva al problema de determinar que afrontas morales deben ser tipificadas, lo cual no afronta, y, desde luego, le lleva al problema de cómo restaurar el honor de un ente colectivo abstracto como la sociedad.

¹⁵⁹ GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 23; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 233; íd., «The Rationale», cit., pp. 135, 138; 140; en un sentido similar, PRITTWITZ, C., «The Resurrection of the Victim», cit., p. 128, afirma que hay poca evidencia de que toda victimización suponga un trauma y no hay ninguna razón para creer que todos los traumas serán iguales; similar, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 56; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 272, señalando que estas teorías ignoran que la mayoría de los involucrados, especialmente las víctimas, a menudo se preocupan por algo más que por experimentar cómo sus atormentadores sufren el mal del castigo. Mayor matiz tiene, en cambio, la postura de NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 45, quien considera que esa necesidad sí tendría, al menos, un reconocimiento universal, lo que quedaría demostrado en el hecho de que los diferentes tribunales penales internacionales han sido instituidos de manera que permiten la participación de aquellas. En cualquier caso, y más allá de que pueden ser muchos los fines con los que los tribunales internacionales se han instituido y satisfacer las necesidades de las víctimas solo sería –en el mejor de los casos– uno de ellos, el propio Neumann matiza que con ello no quiere decir que se trate de una necesidad intrínseca, sin excepción, a toda víctima individual.

si el Estado impone una pena en el supuesto en cuestión, como la magnitud exacta de la misma ¹⁶⁰, lo que daría lugar a penas diferentes para delitos similares –o incluso idénticos– en función de las necesidades de aquella ¹⁶¹, con la consiguiente ruptura del principio de igualdad ¹⁶².

Y es que, aun asumiendo que todo delito sumiera a toda víctima en una vorágine de emociones negativas, no por ello debe aceptarse que la superación de aquellas requeriría, imperiosamente, de la causación de un mal al victimario. Así, cabe preguntarse en qué medida el sufrimiento de aquel que perpetró el delito es una medida necesaria –en el sentido de irrenunciable– para la mencionada superación.

Los últimos estudios en psicología vendrían a demostrar que no todas las víctimas afrontan el trauma de la misma manera, de forma que lo que serviría para unas es posible que no funcione igualmente con otras ¹⁶³. Pese a ello, exis-

¹⁶⁰ DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit., p. 150, «si la pena fuera solo una satisfacción a los particulares, estos serían siempre dueños de rebajarla»; comparten esta visión, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 233; íd., «The Rationale», cit., p. 138.

¹⁶¹ Como indica GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., pp. 19-22, ello nos llevaría al siguiente esquema: las penas más elevadas deberían reservarse para las víctimas con mayor tendencia a la propia culpa o a la autocrítica, mientras que las penas de menor entidad –o incluso la ausencia total de pena– quedaría para quienes no sufran tal pérdida de autoestima y confianza en la comunidad. Aunque con ciertos matices, MOORE, M., «Victims and Retribution», cit., p. 77. También son conscientes de dicha limitación explicativa reconocidos defensores de otorgar a la víctima un rol central en la teoría de la pena como MURPHY, J. G., «Getting Even», cit., pp. 220-221, quien señala, muy acertadamente, que ello puede dar lugar a que entren en la valoración de la pena sentimientos cuanto menos cuestionables, como el que una persona violada se sienta más agraviada si lo ha hecho una persona de una determinada raza; implícitamente, FLETCHER, G. P., «The Place of Victims», cit., p. 51, quien si bien se posiciona a favor de otorgar un rol relevante a las víctimas en la teoría de la retribución, considera que sería extraño que la determinación de la pena se hiciera depender del afecto general u hostilidad de los parientes de la víctima hacia el acusado; KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., p. 143, reconociendo que cada víctima puede tener una percepción distinta del honor y que aquello a ser reclamado por cada una de ellas puede variar entre individuos. Es curioso que lo aquí criticado se corresponda con el argumento empleado por la propia HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 956, a fin de rechazar que la víctima defina la extensión o naturaleza de la pena, en tanto «la participación directa en la evaluación del castigo pondría en peligro el proceso de moderación y toma de las reacciones personales, y chocaría con el interés general en un sistema de justicia penal equitativo y justo».

¹⁶² GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 272; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 233; íd., «The Rationale», cit., p. 138.

¹⁶³ Muy interesante en este aspecto, NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 110-115, quien, a partir de un análisis de estudios empíricos realizados con víctimas de Uganda del Norte, Camboya y la República Democrática del Congo concluye que esa necesidad de castigo no es siempre tal, sino que parece más bien una exportación de los valores occidentales a otras partes del mundo. Muchas víctimas únicamente demandarían una satisfacción de necesidades socioeconómicas tan básicas como el agua, la luz, el acceso a la educación o a un trabajo. A mi juicio, lo anterior refleja algo completamente lógico, las necesidades de venganza –o, si se prefiere, de ver castigado al victimario– pueden emanar cuando las necesidades básicas están cubiertas, pero cuando no lo están, su satisfacción tendría preferencia respecto del castigo del victimario, debiendo ser atendidas para evitar que la víctima pueda decidir satisfacerlas uniéndose a una estructura organizativa y a las hostilidades. En relación los estudios empíricos sobre necesidades de las víctimas, véase también, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 140, con múltiples referencias.

te cierto consenso entre la doctrina especializada a la hora de identificar dos aspectos especialmente importantes en la superación y la evitación de la potencial desocialización de la víctima: i) la obtención, a fin de superar la posible negación comunitaria, de un reconocimiento público del injusto sufrido, es decir, de su propia condición de víctima¹⁶⁴; y, ii) la posibilidad de ofrecer un testimonio sobre sus experiencias¹⁶⁵.

Respecto del primero de los aspectos señalados, no creo que haya de suponer un problema el aceptar que el castigo puede ser una herramienta idónea a través del cual alcanzar dicho fin. En la línea de lo sugerido por las teorías expresivas que posteriormente analizaré, el ejercicio del *ius puniendi* comunicaría a las víctimas la solidaridad del Estado¹⁶⁶ y el hecho de que el perjuicio que ellas sufrieron obedeció a una acción típica e injusta y no a la simple causalidad o a su destino¹⁶⁷.

Cuestión distinta es que la pena no agote su naturaleza en el plano declarativo, de suerte tal que esta también consiste en la imposición de un mal física o

¹⁶⁴ ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., p. 34; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 17; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 13; VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 158; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 47.

¹⁶⁵ ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., pp. 33-34; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 58, 65-68, a través del testimonio el trauma pasa de suponer vergüenza y humillación a dignificar a la víctima, en tanto el saber que hay un público que presencia su declaración genera una sensación de reconocimiento en la víctima; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 45, considera que «aunque es importante no exagerar con respecto a los beneficios psicológicos del poder expresarse, y resulta inexacto afirmar que el testimonio sobre los abusos es siempre catártico, darle una voz oficial a las víctimas también puede ayudar a reducir sus sentimientos de indignación e ira». Así lo considera, precisamente, REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., pp. 26-27, para quien el poder hablar de su traumática experiencia fue lo que favoreció su «resocialización». Véase también, DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., p. 198, con múltiples referencias a estudios empíricos que defienden el testimonio como método más eficiente para superar el trauma.

¹⁶⁶ REEMTSMA, J. P., J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., p. 21; HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 955; CHIESA APONTE, L., «Taking Victims Seriously», cit., p. 126; específicamente referido a contextos de transición, NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 45; íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., p. 108; DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 93, aunque este último pone el foco no tanto en la pena como en el proceso penal.

¹⁶⁷ FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 79-80; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 36; REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., pp. 20-21, 26; GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung», cit., p. 218; PRITZWITZ, C., «The Resurrection of the Victim», cit., pp. 128-129; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., pp. 20-22; HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 955; íd., *Teorías de la pena* (traducción de Nuria Pastor Muñoz), Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015, p. 41; DUFF, A., «Punishment», cit., p. 127; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., pp. 20, 113. En relación con los escenarios de justicia de transición, DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 6; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 272; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 195, 200; íd., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 23; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 45, agregando que esta confirmación es de particular importancia en el caso de los actos de violencia que emanan de los sistemas de injusticia constituidos por el Estado, ya que la distribución de los papeles de autor y víctima no es en absoluto tan incontrovertible como –por regla general– en escenarios de normalidad.

sensorialmente perceptible sobre el victimario y respecto del que puede discutirse que su efectiva ejecución sea necesaria a tal fin¹⁶⁸. Así, no acabo de comprender por qué la manifestación de solidaridad o el reconocimiento de la condición de víctima requiere de la imposición de un mal adicional sobre el autor¹⁶⁹.

En primer lugar, porque, como señala Gil Gil, cuando se quiere manifestar condolencia y solidaridad hacia alguien, la lógica dictaría que las acciones estuvieran dirigidas a la persona afectada a la que se quiere reconfortar y no a otra distinta¹⁷⁰. En segundo lugar, debido a que la declaración de culpabilidad contenida en la sentencia ya supone un reconocimiento del injusto sufrido por la víctima¹⁷¹. La adición del sufrimiento del victimario a esta vertiente decla-

¹⁶⁸ GRECO, L., «Strafjurist mit gutem Gewissen», cit., p. 261.

¹⁶⁹ Considera necesaria la imposición de ese mal, HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 956, ya que sería la única manera creíble de transmitir a la víctima la simpatía y la solidaridad de la sociedad.

¹⁷⁰ GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 21; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 138; de manera similar, LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», cit., p. 129.

¹⁷¹ Así, consideran que la función expresiva del castigo respecto de la víctima no requeriría de ese dolor, sino que bastaría con la declaración del injusto culpable, GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung», cit., p. 219; íd., «Warum Transitional Justice», cit., p. 272; MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 13; PRITTWITZ, C., «The Resurrection of the Victim», cit., pp. 128-129; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 156; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 279. También parece inclinarse por esta posibilidad, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 20, al considerar que el hecho de que «muchos de los efectos deseables que los partidarios de estas teorías atribuyen al castigo son alcanzables por otros medios que no supongan la imposición de un mal»; similar, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 233; íd., «The Rationale and Purposes», cit., p. 138. Aún va más lejos, GRECO, L., «Strafjurist mit gutem Gewissen», cit., p. 261, preguntándose por qué en estos casos no sería suficiente con expedir un certificado a la víctima que acreditase su condición. Se oponen a lo anterior y sí hacen depender esos efectos de la imposición de un mal al victimario, HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., 956, en tanto el significado sería cuantitativamente mayor si el mal se ejecuta a sí no se hace; íd., *Teorías de la pena*, cit., pp. 46-47; en términos similares de carencia comunicativa se pronuncia, PRIMORATZ, I., «Punishment as Language», *Philosophy*, Vol. 64, núm. 248, 1989, p. 200; LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», cit., p. 132, considerando que la no aflicción de una lesión a los intereses del victimario hace que el mensaje aparezca como hueco. Mayor variación ha sufrido la postura de Duff, quien si bien en un primer momento (DUFF, A., «Punishment», cit., p. 130) esbozó que las palabras no son suficientes para reparar a la víctima en contextos de especial gravedad del injusto, requiriéndose de ese dolor para que se vea que se está tomando en serio su sufrimiento, en los últimos tiempos (íd. «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 93; íd. «Process, not Punishment», cit., p. 13), ha pasado, en los contextos transicionales, a otorgar mayor importancia a la declaración del injusto y a la imputación de la culpa que se hace en el proceso penal que a la ejecución del castigo. También entiende la aflicción de un mal como necesario, KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 138, 146, 167, si bien su explicación se separa de las anteriores en que no relaciona el sufrimiento del autor con las necesidades comunicativas, sino con el honor. Para el mencionado autor, la única manera de restaurar el honor de la víctima es a través de la demostración de la falta de miedo al victimario, para lo que se requiere de la existencia de un riesgo significativo, el cual quedaría representado por la resistencia que es de esperar del victimario en el proceso de imposición de un mal. No explica Kaufman qué riesgo afronta la víctima en estos casos. Si la idea es restituir el honor *in persona*, debería ser la propia víctima quien asumiera ese riesgo, y no un «tercero» –pues al final en estos casos quien inflige el mal es el Estado– que supere en recursos y en poderío al victimario.

rativa del proceso penal puede entenderse, en palabras de Silva Sánchez, como «venganza institucionalizada bajo un manto de racionalidad»¹⁷².

Por otro lado, en relación con la posibilidad de dar un testimonio sobre sus experiencias, los mecanismos complementarios de los procesos transicionales parecen más adecuados que el empleo de un proceso adversarial como el procedimiento judicial penal, en tanto en este último el rol de la víctima no trasciende más allá del de mero testigo¹⁷³ y no se busca el restablecimiento de las consecuencias psicológicas del delito¹⁷⁴. A este respecto, dentro de la justicia de transición existen medidas extrapenales de carácter reparador y centradas en la víctima, que pueden tanto ayudar a la superación de su trauma, como desempeñar un rol de equivalente simbólico-comunicativo en lo que a alcanzar un determinado reconocimiento sobre su condición se refiere¹⁷⁵.

Las comisiones de verdad y reconciliación aparecen, por varios motivos, como una alternativa potencialmente provechosa a estos fines. No solo porque el descubrimiento de la verdad completa sobre lo sucedido suele ser un paso necesario para «cerrar las heridas»¹⁷⁶, sino también porque estas instituciones ofrecen un foro adecuado a las víctimas en el que superar el trauma a través de la narración sus experiencias¹⁷⁷.

¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 171; en términos casi idénticos, PRITTWITZ, C., «The Resurrection of the Victim», cit., pp. 128-129; una conclusión similar alcanza, GRECO, L., «Strafjurist mit gutem Gewissen», cit., p. 265, cuando afirma que la teoría de la pena basada en la víctima sirve para racionalizar la «punición simbólico-populista». También MURPHY, J. G., «Getting Even», cit., p. 210, reconoce que su teoría no deja de ser una institucionalización de la venganza.

¹⁷³ ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., p. 35; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit. p. 13; REEMTSMA, J. P., J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., p. 9; GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung», cit., p. 212; VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 161.

¹⁷⁴ REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers*, cit., p. 9. Ello supondría, en la lógica manejada por VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 161, la ausencia de una «justicia interaccional», referida a la percepción de que se puede confiar en el interlocutor que se preocupa por el caso, dando a la víctima un trato humano y personalizado.

¹⁷⁵ Aunque sin mención a la idea de equivalente funcional, reconocen tanto a estas instituciones como a las comisiones de la verdad ese efecto simbólico-comunicativo, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 47, si bien alegan, y en esto debo estar de acuerdo con ellos, que este efecto sería de una intensidad menor al que se derivaría de los juicios, ya que estos, a diferencia de los informes emitidos por una comisión de la verdad o las disculpas públicas por parte del Estado, llevan implícita una desaprobación jurídica del injusto cometido.

¹⁷⁶ Así, ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., pp. 30-31, indica que las víctimas necesitan obtener respuestas acerca del delito que han sufrido; similar, ZALAQUETT, J., «Balancing Ethical Imperatives», cit., p. 1433; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 93.

¹⁷⁷ DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 13; en sentido parecido, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 86; ROHT-ARRIAZA, N. / POPKIN, M., «Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America», *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, núm. 1, 1995, p. 114; ROBINSON, D., «Serving the interests of Justice», cit., p. 484. Debe acotarse que, como señala, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit. p. 70, para ser terapéuticamente efectivo, el acto de narrar las experiencias propias debe ir más allá de la mera recopilación de los hechos e incorporar las emociones del superviviente. En este sentido, como indica DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., pp. 196-198, el proceso judicial no suele

Asimismo, al hilo de los procesos narrativos de reconocimiento de la verdad, suele ser frecuente que los victimarios ofrezcan disculpas a las víctimas, reconociendo la injusticia cometida y aceptando su responsabilidad, lo que, en algunos casos, produciría efectos dignificantes y reparadores en tanto contribuye a la visibilidad de su sufrimiento¹⁷⁸. Incluso la publicación de los nombres de sus victimarios puede otorgar una satisfacción –en el sentido negativo que antes he mencionado– a la víctima¹⁷⁹.

En todo caso, debe evitarse sobreestimar las bondades de las comisiones de la verdad en el proceso de «curación» o «sanación de las víctimas». Dicha curación suele ser resultado de un proceso continuado de terapia en el marco de una relación de confianza, lo que escapa a la lógica de las comisiones, donde las víctimas cuentan su experiencia en una única ocasión y ante una audiencia desconocida¹⁸⁰. Por tanto, la existencia de un programa de reparaciones se antoja decisivo no solo porque muchas de ellas dotan de un contenido tangible al reconocimiento simbólico que redundaría en una reivindicación de la víctima¹⁸¹, sino también porque dentro del mismo se pueden desarrollar programas de rehabilitación psicológica que complementan la labor de las comisiones de la verdad.

De todo lo anterior pueden extraerse una serie de conclusiones. Que la ejecución del castigo, con la correspondiente contrapartida de sufrimiento del victimario, puede cumplir efectos de reparación en sentido negativo respecto de algunas víctimas es una premisa que debe aceptarse. Ahora bien, no por ello debe darse un salto lógico que lleve a afirmar que las víctimas ostentarían un

ser el escenario adecuado para ello, dada su escasa sensibilidad con los intereses de las víctimas. Éstas sólo van a poder testificar en relación con aquellos hechos jurídico-penalmente relevantes sobre los que existen pruebas suficientes para conseguir la condena; además, el sometimiento de las víctimas a la llamada *cross-examination*, puede provocar una revictimización. Así, las comisiones de la verdad tienen como ventaja el hecho de ser instituciones no confrontacionales, lo que, en cierto modo, puede subsanar parte de los efectos negativos del procedimiento penal. En cualquier caso, debo estar de acuerdo con LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 115, en que también las comisiones de la verdad pueden generar una revictimización en tanto en muchas ocasiones puede existir una tensión entre la verdad individual y el esfuerzo por construir una verdad colectiva, de manera que, como sucedía con los enjuiciamientos, las víctimas pueden sentir que deben conformarse con un relato colectivo que las relega a un segundo plano. Una crítica similar realiza, NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 109.

¹⁷⁸ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 77, 93; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 46; VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 169; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 235; íd., «The Rationale», cit., p. 143; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 59.

¹⁷⁹ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 96.

¹⁸⁰ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 73; DORADO PORRAS, J., «Justicia Transicional», cit., p. 198.

¹⁸¹ ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., pp. 31-32; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 126; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., 630; dentro de esta lógica, BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., pp. 59, 62, señala que la memorialización –entendida como el desarrollo de actos que recuerden a las víctimas–, también es una forma de reparar la dignidad de las víctimas en tanto satisface el deseo de ser reconocidos.

derecho a la imposición y ejecución de un castigo sobre el autor que restringiría la posibilidad de que el Estado adopte medidas premiales respecto de los delitos más graves.

Y ello porque, al igual que sucedía en relación con la satisfacción del sentimiento de equidad vinculado a la retribución, la pena, como institución, es una herramienta que debe ser entendida en el marco operativo de la sociedad, donde despliega una serie de efectos que trascienden de la víctima en cuestión, por lo que limitar su función y fines solo a esta última sería excesivamente reduccionista¹⁸².

Además, la reparación simbólica a las víctimas, reconociéndolas como tales, puede lograrse con la declaración de culpabilidad en el proceso aun cuando no llegue a ejecutarse la pena, y, en determinados casos, por medio de procesos de memorialización, de petición de disculpas, etc. Del mismo modo, mecanismos complementarios como las comisiones de verdad permiten que estas tengan una participación activa que puede favorecer el que superen los efectos que el delito aún sigue desarrollando sobre ellas. Todo ello vendría a respaldar la idea de que la adopción de medidas que no solo flexibilicen el castigo, sino que vedan cualquier tipo de investigación sobre los hechos, o cualquier medida de reparación, serían inadmisibles, en tanto ello supondría una desatención absoluta de las necesidades de la víctima¹⁸³.

V. LA RESTAURACIÓN DE LA COOPERACIÓN POR MEDIO DEL DERECHO PENAL

1. Los efectos asociados a las teorías de la prevención general

Desde que Platón hiciera referencia en el *Protágoras* a que el castigo no ha de buscar compensar la injusticia pasada, sino evitar que se cometan nuevas injusticias en el futuro¹⁸⁴, la idea de que la pena ha de trascender del merecimiento

¹⁸² Implícitamente, la idea se encuentra presente en DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit., p. 150; de manera expresa, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 22; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., 278; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 134.

¹⁸³ DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 84.

¹⁸⁴ A este respecto, PLATÓN, *Protágoras*, cit., pp. 129-131, se pronuncia como sigue: «en efecto, nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro, para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias».

del autor, para quedar vinculada a los efectos preventivos que puede desempeñar respecto de quien cometió el delito, y/o del resto de miembros de la sociedad, constituye la corriente de pensamiento mayoritaria en la ciencia penal.

A diferencia del carácter deontológico que impregna las tesis que abogan por la retribución como principal finalidad de la pena, las teorías de la prevención general se caracterizan por dejar de focalizarse exclusivamente en la transgresión de la norma que haría al individuo merecedor —en términos retributivos— de la imposición de un castigo. En su lugar, se focalizan en los efectos que la pena puede llegar a desempeñar respecto de la sociedad en su conjunto¹⁸⁵. Se parte, pues, de una premisa de corte utilitarista, en la que el recurso al *ius puniendi* queda justificado solo si las ganancias sociales que se puede esperar obtener de la imposición de la pena superan los costes que de ella se derivan¹⁸⁶. Como ya he mencionado, será dentro de este marco utilitario o consecuencialista en el que encuentre acomodo el fin de reconstrucción de la cooperación en torno al contrato social aquí destacado.

A este respecto, ha sido bastante frecuente en la doctrina distinguir entre prevención general negativa —en la que la pena actuaría como un elemento de intimidación— y prevención general positiva —en la que se enfatizaría la capacidad del castigo para estabilizar el ordenamiento jurídico—¹⁸⁷. No obstante, en este trabajo romperé con dicha diferencia. Ello en tanto, a mi juicio, me parece, en cierta medida, artificiosa.

En primer lugar, debido a que no alcanzo a comprender cómo la pena puede ser capaz de prevenir de manera «positiva». Cuando se aborda por primera vez el estudio de estas teorías se espera hallar en ellas referencias a la justicia social, a la educación en determinados valores desde la infancia, al refuerzo de la conciencia colectiva a través de la ética, etc.¹⁸⁸; y, sin embargo, lo que se encuentra es que el discurso no se aleja del empleo del castigo, lo que, a todas luces, parece contraintuitivo. La pena, en sí misma, no es otra cosa

¹⁸⁵ ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 138-139; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 88; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 344; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 63; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 169.

¹⁸⁶ BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [Hart, H. L. A / Burns, J. H (Eds.)], Methuen, 1982, p. 13; de manera similar, DUFF, A. / GARLAND, D., «Introduction», cit., p. 2; ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 379; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror; pena y amnistía*, cit., p. 59; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 45.

¹⁸⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 89; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., pp. 170 ss.

¹⁸⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 355; de forma similar, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 321-327, considera que los fines preventivo-positivos deberían alcanzarse por medios ajenos a la coacción, como la educación libre y autónoma.

que la irrogación de un mal¹⁸⁹; si previene, lo hace, como señala Rodríguez Horcajo, usando métodos que pueden ser considerados negativos, de manera que, *prima facie*, no puede hablarse de prevención mediante herramientas positivas o no represoras, fundamentalmente porque estas son contrarias a la naturaleza de la pena¹⁹⁰. Cuestión distinta es que ese mal pueda acabar redundando en un bien posterior¹⁹¹ y que la pena sea asimismo un instrumento comunicativo, de manera que su naturaleza y efectos no se agotan exclusivamente en el plano sensorial¹⁹².

En segundo lugar, debido a que la pena, también en su vertiente de intimidación, logra objetivos propios de la prevención general positiva como la estabilización del derecho o la reafirmación de la norma, asegurando que la ciudadanía cumpla con aquella¹⁹³. Tomando lo anterior en consideración, en el presente trabajo, la distinción tradicional será reconducida a una diferenciación entre efectos fáctico-aflictivos y simbólico-comunicativos de la pena, dentro de la finalidad última de reconstrucción de la cooperación social. En cualquier caso, por motivos expositivos, examinaré separadamente los fundamentos de ambas teorías para, posteriormente, analizar como convergen y a qué límites se enfrentan en los escenarios de transición.

1.1 EL PLANO FÁCTICO-AFLICTIVO: LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

Las teorías de la prevención general negativa –o de la disuasión (*deterrence*) en la nomenclatura propia de la doctrina angloamericana¹⁹⁴– se carac-

¹⁸⁹ Entre otros muchos, JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 6, 9-10, §§ 3, 10-11; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 330; ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 378; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 55; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 272; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 212; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 46; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 162; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 20; ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, cit., p. 1; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 154, quienes matizan el carácter de mal y prefieren hablar de su carácter de intervención coercitiva del Estado y de carga sobre el victimario.

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 47.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 46-47.

¹⁹² VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., pp. 33 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 275 ss.; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 55, 68 ss.; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 222 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 163; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Malum passionis*, cit., pp. 113 ss.

¹⁹³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 347.

¹⁹⁴ Por todos, sirva como ejemplo, ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 39-48.

terizan por asignar a la pena una función principal de intimidación respecto del conjunto de la sociedad o, al menos, respecto de una parte relevante de la totalidad de sus integrantes¹⁹⁵. De este modo, la atención recae exclusivamente en los efectos que la pena, como institución, es capaz de desplegar desde una perspectiva fáctica o empírica.

Al igual que sucedía con la retribución, esta metacategoría albergaría visiones de la pena que, pese a ser muy similares entre sí, incorporan matices específicos que permiten trazar una diferencia entre unas y otras. No obstante, si hubiera de buscarse antepasados más o menos comunes a todas ellas, podrían encontrarse tanto en la teoría de la pena mantenida por Feuerbach como en la desarrollada por Beccaria y Bentham.

En lo que al primero de los autores se refiere, su concepto del castigo constituye, quizás, la versión menos refinada de lo que hoy en día se conoce como prevención general negativa. Así, para Feuerbach, la pena funcionaría exclusivamente como intimidación, es decir, como un mecanismo de coacción psicológica dirigido a generar sobre los individuos motivos contrarios a los impulsos que pueden llevar a la comisión del delito¹⁹⁶. Feuerbach entendía el delito como un fenómeno irracional¹⁹⁷, cuyo fundamento residía en gran medida en las inclinaciones sensuales propias de la naturaleza humana¹⁹⁸. Por ello, se debían crear impulsos igualmente sensibles que representaran un mal mayor a fin de neutralizar o contrabalancear esas inclinaciones naturales de búsqueda de satisfacción o placer¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Específicamente referido a la totalidad de los integrantes, FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, cit., p. 61; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 170, haciendo mención a la función de la pena de disuadir a la «generalidad». Sí desarrollan una diferenciación entre los destinatarios, HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., p. 30, señalando que el círculo de personas sobre el que la pena estaría llamada a desplegar su influencia disuasoria quedaría limitado exclusivamente a aquellos que contemplan cometer un delito; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, 2001, p. 352, vinculando el efecto intimidación con aquellos que tienen razones para apartarse de la estrategia cooperativa y sustituirla por una estrategia egoísta; sigue a este último, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 224.

¹⁹⁶ FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 59-61, quien justifica dicha coacción en atención a la imposibilidad del Estado de evitar la producción de lesiones en los bienes jurídicos de los ciudadanos recurriendo únicamente a la coacción física.

¹⁹⁷ Así, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 91, indicando que Feuerbach partía de una visión marcadamente anti-racionalista, si por racionalismo se entiende la idea de un hombre reflexivo que pondera las consecuencias de su acción.

¹⁹⁸ FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, cit., p. 60: «todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción».

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 60. Como señala, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 76-77, la tesis mantenida por Feuerbach significa tratar al ser humano no como ser libre y racional (*homo noumenon*), sino como ser determinado y sometido a las leyes de la naturaleza (*homo phaenomenon*). Sobre lo anterior, y el rol que

Con el paso del tiempo, los principales esfuerzos por refinar esta teoría se han focalizado en matizar el componente de intimidación –altamente cargado de un significado peyorativo– tratando de dotar de una mayor racionalidad a su postulado principal. Así, aunque se mantiene mayoritariamente una visión del castigo como instrumento dotado de una dimensión fáctico-aflictiva que actuaría sobre la psique del sujeto²⁰⁰, comienza a aceptarse que ello no buscaría, sin más, la generación de miedo o temor como estímulo sensual en un individuo irracional²⁰¹. Por el contrario, en la línea inicialmente apuntada por Beccaria y Bentham, la pena pasa a ser entendida como una herramienta que aporta a los individuos «razones prudenciales»²⁰² que, por su dimensión, contrarrestarían las ventajas que se derivarían para el sujeto de la comisión del delito²⁰³.

la llamada «racionalidad asociativa» del ser humano desempeña en la teoría de la pena de Feuerbach, véase el brillante análisis de GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 75-93.

²⁰⁰ Así, que la pena representa intimidación o coacción psicológica es algo mantenido por un número profuso de autores, entre otros, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 88-89; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, 2001, pp. 344, 352-353; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 225. Aunque alejándose de la idea de coacción como dirigida a la disuasión, también reconocen que la dimensión fáctico-aflictiva de la pena está llamada a desencadenar una serie de efectos sobre la psique de los potenciales perpetradores, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 39; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 278. Muy interesante resulta la evolución de SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XLIX, 1996, pp. 107-108, vinculando ese dolor penal en un primer momento a la idea de disuasión, aunque más adelante y progresivamente, por ejemplo en íd., *Malum passionis*, cit., pp. 114-116, ha desligado dicho elemento de las exigencias disuasivas vinculándolo a necesidades meramente comunicativas.

²⁰¹ No obstante, la causación de miedo en el potencial delincuente sigue siendo relevante para la doctrina, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, 2001, p. 344; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity. An Analysis of Recent Research*, Hart Publishing, 1999, p. 6; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 278-279; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 64.

²⁰² Empleo aquí la terminología de GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 281, para quien las razones prudenciales vendrían asociadas a la evitación y/o al alcance de malas y buenas consecuencias en el futuro respectivamente. Se distinguirían estas de las razones morales, por las que un comportamiento debe llevarse a cabo por el mero hecho de que es bueno en sí. En este punto estoy de acuerdo con el autor en que moral y derecho deben quedar separadas.

²⁰³ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., p. 112, señalando que: «para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría»; BENTHAM, J., *An Introduction*, cit., p. 168, indicando que el castigo debe dar al potencial delincuente motivos suficientes para no perpetrar el delito; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., pp. 106-107, lo que se buscaría sería inducir al sujeto a realizar un cálculo eficiente; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, 2001, p. 352, quien sostiene que aquello que se buscaría no sería sino alterar el proceso de decisión del individuo en favor del cumplimiento de la ley; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 172, esbozando que, desde la prevención general negativa, la pena puede verse como desaliento o desincentivo a la realización de comportamientos delictivos en tanto gravan aquellos con consecuencias negativas o «costes». Véase también, en una dirección similar, DUFF, A. / GARLAND, D., «Introduction», cit., p. 11; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 40; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., pp. 39-42; con matices, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 278, 280-281, 284, 339; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 224-226.

Contra el propio fundamento de una visión de la pena como la aquí expuesta se han elevado, desde una óptica filosófica, una serie de críticas nada desdeñables que –a pesar de que no entraré en profundidad en ellas– es conveniente mencionar. Sus principales detractores han señalado que instrumentalizan al individuo tratándolo como un mero objeto respecto de la satisfacción de unos fines, negando así la propia subjetividad del ser²⁰⁴. Asimismo, también se las ha achacado que, en tanto desconectadas de la lesividad social del hecho, no respetarían el principio de proporcionalidad, entendido de manera ordinal, como relación entre la gravedad del delito y pena. Así, incurrirían en una peligrosa inconsistencia valorativa, en tanto las penas más severas quedarían reservadas para los delitos más habituales con independencia de su gravedad, mientras que los delitos de una mayor gravedad intrínseca, pero cuya habitualidad de comisión fuera menor, recibirían penas más leves²⁰⁵. Se trata, desde luego, de objeciones de una enjundia importante y que ya

²⁰⁴ Quizás el autor que mejor ha ilustrado dicha crítica sea HEGEL, G. W. F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del derecho*, cit., § 99, p. 170, aseverando que concebir la pena como coacción –tal y como lo hacía Feuerbach– supone tratar al ser humano como un perro frente al que se levanta un garrote. En cualquier caso, la idea de que la instrumentalización del ser humano mediante el castigo supone un grave ataque a su dignidad puede apreciarse en otros partidarios de la teoría de la retribución, así por ejemplo en KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166; MURPHY, J. G., «Marxism and Retribution», cit., p. 48; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 37, destacando que una sanción que únicamente buscara la inducción a la conformidad, sin expresar desaprobación, trataría a las personas como tigres en un circo incapaces de discernir el mal; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., p. 42, para quienes las teorías de la intimidación tratan a la gente como meros números que han de ser agregados a un cálculo colectivo, lo que supone no tratarlos como agentes morales. Críticas similares respecto de la instrumentalización propia de las teorías utilitaristas de la disuasión pueden apreciarse también en autores alejados de la retribución, por ejemplo, AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 203; KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., p. 25; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 86-88, considerando que, así conceptualada, la pena deshumaniza a los ciudadanos de un sistema democrático en el que ya no hay súbditos, sino seres libres, autónomos y responsables; de manera similar, PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., pp. 173-174, señalan que estas teorías tratan al ser humano como un individuo movido exclusivamente por sus intereses, sin capacidad para razonar que es lo correcto. En cualquier caso, frente a este reproche, por otro lado extrapolable, como señalan ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 463; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 205; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 75-76 o ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 144, a todas las teorías preventivas en tanto teorías consecuencialistas, sería posible alegar –a mi juicio, convincentemente– que si por instrumentalización se entiende el tratar a un ser humano como a una cosa, una vez superada o matizada la visión de la pena de Feuerbach, el Estado, como detentador del *ius puniendi*, simplemente se limita a mostrar al ciudadano una serie de motivos prudenciales por los que no merece la pena cometer un delito, tratándolo así como un agente racional y no como un mero instrumento carente de dignidad. Así, entre otros, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 280-281, 300; sigue al mencionado autor, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 237-238; aunque con algunos matices, también apunta en esta línea DUFF, A., «Punishment, Retribution and Communication», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 128-129.

²⁰⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 88-89; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 85-91, 113; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 173; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., p. 42. No obstante, véanse las matizaciones que a esta afirmación introduce GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 304-307, para quien el principio de proporcionalidad no es sino una limitación deontológica nacida en el seno de la teoría de la retribución, lo que impediría su traslación, sin más, a la esfera de una teoría consecuencialista como es la teoría de la prevención, si bien la lógica de esta última teoría provocaría que fuera necesario res-

otorgan, *per se*, buenos argumentos acerca de por qué en la coyuntura transicional el castigo no debería centrarse –al menos, no solamente– en la mera disuasión.

Sí interesa detenerse, debido a los límites que operarían en los escenarios de justicia de transición y que desarrollaré más adelante, en la dimensión empírica y sociológica de su postulado de base: la racionalidad atribuida al comportamiento humano a la hora de tomar la decisión de delinquir.

En mayor o menor medida, las teorías de la prevención general negativa toman como punto de partida la existencia de una racionalidad económica en el destinatario de la norma penal²⁰⁶. Se toma como punto de partida una concepción del ser humano como *homo oeconomicus*, es decir, como sujeto dotado de una cierta capacidad de llevar a cabo un análisis entre los beneficios asociados a la transgresión de la ley y los costes de alejarse de una postura de fidelidad al ordenamiento jurídico, de forma que, efectuada la ponderación entre ambos, aquel elegirá siempre aquello que le reporte una mayor utilidad²⁰⁷. Desde esta perspectiva, los costes de comisión del delito no solo vendrían asociados a la severidad de la pena, sino que el individuo valoraría tanto el grado de certeza en la detección y enjuiciamiento del delito, como la celeridad con la que se le impondría la eventual pena²⁰⁸. Además, se trataría de elementos de naturaleza subjetiva, en tanto dependientes de la percepción que de ellos tenga el potencial perpetrador²⁰⁹.

petar el principio de proporcionalidad dadas las potenciales consecuencias negativas que se derivarían para los fines de intimidación de no hacerlo.

²⁰⁶ Por racionalidad económica no me refiero aquí a una racionalidad exclusivamente patrimonial –en el sentido sugerido por el análisis económico del Derecho– sino a una racionalidad del mal menor en el que ni el coste ni el beneficio tienen por qué ser exclusivamente patrimoniales.

²⁰⁷ Esta mención al *homo oeconomicus* como sujeto prototípico de las teorías de la disuasión está presente en, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., pp. 98-99, aunque parece limitarlo exclusivamente a las teorías que abogan por el análisis económico del Derecho; ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 552; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 84-85, 94-95; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 66; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 173. Sin hacer mención a dicho concepto, pero sí a la capacidad de actuar conforme a una ponderación coste-beneficio, NAGIN, D., «Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century», *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 23, núm. 1, 1998, p. 12; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 39; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., pp. 39-42; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 171.

²⁰⁸ La referencia a la certeza, celeridad e intensidad de la pena como magnitudes asociadas al efecto disuasivo de la pena ya estaban presentes en BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., pp. 112, 116; BENTHAM, J., *An Introduction*, cit., p. 38; más recientemente, mencionan las mismas, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 229; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 5; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., pp. 109, 113-114; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., p. 40; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 64-65.

²⁰⁹ VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., pp. 2, 6, 33; NAGIN, D., «Criminal Deterrence», cit., p. 5; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A.,

Sin embargo, no debe caerse en el error de aceptar, sin más, que esta visión marcadamente economicista del ser humano agotaría la forma en la que los diferentes individuos realizan su aproximación al delito. Un modelo que tomara como base una visión del delincuente como *homo oeconomicus* perfecto, que antes de actuar y en todo momento pondera el mal que supone la pena con los beneficios que le reportaría la comisión del delito, colisionaría, inevitablemente, con la dimensión empírica de la realidad. Empero, las limitaciones a las que se ve sometido este modelo tampoco debería llevar a aducir, como ha hecho un sector de la doctrina, que la generalidad de los autores de los delitos no realizaría un cálculo racional de los posibles costes y beneficios derivados de su comisión²¹⁰.

Una cosa es que, por posible falta de información²¹¹, no se realice un cálculo matemático perfecto de las eventuales consecuencias, y otra muy distinta que el sujeto prescindiera totalmente de aquel más allá de aquellos casos en los que el delito es consecuencia de un acto impulsivo o es cometido en un momento en el que las capacidades del individuo están mermadas²¹². La realidad es mucho más compleja y es conveniente alejarse de posturas que tiendan a elaborar una visión reduccionista del comportamiento humano. Los resultados arrojados por

«Deterrence», cit., p. 40; TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 37, núm. 1, 2008, pp. 282, 297; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 66.

²¹⁰ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 229, poniendo como ejemplo de delincuentes que sí llevarían a cabo un cálculo racional, el asesino a sueldo, el defraudador fiscal o aquellos que cometen delitos medioambientales; de manera similar, JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 21, § 29, limitando el cálculo racional a los delitos económicos; HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., pp. 28-29, mencionando el ejemplo de los defraudadores fiscales. Aunque no especifican respecto de que delitos sí operaría esa racionalidad, también se oponen a reconocerla de manera general, CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, cit., p. 152; WALKER, N., «Reductivism and Deterrence», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, p. 215; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 94-99; ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., p. 44; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 174.; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 140.

²¹¹ Por ejemplo, se ha mencionado que la posibilidad de ponderar entre costes y beneficios está condicionada por el conocimiento tanto de la norma penal como de las consecuencias de su infracción, conocimiento que no estaría presente en todos los casos. Sobre ello, entre otros, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 229; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 2; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 93, señalando que los ciudadanos no solo desconocen, de manera siquiera aproximada, la pena asociada a los diferentes delitos, sino que, asimismo, tienen una concepción inexacta del funcionamiento del sistema penal, lo que provoca que carezcan de una información correcta para el cálculo racional. Conclusiones similares son alcanzadas por TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., p. 286, para quien los estudios empíricos realizados demostrarán que el ciudadano común está ampliamente desinformado sobre cómo opera el sistema de justicia, el contenido del Derecho penal y la severidad de las penas para cada tipo en concreto; destacan el desconocimiento de las normas en relación con la seguridad vial, MIRÓ LLINARES, F. / BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 42-43. En cualquier caso, como señala ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 383, esta misma crítica puede hacerse también a las teorías de la prevención general positiva, pues también en ellas se presupone el conocimiento de la norma.

²¹² TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., p. 282.

los experimentos realizados en el campo de la teoría de juegos demostrarían que el ser humano se mueve ponderando costes, como *homo oeconomicus*, pero también lo haría influenciado por emociones que escapan a esa racionalidad exclusivamente económica entre las que destacarían el sentimiento de equidad y el de cooperación condicionada²¹³. Asimismo, el ser humano también actuaría como *homo sociologicus* en tanto en su comportamiento influirían motivos de corte moral²¹⁴ o social²¹⁵.

²¹³ En este punto, resulta imperativo hacer referencia al magnífico estudio realizado por RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 96-189, sobre los resultados obtenidos por diferentes experimentos vinculados a la teoría de juegos. Uno de los juegos más conocidos es el del ultimátum. El juego toma como punto de partida una negociación entre dos personas para repartirse una determinada suma de dinero. El jugador 1 debe hacer una determinada propuesta de reparto y el jugador 2 solo puede aceptarla o rechazarla. Si la acepta, el reparto se lleva a cabo según lo estipulado por el jugador 1; si la rechaza, ambos jugadores pierden todo. La lógica económica dictaría que el jugador 2 aceptara siempre el reparto propuesto, pues sería siempre mejor que perderlo todo. Sin embargo, como señala *Ibid.*, pp. 96-97, los estudios empíricos no solo demuestran que aquellas ofertas que suponen un reparto inferior al 30 por 100 de la cuantía a repartir son sistemáticamente rechazadas por la mitad de los participantes, sino que una gran mayoría de los ofertantes están dispuestos a repartir entre un 40 y un 50 por 100 del total, lo que, a juicio del autor, evidenciaría que el ser humano ha desarrollado un sentimiento de aversión a la inequidad y un deseo de castigar a aquel que le trata dicha manera aunque ello pueda suponerle una pérdida personal (*Ibid.*, pp. 130, 135, 139, 177 ss.). Por otra parte, otros experimentos sociales –como el basado en el juego de la inversión, en el que los participantes deben decidir qué cantidad de dinero enviar a otro participante, sabiendo que esta se multiplicará por tres y que el segundo de ellos puede devolverle un porcentaje de dicha cantidad– demostrarían que unido a este primer sentimiento de equidad se encontraría el de cooperación condicionada. Muy resumidamente, dicho sentimiento haría referencia a que los humanos, al enfrentar la decisión de cooperar o no con el otro, muestran una mayor disposición cuando el otro ha guardado previamente una conducta cooperativa similar, lo que supone un ejercicio de reciprocidad, existiendo, asimismo, una tendencia a desear el castigo a aquel que se aparta del sistema cooperativo defraudando sus expectativas de comportamiento. (*Ibid.*, pp. 112-133, 146-147, 177 ss.). En todo caso, lo anterior no es incompatible con el hecho de que el ser humano valore el castigo como un coste asociado a emprender un comportamiento inequitativo. Así, *Ibid.*, pp. 140-152, desarrolla cómo en las diferentes variantes de los experimentos anteriormente mencionados, el castigo se ha revelado como un instrumento idóneo para mantener la cooperación. A este respecto, en aquellos entornos en los que no había castigo la tendencia al *free riding* era mayor que en aquellos en los que sí existía dicha posibilidad, lo que denotaría que el castigo logra frenar el decrecimiento de las aportaciones de los miembros del grupo y, por tanto, mantener la cooperación, disuadiendo, mediante la presentación de un estímulo negativo, a los *free riders* actuales y potenciales.

²¹⁴ Así, VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 3, consideran que hay sujetos que cumplen la ley simplemente porque lo consideran el comportamiento moralmente apropiado, bien porque comparten los valores que subyacen a la norma, bien porque, aun sin compartir dichos valores, perciben la norma como emanada de una autoridad legítima; similar, TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., p. 281, señalando que las modificaciones en las disposiciones penales pueden ser inocuas en atención a las circunstancias y valores que rodean a los potenciales perpetradores; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto Docente*, cit., pp. 347 ss., considera que hay contextos en los que la norma penal es inocua por coincidir con las reglas o normas sociales más o menos espontáneas o con reglas de la moral individual; en el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 174; MIRÓ LLINARES, F. / BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales?», cit., pp. 16-17, sugiriendo que, en ocasiones, la influencia de los valores personales en el comportamiento es mayor que la derivada de los costes y beneficios percibidos por el sujeto, entre los que destacaría la idea del cumplimiento vinculado a la legitimidad percibida en la norma y el de estimación moral de los valores subyacentes a la norma.

²¹⁵ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 95-104, para quien los procesos emotivos o afectivos juegan un rol decisivo en la comisión del delito, procesos que dependen decisivamente de los valores imperantes en la sociedad y en los que los procesos de «disuasión informal», entendiendo como tal el estigma

Por lo tanto, es posible asumir que, en su aproximación al delito, el ser humano sería en parte *homo oeconomicus*, pero no un *homo oeconomicus* perfecto, puesto que se comportaría de una manera un tanto más refinada. En su toma de decisiones influiría no solo el resultado neto arrojado por la ponderación coste-beneficio entre pena y delito, sino, de la misma manera, aspectos de corte psico-social que habrían de ser integrados dentro de las teorías de la prevención a fin de superar el modelo excesivamente simplista de la economía neoclásica²¹⁶. En esta dimensión ajena a la racionalidad económica se han focalizado tradicionalmente las teorías de la prevención general positiva.

1.2 EL PLANO SIMBÓLICO-COMUNICATIVO E INTEGRADOR: LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Tratar de definir qué se encuentra agrupado dentro de las teorías de la prevención general positiva es, desde luego, complejo. Más aun tratar de profundizar en las diferentes variantes que esta visión de la pena ha ido adoptando a lo largo de los años. Ello es una tarea hercúlea que excede con mucho de las pretensiones de esta investigación²¹⁷. El objetivo, por tanto, será tratar de agrupar y sistematizar algunos de los principales rasgos de estas teorías a efectos

proveniente del «qué dirán», desempeñan un rol esencial. También destacan ese rol que el comunitarismo puede desempeñar en la disuasión, VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., pp. 39-40; NAGIN, D., «Criminal Deterrence», cit., p. 4; TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., p. 297; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 70.

²¹⁶ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 233. El autor apunta aquí en una línea muy parecida a la anteriormente señalada por SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 105, considerando que la racionalidad del delincuente tiene tanto una vertiente instrumental o utilitaria, en la que se toman en cuenta los aspectos económicos, como una dimensión valorativa ajena a estos últimos. De manera similar, ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 548-549, 553, indicando que debe superarse la visión del ser humano como egoísta y tendente a servir de los intereses de los demás para subvenir a la maximización de los suyos, puesto que, adicionalmente, también sería un *homo politicus* capaz de comprometerse al respeto de unos principios de cooperación y justicia; comparten una visión similar, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 264; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 6, quienes hablan de que para la teoría de la disuasión sería suficiente una «racionalidad limitada», bastando con que el individuo considere los beneficios y costes hasta cierto punto, dentro de los parámetros influenciados por sus actitudes, creencias y preferencias. En esta misma dirección parece pronunciarse, TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., pp. 281-282, 297, para quien la innegable valoración de incentivos y desincentivos que realiza el ser humano sería solo explicativa de una parte del comportamiento delictivo, siendo necesario tener en cuenta el contexto y otros factores que de manera contingente influyen en la decisión de delinquir.

²¹⁷ Para ello, véase, entre otros, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 17-54, 215 ss.; ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 368 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 165-294.

de examinar su encaje dentro del fin último de reconstrucción de la cooperación en torno al contrato social.

Lo primero que debe señalarse es que, como denota el hecho de que se califiquen a sí mismas de preventivas, trascienden al sujeto individual y focalizan su atención en los efectos que la pena puede desarrollar sobre la sociedad en su conjunto²¹⁸. Al igual que las teorías que destacan la «vertiente negativa» de la pena, y con las que comparten la etiqueta de prevención, estas también contemplan a la pena como un medio mediante el cual evitar la futura comisión de delitos; sin embargo, la consecución de este fin lo buscarían alejándose de la tradicional referencia al efecto disuasivo o intimidatorio del castigo²¹⁹. Se alude así a una serie de efectos «positivos» que redundarían en un resultado preventivo posterior y que la pena generaría en la sociedad en su conjunto o en algunas personas en concreto dentro de esta²²⁰.

Para tratar de profundizar en su funcionamiento exacto, debe destacarse lo siguiente: las teorías de la prevención general positiva suelen tomar como punto de partida el hecho de que la pena estatal se trata de un instrumento de control social que opera junto a otras instituciones, valores, normas y sanciones sociales²²¹. En este punto comenzarían las divergencias internas, ya que mientras unas teorías se mueven en un plano principalmente simbólico-comunicativo, dejando de lado gran parte de los efectos psicológicos asociados a la pena, otras sí le dan mayor importancia a su vertiente empírico-social²²².

Dentro del primer subgrupo de teorías, si hubiera que señalar un autor cuya concepción de la pena pudiera ser entendida –desde luego, no sin discusión– como un primer antecedente histórico de lo que hoy se considera «protección de

²¹⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 88; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 63; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 170.

²¹⁹ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 17; ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 372-373; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 166; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 89. Como indica, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 317-318, 361-362, la prevención general positiva sería la teoría según la cual dar a conocer de manera general razones no referidas a la prudencia –ya sean morales o simplemente jurídicas– para comportarse conforme a Derecho, lo que la diferenciaría de la prevención general negativa en que esta última sí emplea razones prudenciales.

²²⁰ Así, autores como ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 372; JAKOBS, G., *La pena estatal*, cit., p. 144; HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., p. 30, o RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 242, han señalado que estas teorías también se diferenciarían de las teorías de la prevención general negativa en cuanto al círculo de personas al que se dirigen, el cual quedaría limitado a aquellas que, en principio, pueden ser calificadas como ciudadanos fieles al Derecho en tanto no mostrarían una inclinación a la comisión de un determinado delito en un determinado periodo de tiempo. En sentido similar, aunque con matices, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 166.

²²¹ PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 170.

²²² GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., p. 9.

las expectativas normativas», este sería Hegel²²³. El autor nacido en Stuttgart tomó como punto de partida una visión del delito como acto de comunicación en el que la pena sería la negación de la negación previa del Derecho que vendría representada por la conducta perpetrada por el delincuente²²⁴. Esta visión del castigo, que no difiere en demasía de la mantenida en su momento por Carrara, coetáneo al primero y quien entendía del castigo como fenómeno necesario para el mantenimiento de la soberanía del Derecho²²⁵, ha ejercido una indudable influencia sobre las teorías que actualmente dominan el panorama doctrinal.

En sede continental, el influjo de Hegel es notable en quien, sin lugar a duda y a pesar de la evolución de su postura en los últimos tiempos, ha sido el principal valedor de este tipo de teorías: Jakobs²²⁶. El mencionado autor toma como punto de partida, y en esto hay que estar completamente de acuerdo con él, el hecho de que la vida en comunidad solo es posible en tanto el individuo no tenga que calcular en cada momento cuál será el comportamiento de otras personas²²⁷. De ello se encarga la norma penal, que no solo fija una serie de deberes –generalmente de contenido omisivo– a los ciudadanos, sino que aporta seguridad sobre ese comportamiento futuro en tanto de ella se derivan una serie de expectativas recíprocas de comportamiento²²⁸.

²²³ Así, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 85, parece decantarse por incluir a Hegel como defensor de una teoría de la retribución de corte jurídico, a diferencia de la teoría de Kant que disfrutaría de una naturaleza ética; se aparta de la postura del anterior, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 58-59, señalando que Hegel puede entenderse no tanto como un retribucionista sino como un sujeto que hace depender la pena de los fines sociales; consideran al autor como próximo a una teoría comunicativa, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 210; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 192-193. Lo anterior apenas difiere de la discusión existente sobre la calificación de las teorías expresivas o comunicativas –a las que posteriormente me referiré– como teorías absolutas –o de la retribución– o preventivas. La cuestión quedaría reducida, como indican DUFF, A., «Punishment, Retribution and Communication», cit., p. 131; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 43, o ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 146, a si el reproche se considera un fin en sí mismo o por el contrario esconde algún fin social. A este respecto, algunos autores, y la propia CPI en sentencias recientes, han desvinculado la retribución de la noción kantiana de justicia en este trabajo explicada para pasar a definirla como una expresión de condena respecto del autor y del delito por parte de la sociedad, difuminando así la diferencia entre ambas teorías. Así, ICC, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, cit., § 10; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, cit., § 11; ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, cit., § 67. En la doctrina, sobre esta vinculación entre retribución y comunicación, véase especialmente MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 76-94.

²²⁴ HEGEL, G. W. F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del derecho*, cit., § 97, p. 168.

²²⁵ CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, cit., p. 7, entendía el delito como la negación del Derecho que posteriormente era reafirmado a través de la pena.

²²⁶ Sobre la similitud entre ambas teorías, véase, con amplias referencias, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 59, nota al pie 59.

²²⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 6, § 4.

²²⁸ *Ibid.*, p. 7, §§ 5-6.

No obstante, solo puede decirse que la norma está en vigor mientras «constituya el esquema de orientación dominante»²²⁹. El delito, en tanto daña esa expectativa normativa, genera en la persona una sensación de inseguridad respecto del comportamiento futuro del resto de miembros de la comunidad²³⁰. En tanto el delito daña la expectativa legítima de que la norma será respetada, es necesaria la imposición de una pena que actúe como contradicción de esa negación de la norma por el delincuente y mantenga aquella contrafacticamente²³¹. Así, pese a que la naturaleza de la pena sería la propia de un mal, sus efectos irían más allá de este, siendo su finalidad principal la reafirmación de la vigencia de la norma a costa de aquel que cometió el injusto²³². De esta manera, el castigo lograría salvaguardar la estructura normativa de la sociedad²³³.

Como he indicado con anterioridad al hilo de Hegel, no es nada pacífico que este tipo de teorías puedan ser calificadas de preventivo-generales. De hecho, muchos de los autores que apuestan por justificaciones similares a la de Jakobs se autocalifican como «retribucionistas»²³⁴. Así, se ha defendido que en la imposición de la pena sería posible distinguir dos efectos: por un lado, el referido a la confirmación de la norma y sus valoraciones subyacentes, lo que constituiría la llamada retribución jurídica; por otro, el efecto de confirmación de esos valores en el juicio de los ciudadanos, el cual sí haría parte de la prevención general positiva²³⁵. En mi opinión, y sin ser el objetivo de esta investigación el ahondar en profundidad en este tema, es posible distinguir ambos efectos. Sin embargo, también considero, en la línea señalada por Rodríguez Horcajo, que esta suerte de «retribución» poco o nada tiene que ver con aquello que era propio de esta, esto es, su desvinculación absoluta de la consecución de resultados positivos al margen del merecimiento²³⁶. En cualquier caso, en esta obra, se hará una distinción entre la mera reafirmación de la norma en el plano simbólico y su confirmación en la psique de los ciudadanos.

²²⁹ *Íd.*, *La pena estatal*, cit., p. 138.

²³⁰ *Íd.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 9, § 9.

²³¹ *Ibid.*, p. 7, § 6: de manera similar, *íd.*, «La pena como reparación del daño», en REYES ALVARADO, A. (Ed.), *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, 2005, pp. 342, 346; *íd.*, *La pena estatal*, cit., p. 141.

²³² *Íd.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 6, 9-10, §§ 3; 10-11.

²³³ *Íd.*, «La pena como reparación del daño», cit., p. 345.

²³⁴ Como ha señalado RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?», en MIRÓ LLINARES, F. / FUENTES OSORIO, J. L. (Dir.), *El Derecho penal ante lo «empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, 2022, p. 76, aquí se incluirían autores como Pawlik o Mañalich, quienes justifican la pena a partir de la idea del restablecimiento del Derecho, o del aseguramiento de la autoridad del Estado, respectivamente.

²³⁵ Así, GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., pp. 21-22, siendo la parte referida a la retribución jurídica la que explicaría el límite de la pena ajustada al injusto y a la culpabilidad del autor.

²³⁶ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias», cit., p. 92.

Junto a la teoría de la pena de Jakobs, aparecen como predominantes en el ámbito angloamericano –compartiendo ciertos rasgos con la teoría del cate-drático de Bonn– las teorías expresivas y/o comunicativas. Las primeras ponen el énfasis en la capacidad del *ius puniendi* para expresar por y ante la comuni-dad un juicio de desaprobación y reproche moral sobre el comportamiento llevado a cabo por el autor del delito²³⁷. Por su parte, las teorías comunicativas –cuyo principal valedor es Duff– se diferenciarían de las expresivas en que conciben el castigo no como un procedimiento unilateral, sino como un proce-so bilateral victimario-Estado²³⁸. El último, a través de la pena, sería capaz de transmitir al primero de ellos –pero también a terceros integrantes de la socie-dad– un juicio de desvalor moral por sus actos, induciendo a aquel al arrepentimiento y favoreciendo su potencial reconciliación con la comunidad²³⁹.

Junto a las anteriores teorías y desde un plano que, pese a mantenerse en parte en lo comunicativo, otorga cierta relevancia a los aspectos empírico-so-ciológicos derivados del delito y de la pena, en los últimos tiempos ha ganado en importancia la llamada «prevención general de integración»²⁴⁰. Esta no se aleja en exceso de la llamada vertiente ético-social positiva²⁴¹, en tanto com-parte con esta última la visión de que, mediante la imposición de la pena, se conseguiría reafirmar o conformar una conciencia jurídica colectiva en torno a determinados valores ético-sociales contenidos en las normas, valores que conforman el orden social y contribuyen a su cohesión²⁴².

²³⁷ En épocas más o menos recientes, puede decirse que uno de los pioneros en defender esta teoría, entendida de manera no consecuencialista, ha sido FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punish-ment», cit., pp. 74 ss.; también a favor de una teoría expresiva como teoría absoluta en tanto desconectada de un ulterior fin social; PRIMORATZ, I., «Punishment as Language», cit., pp. 187-205; KLEINIG, J., «Pu-nishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, Vol. 25, 1991, pp. 405 ss. No se aleja mucho de estos postulados VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., pp. 34 ss., quien si bien puede decirse sostiene una teoría mixta del castigo en tanto otorga un rol –aunque secundario– a la disuasión, considera que el mal que representa la pena debe imponerse simplemente porque se ha causado un daño, de manera que se expresa al delincuente la censura y reproche por su comportamiento, tratando a este como un ser racional y persuadiéndole de modificar su comportamiento en el futuro.

²³⁸ DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 84

²³⁹ Íd., «Punishment, Retribution and Communication», cit., pp. 126-127; una visión muy similar comparte NOZICK, R., *Philosophical Explanations*, cit., p. 374-380, quien, si bien se califica a sí mismo como retribucionista, concibe el castigo como un medio a través del cual comunicarse con el autor a fin de reafirmar, y hacer que aquel interiorice una serie de valores que él mismo ha infringido.

²⁴⁰ PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 176.

²⁴¹ Sobre estas teorías, en las que se defiende la capacidad de la pena para reafirmar determinados valores que se encontrarían detrás de las normas, ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 369 ss., con amplias referencias; sobre la teoría de la pena de Welzel, uno de los principales valedores de esta corriente doctrinal, véase GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., pp. 14 ss.

²⁴² ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 370; para una defensa expresa de esta teoría, véase, GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., pp. 10 ss.

Sin embargo, las teorías de la prevención de integración consideran que, adicionalmente a la reafirmación de los valores que están detrás de las normas, la pena también conseguiría dar satisfacción a determinados sentimientos que el delito provoca en la sociedad²⁴³. Es en este punto en el que debe recordarse la mención que se hizo en el apartado relativo a la retribución al sentimiento de venganza –o de equidad, si así se prefiere– y a sus efectos socialmente beneficiosos incardinables en la prevención general positiva. Y es que estas teorías toman como base el hecho de que la satisfacción de aquel redundaría en efectos preventivos²⁴⁴. A través del ejercicio del *ius puniendi*, el Estado reafirmaría que la respuesta adecuada al injusto se da a través de la ley, evitando que, ante la omisión de su ejecución, la sociedad trate de satisfacer ese sentimiento de propia mano²⁴⁵.

Así, se habla de la teoría del chivo expiatorio como forma de satisfacer deseos agresivos que el delito genera en el colectivo hacia el victimario²⁴⁶, o, en una línea similar, de la capacidad de la pena para dar satisfacción al sentimiento de venganza que el delito despierta en la sociedad evitando así reacciones privadas e informales contra los victimarios que puedan acabar sumiendo a aquella en un ciclo de violencia sin fin²⁴⁷.

A este respecto, es en atención a la satisfacción de los sentimientos que el delito genera en la sociedad por la que se justifica la necesidad de imposición de una pena retributiva ajustada a la culpabilidad del autor a fin de obtener

²⁴³ Representativo, DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, cit., pp. 158-167, especialmente pp. 165-166: «la vulneración de la conciencia común que define al delito suscita en todos los que conocen de aquel un sentimiento de indignación, el castigo supone una reacción para dar satisfacción a esos sentimientos y evitar que la conciencia común quede quebrantada». No obstante, también es justo señalar que esta vertiente de integración es defendida por autores que otorgan menor relevancia a la psicología, pero que también aluden a la satisfacción de un determinado sentimiento jurídico, sobre ello, ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., pp. 409 ss., con múltiples referencias.

²⁴⁴ GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 12; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234.

²⁴⁵ FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», cit., pp. 77-78, quien empleando el término de «no aquiescencia simbólica», considera que el castigo da una satisfacción a los sentimientos asimilables a la venganza; también recalcan que mediante la imposición del castigo se evitan las prácticas de venganza privada; ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 387; HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., p. 38; MURPHY, J. G., «Getting Even», cit., p. 219.

²⁴⁶ Sobre esta visión de la pena, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención*, cit., pp. 40-43 con múltiples referencias.

²⁴⁷ Como uno de los máximos representante de esta idea, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10.^a ed., 3.^a reimpresión, Trotta, 2018, pp. 331 ss. Véase, sobre esta vertiente teórica, con especial énfasis en la teoría de la pena de Hassemer, pero con ulteriores referencias a otros autores, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 180-193, acotando que estas teorías no permitirían justificar la pena en cuestión, sino el monopolio en el uso de la fuerza y la existencia de un aparato coactivo estatal.

la integración con los valores que se encuentran detrás de la norma²⁴⁸. La conexión con la retribución es pues innegable, aun cuando se vincule el castigo a la consecución de un fin social ulterior.

La multitud de variantes dentro de la metacategoría de la prevención general positiva, incluso dentro de cada una de las diferentes vertientes señaladas, impide que pueda detenerme en todas las críticas realizadas a esta metaconcepción de la pena en escenarios de normalidad social²⁴⁹. Basta pues con concluir que, a efectos de la reconstrucción de la cooperación, la prevención general positiva se trataría, en definitiva, de prevención mediante el refuerzo de los procesos de socialización²⁵⁰, la comunicación de valor asociada al cumplimiento de la norma²⁵¹ y el mantenimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico en tanto marco indispensable para la convivencia²⁵².

²⁴⁸ GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., pp. 21 ss. En ocasiones, también se ha vinculado este sentimiento con la estabilización de la conciencia jurídica, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 157, en cualquier caso, creo que de fondo la cuestión no diverge en exceso y que todo depende de que a lo estabilizado le asignemos la naturaleza de norma o de valor que trasciende o que se esconde tras esta.

²⁴⁹ Si tuviera que destacar alguna, señalaría que a la prevención general positiva se le ha achacado que no existen suficientes evidencias empíricas sobre su funcionamiento (sobre ello, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención*, cit., pp. 248-253), que sus diferentes vertientes arrojan un concepto de proporcionalidad defectuoso (así, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 204-212, señala que: i) no siempre la pena adecuada a la culpabilidad puede ser suficiente, pues ante un mismo hecho el delincuente habría de ser más penado en una sociedad en que una norma no esté interiorizada o acatada que en una en la que sí estuviera; ii) en relación con su vertiente integradora, las necesidades de venganza pueden ser muy superiores a las del castigo retributivo, de forma que allí donde hubiera necesidades de venganza insatisfechas debería castigarse) y, en su vertiente ético-social, que vulnera la autonomía del individuo en tanto lo que pretende es la internalización de valores (ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., p. 512; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 337).

²⁵⁰ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 168; similar, ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., p. 518.

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 111, considera que esa comunicación de valor redundante en un efecto preventivo posterior; de manera similar, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 291 o FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 173, asumen que la desaprobación simbólica o expresiva fortalece los mecanismos inhibitorios frente al delito. En una dirección similar, ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., p. 392; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 354, quien al efecto preventivo derivado de la calidad de la norma, le suma el derivado de la autoridad que la emite, es decir, el basado en el reconocimiento de los ciudadanos de los efectos positivos de contar con figuras de autoridad y la valoración positiva que merecen sus actuaciones en el pasado.

²⁵² Véase, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 141, destacando que la prevención general positiva se asienta, generalmente, en la preservación y el fortalecimiento de la confianza en la existencia y la aplicación del sistema jurídico, de forma tal que la tarea del castigo es «probar la inviolabilidad del orden jurídico ante la comunidad jurídica y así fortalecer el cumplimiento de la ley por parte de la población». En definitiva, se trataría, como indica RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 63, 76, de «prevención general jurídica».

2. Las debilidades de la prevención general negativa en los contextos de justicia transicional

Acotado cómo estaría llamada a influir la pena en la confrontación del delito por el individuo, se antoja capital examinar detenidamente si, en los contextos de justicia de transición aquí analizados, la capacidad preventiva – tanto a través de su «vertiente positiva», como de su «vertiente negativa»– del castigo no estaría debilitada por la lógica de comisión imperante. Y es que, en relación con los delitos cometidos en un escenario de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, algunos autores han puesto en entredicho la capacidad disuasiva del *ius puniendi*, hasta el punto de plantear si «no se trataría de una mera ilusión»²⁵³.

Nótese que, como ya ha sido señalado, la relación entre la idea de prevención y las disposiciones que, de *lege lata*, estarían llamadas a limitar la discrecionalidad punitiva del Estado es especialmente intensa. Tanto la doctrina iusinternacionalista²⁵⁴, como los tribunales encargados de la protección de los derechos humanos –principalmente a través de la extracción del deber castigo de la obligación estatal de protección (*ensure and protect*) de los derechos fundamentales–, han otorgado a la pena un evidente rol preventivo.

En consecuencia, debe analizarse cómo influiría el contexto en el que se perpetran los delitos en que la pena pueda llegar a desplegar sus efectos de una manera eficaz. Esto es importante, pues como ya ha sido anteriormente señalado, uno de los argumentos empleados en el seno de la doctrina de la lucha contra la impunidad reside en que solo el castigo garantizaría un grado de prevención suficiente.

2.1 EL (FALSO) ARGUMENTO DE LA IRRACIONALIDAD DE LOS VICTIMARIOS

Tomando como punto de partida la dimensión económico-racional del ser humano, algunos autores han cuestionado que los perpetradores de delitos como el genocidio o las diferentes vertientes de los crímenes de lesa humanidad realmente ostenten una verdadera capacidad de llevar a cabo

²⁵³ STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 440.

²⁵⁴ Así, destacan que la prevención habría de ser la finalidad principal del castigo en estos escenarios, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 18; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2542; ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 11; ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 509.

una ponderación entre los beneficios y los costes asociados a su comisión²⁵⁵. Así, se ha tratado de afirmar el carácter profundamente irracional de las emociones y sentimientos que guiarían la actuación de estos sujetos, señalando que la causa que motivaría tales acciones habría de emplazarse bien en la particular anormalidad psicológica del sujeto²⁵⁶, bien en un odio exacerbado del individuo marcado por las narrativas construidas en el marco de la cultura ideológica dominante²⁵⁷.

Desde luego es muy tentador, y me atrevería a decir que casi instintivo, tratar de concebir así a esta clase de victimarios. Ante el conocimiento de acciones generadoras de un daño y de un sufrimiento de dimensiones que escapan a la propia imaginación, psicológicamente emana la necesidad de tomar distancia y evitar cualquier posible identificación con esta clase de individuos²⁵⁸. No obstante, aunque no se puede descartar que esta concepción aplique a algunos victimarios, no puede generalizarse. Si bien no existe una única categoría homogénea en la que pueda integrarse a todos los

²⁵⁵ Entre otros, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 50; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 440; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 288; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., pp. 271-272, si bien parece limitarlo a los líderes de los aparatos organizados de poder, ejemplificándolo a través de la persona de Joseph Kony, dirigente del grupo denominado Ejército de Resistencia del Señor (LRA en sus siglas en inglés) y respecto del que la amenaza de enjuiciamiento por parte de la CPI ha resultado completamente inocua para detener sus actividades en Uganda; referido a los líderes de las estructuras u organizativas, especula con la posible irracionalidad de los victimarios, MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., pp. 216-217, plantea esta posibilidad respecto de algunos sujetos, sin especificar quiénes, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 218. En relación con el terrorismo, véase solo las múltiples referencias contenidas en REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y anti-terrorismo*, Paidós, 1998, p. 91, referido a las corrientes teóricas que ven en los terroristas a personas que padecen algún tipo de disturbio mental.

²⁵⁶ Desde el punto de vista del psicoanálisis, defienden esta idea ARCHER, R. / CASTINO, R. / ZILLMER, E., «Rorschach Records of Nazi War Criminals: A Reanalysis Using Current Scoring and Interpretation Practices», *Journal of Personality Assessment*, Vol. 53, núm. 1, 1989, pp. 85-99.

²⁵⁷ Sobre esta idea, GOLDHAGEN, D., *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, 4.ª reimpresión, Alfred A. Knopf, 1996, *passim*; convincentemente en contra, aludiendo al hecho de que las atrocidades han sucedido en diversas culturas, lo que denotaría que todo ser humano sería capaz de tomar parte activa en ellas, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 28; en mayor profundidad, BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 41-79; WALLER, J., *Becoming Evil. How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, 2002, pp. 45-49.

²⁵⁸ Así, WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 63, afirma que ninguna persona quiere creer que el potencial para actuar como un nazi yace dentro de cada uno de nosotros o de nuestros allegados; en el mismo sentido, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 30, considera que proporciona un mayor alivio psicológico el creer que quienes cometen estos crímenes son sádicos y perversos. De manera similar, PRITTWITZ, C., «Einleitung», cit., pp. 19-20, afirma que para la mayoría de la gente es psicológicamente necesario no encontrar el mal como algo banal. En el caso del terrorismo, constata lo anterior, WALDMANN, P., *Terrorismus: Provokation der Macht*, Gerling Akademie, 1998, p. 152, destacando como, por el hecho de estar ante actos incomprensibles para la mayoría de la gente, los terroristas son catalogados o bien como enfermos mentales, o bien se les atribuye un fanatismo particular que rozaría lo patológico.

perpetradores, la mayoría de ellos no mostrarían peculiaridad alguna respecto del ciudadano medio ²⁵⁹.

Lamentablemente, la historia reciente de la humanidad proporciona ejemplos de ello. Una vez finalizada la II Guerra Mundial, EE. UU. encomendó al psiquiatra Douglas Kelley la elaboración de una serie de test psicológicos respecto de los presos de Núremberg, entre los que se encontraba el llamado «Test de Rorschach» ²⁶⁰. Los resultados fueron posteriormente publicados y la conclusión alcanzada por Kelley fue la siguiente: «debemos concluir no solo que tales personalidades no son únicas o dementes, sino que también podrían duplicarse en cualquier país del mundo hoy en día. También debemos darnos cuenta de que tales personalidades existen en este país y que, sin duda, hay algunas personas que voluntariamente treparían por encima de los cadáveres de la mitad de las personas de los EE. UU. si, al hacerlo, se les pudiera dar el control de la otra mitad» ²⁶¹.

La propia Hannah Arendt pudo constatar presencialmente en Jerusalén, a través del juicio a Adolf Eichmann, lo que ella denominó como «la banalidad del mal» ²⁶². Eichmann nunca fue un sujeto ajeno al cálculo racional o movido por instintos que pudieran ser calificados de «malvados», sino únicamente una persona fuertemente comprometida con la tarea a él encomendada, la cual concebía como un mero ejercicio de burocracia y como una oportunidad de ascenso personal y profesional. En palabras de la propia Arendt: «lo más grave en el caso de Eichmann es que hubo más hombres como él, y que estos hombres no fueron

²⁵⁹ WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 87, afirmando que la característica más común en los perpetradores de este tipo de crímenes es su normalidad; véase también, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 25, quien distingue entre tres tipos de perpetradores: los situados en lo más alto de la estructura delictiva, aquellos mandos intermedios que al mismo tiempo reciben y dan órdenes y, por último, los situados en la base de la estructura y que perpetran de propia mano los delitos. Desde su punto de vista, solo los primeros reflejarían un sentimiento de odio y discriminación. No se alejan mucho estas conclusiones de las alcanzadas por AKHAVAN, P., «Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?», *The American Journal of International Law*, Vol. 95, núm. 1, 2001, cit., p. 7, quien afirma que los conflictos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda pueden explicarse como producto de la manipulación a gran escala de gente perfectamente normal por personas que, ubicadas en una posición de poder, actuaban movidas por un odio étnico o racial. En relación con el terrorismo, alcanza conclusiones similares sobre la normalidad de los victimarios y la imposibilidad de generalizar que en todos concurre una determinada *psique*, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 153-155.

²⁶⁰ Como explica WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 59-60, este test consiste en la utilización de 10 cartulinas, las cuales contienen una serie de figuras simétricas, en blanco y negro o en color, con el objetivo de que el sujeto de estudio exprese qué le evocan dichas figuras. Posteriormente, sobre dichas respuestas, se elabora un perfil psicológico del sujeto de estudio.

²⁶¹ KELLEY, D., «Preliminary Studies of the Rorschach Records of the Nazi War Criminals», *Rorschach Research Exchange*, Vol. 10, núm. 2, 1946, p. 47; respalda tales conclusiones, WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 55-72; alcanzan resultados opuestos, ARCHER, R. / CASTINO, R. / ZILLMER, E., «Rorschach Records of Nazi War Criminals», cit., pp. 85-99.

²⁶² ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, cit., p. 368, en la que, haciendo referencia a las últimas palabras de Eichmann antes de ser ahorcado, relata que «fue como si en aquellos últimos minutos resumiera la lección que su larga carrera de maldad nos ha enseñado, la lección de la terrible banalidad del mal, ante la que las palabras y el pensamiento se muestran impotentes».

pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales»²⁶³.

Asimismo, también desde la sociología se ha alegado que sentimientos como la ira y/o la furia resultarían contraproducentes en la comisión masiva de delitos, puesto que, por lo general, su duración es efímera y suelen desaparecer antes de alcanzar el objetivo final²⁶⁴.

En cualquier caso, una cosa es concluir que los genocidas o aquellos sujetos implicados en la comisión de crímenes de guerra o de lesa humanidad son sujetos dotados de racionalidad y otra muy distinta derivar de ello la no existencia de limitaciones respecto de los fines de la prevención. Nada más lejos de la realidad y de lo que aquí pretendo defender. Que los efectos asociados a estas teorías encontrarían sus límites funcionales en contextos de violación generalizada y sistemática de los derechos humanos se trata de una premisa que no parte la irracionalidad de los victimarios. Su punto de partida es precisamente el contrario: la actuación de estos individuos es racional dentro de una atmosfera de profunda anormalidad social. Lo extraordinario en este tipo de delitos no son los perpetradores o su personalidad, sino la realidad social y el contexto de acción colectiva al que obedece su comisión²⁶⁵.

2.2 LA INFLUENCIA DEL CONTEXTO EN LA CONFRONTACIÓN RACIONAL DEL DELITO

En el análisis referido a cuál debe ser el rol del Derecho penal en los escenarios de justicia transicional, deben ser tenidos en cuenta los posibles y potenciales efectos que tanto la intensa anomalía social e institucional, como la situación de pertenencia formal a un ente colectivo, despliegan sobre el proceso por el que el individuo confronta la transgresión de la norma penal²⁶⁶.

²⁶³ *Ibid.*, p. 402.

²⁶⁴ BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit. pp. 26-27, 118, indicando que si las *Schutzstaffel* (SS) no hubieran contado con una estricta rutina organizativa y una rígida disciplina, la dependencia de los sentimientos anteriormente mencionados hubiera provocado «una disfunción en la capacidad de acción de la organización».

²⁶⁵ JÄGER, H., *Makrokriminalität*, cit., pp. 11, 13; en la misma dirección, WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 202; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 30, 35, destacando que gente corriente puede convertirse en genocidas, pero solo bajo las circunstancias adecuadas; igualmente, KLABBERS, J., «Just Revenge?», cit., p. 253.

²⁶⁶ Así, como indica PRITTWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., p. 260, los elementos jurídico-penales de la justicia de transición pueden contribuir a la superación del pasado solo si la búsqueda legítima de la responsabilidad individual tiene en cuenta suficientemente aspectos de responsabilidad colectiva. Sin embargo, como señalan FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Re-

No quiero con ello decir que en estos contextos haya de operar exclusivamente una responsabilidad colectiva que oculte y excluya la responsabilidad individual de los distintos victimarios. En cambio, si como estoy convencido, la propia dinámica del colectivo así como los déficits estructurales e institucionales son factores decisivos en la perpetración de delitos de manera generalizada y sistemática, entonces debería abandonarse la concepción tradicional por la que responsabilidad individual y colectiva son considerados conceptos dicotómicos²⁶⁷. Así, una cosa es oponerse, incluso en escenarios de masividad delictiva, a la derogación de principios esenciales del *ius puniendi* y otra muy distinta derivar de ese loable garantismo la imposibilidad de tomar en consideración, a efectos de elaborar un modelo transicional, los rasgos que definen a este tipo de criminalidad. Y es que, en un contexto así caracterizado, las actuaciones de muchos de los victimarios pueden ser mejor explicadas si son entendidas no como el producto de una patología individual, sino como una estrategia racional resultado de la acción y la conformidad colectiva²⁶⁸.

Así, lo primero que debe señalarse es que, en lo que al contexto sociopolítico se refiere, este afectaría a la dimensión económico-racional asocia-

pair», cit., p. 584, esta dimensión ha sido tradicionalmente ignorada tanto por la academia como por la jurisprudencia.

²⁶⁷ Así, PRITZWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., pp. 260 ss., especialmente p. 264, donde indica que la adhesión sin reservas a la responsabilidad penal individual parece un poco contradictoria cuando se recuerda que el individuo sólo ha actuado en circunstancias especiales, en las que el fondo colectivo es la *conditio sine qua non* de la comisión de un delito individual; en la misma dirección, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 11, 32, defiende que el paradigma de la responsabilidad individual es excesivamente reduccionista respecto de la complejidad que muestran estos contextos, y ello en tanto la punición requiere de la imputación del hecho al autor como propio con independencia de su contexto, lo que en estos escenarios es difícil de aseverar pues parece más una ficción que oculta la dimensión estructural de la responsabilidad por esos hechos; de forma similar, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 46, considera que la premisa central de la responsabilidad individual es la de la capacidad de decisión autónoma del sujeto, lo que, en estos contextos, cuanto menos es cuestionable. Esta misma idea parece latir de fondo en, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 44-46; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 10, 37. Véase también, DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», cit., p. 954, señalando que la importancia del colectivo en los delitos internacionales oscurece la cuestión de la responsabilidad individual; también parecen hacer referencia a ello, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239, si bien consideran que, pese a todo, las circunstancias «no permiten diluir la responsabilidad penal individual en una responsabilidad colectiva más difuminada»; íd., «The Rationale», cit., p. 146.

²⁶⁸ PRITZWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., p. 265; de manera similar, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 10; BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 270; HERZOG, F., «How to Find», cit., p. 270; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 8; CRONIN-FURMAN, K., «Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity», *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, núm. 3, 2013, p. 440; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 217, señalando que el comportamiento de estos respondería a la actividad de instituciones pervertidas en auténticas organizaciones criminales o a un contexto extraordinario generado por un conflicto intercomunitario; en idéntico sentido, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; íd., «The Rationale», cit., p. 147.

da a la vertiente disuasiva o intimidatoria de la pena, actuando sobre el coste que, puede suponerse razonablemente, ejerce una influencia psicológica sobre el individuo: la idea de enfrentarse a la imposición de un mal. Ya se ha señalado que, desde esta perspectiva, los costes de comisión del delito vienen representados tanto por la severidad de la pena, como por el nivel de certeza y la celeridad en su futura imposición. Sin embargo, no todas estas variables incidirían con la misma intensidad en el individuo. Aunque esta idea ya ha estado presente en la doctrina desde la época de la ilustración²⁶⁹, los últimos estudios empíricos habrían concluido que sería la certeza en la imposición de la pena y no su duración o severidad lo que generaría un mayor efecto disuasivo en los individuos²⁷⁰.

A este respecto, en las situaciones prototípicas en las que se presenta el *dilema transicional*, el individuo percibiría como mínimo el riesgo de ser, al menos inmediatamente, detenido y sometido a un enjuiciamiento por sus actos²⁷¹. En primer lugar, debido a la disfunción sistémica existente. Las amenazas de castigo sólo tienen un efecto intimidatorio en la medida en que existan mecanismos de control que puedan respaldarlas, y estos son prácticamente inexistentes en un contexto en el que o bien los actos son cometidos en el seno de aquel que está llamado a castigarlos, o bien no existe un sujeto que detente el necesario monopolio material de la violencia²⁷² para desempeñar la función

²⁶⁹ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., pp. 131-132: «uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad [...]. La certeza de un castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de impunidad»; de manera similar, BENTHAM, J., *An Introduction*, cit., pp. 166-169.

²⁷⁰ Afirman lo anterior, atendiendo a los resultados arrojados por los estudios desde un plano empírico, NAGIN, D., «Criminal Deterrence», cit., p. 21; VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 5; TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., *passim*, concluyendo que no está demostrado que un aumento en la severidad o en la duración del castigo aporte una ganancia marginal en términos de disuasión, al tiempo que critica la metodología empleada por los estudios realizados por economistas que así lo aseguraban. Destacan la relación entre certeza y disuasión, al tiempo que ponen en duda que el nivel de severidad influya en el cumplimiento, en el marco de su análisis empírico sobre los delitos contra la seguridad vial, MIRÓ LLINARES, F. / BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales?», cit., pp. 43-44.

²⁷¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo II. Filosofía y ley penal*, 4.ª ed., Losada, 1964, p. 1281, para ser procesado se requiere ser vencido y nadie da inicio a las hostilidades pensando que será derrotado; de manera casi idéntica, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 49, indicando que el castigo personal, al sufrirse únicamente en el caso de que la guerra se pierda, probablemente no es lo suficientemente disuasivo, en tanto las guerras suelen comenzarse bajo el convencimiento de que se ganarán; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 67-68; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 583, señalando que durante el curso de una guerra no hay prácticamente ninguna posibilidad de aprehender a los victimarios; similar a los anteriores, WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 217; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 174. SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 10.

²⁷² Y sin embargo, como indica WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 155-156, se trata de una condición olvidada por la gran mayoría de personas que investigan fenómenos de violencia colectiva, quienes

de perseguir, investigar y sancionar los delitos cometidos, lo que hace de la intimidación un efecto poco plausible²⁷³.

En segundo lugar, porque, aun cuando se haya logrado superar dicho escenario de anormalidad –o incluso contando con la potencial admisibilidad del caso ante la CPI u otro tribunal internacional–, la necesaria selección de los victimarios a los que enjuiciar generaría que muchos de ellos –a saber, quienes no sean considerados los principales responsables– no adviertan una verdadera probabilidad de ser finalmente castigados²⁷⁴.

Tampoco debe olvidarse que para ser condenado debe determinarse la culpabilidad más allá de toda duda razonable, algo que en los supuestos a los que aquí hago referencia puede devenir una tarea hercúlea, en tanto la gran mayoría de los actos delictivos ocurren en un contexto en el que extramuros de la organización impera un secretismo que dificulta enormemente su demostración y prueba objetiva²⁷⁵.

Asimismo, la propia dinámica de funcionamiento de los aparatos organizados de poder contribuiría a reducir los costes económico-racionales propios de la vertiente disuasiva o intimidatoria de la pena. Y ello debido a que, como se ha teorizado desde el campo de la psicología social, dentro de un ambiente grupal, la mentalidad del individuo quedaría hasta tal punto condicionada por el colectivo que su comportamiento se vería radicalmente transformado, llegando a actuar de manera muy diferente a como lo haría en soledad²⁷⁶.

no caen en la cuenta de que el prototipo de Estado europeo no es de ningún modo representativo de lo que sucede en otras regiones del mundo.

²⁷³ JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 136, indicando que la disuasión requeriría un cambio completo de las condiciones políticas. También hace mención expresa a esta disfunción sistémica, SELLS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 10; en una dirección parecida, AMBOS, K., *La parte general*, cit., p. 46, esbozando que la ausencia de una auténtica presencia estatal en estos casos provocaría una disminución de la influencia sobre el comportamiento de los autores.

²⁷⁴ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 50; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 67, señalando que, en estos contextos, solo unos pocos victimarios tienen algo que temer respecto de la posibilidad de enjuiciamiento, de manera que las sanciones impuestas a unos pocos integrantes de la cadena de mando en algún tribunal lejano, difícilmente puede disuadir a los «soldados rasos». También destacan como la necesaria selección puede conllevar una reducción del efecto disuasivo de la pena, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 169-170; CROBIN-FURMAN, K., «Managing Expectations», cit., p. 454; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 218; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «The Rationale», cit., p. 146; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 94.

²⁷⁵ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 61.

²⁷⁶ LE BON, G., *The Crowd. A Study of the Popular Mind*, Dover Publications, 2002, p. 4. En la misma dirección, BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., p. 28, indicando que dentro de la organización el individuo y sus opiniones se disuelven; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 48, 228, señalando que debe aceptarse que las dinámicas de grupo pueden, en alguna extensión, alterar los pensamientos, sentimientos y comportamientos del individuo dentro del grupo; asumen esta premisa en referencia a la autonomía individual, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 59; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., pp. 606 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 94

Adviértase que se trata de un rasgo que no es exclusivo de los escenarios transicionales, sino propio de todo tipo de delincuencia organizada. Sin embargo, contextos como los aquí examinados presumen –como ha sido reiteradamente señalado en este trabajo– que el desarrollo de los comportamientos delictivos se produce desde un sistema de injusto, aparato de poder u otra estructura de acción colectiva. La comisión de delitos de manera generalizada y sistemática requiere necesariamente de la existencia de una estructura organizativa. Por ello, considero valioso el análisis de la influencia del colectivo sobre el individuo, pues ayuda a entender mejor el propio contexto transicional.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que, en escenarios como los aquí examinados, los costes de entrada en la dinámica colectiva se ven reducidos al tiempo que se incrementan los beneficios asociados a la incorporación. No me refiero aquí a los supuestos de inminencia de un mal que permitirían acudir al denominado «estado de necesidad coaccionante»²⁷⁷ regulado en el art. 31.1.d) ER²⁷⁸. Las situaciones a las que hago mención son aquellas en las que la existencia de una atmósfera de violencia estructural suscitaría en los individuos una continua sensación de peligro y desprotección sobre su persona y bienes. Lo frecuente en estos casos no es pensar en si acontecerá o no un mal, sino en cuándo acaecerá. En este tipo de escenarios, podría especularse acerca de si, respecto de algunos de los victimarios, la eventual necesidad de salvaguardar la propia vida o integridad no influiría en ellos más que la intimidación que pueda generar una futura e incierta pena, alentándolos a enrolarse en la

ss., especialmente 102-104, señalando que las personas se dejan orientar por las reglas y valores imperantes en su entorno social más cercano. La postura más radical, por lo menos en cuanto a su formulación es la de FREUD, S., *Group Psychology and the Analysis of the Ego* (translated by James Strachey), 5.ª impresión, The Hogarth Press Ltd., 1949, pp. 17, 33, quien afirma que, una vez el individuo se encuentra dentro del grupo, sus inhibiciones desaparecen, emanando sus más crueles, destructivos y brutales instintos que permanecían dormidos.

²⁷⁷ Hago uso de la terminología empleada por OLLÉ SESÉ, M., «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson, 2019, pp. 294-298.

²⁷⁸ El art. 31.1.d) ER se pronuncia como sigue: «Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: [...] d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control». Dado que lamentablemente no puedo detenerme en ello, para un análisis detenido de los requisitos de esta causa de justificación, su evolución histórica y su aplicación por los distintos tribunales internacionales, véase, entre otros, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume I*, cit., pp. 342-366; OLLÉ SESÉ, M., «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», cit., pp. 294-298.

organización en un primer momento y, posteriormente, a tomar parte activa de las actuaciones²⁷⁹.

Más aún si se tiene en cuenta que algunos de los perpetradores pueden provenir de un ambiente de profunda desigualdad social, lo que determinaría sentimientos como la desesperanza que, subsiguientemente, empujarían al sujeto a la decisión de unirse a la estructura organizativa y a perpetrar determinados actos de violencia²⁸⁰.

Si se acepta la premisa de Hobbes o Rousseau según la cual la primera ley que derivaría de la naturaleza del hombre sería la de velar por su propia conservación²⁸¹, resultaría en cierto modo ilusorio presuponer que, en un contexto como el más arriba descrito, la decisión de, en un primer momento, integrarse en una organización delictiva y, en un estadio temporal posterior, cometer una serie de delitos, resultaría irracional²⁸².

²⁷⁹ Así, MÜNKLER, H., *The New Wars*, Polity Press, 2002, pp. 77-78, indica que para muchos adolescentes, unirse a un señor de la guerra o a una milicia es la única manera de asegurarse las condiciones mínimas de subsistencia en comparación con el caos de la vida civil fuera de la organización. Véase también, POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 820, quienes implícitamente parecen advertir aquí lo que sería, a su juicio, la principal diferencia entre los escenarios transicionales y aquellos de normalidad social, a saber, que el hecho de que el «régimen» domine el aparato legislativo y el judicial provoca que no haya, a diferencia de lo que sucede en una sociedad pacificada, alternativas legales –como, por ejemplo, llamar a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado– a la comisión del delito.

²⁸⁰ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 78; WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 11-12, ejemplificando lo anterior con las condiciones en las que viven muchos de los llamados «niños soldados». Como señala SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», cit., p. 463, ese sentimiento de desesperanza y las posibilidades de prosperar dentro de la organización fueron criterios decisivos para que muchos ciudadanos se unieran a la estructura del Partido Comunista de la Unión Soviética. Asimismo, no es casualidad que en Colombia las principales guerrillas de la década de 1970, a excepción del Movimiento 19 de abril (M-19), se implantaran en zonas rurales, ya que es precisamente en ellas donde encontraron las condiciones objetivas idóneas para su rearme y labor de reclutamiento: un campesinado relegado a una situación de pobreza estructural y de ciudadanía incierta. Las guerrillas, con su mensaje de lucha social a favor del mundo rural, se convirtieron en una de las mejores alternativas para ellos. Véase, en este sentido, el maravilloso estudio empírico efectuado por FLÓREZ PINILLA, K. / VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Análisis cualitativo de factores determinantes del desistimiento del delito en mujeres El caso de las guerrilleras colombianas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2020, pp. 349 ss., especialmente, p. 351, donde evidencian como el 90% de las mujeres guerrilleras de la muestra procedían de un origen rural sin acceso al sistema educativo y en condiciones de pobreza extrema. Para un análisis de cómo la situación de pobreza puede afectar a la imposición del castigo del autor y su acomodo dentro de la teoría del delito, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., pp. 81 ss.

²⁸¹ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, cit., p. 17; HOBBS, T., *De Cive*, cit., p. 60; desde la sociología o la psicología social, MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., p. 124; BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 175-195, 268, para quien la comisión masiva de delitos se ve favorecida por el instinto de conservación de cada individuo, reconfortado por el pensamiento de que, «gracias a Dios, todavía no me toca a mí».

²⁸² Menos aún si, como señala RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 234-235, el concepto de racionalidad se entiende como «aptitud para la supervivencia» y no como

La incorporación a un grupo proporciona enormes ventajas al individuo, consustanciales a aquellas que justifican el contrato social. Dentro de un grupo, y por cuestiones no solo numéricas, sino también relacionadas con el aumento de la eficiencia propio de las estructuras jerarquizadas, la persona puede desarrollar una sensación de «invulnerabilidad», sintiéndose más protegido frente a los potenciales riesgos y amenazas que habría de enfrentar de permanecer fuera de este²⁸³.

Asimismo, es bastante frecuente que dentro de dichas estructuras existan sistemas de «recompensa-castigo» que favorezcan y refuercen la interiorización de los axiomas de comportamiento que rigen el funcionamiento de la organización²⁸⁴, y que, de una forma intensamente vinculada a razones de economía material, influirían sobre el cálculo coste-beneficio del individuo. Así, en muchas ocasiones, el impacto disuasivo de un hipotético castigo quedará neutralizado por los beneficios personales y profesionales más inmediatos que, dentro de la estructura organizativa y de su entorno social más cercano, derivarían para los victimarios de la comisión del delito²⁸⁵.

Por otro lado, cualquier individuo cuya conducta presente una determinada desviación respecto de los patrones sociales que rigen el grupo –lo que en estos casos sería desarrollar un comportamiento apegado a la norma penal– no solo se expone a ser perseguido, expulsado o sancionado por ello²⁸⁶, sino que, en muchas ocasiones, el castigo a imponer por la propia organización en caso de desobediencia a las órdenes, o de negativa del sujeto a la incorporación al colectivo, puede llegar a ser de mayor severidad que las penas más graves previstas en los códigos de muchos países²⁸⁷.

racionalidad estrictamente economicista. También destaca el instinto de supervivencia como uno de los elementos explicativos de este tipo de criminalidad, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 218.

²⁸³ LE BON, G., *The Crowd. A Study of the Popular Mind*, cit., pp. 6, 12-13; MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 123-124.

²⁸⁴ MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 117-118; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 191-192. Como ejemplo tipo, véase el Estatuto de las FARC-EP en el que se regulaban los derechos y deberes de los miembros de la exguerrilla así como el régimen disciplinario en caso de trasgresión o incumplimiento de estos. Disponible en: <<https://www.farc-ep.co/pdf/Estatutos.pdf>>.

²⁸⁵ Haciendo referencia específica a los contextos marciales y paramilitares, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., pp. 9-10; en relación con las conductas cometidas en el seno del partido comunista y la Unión Soviética, SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», cit., p. 463; de manera genérica, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 69; KLABBERS, J., «Just Revenge?», cit., p. 265; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 31, 171; NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 233.

²⁸⁶ FREUD, S., *Group Psychology and the Analysis of the Ego*, cit., p. 42; MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., p. 138; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 218; referido al terrorismo, REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 122; WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 121.

²⁸⁷ En relación con esta última apreciación, resultan especialmente ilustrativas las palabras de Dražen Erdemović en su admisión de responsabilidad frente al TPIY por la comisión de crímenes de guerra. ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, Judgment, Appeals Chamber, IT-96-22-A, 7 October 1997, § 4: «tuve

En cualquier caso, los efectos emanados de la interacción colectivo-individuo no solo inciden en la vertiente económico-racional del individuo, sino que también repercutirían en el plano moral –desplazando paulatinamente sus patrones de moralidad hacia los de la organización– y sobre la sensación psicológica de responsabilidad del sujeto, reduciendo o difuminando aquella.

A este respecto, presentan una especial trascendencia las dos principales conclusiones alcanzadas por Stanley Milgram en su conocido experimento desarrollado en la Universidad de Yale entre 1960 y 1963²⁸⁸: en primer lugar, que personas «perfectamente normales», que rechazan comportamientos como la tor-

que hacerlo. Si me hubiera negado, hubiera muerto junto al resto de las víctimas. Cuando traté de negarme me dijeron: “si lo sientes por ellos, levántate, ponte en la fila y te mataremos a ti también”». Del mismo modo, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 43-44, señala cómo los guardias del muro de Berlín enfrentaban penas de prisión y represalias no solo en ellos, también en la propia familia, en caso de negarse a disparar a aquellos civiles que trataban de cruzar de Alemania Oriental a Alemania Occidental. En una dirección similar, SHAW, R., «Linking Justice with Reintegration? Ex-Combatants and the Sierra Leone Experiment», en SHAW, R. / WALDORF, L. (Eds.), *Localizing Transitional Justice*, Stanford University Press, 2010, p. 124, relata, por medio de las palabras de un excombatiente del *Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC), la disyuntiva a la que muchos victimarios se vieron sometidos; así, al ser preguntado sobre cómo se unió al AFRC, la respuesta fue que simplemente llegaron y les preguntaron: «¿u os unís a nosotros u os amputamos la mano, ¿cuál preferís?». En relación con el terrorismo, REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., pp. 124-125, donde, además de otros supuestos, destaca el asesinato en 1986 de María Dolores González Catarain –alias *Yoyes*– por parte de ETA una vez esta decidió abandonar la organización y acogerse a las medidas de reinserción social establecidas por el Gobierno español.

²⁸⁸ Durante 3 años, Milgram llevó a cabo una serie de experimentos dirigidos a comprobar cómo puede influir una figura autoritaria en el comportamiento de las personas. Para ello reclutó a una serie de personas bajo la (falsa) premisa de estar buscando voluntarios para un estudio sobre la influencia del castigo en la memoria y el aprendizaje. Dichos voluntarios procedían de diferentes estratos sociales y sus edades variaban dentro del rango de los 20 a los 50 años. La estructura básica del experimento –pues existen variantes realizadas por el propio Milgram, algunas de las cuales mencionaré– era la siguiente: dos voluntarios acudían a las instalaciones de la Universidad de Yale, donde mediante sorteo a uno de ellos le era asignado el rol de «profesor» mientras al otro le era asignado el rol de «aprendiz». Posteriormente, al «aprendiz» se le sentaba en una silla y se le colocaba un electrodo en la muñeca. El rol del «profesor» era muy sencillo: debía recitar una serie de pares de palabras que el «aprendiz» debía memorizar. El profesor, sentado junto a un generador con voltajes que iban desde los 15 a los 450 voltios en rangos de 15, habría de aplicar al «aprendiz» una descarga en caso de que fallara recitando dichas palabras. La intensidad aumentaba con cada fallo en 15 voltios. Al mismo tiempo, se le decía al «profesor» que, aunque las descargas podían resultar extremadamente dolorosas, no generaban daños permanentes. Sin embargo, únicamente el «profesor» –que constituía el sujeto de estudio en sí– era un verdadero voluntario, ya que el «aprendiz» era un actor contratado para fingir espasmos consecuencia de unas descargas que, más allá de la primera dada al «profesor» para dotar de mayor credibilidad al experimento, realmente no se producían. Lo importante era comprobar hasta qué punto el «profesor» continuaba las descargas en un contexto en el que podía percibir el incremento del sufrimiento de la víctima. Así, a los 75 voltios la víctima comenzaba a emitir gemidos. A los 120 se quejaba verbalmente. A los 150 comenzaba a pedir que fuera liberada del experimento. A los 285 únicamente gritaba agónicamente. Mientras el sufrimiento del «aprendiz» presionaba al «profesor» a abandonar el experimento, la autoridad legítima, le pedía que continuara. En caso de que el sujeto mostrara sus dudas se le daban los siguientes comandos: i) por favor continúe; ii) el experimento requiere que usted continúe; iii) es absolutamente esencial que usted continúe y; iv) no tiene alternativa, usted debe continuar. Solo si el sujeto desobedecía cada uno de esos comandos se acudía al siguiente. Si tras el último comando continuaba con su negativa, el experimento terminaba. En este sentido, las conclu-

tura y que serían incapaces de llevarlos a cabo actuando por su propia cuenta, podían desarrollarlos y ejecutarlos si les era ordenado «en nombre de la ciencia» por una figura dotada de cierta autoridad²⁸⁹; en segundo lugar, la existencia de una relación inversa entre la disposición de los sujetos de estudio a causar daño a un individuo cualquiera y la proximidad respecto de este último, en el sentido de que cualquier evento ubicado entre la acción del sujeto y las consecuencias dañinas generadas a la víctima produciría una reducción del esfuerzo en el participante y un aumento en el nivel de obediencia²⁹⁰.

No escapa a mi comprensión que las diferencias entre el contexto en el que Milgram llevó a cabo su experimento y las de los escenarios aquí analizados son enormes: la existencia de un entorno controlado y estable, el número de participantes implicados o el periodo de tiempo de comisión de los hechos son factores que difieren notablemente en perspectiva comparada. Sin embargo, creo que el núcleo de sus conclusiones es perfectamente extrapolable a un contexto en el que las violaciones masivas de derechos humanos son cometidas en el seno de un aparato organizado de poder.

La propia estructura jerárquica del colectivo es capaz de generar un sentimiento de difuminación y alejamiento de la responsabilidad en lo que a los individuos que la integran se refiere²⁹¹. La mecánica de funcionamiento de la organización —principalmente caracterizada por una división funcional de las tareas en la que, en ocasiones, no hay un claro parecido o relación entre un cometido y otro— provoca un aumento de la distancia física y psíquica entre la mayor parte de quienes contribuyen al resultado final de la actividad colectiva y el propio resultado, de manera que las personas involucradas son incapaces de apreciar la totalidad de la situación²⁹². En el supuesto que aquí interesa —esto es, la comisión de delitos dentro de un aparato organizado de poder— se produciría en dos niveles diferenciados: en lo alto de la cadena de mando y en los estratos intermedios en los que los individuos no ejecutan el delito de propia mano.

siones por él obtenidas, a algunas de las cuales haré referencia más adelante, pueden consultarse en MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., *passim*.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. xi.

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 34-35, 121. Para comprobar dicha premisa, Milgram desarrolló una serie de variantes en el experimento. En la variante número 1, el sujeto que administraba las descargas no veía ni oía a la víctima, solo escuchaba golpes; en la variante número 2, el sujeto continuaba sin ver a la víctima, pero sí podía escuchar sus quejas; en la variante número 3, el sujeto de estudio puede ver y oír a la víctima; por último, en la variante número 4, se requiere que el sujeto de estudio ponga la mano de la víctima en el aparato que le da la descarga cuando, a los 150 voltios, esta última pedía que por favor la dejaran libre. El porcentaje de sujetos que continuó hasta el final del experimento fue del 65% en la variante número 1, del 62,5% en la variante número 2, del 40% en la variante número 3 y del 30% en la variante número 4.

²⁹¹ BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 32-33.

²⁹² Así, MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 10-11; BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 129-130; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 213.

En lo que a los sujetos pertenecientes a dichas categorías se refiere, entre su acción y el resultado final se interponen varias personas que impiden percibir el efecto final de aquella, respecto del cual únicamente tienen «una idea abstracta y distante representada en forma de estadísticas»²⁹³. Aunque muchos individuos podrían imaginar a qué fin va dirigida su acción, la falta de contacto directo entre aquel al que se le produce un daño y aquel que lo causa proporcionaría al último el alivio de no tener que percibir el sufrimiento del primero, reduciendo así su grado de identificación con las consecuencias que su acto ha causado y el coste psicológico asociado a su perpetración²⁹⁴.

Es cierto que este distanciamiento respecto del resultado final no está presente en aquellos individuos que, dentro de la organización, perpetran de propia mano el delito. Empero, tanto ellos, como aquellos otros sujetos situados en un eslabón intermedio del colectivo²⁹⁵, pueden desarrollar un sentimiento de desaparición –generalmente parcial– de la responsabilidad consecuencia de su posición de subordinación dentro de la estructura jerárquica²⁹⁶. La propia normativa de la CPI vendría a reconocer en cierto modo lo anterior mediante la regulación en el art. 33 ER de la obediencia debida como posible eximente de la responsabilidad penal²⁹⁷.

²⁹³ BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 32-33, 129-130, señalando, correctamente a mi juicio, que esta visión de las víctimas como una cifra matemática es una forma de deshumanizar a las mismas.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 202, indicando que «es difícil hacer daño a una persona a la que podemos tocar. Algo más sencillo es infligir dolor a una persona a la que solo vemos oír. Es muy fácil ser cruel con una persona a la que no podemos ver ni oír». También resulta muy interesante la reflexión de MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., p. 157, según la cual considera que «la naturaleza no ha desarrollado una inhibición equiparable a la que se tiene cuando se han de afrontar las consecuencias cara a cara». Apreciaciones semejantes a las anteriores también pueden observarse en WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 213. Aunque no hace referencia expresa a ello, este mismo razonamiento es el que parece seguir NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., pp. 233-234, cuestionando que el enjuiciamiento y condena de las graves violaciones de derechos humanos ejerzan un efecto disuasivo respecto de los líderes de la organización. Considera el mencionado autor que estos sujetos únicamente podrían ser disuadidos de cometer un delito de rebelión, lo que se lograría castigando directamente los actos constitutivos de dicho tipo delictivo, ya que, en muchos casos, quienes llevan a cabo el golpe de Estado no son los que necesariamente acaban cometiendo de propia mano dichas violaciones.

²⁹⁵ Como indica MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 121-122, estos sujetos se sienten doblemente libres de responsabilidad. Por un lado, una autoridad les ha dado una serie de comandos e instrucciones que cumplir; por el otro, no son ellos mismos los que ejecutan directamente el acto.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 8; WALZER, M., *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Paidós, 2001, pp. 411-412, destacando que ello se agudiza en los casos en los que el sujeto ha recibido entrenamiento militar que, en aras de una mayor funcionalidad, busca acabar con la capacidad de reflexión individual.

²⁹⁷ Art. 33 ER: «1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes

No obstante, esa impresión de debilitamiento de la responsabilidad no se produciría como consecuencia de un pretendido instinto que llevaría al ser humano a la obediencia casi absoluta en situaciones de intensa subordinación²⁹⁸, sino por el hecho de que, una vez la persona queda integrada en el ente colectivo, sus esquemas de comportamiento quedarían intensamente vinculados a las «normas» y reglas de conducta que rigen el funcionamiento de la organización, así como a las expectativas de la «autoridad» de la que aquellas emanan²⁹⁹. Así, es frecuente que dentro de la estructura colectiva se someta a sus miembros a un fuerte adoctrinamiento en las ideas sobre las que esta se asienta y que rigen su funcionamiento³⁰⁰. En esta coyuntura, la moralidad y el

de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas». Resulta necesario destacar que los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (art. 8), Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (art. 6), TPIY (art. 7.4) y del TPIR (art. 6.4) reconocían únicamente la posibilidad de que el actuar obedeciendo órdenes desplegara el efecto de atenuante de la responsabilidad, pero no el de eximente. En este sentido, el art. 33 ER adopta una solución que diverge tanto de lo previsto en los mencionados Estatutos, como de la tendencia existente con anterioridad a la II Guerra Mundial, la cual estaba cimentada sobre el principio *respondeat superior*, por el cual la responsabilidad penal recaía exclusivamente sobre el superior civil o militar que profería las órdenes y nunca sobre el subordinado que daba cumplimiento a aquellas. Sobre todo lo anterior, entre otros, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume I*, cit., pp. 376-386; OLLÉ SESÉ, M., «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», cit., pp. 308-311.

²⁹⁸ Así, MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 125, 134-137, niega en todo momento que sus conclusiones lleven a hablar de «obediencia por instinto», aunque, al mismo tiempo, reconoce que dada la presencia de ciertos factores críticos a lo largo de la vida de la persona, la propensión a que ello suceda es extremadamente fuerte: la propia familia no solo impone valores morales sino que puede incentivar al individuo, desde la infancia, a cumplir con mandatos provenientes de una «autoridad»; de la misma manera, durante los primeros 18 años de vida, el individuo queda inmerso dentro de un sistema institucional de autoridad –primero, el colegio; después, el instituto– donde aparece como un elemento subordinado en que sus acciones son reguladas por otros. En una dirección similar parece apuntar WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 180-184, reconociendo que la predisposición de los individuos a la obediencia a la autoridad desempeñaría un rol relevante en la perpetración de delitos. Dicha orientación variaría de sujeto en sujeto y dependería de causas como las indicadas por Milgram: la educación dada por su familia en la infancia, las prácticas aprendidas durante la escuela, etc.; en la misma dirección de los anteriores, FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 605.

²⁹⁹ Desde el punto de vista de la psicología social, LE BON, G., *The Crowd. A Study of the Popular Mind*, cit., p. 2; FREUD, S., *Group Psychology and the Analysis of the Ego*, cit., p. 33; MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., p. 8, añadiendo que «el soldado no se preocupa por la destrucción de un pueblo, sino por cómo ha desarrollado la misión asignada»; desde la sociología, BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 129-132, quien califica este fenómeno como «sustitución de la responsabilidad moral por la responsabilidad técnica». Por último, también constata lo anterior, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 121; MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., pp. 3, 10. Aunque no específicamente referido a los contextos organizativos, la misma idea puede apreciarse en VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 3, señalando que aunque en un principio el cumplimiento de la norma puede producirse por el simple miedo a las consecuencias, a largo plazo se acaba interiorizando la misma. Esto mismo sucedería, a mi juicio, en los supuestos aquí examinados: con el paso del tiempo, el sujeto interioriza que esa persona es la autoridad legítima, lo que acaba provocando un desplazamiento moral hacia esos dictados.

³⁰⁰ GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; íd., «The rationale», cit., p. 146. Esto ha llevado a autores como WERLE, G. / VORMBAUM, M., «Mauerfall und Transitional Justice», cit., p. 3284, a esbozar que quizás, desde esta perspectiva, los victimarios también puedan ser considerados como víctimas. Véase, en este sentido, las conclusiones que recogen FLÓREZ PINILLA, K. / VI-

sentido de responsabilidad del sujeto no desaparecerían, pero adquirirían un cariz radicalmente diferente en tanto quedarían supeditadas al cumplimiento de las órdenes dadas por el superior jerárquico, quien aparecería como la autoridad que emitiría el único juicio moralmente relevante para el individuo³⁰¹.

Asimismo, dentro de dichas estructuras, la interiorización de los axiomas de comportamiento se ve reforzada por una doble vía: por un lado, a través de la acción de los sistemas de «recompensa-castigo» anteriormente mencionados³⁰²; por otro, por la adecuación del comportamiento del resto de integrantes del colectivo a dichas reglas de conducta, lo que proporcionaría al victimario una confirmación de lo socialmente ajustado de sus actos³⁰³.

Y es que mientras en la criminalidad ordinaria el comportamiento delictivo del individuo supone una desviación respecto de los patrones socialmente imperantes en el tiempo y lugar en el que los hechos se cometen, los actos consumados en un contexto de violencia generalizada y sistemática frecuentemente suelen manifestar lo contrario: la adecuación de la conducta del perpetrador a la norma social o a la escala de valores más cercana a éste³⁰⁴. Aquello que resultaría realmente transgresor sería el mantener el comportamiento apegado a una norma que, en el entorno más próximo del victimario, ha dejado de tener una vigencia efectiva.

Esta normalización del delito en el entorno inmediato del victimario no sería inocua desde el punto de vista de la disuasión. El entorno social puede actuar como un mecanismo de «disuasión informal», estigmatizando a quienes

LLACAMPA ESTIARTE, C., «Análisis cualitativo», cit., p. 354, en torno a las mujeres guerrilleras en Colombia, destacando la siguiente frase de una de ellas en relación con su pasado en las FARC-EP: «uno estando allá veía un policía y lo odiaba sin saber por qué y sin haberlo visto. Pero los veía con odio porque es lo que le infunden a uno: que ellos son los buenos, que lo que se hace es por el bien del pueblo, por la igualdad».

³⁰¹ MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 133-134, 145-146, para quien, en estos supuestos, el individuo pasaría de un «estado de autonomía» a un «estado de agencia», dentro del cual desarrollaría un sentido de la responsabilidad hacia la autoridad que lo dirige, pero no desarrollaría tal sentido de la responsabilidad por el contenido de las acciones que dicha autoridad prescribe y que él ejecuta; en un sentido casi idéntico, BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., pp. 131, 208-209.

³⁰² MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 117-118; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 191-192.

³⁰³ MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., p. 120; por otro lado, como señala WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 215, esto puede dar lugar a una situación de *peer pressure* en la que el sujeto desarrolle una necesidad relativa a que sus acciones sean aprobadas por sus pares, lo que en contextos marciales o de paramilitarismo llevaría a que el individuo prefiriera la muerte a decepcionar a sus camaradas. De igual manera, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 166; WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., pp. 417-418; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., pp. 120-121; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 611; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 171.

³⁰⁴ JÄGER, H., *Makrokriminalität*, cit., p. 12; AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., pp. 7, 10, habla de un adoctrinamiento que conduce a una moralidad invertida que convierte la comisión de delitos en la máxima expresión de la lealtad al grupo; similar, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 8, 24, 30; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 59; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 216, afirmando que el comportamiento puede ser antinormativo respecto de las normas de la sociedad en general, pero completamente normativo respecto de aquellas que rigen el grupo en concreto; en la misma línea, PRITTWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., pp. 264, 266.

cometen un acto delictivo³⁰⁵. Empero, este estigma, que puede decirse se correspondería con la pérdida del estatus social a consecuencia de la infracción normativa cometida³⁰⁶, únicamente operaría en aquellos escenarios en los que el delito es un fenómeno en mayor o menor medida infrecuente y, por ende, el individuo defrauda las expectativas de su entorno³⁰⁷. En los contextos descritos, en los que la habitualidad delictiva es la pauta imperante, esa desaprobación de la conducta del victimario por parte del entorno no se produce.

En consecuencia, cuanto más vinculada esté la violencia a una serie de patrones grupales, mayor será el número de victimarios que ni siquiera se cuestionen el carácter moralmente incorrecto o delictivo de sus acciones³⁰⁸. En los escenarios tradicionales de la justicia de transición, al igual que sucede en la macrocriminalidad, se produciría entonces una maximización del peligro de lesión de bienes jurídicos, al tiempo que se minimiza la responsabilidad visible y percibida por el sujeto³⁰⁹.

3. Hacia una restauración de la cooperación «en dos tiempos»

3.1 EL «PRIMER TIEMPO»: LA RENUNCIA UTILITARIA A LA PENA COMO «PREMIO» A LA REINCORPORACIÓN AL SISTEMA COOPERATIVO

Que la capacidad disuasoria de la pena se ve fuertemente mermada en el marco de las situaciones anteriormente definidas es una premisa que, en mi opinión, puede ser aceptada sin demasiadas dificultades. En atención tanto al contexto sociopolítico como al elemento organizativo presente, la pena sería, a lo sumo, una ola lejana que el victimario puede atisbar en un océano de males mucho más cercanos y de mayor gravedad. En consecuencia, en este tipo de situaciones, denotaría un excesivo optimismo –e incluso cierto irrealismo–

³⁰⁵ Sobre el entorno social como mecanismo de disuasión informal, VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., pp. 8, 35-40; FELJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 103-104; NAGIN, D., «Criminal Deterrence», cit., pp. 4, 19; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 224; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 70.

³⁰⁶ VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 8.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 40, señalando que la desaprobación del entorno solo se producirá en relación con aquellas conductas respecto de las que hay acuerdo en la audiencia en su carácter reprobable debido a que está rompiendo unas reglas que se consideran legítimas; enfatiza la importancia de que el delito sea un fenómeno aislado para que se produzca la censura, NAGIN, D., «Criminal Deterrence», cit., pp. 4-5.

³⁰⁸ Véase, JÄGER, H., *Makrocriminalität*, cit., pp. 19-20; similar, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 156.

³⁰⁹ PRITTWITZ, C., «Einleitung», cit., pp. 17-18.

presuponer que el castigo, o la mera amenaza de su imposición, pueden detener instantáneamente o en el corto plazo la continuación de las hostilidades³¹⁰.

Algunos de los delitos cometidos durante la guerra de los Balcanes ejemplifican lo anterior a la perfección. En este sentido, pese a que el TPIY fue creado en 1993, no logró evitar la masacre de Srebrenica en 1995 ni la limpieza étnica de Kosovo en 1998. Tampoco la entrada en funcionamiento de la CPI en 2002 evitó, por ejemplo, la masacre de indígenas awá en Nariño por parte de las FARC-EP en 2009.

Parece entonces evidente que la mayor oportunidad de prevenir la comisión de delitos mediante la amenaza de la pena estaría en dos estadios temporales diferentes: o bien en un momento anterior a la consolidación del contexto en que estos se producen³¹¹, o bien una vez hayan sido subsanadas o modificadas las circunstancias factuales que los acompañaron y que debilitaron la capacidad preventiva del castigo. En este segundo caso, la prevención requiere, necesariamente, enfrentar las tendencias que favorecieron la perpetración de los delitos o que posibilitan su reiteración³¹².

Cabe preguntarse en qué se traduce esta necesidad. Primero, y dada su intensa influencia respecto del comportamiento de los individuos, en desarticular a corto plazo la estructura colectiva, en tanto, como señalan Gil Gil y Maculan, con ello se lograría reducir sensiblemente el riesgo de continuidad en el comportamiento delictivo de muchos de los victimarios³¹³. Sin embargo, una estrategia exclusivamente asentada en la neutralización de la estructura colectiva –ya sea mediante el empleo del Derecho penal, ya mediante el recurso a medidas premiales– sería, por sí misma, preventivamente insuficiente en el largo plazo.

Y es que, como ha sido señalado a lo largo de este trabajo, los déficits estructurales de la sociedad y la situación de intensa anomalía institucional son también factores decisivos en la perpetración de delitos de manera generaliza-

³¹⁰ AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., p. 9; véase también, JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 134, indicando que el Derecho penal tiene una importancia mínima en el momento álgido de la actividad delictiva; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 15, considerando que las probabilidades de disuasión son pequeñas teniendo en cuenta las circunstancias en las que son cometidos.

³¹¹ Esto implica, como señala CHAN, K., «Atrocity Prevention in Areas of Limited Statehood: Legal and Political Dilemmas», en HAMID, L. / WOUTERS, J. (Eds.), *Rule of Law and Areas of Limited Statehood. Domestic and International Dimensions*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 243 ss., ser capaz de elaborar una serie de criterios que permitan identificar el riesgo de manera temprana para poder actuar rápidamente y corregir dicha situación.

³¹² NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 234; AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., p. 10; íd., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?», cit., pp. 636-637.

³¹³ MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 218; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 238; íd., «The Rationale», cit., p. 146. También vincula la desactivación de estos aparatos de poder a la prevención, APONTE CARDONA, A., «Macrocriminalidad y función penal», cit., pp. 186-187.

da y sistemática. De hecho, los distintos entes colectivos serían sólo el reflejo de la problemática que late de fondo y sobre la que es necesario actuar, puesto que, lo que de manera originaria posibilitaría la comisión de este tipo de crímenes no serían las organizaciones en sí, sino un orden política y socialmente desviado que facilitaría el surgimiento de las estructuras delictivas³¹⁴.

Desde luego, es difícil determinar –y en caso de hacerse, debería realizarse caso a caso– si ello se debería a tendencias endémicas dentro de la sociedad, a las condiciones sociales y económicas en ese momento imperantes o a la ausencia de un sistema efectivo de control legal³¹⁵.

En aquellos casos en los que las causas de la violencia trascienden con mucho de lo ordinario, la prevención a largo plazo de delitos requeriría no solo de un análisis de las causas de la violencia estructural, sino también de la implantación de medidas de reforma institucional y/o social que permitan eliminar o, al menos, corregir dichas causas, así como las razones en las que se arraigaba la ideología organizativa y los conflictos a ella vinculados³¹⁶. Un

³¹⁴ Muy ilustrativo, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., pp. 233-234, señalando que las violaciones generalizadas de derechos humanos «requieren de un marco político y jurídico malvado en el que florecer» y que «detrás del fenómeno del mal radical yacen insidiosos patrones culturales». De manera similar, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 10, afirma que, en estos casos, los crímenes se cometerían como consecuencia de la perversión de las instituciones; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 153, indicando que la comisión de atrocidades es, frecuentemente, resultado de factores estructurales entre los que estarían incluidos las acciones y omisiones de agentes internacionales y gobiernos extranjeros; PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., pp. 89-99, enfatizando como la situación de pobreza y de desigualdad que impera a nivel internacional influye en el lugar de comisión de las atrocidades, puesto que son los países menos desarrollados aquellos que han sufrido en mayor medida los delitos competencia de la CPI; similar a los anteriores, PRITTWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., p. 261, hablando de anomalía institucional; NEUMANN, U., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., pp. 100-101.

³¹⁵ BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 25. Un magnífico análisis de las causas de diferentes conflictos (Argentina, Camboya, Guatemala, Irlanda del Norte, Sierra Leona, Sudáfrica y Timor Oriental) puede consultarse en FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective», *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, núm. 1, 2009, pp. 163-220, donde diferencian, entre otras, causas ideológicas, económicas, étnicas, etc.

³¹⁶ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 203-204; en la misma dirección, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 66, indica que el desarrollo de reformas es una de las mejores maneras de influir sobre el cálculo delictivo del delincuente; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 205, esbozando que ante este tipo de delincuencia solo una reforma institucional podría resultar de utilidad; PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 129, enfatizando que el modo de evitación más eficiente de este tipo de delitos pasaría por la realización de una inversión dirigida a mejorar la estructura económico-política del Estado en cuestión en el que acontezcan; ODIO BENITO, E., «Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición», en ALMQVIST, J. / ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2009, p. 244, destacando que si bien el castigo sería necesario para alcanzar la paz, también resultaría imperativo acometer una transformación de las estructuras de poder social y político; de manera similar; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 29, señala que la sanción penal debe ser acompañada por un

sistema transicional debe, como afirmaba Kant respecto de los tratados de paz, «aniquilar el conjunto de las causas que pudieran propiciar una nueva guerra»³¹⁷.

Si se asume dicha premisa, la consecuencia lógica es admitir las limitaciones operativas del Derecho penal para, por sí mismo, desempeñar tan ardua tarea. Empleando las palabras de Jiménez de Asúa, para alcanzar la paz –yo añadiría, sostenible– «el Código penal es un instrumento tan inútil como la fuentecilla de la cocina para apagar un incendio»³¹⁸. El rol del *ius puniendi* no es abordar los motivos de la criminalidad y, en este tipo de contextos, éstos habrán de ser necesariamente tenidos en cuenta para reducir significativamente la probabilidad de una futura repetición de las violaciones acontecidas³¹⁹. Haciendo más una vez más las palabras de Jiménez de Asúa: «nosotros también queremos [...] dar definitiva paz a los hombres. Pero esto no se consigue con leyes penales [...] sino con la justicia política y social»³²⁰. A estos fines, la

programa de reformas; SHAW, R., «Linking Justice with Reintegration?», cit., p. 131, quien hace especial hincapié en que, dadas las condiciones de corrupción, caída libre de la economía, desempleo masivo, sucesión de instituciones fallidas... que suelen estar presentes en estos contextos, es insuficiente tratar las violaciones cometidas durante el conflicto, siendo imperiosamente necesario abordar reformas económicas y sociales que permitan terminar con los contextos de violencia estructural; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239, defendiendo que la sistematicidad de estos crímenes requiere una respuesta que combine las sanciones dirigidas a los individuos con medidas estructurales más amplias; íd., «The Rationale», cit., p. 147; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 66, haciendo referencia a que el enjuiciamiento de un pequeño número de individuos no permite abordar las causas de la violencia ni llevar a cabo las reformas estructurales de aquellas características de la sociedad en las que dichos abusos pueden estar asentados. Véase, asimismo, FLÓREZ PINILLA, K. / VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Análisis cualitativo», cit., pp. 345 ss., que indican que, en Colombia, se han concedido durante los últimos 200 años al menos 13 leyes de amnistía e indulto y tratamientos penales especiales para motivar la entrega de armas, el cese de delitos y evitar la reincidencia, y, sin embargo, no se ha logrado acabar con el componente cíclico de la violencia y su permanencia en la vida del país.

³¹⁷ KANT, I., *Hacia la paz perpetua*, cit., p. 71.

³¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, cit., p. 1281.

³¹⁹ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 203; íd., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 18; véase también APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*, cit., p. 146, indicando que los problemas estructurales de carácter económico, social o político han pretendido ser resueltos a través de la norma penal, obligando al Derecho penal a dar respuestas para las cuales no se halla preparado, de manera que, en última instancia, no solo no se resuelven los conflictos, sino que los agudiza. Asimismo, señalan la incapacidad del Derecho penal para solucionar problemas sistémicos, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 152, esbozando que la política penal no es un buen instrumento para promover reformas sociales que quizás ayuden a reducir las condiciones criminales; similar, PRITTWITZ, C., «The Resurrection of the Victim», cit., p. 114.

³²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, cit., p. 1285. Esto ya es, a mi juicio, un buen argumento con el que defender la inhibición de la CPI u otro tribunal internacional ante sistemas transicionales nacionales que, junto a la inclusión de medidas de renuncia total o parcial a la pena para los delitos contra la comunidad internacional, incorporen programas de reforma en relación con las causas del conflicto. Como indica SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 6, la necesidad de reconstruir el Estado y sus infraestructuras va más allá de la asistencia humanitaria garantizada por el Derecho penal internacional y el DIH. Más crítico es aún PASTOR, D.,

labor de las comisiones de verdad, a través del análisis de las causas del conflicto y la propuesta de reformas, puede hacer más que la atribución de culpabilidad y la ejecución de la pena en lo referido a la prevención de nuevos delitos en el futuro³²¹.

En cualquier caso, un programa de reformas que aspire a poner fin a las deficiencias estructurales que favorecen los episodios de violencia generalizada y sistemática no puede desarrollarse en un ambiente de guerra perpetua, sino que necesita del mínimo de estabilidad institucional que otorga el monopolio en el uso de la fuerza por parte de un ente con legitimidad para ello.

A falta del potencial y de los recursos suficientes como para imponerse militarmente sobre el adversario³²², «premiar» la reincorporación al sistema cooperativo a través de la dispensa condicionada del castigo en todo o en parte, aparece, en el corto plazo, como una herramienta instrumentalmente idónea para controlar las tensiones internas o favorecer la disolución de guerrillas; en definitiva, para dotar a la sociedad de un marco mínimo de convivencia en el que los niveles de violencia se mantengan dentro de unos márgenes tolerables³²³.

El poder penal internacional, cit., pp. 130-132, señalando que, quien toma el instrumental penal del Estado nacional y lo lleva al plano mundial lo debe hacer de modo íntegro, teniendo en cuenta que el poder penal se completa con medidas no punitivas de prevención del crimen. A nivel internacional, el Derecho penal no debería ser una única *ratio*, sino que debería mantener su carácter de *ultima ratio*, por lo que la comunidad internacional debería ser capaz de desarrollar medidas preventivas no punitivas.

³²¹ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 78-79.

³²² A este respecto, como señala KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, cit., p. 41, una alternativa a la cesión del monopolio de la violencia para alcanzar la paz sería la llamada teoría de la subyugación, por la que, en el curso de conflictos armados, el grupo más agresivo y belicoso subyuga a los otros y les impone un orden pacífico; no obstante, bajo mi punto de vista, puede cuestionarse la estabilidad a largo plazo de un sistema que se asienta en un monopolio de la violencia no consensuado. Así, REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué se creó en Colombia un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición?», en REYES ALVARADO, Y. (Ed.) *Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado Colombiano y la guerrilla de las FARC-EP*, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 50-51, señala que en la medida en la que no se aborden las causas del conflicto, incluso aun cuando puede llevarse a cabo una «transición» por haberse derrotado a los victimarios, «los regímenes triunfadores suelen verse abocados a buscar mecanismos que les permitan mantenerse en el poder y contener de manera temprana nuevos brotes de indisciplina que afecten su estabilidad»; en la misma dirección, RODMAN, K., «Darfur and the Limits of Legal Deterrence», cit., pp. 530 ss.; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 91.

³²³ Así, JUNOD, S., «Article 6 – Penal Prosecutions», cit., § 4618, p. 1402; JOINET, L., *Study on amnesty*, cit., §§ 37-39, «desde una perspectiva política, las amnistías aparecen como una herramienta idónea con la que promover la disolución de las guerrillas, poner fin a las hostilidades internas y posibilitar el regreso a una situación de paz»; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 50, afirmando que las amnistías pueden, en un sentido equivalente al castigo, garantizar el Estado de derecho cuando son concedidas a cambio del apoyo al nuevo proyecto normativo; similar, JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», cit., p. 468. No obstante, como indica AKHAVAN, P., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?», cit., pp. 635-636, no se puede asumir automáticamente que la renuncia total o parcial a la pena sea un incentivo para la paz, puesto que, según las circunstancias concretas, su ofre-

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, adicionalmente, al hilo del proceso de negociación y aceptación de las medidas premiales, se pueden producir divisiones en aquellas personas ubicadas en lo alto de la cadena de mando, lo que, en tanto el grado de obediencia parece correlacionarse positivamente con la existencia de una autoridad única y firme³²⁴, favorecería «el despertar de la conciencia individual»³²⁵ de aquellos ubicados en las escalas inferiores de la organización.

Que el «perdón» –en sentido lato, como modulación de la intensidad o duración de la pena ordinariamente establecida para el delito concreto– puede resultar útil a fin de evitar la reiteración de abusos en el futuro y favorecer el restablecimiento de la confianza en las relaciones sociales no es algo novedoso³²⁶. Así, Lacey y Pickard consideran que el «perdón» –entendido de la manera más arriba referenciada– sería una herramienta que, en cuanto a su finalidad, no diferiría en exceso de la venganza, en tanto ambos serían el resultado de un proceso evolutivo que respondería a una misma lógica: reestablecer la confianza en las relaciones sociales mediante la reducción de la probabilidad de que acontezcan futuros abusos³²⁷. No obstante, si bien la venganza lo lograría me-

cimiento puede conducir a diferentes rumbos, lo que ejemplifica a través de Foday Sankoh –líder del Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona–, quien interpretó el ofrecimiento de una amnistía como un signo de debilidad, lo que le llevó a perpetuar los intentos de subversión; también destaca lo anterior, MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights*, cit., p. 12. Asimismo, debe tenerse en cuenta, como indica KALDOR, M., *International Law and New Wars*, Cambridge University Press, 2017, pp. 7, 19, que en muchas ocasiones los grupos armados tienen más que ganar manteniendo el conflicto activo que en una situación de paz, lo que dificultará la estrategia aquí mencionada.

³²⁴ Sobre este punto, resultan muy ilustrativas tanto la variante del experimento como las conclusiones alcanzadas por MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, cit., pp. 105-107, quien comprobó que el nivel de obediencia de los subordinados descendía cuando había más de una autoridad y estas estaban en desacuerdo.

³²⁵ BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, cit., p. 215, quien plantea que la discordia social y política refuerza la autonomía individual del sujeto dentro del grupo; de manera similar, AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., pp. 7, 10, considera que mediante el castigo y la estigmatización de los líderes de las estructuras organizativas se puede lograr una reducción de su influencia; en sentido parecido, íd., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?», cit., p. 648; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 26, quien justifica el enjuiciamiento de los líderes a efectos de actuar sobre los «empresarios del conflicto» (*conflict entrepreneurs*) que crean las normas sociales que atrapan a otros como participantes cautivos.

³²⁶ Así, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 11-12, 14; LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., p. 683; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 177. Asimismo, ZALAUQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 11, considera que las medidas de clemencia vinculadas a un proceso de pacificación social pueden hacer más en el largo plazo por la protección de los derechos humanos que insistir en el castigo.

³²⁷ Así, LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., p. 683. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las mencionadas autoras no hablan de perdón en un sentido metafísico, tampoco lo utilizan como sinónimo de amnistía o indulto, pues ellas mismas reconocen abiertamente que no están a favor de la abolición de la pena, sino que emplean el término «perdón» como referido a la atemperación del sentimiento retributivo –o de venganza– en la imposición del castigo, empleando la expresión «*punish with forgiveness*» (*Ibid.*, pp. 667, 669; 672 ss.).

diante la imposición de un coste futuro en forma de represalia, el «perdón» lo haría aumentando el valor percibido de mantener una conducta colaborativa³²⁸.

En cualquier caso, considero que, para que esta estrategia resulte exitosa, deberían cumplirse una serie de requisitos que enlazan con el rol reservado al *ius puniendi* en la reconstitución a largo plazo de la cooperación social.

3.2 EL «SEGUNDO TIEMPO»: LAS POSIBLES JUSTIFICACIONES A LA IMPOSICIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PENA COMO REFUERZO DEL SISTEMA COOPERATIVO

Que en un «primer tiempo» la capacidad disuasiva de la pena se vea intensamente menguada no significa, desde luego, que en un «segundo tiempo» sea inexistente o que el castigo no pueda desempeñar un rol importante en la superación de un pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos. Cabe entonces preguntarse de qué manera el ejercicio del *ius puniendi* sería funcional a la restauración de la cooperación en torno al contrato social en este «segundo tiempo».

A este respecto, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de los fines simbólico-comunicativos –concretamente, los derivados de la función expresiva o de reproche, así como de la estabilización de las normas vulneradas y la protección de la expectativa normativa– asociados a la metacategoría de la prevención general positiva como la manera de justificar el recurso a la pena en los escenarios de justicia transicional³²⁹. Se trata, sin duda, de una tarea esencial en la superación de un pasado en el que las normas o valores sobre los que debería asentarse una sociedad pacífica han sido subvertidos³³⁰.

³²⁸ *Ibid.*, p. 663; sigue a las anteriores, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 178. En términos similares, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 14.

³²⁹ Entre otros, y sin perjuicio de una ulterior diferenciación, NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., pp. 40 ss.; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., pp. 271 ss.; AKHAVAN, P., «Beyond impunity», cit., pp. 12-13; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 582; SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional», en ALMQVIST, J. / ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2009, pp. 22 ss., especialmente, pp. 22, 32, 37; íd., «La cuadratura del círculo», cit., p. 13, aunque aquí oscurece lo defendido en obras anteriores; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 27; ESER, A., «Justicia transicional», cit., p. 56; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 200-201; íd., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., pp. 23-24; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; íd., «The Rationale», cit., p. 147; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 46. En relación no tanto con la justicia de transición, sino con los crímenes del Derecho penal internacional, AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 8; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 8; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Vol. I*, cit., p. 72.

³³⁰ FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 582.

A través de la perpetración generalizada de delitos, la organización trata tanto de imponer una pretensión de validez respecto del comportamiento de los victimarios, como también de obtener una cierta legitimidad en relación con las normas que rigen el funcionamiento de aquella³³¹. Todo ello puede acabar por sumir a parte de la población en un estado de desconcierto respecto de las pautas de comportamientos dominantes³³². Esta «desorientación» respecto de la norma en los escenarios transicionales puede ser remediada por el Derecho penal a través de la reafirmación de su vigencia y la de los valores que a ella subyacen, al tiempo que se desaprueba la conducta del autor y se refrenda como correcta la actitud de aquellos que mantuvieron su comportamiento apegado a la norma³³³.

Creo que no debe haber demasiados inconvenientes en situarse junto a la doctrina mayoritaria en este punto. Empero, si se acepta la premisa anterior, es necesario tratar de contestar a, al menos, dos interrogantes. El primero sería el referido a si el cumplimiento de esta función requeriría o no de la efectiva ejecución de la pena –o, dicho de otro modo, del efectivo sufrimiento del autor– respecto de todos los victimarios. La segunda cuestión haría referencia a si para alcanzar dicha finalidad –que creo puede calificarse de integración normativa– sería igualmente imperativo, como es frecuentemente argüido en con-

³³¹ GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 277. Con ciertos matices referidos a la esfera de la moral, no se aleja demasiado de lo sostenido por el autor anterior, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit. p. 218, quien destaca que, mediante la comisión de delitos, los perpetradores imponen una suerte de elitismo epistémico moral, de forma tal que aquellos que pertenecen a dichos grupos se creen capaces de resolver profundas cuestiones morales que afectan a toda la sociedad y decidir cuál es el interés de todos.

³³² GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 274, poniendo de manifiesto que, durante y después de la fase de comisión de los crímenes como tal, surge en la sociedad una duda constante acerca de si no hubiera sido mejor aceptar el régimen de injusticia, creer en su legitimidad o incluso participar en sus crímenes para protegerse a sí mismo y a sus vecinos.

³³³ De manera genérica, destacan la capacidad de la pena para reafirmar la conciencia en torno a la norma y desempeñar una función educativa en relación con los delitos prototípicos de los escenarios de transición, POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 824; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 73, 87 ss.; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 209; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 17, 81, 174 ss.; SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., pp. 1, 12; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 42; íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., pp. 109, 111; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 220; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 200; íd., «¿Es injusta la justicia transicional?», cit., p. 23; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; íd., «The Rationale», cit., pp. 147-148. Ponen el acento no tanto en la pena, sino en el proceso, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., pp. 218-219, 234, indicando que los juicios logran debilitar los valores en los que se asienta la estructura corporativa y «despertar la conciencia jurídica dormida»; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 12.

textos de normalidad social, la imposición de una pena ajustada al injusto y a la culpabilidad del autor³³⁴.

Estos interrogantes adquieren una importancia capital en la coyuntura transicional. En un contexto ordinario la pena tiende a verse como una práctica unitaria que comprende tanto el proceso por el que se declara el injusto, como la aflicción efectiva de un mal. Sin embargo, en los escenarios transicionales es frecuente que se separe la fase de declaración de culpabilidad de la fase de atribución y ejecución de la pena o que, incluso aun cuando la pena llegue a ejecutarse, su extensión se vea enormemente reducida³³⁵.

Asimismo, las respuestas a este interrogante no pueden ser ajenas a la necesidad de reconciliar, en estos contextos, intensidad y extensión del castigo –en cuanto al número de personas que lo sufran– con las dos principales limitaciones derivadas de la *Realpolitik*: i) la inevitable necesidad de selección de los victimarios a enjuiciar en estos contextos; y, ii) la posibilidad de que ningún castigo que pueda ser calificado de proporcional –entiéndase, de manera ordinal respecto de los normativamente establecidos– llegue a ser funcional a los fines de convencer a los victimarios de poner fin a las hostilidades y rendir cuentas por los actos perpetrados³³⁶.

En mi opinión, tratar de dar una respuesta a lo anterior requiere distinguir dentro de este «supraefecto comunicativo» dos efectos diferenciados: el relativo a la constatación de una lesión del Derecho –con todos sus derivados referidos a la transmisión al autor y al resto de ciudadanos (incluida la víctima) de lo censurable (en el primer caso) o correcto (en el segundo) de su comportamiento– y el referido a la reafirmación de la norma y/o de sus valores como generadores de expectativas de comportamiento prosocial³³⁷.

³³⁴ Así, ROXIN, C., «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde), 1.ª ed., Reus, 1981, p. 181; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 30, 132 ss.; ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., pp. 408 ss.; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 156 ss., especialmente, p. 157. GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., pp. 23-24. No hablan de pena ajustada a la culpabilidad, sino de pena ajustada a lesividad social del hecho, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 274-279; JAKOBS, G., *La pena estatal*, cit., pp. 145-146, en cualquier caso, como se deduce de lo expuesto por el propio autor, se trataría más bien de una cuestión de «etiqueta», en tanto los criterios que determinarían qué pena sería la ajustada –el peso de la norma vulnerada y la responsabilidad del autor por su motivación para cometer el hecho– no se alejan demasiado de los tradicionalmente invocados.

³³⁵ TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 46. De forma similar, LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 575, considera que en este tipo de contextos se traslada el peso al procedimiento judicial en sí, de forma que, en muchas ocasiones, el castigo del culpable parece «una ocurrencia tardía».

³³⁶ SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 14.

³³⁷ Véase, en este sentido, GIL GIL, A., «Prevención general positiva», cit., pp. 21-22, considerando que el primer efecto sería constitutivo de la llamada retribución jurídica. Esta diferenciación entre uno y otro efecto no se aleja demasiado de la distinción adoptada por MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 70-71, entre una primera función de expresión de condena social, a través de la cual se

De la misma manera, como he señalado anteriormente, no debe desconocerse el rol como equivalente funcional de otras instituciones y mecanismos propios de los sistemas transicionales y que pueden servir, en cierto modo, para atemperar la necesidad de imponer un castigo ajustado a la lesividad del hecho y a todos los perpetradores. A precisar en qué medida puede justificarse como necesario el sufrimiento del victimario para alcanzar tales efectos, así como en qué grado y extensión debe ser aquel afligido, van destinadas las siguientes páginas.

3.2.1 *El efecto expresivo de la pena en la restauración y mantenimiento de la cooperación*

a. La ejecución de la pena como refuerzo comunicativo

En los contextos de justicia de transición, y en una línea similar a lo señalado por varios autores en escenarios de normalidad social³³⁸, el castigo sería capaz de transmitir al conjunto de los ciudadanos lo injusto de lo sucedido, es decir, que el perpetrador actuó de manera desviada respecto del ordenamiento jurídico en tanto no tenía derecho a comportarse como lo hizo³³⁹. Se trataría de un efecto que tendría una trascendencia aún mayor en la coyuntura transicional, en la que la infracción sistemática –por la organización o el propio Estado– de las normas de protección de los derechos humanos más básicos provoca que el comportamiento delictivo pueda acabar siendo normalizado.

buscaría la educación de los ciudadanos en cuanto al carácter incorrecto de las conductas sancionadas por el Derecho penal, y una segunda función, de *denunciation*, dirigida al mantenimiento de la cohesión social. La principal diferencia estribaría en que, a mi juicio, también la primera función sería funcional al mantenimiento de la cooperación, si bien lo conseguiría de manera distinta a como lo lograría la segunda de ellas. Sobre esta distinción de efectos en lo relativo al mantenimiento de la cooperación, véase también, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 244-252.

³³⁸ FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», cit., pp. 77-78; KLEINIG, J., «Punishment and Moral Seriousness», cit., p. 417; PRIMORATZ, I., «Punishment as Language», cit., p. 197; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 35; FLETCHER, G. P., «The Place of Victims», cit., p. 58; GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung», cit., pp. 218-219; LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», cit., p. 131; DUFF, A., «Punishment», cit., p. 127; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 67-68; HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., p. 37; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 245-246; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 20.

³³⁹ GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 276; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 42, indicando que el Derecho penal en estos contextos transportaría un mensaje a la sociedad sobre la valoración del comportamiento y crearía con ello una contribución esencial al establecimiento del patrón correcto de comportamiento social; íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., pp. 109, 111; sigue al anterior, REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 200; íd., «¿Es injusta la justicia transicional?», cit., p. 23.

La pena actuaría en estos casos como un instrumento contra «el adoctrinamiento ideológico» impuesto por la estructura colectiva y que amenazaría con extenderse al conjunto de la sociedad³⁴⁰, o contra determinadas actuaciones que tratarían de ser justificadas como legítimas en el desarrollo de un conflicto armado interno o internacional³⁴¹.

Al mismo tiempo, de manera similar a lo apuntado por aquellas teorías que ven en la pena un instrumento de satisfacción de la víctima, el ejercicio del *ius puniendi* comunicaría a las víctimas de las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos la solidaridad del Estado³⁴² y el hecho de que el perjuicio que ellas sufrieron obedeció a una acción típica e injusta y no a la simple casualidad o a su destino³⁴³. De esta manera, el Derecho penal lograría –y ello es perfectamente extrapolable a los contextos de justicia de transición– que aquellos sujetos que han mantenido su fidelidad al ordenamiento jurídico no vean esta socavada al advertir su comportamiento cooperativo como un absurdo³⁴⁴.

³⁴⁰ NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., pp. 42-43, indicando que destruir los patrones de comportamiento arraigados en el régimen anterior sería el propósito fundamental del Derecho penal; íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., pp. 109-111; en línea con el anterior; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 174; en consecuencia, no diferiría mucho dicha postura de lo defendido por AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., pp. 12-13, quien considera que la forma más sutil a través de la cual el Derecho penal puede prevenir la nueva comisión de delitos es deslegitimando ese comportamiento como moral o éticamente válido.

³⁴¹ Así, REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la justicia transicional?», cit., pp. 23-24, en relación con los excesos por parte de las fuerzas legítimas de los Estados en el combate contra los rebeldes y que tratan de justificarse como necesarios para defender la institucionalidad.

³⁴² NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 45, para quien esta comunicación sería de particular importancia en el caso de los actos de violencia que emanan de los sistemas de injusto constituidos por el Estado. Y ello porque, en estos casos, la distribución de los papeles de autor y víctima no es en absoluto tan incontrovertible como –por regla general– en el caso de las violaciones de los derechos jurídicos, que están proscritas como actos delictivos dentro del propio sistema; véase también, íd., «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición», cit., p. 108. Asimismo, destaca la importancia de esta función respecto de las víctimas en contextos de justicia de transición, GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., pp. 279 ss., esbozando que si a las víctimas de un régimen de injusticia se les niega tanto el reconocimiento público de esa injusticia como la determinación de culpabilidad en relación con los crímenes cometidos, se dejaría a estas en una situación de exclusión y marginación respecto de su capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*).

³⁴³ GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 276; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 6; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 195, 200; íd., «¿Es injusta la justicia transicional?», cit., p. 23.

³⁴⁴ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 244; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 112, señalando que en estos casos la prevención se produciría por la comunicación de la relevancia social del valor protegido por la norma; de manera similar, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto Docente*, cit., p. 359; KAHAN, D. M., «Signaling or Reciprocating? A Response to Eric Posner's Law and Social Norms», *University of Richmond Law Review*, Vol. 36, 2002, p. 380; con matices, HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., p. 32. Referido a los delitos internacionales propios de la justicia de transición, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 174, indica que, desde esta perspectiva, el castigo reforzaría los lazos de solidaridad social.

Desde esta perspectiva, la efectiva ejecución de la pena quedaría justificada en que esta también desempeñaría un rol expresivo, ya que, en la línea de lo apuntado por un profuso grupo de autores, la restricción fáctica de uno o varios derechos del victimario también estaría investida de una dimensión comunicativa³⁴⁵. En esta línea, se ha argumentado que es posible que no todo acto de comunicación alcance a transmitir un mensaje de intensidad equivalente al cuestionamiento de la norma –o de los valores a ella subyacentes– por el victimario, de forma tal que la efectiva imposición de un mal vendría a reforzar las carencias de la censura –entendida como reproche exclusivamente verbal– para precisar el juicio de desvalor³⁴⁶. En la sociedad actual, el dotar de una mayor seriedad al mensaje verbal en supuestos de especial gravedad –y los delitos cometidos en los escenarios de transición así lo serían– requeriría de un apoyo cognitivo en forma de privación de bienes o derechos tangibles³⁴⁷.

³⁴⁵ FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», cit., pp. 76, 89, señala que el tratamiento físico en sí mismo expresa condena, de forma que cuanto mayor sea la dureza del tratamiento, mayor condena expresaría; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 41, destacando que una respuesta condenatoria a una conducta lesiva puede expresarse a través de la imposición de un dolor; DUFF, A., «Punishment», cit., p. 127, esbozando que el *hard treatment* también puede comunicar (cursiva incluida en el original). En la misma dirección, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 287; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 69, 81 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 116, afirmando que la dimensión fáctica de la pena tiene un efecto comunicativo. De igual manera, considera que la aflicción de dolor implica contradicción, aunque acaba justificando aquel por sus efectos psicosociales, JAKOBS, G., *La pena estatal*, cit., p. 135. En los escenarios de justicia de transición, destacan que la aflicción de dolor también está dotada de un efecto comunicativo, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 174; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 226, quien considera que, si bien el castigo no vehicula el mensaje de reproche, sí que lo hace más tangible, real y evidente; en idéntico sentido, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; íd., «The Rationale», cit., p. 148.

³⁴⁶ KLEINIG, J., «Punishment and Moral Seriousness», cit., pp. 412, 417; LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», cit., p. 132; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 287; HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers», cit., p. 956; íd., *Teorías de la pena*, cit., p. 43; sigue a la mencionada autora, REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 195. Hacia esta postura parece inclinarse paulatinamente SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., pp. 114-115, quien si bien asume que «la comunicación tiene lugar con la imposición de la pena como tal o incluso sin esta, mediante la declaración del injusto culpable responsablemente cometido», al mismo tiempo defiende que en supuestos específicamente graves «solo la facticidad de la pena estatal puede expresar que la concreta acción merece desaprobación y que resulta absolutamente reprochable en términos jurídicos». Se separa así el autor de lo por el defendido en otras obras en las que consideraba que el dolor no era necesario a efectos comunicativos (véase, íd., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 164). Una visión similar a las anteriores, aunque con matices, es la mantenida por PRIMORATZ, I., «Punishment as Language», cit., pp. 199-200, señalando que muchos delincuentes el único lenguaje que entienden es el del propio interés, por lo que necesitan de una pena que, al gravarles con la pérdida o restricción de un derecho, logre hacer entender a estos la gravedad de sus actos. A mi juicio, la justificación que da a la aflicción de un dolor fáctico este último autor no se aleja demasiado de la otorgada por aquel grupo de autores que otorgan a la disuasión un efecto preventivo-normativo en tanto la capacidad para mantener la vigencia de la norma dependería del efecto disuasivo que para el autor tiene el sufrir un daño futuro que le es anunciado. Sobre ello volveré más adelante.

³⁴⁷ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 287, indicando que «en casos de cierta entidad, no hemos encontrado otra alternativa para reparar el daño social que produce el delito con equivalente intensidad comunicativa que la restricción tangible de derechos del responsable»; en un sentido similar, HÖRNLE, T.,

b. Condiciones para su flexibilización en los escenarios tradicionales

Una vez desarrollado en qué medida el componente expresivo de la pena sería funcional a la restauración de la cooperación, así como los motivos por los que, en principio, sería necesaria la ejecución de la pena, es necesario analizar en qué medida este primer efecto tendente a la estabilización de la sociedad sería compatible con la concesión de medidas premiales.

A este respecto, debo ubicarme junto a quienes consideran que en los contextos transicionales este efecto comunicativo podría alcanzarse principal y excepcionalmente –en atención a la ponderación de las tensiones inherentes en estos escenarios– a través del enjuiciamiento y condena del victimario, aunque posteriormente no se llegue a ejecutar la pena ordinariamente prevista –por decidirse la suspensión de su ejecución o concederse un indulto–, se sustituya por otra de naturaleza menos gravosa o se ejecute parcialmente³⁴⁸.

Si de lo que se trata es de transmitir al conjunto de la ciudadanía un mensaje simbólico-social referido a la inadecuación del comportamiento del victimario y a lo correcto del mantener la conducta apegada a la norma, esta confirmación podría ser en gran parte satisfecha a lo largo de los diferentes estadios que llevan a la efectiva imposición del castigo, disfrutando de una especial relevancia los referidos al desarrollo del proceso judicial y a la declaración de culpabilidad contenida en la sentencia³⁴⁹. Y lo mismo puede afirmarse respec-

«Die Rolle des Opfers», cit., p. 956; *id.*, *Teorías de la pena*, cit., p. 43; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 195. Señala KLEINIG, J., «Punishment and Moral Seriousness», cit., p. 418, que ni siquiera sería necesario el actuar física y directamente sobre el victimario, como por ejemplo sucedería con la pena de prisión, sino que bastaría incluso con el ostracismo social.

³⁴⁸ Así lo considera, NINO, C., «The Duty to Punish», cit., p. 2630: «la formación de la conciencia social contras los abusos de los derechos humanos depende más de la exposición de las atrocidades y su clara condena que del número de personas realmente castigadas por ello»; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 7: «aunque los juicios penales que resultan en condenas también suelen conducir a la imposición de un castigo, (el alcanzar) estos bienes no depende de esa imposición»; similar a los anteriores, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 226; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 240; *id.*, «The Rationale», cit., pp. 149-150; también KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 160, considera que estos objetivos simbólicos se alcanzan principalmente, pero no solo, a través del proceso. Lleva esta visión aún más lejos, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 50, al especular con que la función simbólica de la pena no solo no necesitaría de su efectiva ejecución, sino que podría alcanzarse igualmente aunque no existiera un acto de atribución de culpabilidad. No se cierra completamente a lo anterior, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 83, quien pese a oponerse a que un mero acto simbólico-comunicativo pueda cumplir con la función de reproche, acaba reconociendo que bajo ciertas condiciones, una declaración de culpabilidad sí sería equiparable a aquel.

³⁴⁹ Considera que en estos escenarios la declaración de culpabilidad contenida en la sentencia sería suficiente, GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 277. Se posicionan de manera más prudente respecto de dicha suficiencia, FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 596; consideran que dicho fin sería en parte satisfecho, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., pp. 220-223; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 239; *id.*, «The Rationale», cit., p. 148. De manera general, esto es, al margen de la justicia transicional, GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Be-

to de los efectos comunicativos que la pena estaría llamada a desempeñar sobre la víctima.

La capacidad simbólico-comunicativa del proceso penal, incluso en los escenarios aquí examinados, ha de estar fuera de toda duda. El procedimiento judicial penal –y, como destacan algunos autores, la naturaleza dramática que a este acompaña³⁵⁰– sería capaz de expresar, por sí mismo, un mensaje de reproche al autor por las injusticias pasadas, reafirmando ante la comunidad la autoridad de la ley³⁵¹ y su vigencia³⁵². Además, su capacidad expresiva no se agotaría en el reproche del comportamiento anterior. Al mismo tiempo, estos serían capaces de dotar a las víctimas de un reconocimiento público como tales³⁵³, para, en su conjunto, ser capaces definir la identidad de la sociedad como respetuosa con el Estado de derecho, estableciendo una separación normativa con el régimen anterior o el pasado conflictual más inmediato³⁵⁴.

En cualquier caso, para que los diversos enjuiciamientos sean capaces de desempeñar con éxito estas funciones deben satisfacerse una serie de requisitos. Ante todo, es importante que en estos se respeten todas las garantías que

deutung», cit., pp. 207, 219, defiende que el procedimiento de declaración de culpabilidad (*Schuldfeststellung*), concretizado en último término en la sentencia, ya serviría a ese fin de manera completa y suficiente; en términos muy parecidos, ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., p. 460, manifiesta que para cumplir los fines expresivos bastaría un mero acto simbólico de carácter público, sin el componente coactivo que conlleva la pena; similar, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «*Nullum crimen sine poena?*», cit., p. 164; íd., *Malum passionis*, cit., pp. 114-115, 148; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 224, al mencionar que la sola sentencia pronunciada por el Estado contiene un juicio de «desaprobación declaratoria»; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 246, resaltando que «dicho efecto se produciría más por el mero hecho de la inculminación de la conducta y el reproche que por la cuantía de la pena asociada al mismo».

³⁵⁰ LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 575; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 175; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 223.

³⁵¹ DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 5, indicando que el mero hecho de que el victimario acuda ante el tribunal ya supone aceptar la autoridad de la ley y del Estado que le juzga; también destacan la capacidad del proceso para reafirmar la norma, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 29, 49; LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 576; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 224. Véase también, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 175, donde defiende la capacidad del proceso penal para desempeñar un rol educativo y comunicativo respecto de la sociedad. Aunque no específicamente referido a estos contextos, destaca como el proceso penal puede cumplir con esta función expresivo-comunicativa, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 148.

³⁵² NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 234; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 12; íd., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 93.

³⁵³ Específicamente referidos a los contextos de transición, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 236; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 596; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., pp. 6-7; LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., pp. 576-577; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 224.

³⁵⁴ MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 11; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 29-30; 49 ss.; ROBINSON, D., «Serving the interests of Justice», cit., p. 489; UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., p. 131; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 224.

respecto del acusado rigen en contextos de normalidad social, ya que de lo contrario pueden ser percibidos como justicia de los vencedores y fracasar en su misión comunicativa³⁵⁵.

De igual manera, también es necesario que su actividad sea conocida y percibida como legítima por su entorno comunitario más inmediato, lo que desde luego parece más complicado que se dé en los tribunales penales internacionales que en las instituciones nacionales. Los primeros tienen un mayor impacto que estas últimas en lo que a la difusión al público extranjero de sus decisiones se refiere³⁵⁶. Sin embargo, no dejan de desempeñar su labor lejos, tanto física como simbólicamente hablando, del contexto social, económico y cultural en el que los actos han sido perpetrados, de manera que, por un lado, las causas que influyen

³⁵⁵ KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 163. Asimismo, destacan la necesidad de respetar las garantías de los acusados a fin de salvaguardar los efectos comunicativos que el proceso judicial puede alcanzar, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 235; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 126; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 49, 75; LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 575; GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., pp. 272-273; SELLS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 1; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., pp. 224-225; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 29. Relacionado con esta salvaguarda de las garantías esenciales del procedimiento, KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, cit., pp. 122-125, defendió que solo un tribunal internacional puede estar por encima de cualquier sospecha de parcialidad que evite que los enjuiciamientos sean considerados como venganza y no justicia. Esta misma valoración es compartida por ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2544, en tanto considera que cuando los enjuiciamientos son desarrollados por un tribunal internacional hay menos probabilidad de que sean concebidos como revanchismo político; también AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 198, señalan que un tribunal internacional establecido exclusivamente en razón de un determinado conflicto estaría en mejores condiciones de enfrentar los delitos en dicho conflicto perpetrados que un tribunal nacional, en tanto este último —principalmente debido a una eventual identificación política, cultural o religiosa de sus integrantes— podría estar involucrado en dicho conflicto; de igual manera, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 129-130, indica que la preferencia por los tribunales internacionales puede deberse al escepticismo existente sobre la neutralidad de las instituciones nacionales; en línea similar a los anteriores, STAHN, C., «The Geometry of Transitional Justice», cit., pp. 441-442, 449. Sin embargo, no puedo estar completamente de acuerdo con esta valoración. Los últimos 100 años de historia demuestran que ello no tiene que ser necesariamente de ese modo y que también los tribunales internacionales específicamente creados para el enjuiciamiento de los crímenes vinculados a un determinado conflicto han estado altamente contaminados de parcialidad y revanchismo político. Así, TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 30, ejemplifica lo anterior con lo sucedido en Núremberg, donde no se juzgaron muchos de los crímenes de las potencias aliadas como es el caso del bombardeo a la ciudad alemana de Dresde, o los casos de Hiroshima y Nagasaki; comparten la valoración de la anterior, PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 42; ZOLO, D., «Peace through Criminal Law?», cit., p. 732, empleando el ejemplo de los «juicios de Tokio» en el marco del Tribunal del Lejano Oriente, percibidos mayoritariamente por la población japonesa como un ejercicio de revanchismo estadounidense como respuesta al ataque de Pearl Harbour hasta el punto de que, desde 1978, en el templo de Yasukuni se rinde homenaje a las 7 personas sentenciadas a muerte, considerándolos como padres de la patria japonesa. En consecuencia, creo que se puede estar de acuerdo con MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 45-46, en que lo importante no es tanto el componente nacional o internacional, si no si son impuestos por aquella parte que ha derrotado militarmente al enemigo, ya que en estos casos pueden parecer, o incluso ser si no respetan las mínimas garantías, un puro «show» en el que lo que se expresa no es tanto la justicia como la dominación.

³⁵⁶ DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 128; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 224.

en el comportamiento de muchos victimarios no llegan realmente a entenderse y, por otro, su legitimidad pueda verse como impuesta³⁵⁷.

Asimismo, este primer efecto simbólico-comunicativo puede ser excepcionalmente alcanzado a través del sometimiento de los victimarios a los mecanismos que complementan al empleo del *ius puniendi* en este tipo de contextos y que, en tanto explícita o implícitamente entrañan contradicción con el delito, desempeñarían –en mayor o menor medida– un rol de equivalente funcional a la pena y al procedimiento judicial.

Así, en el marco operativo de una comisión de la verdad los victimarios llevan a cabo una serie de actuaciones públicas, como la confesión voluntaria del delito o la petición de disculpas a la víctima, que tienen un rol relevante en la vertiente simbólico-comunicativa en lo que a la negación del delito y la reafirmación del Derecho o de los valores de la norma se refiere³⁵⁸. Al mismo tiempo, la difusión de lo acontecido a través de la publicación de los informes finales por dichas comisiones³⁵⁹, la imposición de consecuencias negativas derivadas de procesos de lustración³⁶⁰, el sometimiento a los llamados procesos

³⁵⁷ ZOLO, D., «Peace through Criminal Law?», cit., p. 732; de forma similar, PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., D., pp. 156-160; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 224; ORENTLICHER, D., «“Settling Accounts” Revisited», cit., pp. 16-17. Véase también, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 130, indicando que ello puede generar que la mayoría de la población conciba estos como llevados a cabo en una «realidad distante»; muy similar, NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 66.

³⁵⁸ Aunque sin referencia a la idea de equivalencia funcional respecto de la pena, reconocen a las actuaciones llevadas a cabo ante comisiones de verdad una función que puede calificarse de preventivo-integradora en lo que a sus efectos simbólico-expresivos se refiere, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 88; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 209; TAMARIT SUMALLA, J., «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», en íd., (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, 2009, pp. 46, 64-65, señalando que estas permiten atribuir responsabilidad, así como expresar y comunicar reproche, por lo que podrían actuar como «subrogados parciales de la pena»; DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», cit., p. 960, para quien actuaciones como la petición de disculpas o la reparación a la sociedad y las víctimas ya reducen la necesidad de condena simbólica a través del castigo; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., pp. 235, 241, al considerar, acertadamente a mi juicio, que la petición de perdón ya expresa, primero, que el victimario comparte unos valores sociales y, segundo, restaura la dignidad de la víctima; íd., «The Rationale», cit., pp. 143, 150; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 59. De manera más general, no limitado exclusivamente a las comisiones de verdad, sino referido a cualquier tipo de medida restaurativa que implique reconocimiento de verdad y asunción de responsabilidad, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 51, 78; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 439; ESER, A., «Justicia transicional», cit., p. 58. Considera que, en contextos de normalidad social, la confesión del delito y la reparación simbólica a la víctima –petición de perdón– tienen un rol importante como equivalente comunicativo a la pena, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., pp. 123-124, 148.

³⁵⁹ Como indica TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 72-73, la revelación de la verdad de lo sucedido juega un rol esencial en la deslegitimación de la ideología del régimen predecesor y en la legitimación del nuevo; en atención a finalidades similares, destacan el rol de los informes finales, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 88; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., p. 274; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 447.

³⁶⁰ AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 88.

de justicia tradicional como el *mato oput*³⁶¹, o las reparaciones a las víctimas³⁶², serían actuaciones capaces de transmitir contradicción respecto del hecho delictivo cometido por el victimario.

En cualquier caso, creo que es justo reconocer que estos mecanismos operarían más como sanciones neutrales que como una censura moral al victimario³⁶³. Empero, no creo que ello constituya un problema si este primer efecto tendente al mantenimiento de la cooperación se entiende como reafirmación de lo que constituye un comportamiento conforme a Derecho y no como una consagración oficial de una determinada moral.

Desde luego, podría argüirse, como así se ha hecho en escenarios de normalidad social³⁶⁴, que todas estas actuaciones relacionadas con la confesión del delito y la reparación a la víctima adolecerían de un déficit de intensidad expresiva³⁶⁵. A este respecto, considero que pese a que muchas de las actuaciones mencionadas no constituyen un juicio de culpabilidad al uso³⁶⁶, sí que poseen otros rasgos que, en cierta medida, permitirían «afilarse» o dotar de una mayor intensidad al aspecto expresivo. Por un lado, normalmente actos como las peticiones de perdón o la revelación de la verdad de lo sucedido suelen realizarse de forma pública, con cobertura de los medios de comunicación y la

³⁶¹ KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., p. 275, como indica la autora, el *mato oput* consiste en un ritual propio de la tribu de los Acholi en el que el victimario bebe una especie de raíz amarga machacada.

³⁶² KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», cit., p. xvii; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 90, 126; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 49-50. En contextos de normalidad social, asocian a las reparaciones materiales una equivalencia simbólico-comunicativa a la pena, GARRO CARREIRA, E., «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa: Claves para una reelaboración», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, p. 6, destacando que «la disponibilidad plena del sujeto por reparar, su esfuerzo, las renuncias o los sacrificios asumidos, o bien su implicación en un proceso de comunicación con la víctima [...] ostentará un significado comunicativo de asunción de responsabilidad»; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 124; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La reparación del daño causado por el delito y sus efectos sobre la pena. Especial referencia a los delitos de terrorismo»; en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, p. 157.

³⁶³ Así lo asumen, STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 439; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 12. Se aproxima mucho la postura de los anteriores a la sostenida en escenarios de normalidad social por autores como FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», cit., p. 82 o VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., pp. 37, 43, quienes mantienen que, en relación con la sanción penal, solo esta disfrutará del carácter simbólico suficiente para mostrar censura y reprobación total por el delito cometido. De manera similar, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 154.

³⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 124.

³⁶⁵ SELLS, P., «La restauración de la confianza cívica», cit., p. 30, considera que las comisiones de verdad y otros mecanismos alternativos a los enjuiciamientos pueden ser necesarios como complemento, pero no son capaces de comunicar el mismo nivel de reproche que la pena.

³⁶⁶ Así, GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 277, considera que la declaración de culpabilidad sería necesaria a efectos de asegurar que la comunicación de la validez de la norma contraria se dirija de manera performativa a la persona responsable que ha cometido públicamente un delito.

visualización de la sociedad civil, y ante organismos investidos de cierta oficialidad y legitimidad en sus procedimientos³⁶⁷.

Por otra parte, si, a partir de su vinculación con la producción de dolor al victimario, ese déficit comunicativo se achaca a una menor intensidad de la pena impuesta, también existen determinados argumentos que pueden ser esgrimidos. En primer lugar, creo que justificar la aflicción de dolor en términos de equivalencia comunicativa respecto de la negación de la norma asociada a la conducta previa del victimario³⁶⁸ provoca que a dicha postura le sea extrapolable, con nimias variaciones, la misma crítica ya enunciada a las teorías retributivas clásicas. Ante hechos de una gravedad fuera de lo común, no habría mensaje alguno –acompañado o no de sufrimiento en la figura del autor– que pudiera alcanzar en intensidad el manifiesto desprecio hacia la norma mostrado por los perpetradores.

Asimismo, incluso en los casos en los que se renuncia a la pena en su totalidad, muchas de las actuaciones a las que se condiciona dicho beneficio también cuentan con un componente de sufrimiento o privación de derechos respecto del victimario, por lo que la vertiente fáctico-aflictiva de la pena no quedaría incólume³⁶⁹. En este sentido, como ha sido señalado en contextos de normalidad social, el propio procedimiento penal, aunque no acabe en una declaración de culpabilidad o lo haga mediante la imposición de una pena suspendida, también estigmatiza³⁷⁰. Del mismo modo, la mera exposición pública de la conducta delictiva ante una comisión de la verdad expone al sujeto a la ignominia de la sociedad y, en cuanto al estigma y a la vergüenza generada, desarrollaría efectos preventivos³⁷¹. Otras actuaciones desarrolladas en el

³⁶⁷ Como indican FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 629, dado que los sistemas de justicia transicional suelen estar respaldados por el propio Estado o la comunidad internacional, también disfrutan de un elevado nivel de autoridad moral y legitimidad. No obstante, existen autores que consideran que esta sería menor que la de los juicios al uso, entre otros, TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 73; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 123-125; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?», *Texas International Law Journal*, Vol. 31, 1996, p. 13; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 10; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 242.

³⁶⁸ Es desde esta perspectiva expresiva respecto de la que muchos autores justifican la retribución como fin de la pena en torno a los llamados crímenes internacionales, en tanto consideran que solo un castigo de determinada intensidad puede mostrar un reproche moral suficiente a los actos subyacentes, véase, entre otros, HAQUE, A., «Group Violence», cit., pp. 309-320; de manera similar, relaciona la dureza de la pena con la intensidad comunicativa, DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», cit., p. 960.

³⁶⁹ Y es que la equivalencia funcional respecto de la pena no solo puede darse en relación con el plano simbólico-comunicativo, sino también en relación con la vertiente fáctico-aflictiva. Así, JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 6, § 4 (nota al pie 14); SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 119.

³⁷⁰ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 26; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 806; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., pp. 148-150.

³⁷¹ Reconocen este efecto estigmatizador a las comisiones de la verdad, ZALAUQUETT, J., «Balancing Ethical Imperatives», cit., p. 1433, quien considera que de ello se deriva un efecto preventivo; íd., «Con-

marco transicional, como las llamadas purgas o lustraciones, pese a no tener naturaleza punitiva, también llevan asociadas consecuencias –como la pérdida del puesto de trabajo o la prohibición de acceso en el futuro a un cargo público– que no solo implican un sufrimiento para el victimario, sino que, asimismo, suponen un estigma que puede llevar a la exclusión del sujeto respecto de su grupo social³⁷².

Por último, considero que para alcanzar este efecto tendente a la cooperación, tampoco sería necesario el enjuiciamiento de todos los victimarios, pues es de esperar que la utilidad marginal de los procedimientos siga una lógica matemática decreciente, de suerte tal que la ganancia declarativa será especialmente grande en los juicios iniciales, mientras que irá decayendo conforme los primeros individuos se encuentren ya enjuiciados³⁷³. Esto es importante sobre todo en relación con la necesidad de reconciliar dicho fin con las limitaciones que la realidad impone en estos escenarios.

La conjunción de todos estos rasgos permitiría hablar de una «expresión transada de condena» en el contexto de las tensiones propias de una negociación de paz o de una transición entre regímenes³⁷⁴, expresión que puede ser construida de diferentes formas en atención a las múltiples combinaciones de mecanismos por los que se opte en el sistema transicional en cuestión.

Resulta difícil determinar si, desde la óptica exclusiva de este efecto comunicativo, sería necesario conservar algo de pena respecto de determinados sujetos o no. En atención a todo lo desarrollado anteriormente, y empleando un razonamiento análogo al desarrollado por Jakobs respecto de la vigencia

fronting Human Rights Violations», cit., p. 12. Especulan con este efecto preventivo, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 66; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 9. Sin reconocer expresamente el efecto preventivo, pero sí el estigma, ROHT-ARRIAZA, N. / POPKIN, M., «Truth as Justice», cit., p. 105; NEIER, A., «What Should be Done about the Guilty?», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, p. 180, considerando que la revelación de «la verdad», entendida como la identificación de los responsables y de sus actos ya es un castigo en sí por el estigma que conlleva; TEITEL, *Transitional Justice*, cit., pp. 50, 90; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 767; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 630, referido a la publicación de los nombres de los victimarios en el informe final de una comisión de la verdad; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., p. 268; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 447; UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 31, quien prefiere hablar de «condena social»; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 96.

³⁷² SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», cit., p. 465; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., pp. 804-806; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 124; similar, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 19. Añaden a lo anterior un efecto preventivo, ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 12; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 57, 66; STIGEN, J., *The Relationship*, cit., p. 447; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 9.

³⁷³ MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 14.

³⁷⁴ SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 16.

espiritual de la norma³⁷⁵, creo que, en la medida en que este efecto se mueve en un plano simbólico-espiritual, la ejecución de un mínimo de pena –la causación de un mínimo de dolor al victimario– no sería estrictamente necesaria. Desde luego, una amnistía total e incondicionada a los victimarios, que vedara cualquier tipo de procedimiento judicial o extrajudicial, así como cualquier medida dirigida al establecimiento de la verdad o la reparación de las víctimas, fracasaría completamente en su misión comunicativa³⁷⁶. Empero, un sistema transicional que condicionara dicho beneficio al sometimiento de los victimarios a todas o parte de las medidas mencionadas complementarias mencionadas, sí podría cumplir de manera mínima con este primer efecto dirigido a la reconstrucción de la cooperación.

3.2.2 *El efecto de reafirmación de la norma como expectativa de comportamiento en la restauración y el mantenimiento de la cooperación*

a. La ejecución de la pena como refuerzo cognitivo de la vigencia de la norma: disuasión y reafirmación del monopolio de la violencia

Una segunda manera mediante la que el castigo sería funcional a la reconstrucción y al mantenimiento de la cooperación en torno al contrato social estaría relacionada con su capacidad para reafirmar la norma y/o los valores que subyacen detrás de ella como generadores de expectativas de comportamiento prosocial³⁷⁷.

El punto de partida de esta justificación es el siguiente: el delito no solo erosiona la norma –como representativa del Derecho vigente– de una manera espiritual, sino que también la daña como apoyo cognitivo necesario para la orientación del comportamiento de los ciudadanos³⁷⁸. En una sociedad que atraviesa un proceso de transición y en la que, en su pasado más inmediato, se ha producido una violación generalizada y sistemática de los derechos funda-

³⁷⁵ A este respecto, JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», cit., p. 346, considera que la vigencia de la norma en el plano espiritual puede mantenerse mediante su contradicción comunicativa, sin necesidad de la irrogación de un mal; de manera similar, *id.*, *La pena estatal*, cit., p. 136, aunque ya no habla propiamente de vigencia espiritual, sino de «Derecho abstracto», señalando que en este último plano queda sin respuesta la cuestión de la medida de la pena.

³⁷⁶ AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 87; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 128.

³⁷⁷ Pone de manifiesto la importancia de este efecto en la justicia transicional, JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?», cit., *passim*; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 156-157.

³⁷⁸ JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», cit., p. 344; *id.*, *La pena estatal*, cit., pp. 139-140.

mentales, sería fundamental entonces reestablecer la confianza en el sistema jurídico-penal como generador de expectativas de comportamiento³⁷⁹.

A diferencia de la vigencia espiritual, la cual podría mantenerse con la mera contradicción del hecho delictivo en un plano simbólico³⁸⁰, la norma, como expectativa de comportamiento, no sería suficientemente reparada por la declaración de que una determinada persona ha cometido un determinado delito³⁸¹. En la línea de lo señalado por Feijoo Sánchez, «la expresión de desvalor o censura sería suficiente en Estados con una identidad o integración fuerte entre las razones colectivas, sociales o estatales y las individuales»³⁸².

Sin embargo, los escenarios de transición aparecen como el polo opuesto a dicha situación ideal. Si hay algo que caracteriza a estos últimos es, precisamente, el hecho de que la orientación conforme a fines y expectativas se ha disipado³⁸³. Cabe valorar entonces si la reafirmación de la norma necesitaría de la aflicción de un mal adicional al constituido por el proceso al victimario en el plano fáctico-cognitivo³⁸⁴, de manera que sería necesario vincular –como así lo ha hecho un grupo relevante de autores en escenarios de normalidad social– parte de esa función preventivo-integradora al elemento disuasivo de la pena³⁸⁵.

En cuanto a esto, cobra especial relevancia la ya mencionada idea de reciprocidad o cooperación condicionada que, en buena medida, guiaría el comportamiento del ser humano³⁸⁶. Este sentimiento haría referencia a una determinada realidad de la existencia del ser humano: el hecho de que muchos individuos están dispuestos a mantener la cooperación en torno a la norma si y solo en tanto puedan esperar que el resto cumplirá con ella y no adoptarán una estrategia indi-

³⁷⁹ KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 157.

³⁸⁰ JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», cit., p. 346; de manera similar, *íd.*, *La pena estatal*, cit., p. 136. Y ello aun cuando, a mi juicio, la declaración de culpabilidad debe tener lugar como condición necesaria, aunque no suficiente para el restablecimiento de la confianza en el sistema.

³⁸¹ *Ibid.* pp. 142-143.

³⁸² FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 287.

³⁸³ KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 159.

³⁸⁴ Pues, como se ha señalado, existen autores que consideran que el propio proceso ya sería capaz de reafirmar esa vigencia de la norma, entre otros, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 234; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 12; *íd.*, «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., p. 93.

³⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 112; ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., pp. 433-438; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., pp. 356-359; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 248-256; también parece corresponderse esta visión con la última fase del pensamiento de Jakobs (JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», cit., pp. 346-348; *íd.*, *La pena estatal*, cit., pp. 135 ss.).

³⁸⁶ Sobre ello, me remito nuevamente al magnífico estudio de RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 112 ss., donde analiza empíricamente esta afirmación sobre la base de la teoría de juegos.

vidualista, separándose de aquella para obtener una ventaja propia³⁸⁷. Cuanto mayor sea el número de individuos que no pueda confiar en que «el otro» cumplirá con los dictados de la norma, menor será el cumplimiento general de esta. La mejor manera de mantener la cooperación pasaría entonces por promover, en la mayor medida de lo posible, la confianza en que el resto mantendrá su comportamiento apegado a la norma, siendo este el punto en el que la efectiva ejecución del castigo desplegaría sus efectos³⁸⁸.

Si lo que se pretende es no solo reafirmar la vigencia espiritual de la norma –es decir, la norma como constitutiva de lo que en un plano ideal es un comportamiento conforme a Derecho–, sino mantener o conservar esta como patrón en la orientación del comportamiento prosocial de los individuos, la ejecución de la pena sería necesaria. El sufrimiento efectivo del victimario, actuaría como apoyo que, por un lado, cognitiva y fácticamente, otorgaría motivos sensibles a los potenciales perpetradores para mantenerse apegados a esta y, por el otro, haría posible al resto de la sociedad confiar en que, con independencia de las particularidades de cada individuo, la mayoría se comportará de la manera proscrita y, el que no lo haga, será castigado³⁸⁹. Como indica Feijoo

³⁸⁷ *Ibid.*, pp. 180-181; véase también, ALCÁ CER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., pp. 503, 556-559; KAHAN, D. M., «Signaling or Reciprocating?», cit., pp. 368-369, calificando a dichos individuos como «*reciprocators*».

³⁸⁸ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 248-249; ALCÁ CER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., pp. 451-453; KAHAN, D. M., «Signaling or Reciprocating?», cit., pp. 369, 380.

³⁸⁹ En palabras de JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», cit., pp. 346-348, «la pena sería dolor para que el apoyo cognitivo no desaparezca», se grava el impulso hacia el delito con otro impulso en dirección opuesta para que el delito no «merezca la pena» y la sociedad pueda seguir confiando en la vigencia de la norma; *íd.*, *La pena estatal*, cit., pp. 147-148, añadiendo al razonamiento anterior que sólo podrá mantenerse la norma como esquema de orientación a través de la pena si aquellos que se orientan en el papel de autor, teniendo en cuenta la pena, se abstienen, por miedo o convicción, de cometer el hecho, y si en los sujetos que se orientan en el papel de víctimas existe la representación de que la pena apartará a alguno de cometer el hecho. Defienden una justificación parecida en relación con la aflicción del dolor, ALCÁ CER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., pp. 437 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 250. Una apreciación similar puede observarse en las primeras etapas de SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 112, señalando que «la disposición al cumplimiento de las normas no opera cuando la infracción de estas se hace especialmente atractiva; y que dicha disposición disminuye cuando se advierte que el que las infringe no resulta sancionado»; *íd.*, «Del Derecho abstracto al Derecho “real”», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2006, p. 4, reseñando que para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales, es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales; *íd.*, «*Nullum crimen sine poena?*», cit., pp. 164, 167, indicando que el «dolor penal» no se vincula a las exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales. Aunque no se alinean expresamente con esta visión, de fondo parece latir la misma idea en AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., pp. 203, 209, al señalar que la pena es considerada como un mal que dota de seriedad a la amenaza y que debe ser aceptado en nombre de la eficiencia puesto que la impunidad ofendería a la conciencia jurídica de la población; de manera similar, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, cit., p. 39, justifica el dolor penal en atención a que el ser humano es un ser falible y necesita de un apoyo cognitivo que trascienda del plano simbólico-comunicativo dando un motivo fáctico y sensible para

Sánchez refiriéndose específicamente a la última visión del castigo de Jakobs, «(la imposición de) la pena concreta viene determinada por los efectos de psicología social necesarios para que las víctimas potenciales sigan contando con el delito como un evento improbable dentro del espacio de juego»³⁹⁰. La pena conseguiría mantener la cooperación a través del ejercicio de fidelidad normativa, pero lo lograría como «efecto reflejo de la disuasión»³⁹¹.

Esta referencia a la vertiente disuasiva del castigo y a su «efecto reflejo» sobre la expectativa normativa debe encajarse dentro de la lógica imperante en los escenarios aquí examinados. Ya ha sido puesto de manifiesto que, en el corto plazo y a fin de subsanar o modificar las circunstancias factuales que acompañan a este tipo de delitos y que debilitan la capacidad disuasiva o intimidatoria del castigo, la renuncia a la pena ordinariamente prevista puede ser adecuada para dotar a la sociedad de un mínimo de estabilidad que permita llevar a cabo las reformas sociales necesarias para poner fin a las condiciones que actúan como caldo de cultivo de los actos de violencia generalizada.

La eficacia de esta estrategia no solo se asentaría, en la línea de lo señalado por Lacey y Pickard, en la mutua confianza de que los victimarios actuales –de una o ambas partes– van a abstenerse de reiterar su conducta tanto en el corto como en el largo plazo³⁹², sino también en el hecho de que la sociedad

no delinquir. Nótese que, voluntaria o involuntariamente, esta argumentación supone un regreso a Feuerbach, en tanto no difiere en demasía de la manera en la que aquel justifica la efectiva imposición de la pena, es decir, como modo de «dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca» (FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, cit., p. 61); sigue al anterior GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 340-341, para quien la ausencia de imposición de la pena conminada provoca que se dude de la conminación como tal.

³⁹⁰ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 242 (paréntesis y cursiva añadida al original); véase también, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 71.

³⁹¹ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 250-252; esta vinculación entre la capacidad disuasiva de la pena y el fin preventivo-general positivo de mantenimiento de la expectativa también puede apreciarse en, ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines de la pena», cit., p. 433, esbozando que la intimidación sería un fin instrumental o de apoyo a aquella finalidad de protección de la expectativa normativa; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 359, indicando que la pena no les reafirma que la estrategia de cooperación es correcta sino que les asegura que los que no lo vean como ellos serán coaccionados y sancionados; también puede advertirse esta relación en la última etapa del pensamiento de JAKOBS, G., *La pena estatal*, cit., p. 148, donde señala que la prevención general positiva al menos también implica la intimidación de autores potenciales, es decir, prevención general negativa, sólo que no se habla de ella directamente, sino de su efecto de producir fidelidad a la norma, y de su reflejo en la confianza en la norma por parte de otros sujetos. Dicho de otro modo, si la pena mantiene la confianza en la norma, debe producir miedo o convicción, y sólo en ese caso mantendrá la confianza en la norma. También menciona este potencial «efecto reflejo» consecuencia de la ejecución de la pena, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 101, si bien se opone a reconocerlo como fin de la punición.

³⁹² Como indican LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., p. 681, el «perdón», como estrategia cooperativa, funciona solo en la medida en que ambas partes puedan confiar en que la otra cumpla con lo acordado, existiendo en todo momento el riesgo de que una de ellas esté «engañando» a la otra por su propio beneficio. Véase también, desde la sociología, WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 219, quien sostiene que dentro de las dinámicas de violencia, alcanzar la paz requiere de

pueda confiar legítimamente en que la norma penal encarna una expectativa de comportamiento creíble respecto de los victimarios potenciales.

En contextos de justicia de transición, la efectiva ejecución de la pena y el sufrimiento del victimario –en cuanto limitación material de sus derechos– podría justificarse entonces como un elemento de disuasión y/o persuasión respecto del conjunto de los ciudadanos sobre las consecuencias negativas de apartarse de los dictados de la norma penal. De esta manera, podría confiarse en que, en el futuro, la mayoría desarrollará su comportamiento de acuerdo con el compromiso adquirido y a las reglas que rigen la vida en sociedad, garantizándose así la convivencia³⁹³.

Esta premisa relativa al mantenimiento de la cooperación mediante la disuasión a medio y largo plazo puede, desde luego, ser discutida desde una perspectiva histórica. A este respecto, es cierto que el enjuiciamiento de parte del régimen nacionalsocialista por parte del Tribunal de Núremberg no impidió que años más tarde parte de los crímenes cometidos durante dicho periodo fueran replicados en la antigua Yugoslavia. Tampoco el establecimiento del Tribunal del Lejano Oriente logró disuadir al Khmer Rouge de la perpetración de delitos de lesa humanidad en Camboya. Si, en la línea de lo sugerido por Jakobs, cada delito cometido a pesar de la amenaza de la pena demostraría que la disuasión es más una ficción que una realidad³⁹⁴, entonces cabría preguntarse si realmente queda algo de «vivo» que pueda justificar la ejecución del castigo con fines de mantenimiento de expectativas en contextos de transición. A mi juicio, existen una serie de argumentos que pueden, en cierto modo, contrarrestar este pesimismo.

Por un lado, considero que una crítica como la anterior partiría de una visión equivocada de la «vertiente negativa de la pena», desde la que la amenaza e imposición del castigo lo que buscaría sería la evitación de toda lesión jurídica³⁹⁵. Juzgar a la vertiente disuasiva de la pena por su capacidad para modificar el comportamiento de todo destinatario de la amenaza constituye un entendimiento reducido de aquella³⁹⁶. Más allá de que incluso puede discutirse que la completa erradicación del delito sea un fin deseable³⁹⁷, no puede preten-

una base amplia de confianza y convicción, que primero debe crearse y que puede ser cuestionada nuevamente en cualquier momento. La pena, a mi juicio, serviría a tales fines.

³⁹³ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., pp. 194-195.

³⁹⁴ JAKOBS, G., *La pena estatal*, cit., p. 125.

³⁹⁵ Esta es la premisa de FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 58-59.

³⁹⁶ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 312.

³⁹⁷ Esto supondría negar –al menos implícitamente– los postulados de otras corrientes de pensamiento que abogan por considerar el crimen como un fenómeno «normal» dentro la sociedad. En este sentido, por ejemplo, MARX, K., «Elogio del crimen», en MARX, K., *Elogio del Crimen* (traducción de

derse juzgar la efectividad de la pena por su capacidad para ello, sino que parece más razonable evaluar aquella en atención a los casos en los que si alcanzó su evitación³⁹⁸.

Todo ello conecta con la tan manida crítica realizada a las teorías de la prevención general negativa y referida a la ausencia de evidencias empíricas sobre la capacidad de disuasión del castigo³⁹⁹. No obstante, las dificultades para medir empíricamente y determinar con exactitud el potencial de intimidación de la pena⁴⁰⁰ no deben llevar a negar, sin más, aquel.

Hay buenas razones para considerar que el sistema penal en su conjunto ejerce un efecto disuasorio general, de manera que los niveles de delincuencia

Javier Eraso Ceballos), 2.^a ed., Sequitur, 2010, pp. 29-32, quien defiende la idea de que el crimen no va a poder suprimirse completamente en tanto es necesario en la sociedad, puesto que su mera existencia genera riqueza para un determinado grupo de personas –profesores, abogados, cerrajeros, etc.– y contribuye al equilibrio social. De manera similar, DURKHEIM, E., «Normalidad del crimen», en MARX, K., *Elogio del Crimen* (traducción de Javier Eraso Ceballos), 2.^a ed., Sequitur, 2010, pp. 59-68, quien califica el crimen como un fenómeno sociológico normal e inevitable, necesario para el progreso social y parte plenamente integrante de una sociedad sana; sigue a los anteriores, MURPHY, J. G., «Marxism and Retribution», cit., p. 59; también considera el crimen un fenómeno social normal, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 244.

³⁹⁸ Este entendimiento de la prevención general negativa ya estaba presente en CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, cit., p. 182, cuando afirmaba que «la pena sí fue suficiente para el que no delinquirá»; más recientemente, optan por una comprensión similar, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 228; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 103; ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 383; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 293-295, 312-313; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 230; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 142.

³⁹⁹ Hacen referencia a la falta de evidencias empíricas respecto de la capacidad disuasiva del castigo, entre otros, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 11; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 92 ss.; KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 22-24, 27; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 172.

⁴⁰⁰ Como indica HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, cit., p. 30, medir este tipo de efectos presupondría la necesidad de suspender la justicia penal a modo de experimento natural, para así delimitar que efectos se corresponden al proceso y cuales a otros factores; del mismo modo, y relacionado con esta última apreciación, VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., pp. 17-23, señalan, entre otras, las siguientes dificultades para medir la capacidad disuasiva de la pena desde un plano empírico: i) el elevado número de factores que influyen en el delito; ii) la naturaleza eminentemente subjetiva de la decisión de delinquir; iii) aun pudiendo salvar lo anterior, la correlación estadística no equivale a una verdadera relación causal, siendo necesario elegir correctamente qué variables se miden –siendo una variable fundamental la mayor o menor certeza de ser castigado– y cómo se comparan, puesto que puede haber problemas de influencia recíproca entre una y otra; iv) el hecho de que cada tipo penal puede tener una lógica de comisión diferente al resto en lo que a sus potenciales perpetradores se refiere; v) la posible interferencia de la incapacitación –o prevención especial negativa– en la correlación. En un sentido similar, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 92, destaca que es muy difícil determinar qué sucedería de no estar castigada una determinada conducta, dados los múltiples factores que influyen en la comisión de un hecho delictivo y en la evolución de la criminalidad. Específicamente referido a contextos de justicia de transición, extiende estas consideraciones, AKHAVAN, P., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?», cit., p. 636, adicionando a todo lo anterior la dificultad de establecer una relación causal debido al variedad de mecanismos extrapenales que suelen acompañar al enjuiciamiento en estos casos; en idéntico sentido, CRONIN-FURMAN, K., «Managing Expectations», cit., p. 435. De manera similar, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 146.

serían mucho mayores si un porcentaje elevado de las infracciones no pudieran ser detectadas o castigadas⁴⁰¹. Muy ilustrativo resulta el ejemplo empleado por Ashworth y Roberts, en el que señalan como, en Melbourne en 1918, en Inglaterra en 1919 o en Dinamarca en 1944, la ausencia o sensible reducción de actividad de alguno de los eslabones de la estructura estatal de castigo –ya fuere la Policía o las Cortes de Justicia– redujo sustancialmente el nivel de cumplimiento de la ley, aumentando en esos países la media de delitos cometidos⁴⁰². Igualmente, los resultados obtenidos en los experimentos vinculados al campo de la teoría de juegos vendrían a corroborar que la existencia de un sistema de castigo estatal sería funcional al mantenimiento de la cooperación⁴⁰³ y a la disuasión de aquellos que potencialmente pudieran valorar adoptar un comportamiento inequitativo⁴⁰⁴.

Consecuentemente, no resultaría disparatado aceptar que, pese a que su prueba empírica es imposible, la comisión de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos hubiera sido mayor de no estar tipificadas

⁴⁰¹ Así, a partir de los resultados arrojados por los estudios empíricos, VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, cit., p. 1; NAGIN, D., «Criminal Deterrence», cit., p. 2; TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», cit., p. 293. Comparte la premisa de que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera, si bien la califica de mera hipótesis inductiva, ALCÁZER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal», cit., p. 383; de manera similar, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 229; aludiendo a conceptos fuertemente intuitivos, defienden la capacidad disuasiva general del castigo, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, 2001, p. 345: «no hay dictador en el mundo que no conozca y utilice para sus fines el mecanismo de la intimidación»; un ejemplo muy similar emplea, WALKER, N., «Reductivism and Deterrence», cit., p. 213, señalando que en los cambios de régimen –debe entenderse que de uno democrático a uno autoritario, pese a que el autor no lo especifica– es muy frecuente que se empleen las ejecuciones como elemento disuasivo para generar fidelidad a la norma.

⁴⁰² ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», cit., p. 46.

⁴⁰³ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 141-154, donde muestra cómo los niveles de cooperación son mayores en aquellos ambientes en los que los participantes tienen la facultad de castigar al *free rider* que se aparta del comportamiento prosocial, que en aquellos otros en los que no hay posibilidad alguna de castigar los comportamientos inequitativos. Ello está muy relacionado con el sentimiento de cooperación condicionada, ya que, si en un entorno cooperativo comenzaran a crecer los comportamientos egoístas sin que hubiera una consecuencia por ello, los individuos que sí mantuvieron su comportamiento prosocial verían defraudada su expectativa de que en el futuro el comportamiento del *free rider* cambie, lo que provocaría en ellos la respuesta automática de no cooperar y el resultado comunitario comenzaría a disminuir. La manera viable de evitar este fenómeno pasa por hacer menos atractivo el comportamiento no cooperativo, y el castigo es la forma más eficaz de hacerlo, en tanto reduce la incertidumbre a futuro generando la creencia de que el resto va a cooperar.

⁴⁰⁴ Considero que no debería haber excesivos problemas en aceptar que el delito puede ser concebido como prototipo de acto socialmente inequitativo, en tanto el delincuente no hace sino tratar a los demás de peor manera que a sí mismo, abandonando el sistema cooperativo como mecanismo más eficiente de asignación de recursos para la obtención de un beneficio propio que, de repetirse de manera generalizada –como por otro lado, sucede en los contextos de transición–, amenazaría la propia existencia del Estado. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., pp. 97-98; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 186-187.

como delito y de no haber sido enjuiciadas a nivel nacional o internacional⁴⁰⁵. Del mismo modo, considero que también puede admitirse que, de generalizarse el enjuiciamiento y castigo de los delitos más graves contra la comunidad internacional, su comisión a futuro sería menor⁴⁰⁶.

Cuestión distinta es que, como se ha puesto de manifiesto, la pena resulte en estos contextos, por sí misma y en último término, un instrumento útil y eficaz para alcanzar más que una sociedad temporalmente pacificada⁴⁰⁷.

Del razonamiento anterior cabe entonces inferir, de acuerdo con Feijoo Sánchez, que lo que realmente desempeñaría efectos preventivo-generales no serían las decisiones punitivas en concreto, sino la existencia en un nivel macro de un sistema u aparato penal operativo⁴⁰⁸. Sería esta operatividad del sis-

⁴⁰⁵ Así lo consideran, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., pp. 11-12; AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., pp. 9-10, 13 ss., donde, entre otros supuestos, describe como en el contexto de la Guerra de los Balcanes las detenciones de líderes como Kalinic provocaron reacciones en el resto, incluido Milosevic, que denotaban que éstos no eran ajenos a dicho efecto; véase también, íd., «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?», cit., pp. 636 ss., donde ejemplifica, a través de una variada serie de supuestos, como el castigo o la amenaza del mismo puede lograr evitar una escalada en la violencia, aislar a los victimarios en lo que al apoyo político se refiere; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 2097, ilustrando esta idea con la siguiente frase: «el caso Pinochet, al menos, pareciera haber puesto fin al deseo de viajar de otros exdictadores latinoamericanos o de otras nacionalidades». De manera cautelosa, otorga a la sanción penal de estos hechos un efecto preventivo, PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 67. Especula con esta posibilidad, aunque considera que resultaría imposible probarlo, DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 169-173; comparte la opinión del anterior, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 218. También BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 25, parece decantarse por esta posibilidad esbozando que, pese a que hay algo de oscuro e imprevisible en la naturaleza del ser humano, es más probable que dichos actos ocurran cuando se reducen los controles externos. Se muestran más dubitativos respecto de este efecto en relación con los crímenes más graves contra la comunidad internacional, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 146; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 66; ZOLO, D., «Peace through Criminal Law?», cit., p. 732; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 180. Parecen oponerse a reconocer tal efecto, FLETCHER, G. P., «The Place of Victims», cit., p. 53, calificando las esperanzas sobre la disuasión en estos contextos como un pensamiento ilusorio (*wishful thinking*) y una débil racionalización (*feeble rationalization*) de la intuición de que el imperativo de justicia requiere del castigo de tales hechos. Se opone expresamente a reconocer tal efecto, RODMAN, K., «Darfur and the Limits of Legal Deterrence», cit., *passim*.

⁴⁰⁶ Muy interesante resulta la apreciación de UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., pp. 130-131, quienes consideran que dicho efecto no puede medirse en los contextos transicionales debido a que la tendencia, hasta el día de hoy, no ha sido el castigo, sino la impunidad, como lo demostrarían las múltiples amnistías promulgadas en Latinoamérica a finales del siglo pasado y el hecho de que los Tribunales de Núremberg, Ruanda y Yugoslavia hayan sido eventos esporádicos. Sería esa impunidad la que permitiría asociar, al menos parcialmente, la repetición de tales actos aun cuando algunos sí fueron juzgados, ya que muchos victimarios podían conjeturar que escaparían al castigo y muchas víctimas, al no encontrar justicia, podían a su vez tornarse en victimarios. En cambio, si se consolidara una tendencia al castigo entonces la lógica podría invertirse.

⁴⁰⁷ Aunque no específicamente referido a los supuestos de justicia de transición aquí examinados, se plantea este problema, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente*, cit., p. 345.

⁴⁰⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 274; en este sentido parecen ir también las conclusiones de RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 150 ss.

tema penal la que habría de ser reafirmada ante la sociedad en los contextos transicionales en cuanto a elemento esencial en la vigencia real de la expectativa normativa. Empero, esta no sería susceptible de ser reafirmada de una manera exclusivamente simbólica⁴⁰⁹, sino que habría de anunciarse a través del ejercicio de la fuerza, es decir, del *ius puniendi*⁴¹⁰.

La reacción jurídica que representa la efectiva imposición y ejecución de un castigo reafirmaría en el plano cognitivo la existencia –necesaria e imprescindible para la constitución del contrato social– de un sujeto capaz de llenar el vacío de poder a través del monopolio de la fuerza⁴¹¹, restaurando así entre los ciudadanos la sensación de confianza, seguridad y protección⁴¹².

Y es que, a través de la ejecución de la pena, el Estado cumple con un compromiso comunitario adquirido, compromiso que a la sociedad no le es indiferente, no tanto por el hecho pasado, como por las expectativas y esperanzas de convivencia futura⁴¹³. Si el Estado no es capaz de actuar como garante de las expectativas en él depositadas⁴¹⁴, devendría imposible mantener un mínimo de confianza en él⁴¹⁵.

Desde esta perspectiva, la efectiva aflicción de un mal coadyuvaría en la reconstrucción del contrato social en tanto sería capaz de transmitir que, por complicadas que hayan sido –pues con el recurso a las medidas premiales no se deja de reconocer que el sistema ha fallado en términos generales–, sean o pueden ser las circunstancias y el ambiente institucio-

⁴⁰⁹ Aunque, como indica DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., pp. 15-16, la propia llamada al proceso penal ya reafirma la autoridad de la norma (es justo reconocer que Duff emplea la expresión, «*restoration of the rule of law: the law reasserts itself as the governing law of the polity*»).

⁴¹⁰ Como indica KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 179, la manera en la que el Estado materializa el monopolio de la violencia es a través de la utilización del Derecho penal, por lo que, si se quiere reafirmar el primero, el segundo deberá ser necesariamente utilizado.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 182.

⁴¹² *Ibid.*, pp. 181-182. Como indican UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., p. 129, el castigo reforzaría la garantía de no repetición –relacionado con la promesa creíble de que no habrá víctimas futuras–, en los procesos de transición. Aunque su teoría de la pena difiere bastante de la que en este momento nos ocupa, véase también FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., pp. 153, 155, donde esboza que una de las principales garantías relacionadas con una paz duradera es el completo desarme de la sociedad civil –esto es, la eliminación completa de las armas– y la reafirmación del monopolio estatal de la fuerza.

⁴¹³ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 268. Como indica PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El «terrorista» ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural», en SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ, J. R. / DEMETRIO CRÉSPON, E. (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, 2010, p. 186, «un contrato no suficientemente asegurado (coactivamente) crea incentivos racionales en todos los participantes para defraudarlo [...] lo que, a la larga, pone en riesgo la cooperación social misma».

⁴¹⁴ Y es que, como indica LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., p. 241, el Estado tiene un especial deber de garantía respecto de los bienes jurídicos personalísimos.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 268.

nal que rodeen a la comisión de delitos de manera generalizada y sistemática, estos acabarán siendo castigados.

Una exención total de la pena a todos los victimarios, aun cuando precedida de una declaración de culpabilidad, no lograría lo anterior. La impresión que fácticamente perduraría en los individuos sería la de debilidad del Estado al tiempo que, a futuro, se enviaría el mensaje de que la violencia es un mecanismo eficiente para la consecución de determinados objetivos –incluso, para el impedimento de una efectiva implantación de las reformas sociales–, pues aun cuando aquellos no se alcanzaran, bastaría con acumular el suficiente poder para evadir las consecuencias penales⁴¹⁶.

b. Condiciones para su flexibilización en contextos transicionales

Que, en lo referido al sentimiento de cooperación condicionada y al pronóstico que un individuo puede efectuar sobre el comportamiento futuro de los demás, ningún ser racional valora de igual manera recibir un reproche que una consecuencia negativa en sus derechos o bienes⁴¹⁷, es una premisa que debe aceptarse. Ahora bien, una cosa es que, en abstracto, algo de castigo sea necesario para restaurar la cooperación y otra muy distinta que aquel que se haya de imponer a todos los victimarios y, en todo caso, proporcionado a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor.

⁴¹⁶ Referido a las amnistías e indultos «manta», NINO, C., «The Duty to Punish», cit., p. 2630; SLYE, R., «The Legitimacy», cit., p. 197; igualmente ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., pp. 2542-2544, considera que la ausencia total de castigo viciaría la autoridad de la ley y la legitimidad del Estado, lo que podría remediarse mediante la imposición de aquel en tanto transmitiría que determinados valores e instituciones están por encima de la capacidad militar; también, BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 27, considera que la no sanción de las atrocidades cometidas contra la población civil –refiriéndose al caso de Yugoslavia– envía un mensaje negativo a los potenciales agresores, indicándoles que tales crímenes pueden ser cometidos con impunidad y por tanto termina brindando estímulo y razones a los perpetradores para que acudan a la violencia masiva, pues aprenden que la violencia es un mecanismo eficiente para alcanzar el poder y que la justicia no hace ni puede hacer nada para detenerlos; en términos similares, LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 576. Muy interesante resulta como ejemplifica este problema, SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 11, quien parte de que la amnistía dada a los oficiales turcos en el genocidio armenio encorajinó a Hitler a desarrollar una política similar total grado de impunidad sobre la idea de «¿quién habla hoy en día de la destrucción de los armenios?». Ello le lleva a aseverar que la promoción o la condonación de amnistías puede tener un efecto llamada a otros actores en situaciones similares en lo que a la adopción de medidas represivas se refiere. Véase también, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., p. 257, quien justifica en términos preventivo-generales, de corte negativo, la prohibición absoluta de las amnistías a los máximos responsables.

⁴¹⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 270; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 155; con ciertos matices ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, cit., p. 122.

Tomando siempre como premisa que aquello que justifica la renuncia a la pena es la situación de extrema necesidad que atraviesa el Estado y a la que se ha de poner fin, considero que bajo determinadas condiciones un sistema transicional puede alcanzar este fin de manera suficiente. Ello aun cuando no se castigue a todos los perpetradores y/o no se impongan las penas ordinariamente previstas.

De hecho, considero que la lógica imperante en los escenarios transicionales podría llegar a generar ciertas interferencias en los postulados en los que se asienta la idea de castigo como reafirmación de la expectativa normativa. Así, un primer requisito para que la pena se encuentre justificada sería el referido a que la pérdida de la vigencia de la norma pueda ser imputada al victimario. Esto es, debe poder demostrarse que el hecho del autor es la causa del déficit de la vigencia de la norma o, cuanto menos, «una causa digna de mención»⁴¹⁸. Por otro lado, una segunda condición haría referencia a que la pena debe ser un elemento necesario para el restablecimiento de la vigencia, de suerte tal que, en la medida en que la norma permanezca estable por otras causas, se podría renunciar –total o parcialmente– a aquella⁴¹⁹. Ambas condiciones se encuentran, a mi juicio, recíproca e intensamente conectadas: en aquellas ocasiones en las que el hecho del autor no sea la causa principal de la derogación de la expectativa de comportamiento contenida en la norma, la punición individual del victimario será menos necesaria que en aquellos otros casos en los que sí sea un factor determinante.

Para entender como dada la primera condición, sería preciso que la actuación del autor pueda desvincularse de su contexto social, político e histórico⁴²⁰, algo que, en los escenarios aquí analizados resulta, cuanto menos, discutible⁴²¹. En estos contextos, tanto la existencia de un sistema de injusto, como las posibles deficiencias estructurales, son elementos que no pueden desligarse completamente de la conducta de muchos individuos⁴²².

⁴¹⁸ JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?», cit., p. 139.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 139.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 139; en cualquier caso, como indica JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 125, una desvinculación total de la acción del individuo respecto del contexto que le rodea no es posible ni siquiera en muchos de los crímenes ordinarios, ejemplificando su afirmación con los delitos cometidos en grupos o subculturas urbanas.

⁴²¹ Tal es así, que APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*, cit., p. 463, considera que la estabilización contrafáctica de la estructura social vigente carecería de sentido, pues no habría estructura social que reafirmar. Como se puede percibir, adopto una postura menos radical al respecto, pues considero que los postulados básicos sobre los que en teoría se erige el contrato social –monopolio público de la fuerza a los efectos de la protección de los bienes jurídicos– sí pueden ser reafirmados, aun cuando hayan sido sistemáticamente incumplidos en el pasado más reciente.

⁴²² JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?», cit., pp. 140-142, 152, indicando, en relación con los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo, que la imputabilidad puede ser considerada como dada, «aun cuando mal puede juzgarse en nombre del pueblo cuando los hechos a ser juzgados también pueden serle imputados a él». Conclusiones similares alcanza, también respecto de la criminalidad estatal, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., pp. 29-31, especialmente, indicando que en para que la derogación de la norma sea imputable al individuo aquella debe vincular a este «en forma» lo que no sucedería en estos escenarios al estar ante un sistema de injusto constituido.

En la línea de lo sugerido por Feijoo Sánchez, considero que aquello que más perturbaría la vigencia de la norma –en cuanto a reguladora de expectativas mínimas y esenciales para el mantenimiento de la vida en comunidad– sería la impunidad, entendida como la ausencia de consecuencias tras la comisión de un delito⁴²³. Consecuentemente, la reafirmación del monopolio legítimo de la fuerza, vinculada al efecto de confianza en el Estado y en las normas que rigen la vida en sociedad, dependería no tanto de la dureza de la pena, como de que el victimario sufra alguna consecuencia por sus actos⁴²⁴. Si esto es así, la imposición de una pena mitigada, acompañada de otras medidas y condicionada al desarrollo de determinadas actuaciones por el victimario, puede llegar a ser suficiente en relación con el efecto de refuerzo cooperativo sobre la sociedad.

Y es que incluso en los casos de las llamadas amnistías impropias –entendiendo por tales aquellas que se conceden después del juicio o la declaración de culpabilidad–, si estuvieran condicionadas a la otorgación de verdad y reparación a las víctimas⁴²⁵, no podría hablarse propiamente de «impunidad», pues la mera comprobación pública de sus responsabilidades ya supondría –en el sentido antedicho– una «condena» y una estigmatización por sus acciones⁴²⁶. Se estaría entonces ante una suerte de «sanciones informales» que, aunque en menor medida, también desempeñarían efectos positivos sobre la tasa de cooperación, si bien sería su combinación con la ejecución de sanciones formales –esto es, la pena propiamente dicha– la que acabaría produciendo los mejores resultados⁴²⁷. Asi-

⁴²³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 270; véase también, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 142, considerando que la sanción es necesaria porque provoca la imitación del delito en el futuro es su comisión sin consecuencias para el delincuente. Además, como mencionan más adelante (*Ibid.*, p. 154), su no enjuiciamiento supondría sacudir gravemente la conciencia jurídica general pues, en aras de la igualdad de trato, cualquier otro victimario, cuando no haya peligro de repetición, podría invocarlo y también exigir la impunidad.

⁴²⁴ En relación con la vigencia de la expectativa, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 270.

⁴²⁵ GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., p. 7, considera que, en contextos ordinarios, la confesión del delito y la reparación a las víctimas llevan asociado un valor expresivo de asunción de responsabilidad que reduce la necesidad de estabilizar la norma a través de la pena. En este sentido, aun cuando no hay una equivalencia completa entre las exigencias del comportamiento asociado las atenuantes de confesión y reparación previstas, por ejemplo, en el CP, y las actuaciones desarrolladas en contextos transicionales, sí considero que comparten muchas similitudes.

⁴²⁶ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 152; a este respecto, también TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 79, ha señalado que en los casos en los que se condicionan las medidas premiales a la satisfacción de ciertos requisitos no podría hablarse propiamente de impunidad. Véase también CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 90, indicando que la renuncia al castigo retributivo afectaría únicamente a la «impunidad legal-material», pero en la medida en que existan otros mecanismos complementarios a los que deban someterse los autores se podría llegar a evitar la «impunidad procesal» o «la impunidad estructural».

⁴²⁷ Sobre como las sanciones informales coadyuvan en el mantenimiento de la cooperación, véase, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 161-164, 271, si bien me separo del autor en que incluyo dentro de este concepto también medidas como las reparaciones a la víctima o la obligación de revelar la verdad de lo sucedido y no únicamente las simples manifestaciones de desa-

mismo, estimo que el desarrollo de las reformas sociales y estructurales necesarias para corregir las deficiencias sistémicas existentes también ayudaría en la reafirmación cognitiva de la norma, en tanto eliminaría o reduciría causas relevantes en la derogación pasada de su vigencia.

Estrechamente relacionado con esta cuestión, se encontraría la referida a sí para reafirmar la vigencia de la expectativa normativa sería necesaria la sanción de todos los hechos punibles, o si bastaría con que la pena fuera ejecutada ocasionalmente⁴²⁸. Se trata este de un asunto de especial importancia en los escenarios aquí examinados, en los que impera una imposibilidad práctica de enjuiciar a todos y cada uno de los victimarios.

En relación con esta última limitación, puede ser de utilidad la estrategia empleada –en ocasiones como criterio jurisdiccional de reparto de casos entre los tribunales penales internacionales y los nacionales⁴²⁹, en otras como criterio de selección y priorización de casos por parte de los tribunales internacionales o de aquellas jurisdicciones nacionales en países que afrontan procesos de justicia de transición⁴³⁰– de limitar la investigación, el enjuiciamiento y el castigo a los llamados «máximos responsables». En el primero de los supuestos la selectividad opera como criterio jurisdiccional, pero presupone, al menos en principio, el ejercicio de la acción penal. La propuesta que aquí se

probación. También otorga una función de protección de la expectativa, y en consecuencia, implícitamente, de ayuda a la restauración de la confianza en las normas e instituciones del Estado, SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica», cit., p. 30, si bien considera, y aquí debo estar de acuerdo con el autor, que sería menor que la derivada de la pena.

⁴²⁸ Como indica GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., pp. 341-342, más allá de los delitos que nunca llegan a ser conocidos por la autoridad judicial, respecto de aquellos otros que sí son conocidos, muchos no son sancionados o son sancionados parcialmente en atención a instituciones como la suspensión del proceso o los acuerdos procesales, sin que ello afecte –yo añadiría, aparentemente– a la vigencia de la conminación. No obstante, es justo reconocer que, posteriormente, el autor acaba defendiendo la efectiva imposición de la pena para cada delito cometido, pero no por cuestiones de vigencia de la conminación, sino por cuestiones vinculadas con el principio de legalidad como límite deontológico: solo el legislador puede determinar el ámbito de lo punible. En cualquier caso, mientras las medidas premiales sean aprobadas democráticamente y no se dejen al arbitrio incondicionado del juez, ello no representaría un problema para la solución aquí propuesta.

⁴²⁹ Así el art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona establece que este tendrá poder para enjuiciar a aquellas personas que carguen con la mayor responsabilidad por las graves violaciones del DIH; de manera similar, el art. 2 de la Ley que establece las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya reconoce su capacidad para enjuiciar a aquellos que fueran los máximos responsables por los crímenes.

⁴³⁰ En relación con el TPIY y el TPIR, a pesar de que sus respectivos estatutos no establecieron directamente criterios de selección y priorización, tanto la Resolución 1503 (2003) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4817.ª sesión, celebrada el 28 de agosto de 2003. Doc. ONU. S/RES/1503, como la Resolución 1534 (2004) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4935.ª sesión, del 26 de marzo de 2004. Doc. ONU. S/RES/1534, recogieron la necesidad de concentrar la labor de procesamiento del tribunal en los máximos responsables de los crímenes competencia de ambos tribunales. Más recientemente, en el contexto del proceso de paz colombiano, el art. 19 de la Ley Estatutaria de la JEP concentra el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron una participación determinante en los hechos más graves y representativos.

plantea convergería en mayor medida con el segundo de ellos, lo que conlleva admitir que algunos hechos quedarán exentos de persecución penal y castigo.

Esto, que *ab initio* sería potencialmente problemático⁴³¹, puede ser solventado si los criterios empleados para la elección de los sujetos a sufrir la imposición y ejecución de la pena pueden, en mayor o menor medida, compatibilizarse con el fin de mantenimiento de la cooperación⁴³². Lo primero que debe abordarse entonces es a qué victimarios hace referencia el concepto «máximo responsable», puesto que, hoy en día, no existe una definición unívoca sobre quiénes deben entenderse comprendidos bajo dicha categoría.

Este difuso concepto puede ser dotado de unos contornos más definidos a partir de los criterios desarrollados por alguno de los tribunales anteriormente mencionados. Un primer grupo de victimarios que integraría la categoría de máximos responsables estaría compuesto por aquellas personas que tienen un rol esencial en la organización criminal en cuanto ejercen un liderazgo político, administrativo y/o militar⁴³³.

El castigo –aun fuertemente atenuado– de este primer grupo de individuos sería deseable por varios motivos. En primer lugar, debido a que, si se toma como punto de partida una concepción «freudiana» de la organización como ente imperiosamente necesitado de dirección⁴³⁴, la detención, enjuiciamiento y castigo de los líderes de la estructura organizativa requerirá, al menos en el momento temporal inmediatamente posterior, de un proceso de reorgani-

⁴³¹ MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 215; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflictos», cit., p. 238; íd., «The Rationale», cit., pp. 145-146.

⁴³² Como indica ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2598, si la lógica es reafirmar la autoridad de la ley al tiempo que se despliega un efecto disuasivo, un enjuiciamiento limitado podría ser suficiente si los criterios de selección no vician el alcance de esos objetivos; similar, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., pp. 13-14.

⁴³³ En relación con la CPI, véase, OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003, p. 7; para un análisis doctrinal, STAHN, C., «Complementarity, Amnesties», cit., p. 707; MALLINDER, L., «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», cit., p. 222. Referido al TESL, *Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone*. Doc. ONU. S/2000/915, §§ 29-31, especialmente § 30, donde se indica que el concepto de mayor responsable incluye, obviamente, a los líderes políticos y militares de la organización. En relación con el TPIY, la oficina del fiscal incluía como criterio relevante dentro de las características de la persona su posición de liderazgo político, militar, paramilitar o civil. Sobre el desarrollo de estos criterios, véase, ANGERMAIER, C., «Case Selection and Prioritization Criteria in the Work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», en BERGSMO, M. (Dir.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2.ª ed., Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, pp. 31 ss.

⁴³⁴ FREUD, S., *Group Psychology and the Analysis of the Ego*, cit., p. 21: «un grupo es un rebaño obediente que nunca podría vivir sin un maestro»; en un sentido similar, LE BON, G., *The Crowd. A Study of the Popular Mind*, cit., p. 75, afirmando que, si se despojara a la organización de sus líderes, la masa de personas volvería a su estado original sin cohesión ni fuerza de resistencia; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 31, señalando que la violencia en el grupo llega a ser posible porque el individuo ya no está marcado por su propio «súper ego», sino que sigue la conciencia del líder.

zación durante el cual su capacidad operativa quedará sensiblemente reducida. Esta debilitación de la influencia sobre el individuo de la estructura organizativa y de las normas que rigen su funcionamiento redundaría en una reafirmación ante la sociedad de cuál es el comportamiento conforme a Derecho y en una mayor confianza en torno a la norma como expectativa de un comportamiento pro cooperativo futuro, esto último al reforzarse la sensación de que el poder no hace a nadie inmune frente a la asunción de responsabilidad⁴³⁵.

En segundo lugar, en atención a que la actuación de estos individuos posee una mayor relevancia en la derogación de la norma. Así, mientras aquellos que se encontraban en los niveles más bajos de la organización y ejecutaron el delito de propia mano serían el «último eslabón en la génesis del conflicto», quienes iniciaron esa política y velaron por su efectiva proyección a la práctica «no pueden ser dejados de lado como personajes accesorios» en la derogación de la norma⁴³⁶.

A este respecto, que estos individuos deban recibir necesariamente una pena que llegue a ejecutarse también tiene sentido desde la perspectiva de la disuasión, relacionada, como ya he señalado, con esta visión de la pena. Así, son los líderes de la organización los que se aproximan al delito de la manera más racional posible, por lo que es en estos en los que la pena puede pretender y llegar a tener un efecto disuasorio «directo».

Empero, el rol o el estatus formal del victimario dentro de la estructura colectiva no puede constituir el único criterio de selección relevante. Y es que una fórmula excesivamente formalista puede ser contraproducente tanto en términos comunicativos como de vigencia de expectativas, puesto que, en la línea de lo señalado por la Fiscalía de la CPI, el rol formal de los victimarios puede variar considerablemente en atención a las circunstancias del caso concreto⁴³⁷. Así, la CPI ha desarrollado criterios relacionados con la política de violencia organizada y en los que, de una u otra forma, pueden ser considerados máximos responsables aquellos perpetradores –con independencia de su

⁴³⁵ NINO, C., «The Duty to Punish», cit., p. 2630, lo que sucedería incluso si aquellos que estaban en lo más bajo de la estructura fueran eximidos de la ejecución.

⁴³⁶ JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?», cit., p. 152.

⁴³⁷ Así en OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., p. 15; igualmente, OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15 September 2016, p. 14. En la jurisprudencia, ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', Appeals Chamber, ICC-01/04, 13 July 2006, § 76.

rango formal— que hayan tenido un rol esencial en la comisión de delitos que denoten un injusto cuantitativa o cualitativamente mayor⁴³⁸.

En apretada síntesis, basta decir, siguiendo los principios delineados por la CPI, que este mayor injusto puede ser valorado desde una cuádruple perspectiva: i) la escala a la que ha sido cometido el delito en relación con el número directo o indirecto de víctimas, la extensión del daño causado y su difusión geográfica o temporal; ii) la naturaleza del crimen de acuerdo con elementos específicos del delito como asesinatos, violaciones y otros que envuelvan violencia sexual o de género, sean cometidos contra niños, o impongan determinadas condiciones de vida sobre una comunidad con el objeto de ocasionar su destrucción; iii) su modo de comisión en atención a los medios de ejecución, el grado de participación, su carácter sistemático o la existencia de elementos de crueldad particular, incluyendo la vulnerabilidad de las víctimas o la existencia de motivos de discriminación; y iv) su impacto sobre la sociedad teniendo en cuenta sus consecuencias en la comunidad local o internacional⁴³⁹.

De esta manera, al extender la posibilidad de ejecución del castigo más allá de los líderes de las estructuras colectivas, se lograría subsanar las posibles deficiencias derivadas del empleo de un criterio que atendiera exclusivamente al estatus organizativo del victimario. En primer lugar, debido a que la exigencia de un mayor injusto cuantitativo o cualitativo estaría relacionada con el presupuesto de que son los delitos que poseen una mayor gravedad intrínseca los que causan un mayor daño y ponen en mayor medida en cuestión al sistema

⁴³⁸ Así puede entenderse de lo establecido en, OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, cit., p. 3; OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, cit., p. 14; ICC, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, «Decision on the confirmation of charges», cit., § 31; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, *Decision Pursuant to Article 15*, cit., § 188; ICC, *Situation in the Republic of Cote d'Ivoire*, «Corrigendum», cit., §§ 203-204.

⁴³⁹ OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., pp. 15-16; OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, cit., pp. 13-14. No se alejan demasiado estos criterios de los previstos en otros tribunales. Así, por ejemplo, en relación con el TESL, *Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone*, cit., § 30, se señala que también puede considerarse «máximos responsables» aquellas otras personas que ejercían su autoridad a niveles jerárquicos inferiores, teniendo en cuenta la gravedad del delito o su comisión en masa. En lo referido al TPIY, la oficina del Fiscal hizo referencia a la gravedad de la violación la cual debía determinarse en atención al número de víctimas, la naturaleza de los actos, el área de destrucción, la localización del crimen, el nexo con otros casos, la nacionalidad de las víctimas, etc. (véase, ANGERMAIER, C., «Case Selection», cit., pp. 31 ss.). En términos parecidos se pronuncia el art. 19 de la Ley Estatutaria de la JEP haciendo referencia a: i) la gravedad de los hechos, entendida como modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad; ii) la representatividad del delito respecto del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos; iii) las posibles características diferenciales de las víctimas, como, por ejemplo, la necesidad de una especial protección derivada de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación; y, iv) las características de los responsables, referida esta última categoría a la participación activa o determinante en la comisión de los crímenes.

cooperativo⁴⁴⁰. En segundo lugar, debido a que comunicativamente se acentuaría el mensaje de desaprobación en relación con los supuestos de mayor gravedad –en tanto, de no ser así, podría perdurar la sensación de que solo es contrario a Derecho la conducta de los líderes de las estructuras–, al tiempo que se reforzaría en la ciudadanía la sensación de que la pena sería una amenaza que opera respecto de un conjunto más amplio de individuos que los líderes de los aparatos organizados de poder y, en consecuencia, que la expectativa de comportamiento cooperativo también abarca un espectro más amplio⁴⁴¹.

Por último, y sin ánimo de detenerme en ello pues ya ha sido analizado, señalar que los mecanismos complementarios de la justicia de transición pueden también poseer una dimensión fáctico-aflictiva, por lo que, en la medida en la que el victimario se someta a ellos, se podría alcanzar un efecto parcialmente equivalente a la pena.

3.2.3 *El sufrimiento del victimario como evitación de la venganza privada*

Un tercer argumento a favor de la efectiva ejecución de la pena en los contextos transicionales estaría relacionado con la capacidad del castigo para dar satisfacción a sentimientos asimilables a la venganza evitando que, ante la omisión de su ejecución, la sociedad tratara de satisfacer ese sentimiento de propia mano incurriendo en una suerte de justicia vigilante que la llevaría a un ciclo creciente de hostilidades que puede poner en peligro el sistema cooperativo conforme las agresiones aumenten en intensidad⁴⁴².

⁴⁴⁰ Sobre ello, véase, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 273-274. Con los matices necesarios, no se aleja demasiado de lo anterior la forma en la que mide la proporcionalidad JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», cit., p. 349; íd., *La pena estatal*, cit., p. 146. En relación con las amnistías, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., p. 241, señala que una amnistía no es proporcionada cuando afecta a delitos de extrema gravedad respecto de los que el Estado tiene una especial posición de garante.

⁴⁴¹ Esta parece ser la lógica que, en parte, subyace al rechazo por parte de la CPI de un criterio excesivamente formalista y centrado exclusivamente en los máximos responsables. Así, en ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 10 February 2006, §§ 54-55, esta defendió que solo concentrando su actuación en este tipo de individuos, los efectos disuasivos –necesarios como aquí he defendido para la vigencia de la expectativa normativa o de los valores que aquella esconde– podían ser maximizados. Sin embargo, posteriormente corrigió esta postura en ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Appeal, cit., § 73, al considerar que es más lógico asumir que el efecto disuasivo sería mayor si ninguna categoría de los perpetradores es excluida *per se* del enjuiciamiento y castigo.

⁴⁴² En relación con los contextos transicionales, NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 235; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 12; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 13; AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., p. 7; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 60; ROBINSON, D., «Serving the interests of Justice», cit., p. 489; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 792; UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON

Lo relevante es que la satisfacción de dichos sentimientos también desempeñaría un rol positivo en la reconstrucción del contrato social ya que, en la línea señalada por Rössner, el monopolio de la violencia en manos del Estado –y, yo añadiría, la propia estabilidad del contrato social y de la expectativa cooperativa– no puede prolongarse demasiado en el tiempo si las reacciones oficiales al delito no superan un cierto umbral⁴⁴³. Una sociedad que no es capaz de mostrar un compromiso con la idea de equidad –lo que en este punto sería castigar al victimario porque lo merece– probablemente no será capaz de mantener la paz social de manera estable en el tiempo⁴⁴⁴. Mediante la satisfacción de dichos impulsos, la colectividad percibiría la existencia de un coste por desviarse de los patrones de comportamiento social imperantes, lo que resultaría funcional al mantenimiento de la cooperación.

En un escenario de normalidad social, en el que el Estado detentara el monopolio consensuado de la violencia, resulta difícil imaginar que las posibles falencias en la ejecución –en su totalidad o en parte– del castigo puedan acabar desembocando en un círculo de hostilidades capaz de hacer regresar a la sociedad a un estado de ausencia de paz negativa, tal como puede ser el retorno a una situación de guerra abierta o a un escenario de criminalidad estatal⁴⁴⁵. Empero, en una coyuntura en la que la sociedad carece de las infraestructuras de poder y protección necesarias, es mayor el riesgo de que la sensación de injusticia deri-

SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., p. 130; OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 56; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., pp. 6-7; PRITZWITZ, C., «Verantwortung als Schlüsselbegriff», cit., p. 259; GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», cit., p. 11; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 19; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 158; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 141. Resulta muy interesante la postura de FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 151, para quien, a estos efectos, bastaría con los procesos antes que las penas. Se trata, por tanto, de una visión completamente opuesta a la de ZALAUQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 7, para quien sería necesaria la ejecución de algo de castigo a fin de evitar un descontento general que lleve a actos de venganza.

⁴⁴³ RÖSSNER, D., «Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle», en SCHÜNEMANN, B., et al. (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, 2001, pp. 982 ss. También relaciona la idea de venganza o satisfacción del sentimiento de equidad con el mantenimiento del contrato social, aunque muy tímidamente, MURPHY, J. G., «Getting Even», cit., p. 224.

⁴⁴⁴ Así, expresamente referido a los supuestos de justicia de transición, ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, cit., p. 80, aunque el mismo reconoce que ese sentimiento retributivo puede ser atemperado por consideraciones pragmáticas y alcanzado de manera alternativa a través de reparaciones, comisiones de la verdad, etc. Véase también ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 461, afirmando que, sin miedo a la retribución, cada nuevo régimen puede sucumbir nuevamente al mismo comportamiento represivo; de igual manera, véase también lo expuesto por WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 111-112, 119, sobre cómo, en Irlanda del Norte, la no actuación de la policía frente a los excesos de la población protestante respecto a la católica, alimentó un sentimiento de venganza en muchos individuos que, posteriormente, acabaron enrolándose en el IRA.

⁴⁴⁵ KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 98-99, 136-137.

vada de la ausencia de castigo genere un sentimiento que alimente no solo venganzas privadas, sino también futuras guerras y violencias.

Como indica Uprimny Yepes, la experiencia colombiana muestra cómo en el inicio de guerras civiles y episodios de violencia generalizada, «las amnistías amnésicas» jugaron un rol clave. Estos enfrentamientos no se dieron por convicción con los ideales de un determinado partido, sino porque muchos de sus participantes lo que buscaban era vengar alguna atrocidad: «a éste le han matado el padre, al de más allá se le llevaron un hermano, a un tercero le ultrajaron madres y hermanas; en la próxima revolución han de vengar las afrentas»⁴⁴⁶.

En cualquier caso, es necesario rebajar las expectativas en torno a este argumento a favor del castigo. La ejecución de la pena puede servir para mitigar ese sentimiento respecto de una parte relevante de la población, pero no para eliminarlo completamente. Y es que las necesidades de venganza pueden ser muy diversas y superiores a las que el propio castigo normativamente previsto puede satisfacer, no habiendo una forma concreta de medirlas⁴⁴⁷. El inevitable discurrir pausado y sometido a garantías de los enjuiciamientos⁴⁴⁸, o el hecho de que dentro de una misma sociedad siempre habrá individuos que consideren insuficiente cualquier tipo de pena que se imponga a los victimarios de crímenes tan atroces⁴⁴⁹, son factores que limitan el alcance de dicho efecto.

La historia de la humanidad ofrece, tristemente, ejemplos de lo anterior. Como indica Drumbl, después de la II Guerra Mundial, el enjuiciamiento de casi 100.000 colaboradores con el régimen nacionalsocialista alemán no acabó con esa «vigilancia», produciéndose el asesinato de miles de individuos a manos de particulares; tampoco el establecimiento del TPIY logró evitar actos de venganza privada por albanokosovares contra los serbios o la creación del TPIR logró evitar actos similares contra la población Hutu⁴⁵⁰. Actualmente, lo mismo sucede en el escenario colombiano, en el que, tras la firma del Acuerdo de Paz, y en circunstancias cuanto menos sospechosas en lo que a la aquiescencia del aparato de protección estatal se refiere, cerca de 400 exguerrilleros de las extintas FARC-EP han sido asesinados, presuntamente, por grupos paramilitares.

⁴⁴⁶ UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas», cit., p. 26.

⁴⁴⁷ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 204-212.

⁴⁴⁸ LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 114.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 114. Es precisamente en este contexto en el que surge la demanda de OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», cit., p. 57, de imponer la pena de muerte para estos crímenes, a fin de dar satisfacción a ese sentimiento y evitar un incremento en las hostilidades *interprivatos* que ponga en peligro la paz.

⁴⁵⁰ DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 149.

La función del Estado en estos escenarios sería la de someter las necesidades de venganza que el delito genera en la sociedad a límites racionales, tratando de dar satisfacción a aquellas mediante el empleo conjunto de un castigo efectivamente ejecutado y de mecanismos alternativos a la pena⁴⁵¹, todo ello ponderándolo con el resto de los objetivos necesarios para el mantenimiento del orden social⁴⁵². Y es que, aunque a priori puede parecer contrainstitutivo, una estrategia mediante la que se renuncie condicionadamente a parte o a la totalidad de la pena puede incrementar los niveles de retribución obtenidos y/o percibidos respecto de los que serían alcanzables en un estadio de guerra perpetua⁴⁵³.

Por un lado, el castigar –aun atenuadamente– a algunos de los responsables ya satisface parcialmente la lógica retributiva –generar sufrimiento a aquel que previamente ha hecho lo propio con otro miembro de la comunidad–, al tiempo que el descubrimiento de la verdad del que se benefician para reducir su pena ayuda a que puedan ser castigados –sin reducción alguna en la cuantía o en la modalidad– aquellos otros que no colaboran⁴⁵⁴. Por otro lado, ya he señalado que muchos de los mecanismos extrapenales empleados en estos escenarios también llevan asociado cierto sufrimiento en la figura del victimario, lo que, en cierto modo y por supuesto salvando las distancias, aumentaría la cuota de retribución obtenida⁴⁵⁵. Mención especial merecen aquí algunos de los sistemas tradicionales de resolución de conflictos que pueden ser emplea-

⁴⁵¹ Así, consideran que en estos contextos el Estado, a través del monopolio de la violencia, está en condiciones de moderar a través de instituciones ajenas a la pena los instintos y las pretensiones de reciprocidad de las víctimas GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 142. Aunque formulado de manera diferente, véase, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 89, quien considera que la lógica de las comisiones de la verdad no es distinta a la del enjuiciamiento y el castigo: canalizar los comprensibles e incluso justificables deseos de venganza de quienes han sido victimizados; ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, cit., p. 80, reconoce que ese sentimiento retributivo puede ser atemperado por consideraciones pragmáticas y alcanzado de manera alternativa a través de reparaciones, comisiones de la verdad, etc.; en sentido similar, KAUFMAN, W. P., *Honor and Revenge*, cit., pp. 177-178, afirmando que no hay nada en el impulso retributivo que convierta en inevitable la dureza del castigo, de manera que prácticas de carácter restaurativo pueden servir como mitigación de la intensidad del castigo, aunque no para eliminarlo completamente; de manera menos clara, ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 7.

⁴⁵² GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 234; íd., «The Rationale», cit., p. 142.

⁴⁵³ DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 153; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., p. 268.

⁴⁵⁴ FAKHOURI GÓMEZ, Y., «¿Justicia transicional en Colombia?», cit., p. 141.

⁴⁵⁵ Como indica, SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 11, es posible que una sentencia «desproporcionada por defecto» conserve un elemento retributivo, en el sentido que puede basarse en la premisa de la responsabilidad por conductas anteriores y ser impuesta con el fin de causar cierto grado de sufrimiento; similares, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 57; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 153; KELLER, L., «Achieving Peace with Justice», cit., pp. 267-268.

dos respecto de aquellos que no sean considerados máximos responsables y conllevan, en ocasiones, un cierto sufrimiento para los victimarios⁴⁵⁶.

Por otro lado, existen otras formas no relacionadas con la aflicción de dolor y que también permitirían atemperar o minimizar el riesgo de caer en ciclos de venganza sin fin. La revelación de la verdad constituye una forma de construir una narrativa a través de la cual aprender sobre el pasado y permitir a las sociedades evitar incurrir en nuevos ciclos de violencia, gracias a la eliminación de los mitos acerca del grupo al cual se enfrentan o a la revelación de los sufrimientos de todas las personas⁴⁵⁷. Al mismo tiempo, el mero enjuiciamiento ya llevaría aparejados efectos beneficiosos en lo que a la mitigación de los sentimientos de venganza se refiere, pues conlleva una individualización de la culpa que evitaría extender la creencia de que los actos son obra de una determinada nacionalidad, etnia o grupo social en su conjunto⁴⁵⁸.

3.3 A MODO DE ACOTACIÓN: SOBRE LO IRRENUNCIABLE DE LA PENA

Si el castigo es un elemento imperativo e irrenunciable para la reconstrucción social es algo que no creo que pueda afirmarse con rotundidad. Puede afirmarse que aquellas sociedades que castigan las violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos serían más estables que aquellas que no⁴⁵⁹. Ya han sido señalados los argumentos a favor de la imposición y ejecución de un castigo –aun fuertemente atenuado– dentro de la lógica de la reconstrucción de la cooperación social. Empero, de los beneficios cooperativos vinculados a su imposición no puede derivarse que aquella sea imperativa a los fines del mantenimiento de la violencia dentro de unos límites. Una afirmación así supondría un dogma de fe más propio de la teología que de la ciencia del Derecho, una sobresimplificación de las diferentes sociedades en las

⁴⁵⁶ NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 63, emplea el ejemplo de un ritual en Guatemala, en el que muchos victimarios son golpeados con una rama de árbol. Evidentemente ello supone, y el propio autor así lo reconoce, que en muchas ocasiones vulneran mandatos como la prohibición de tratos degradantes, también perpetúan estructuras jerárquicas en dichas comunidades y es posible que solo sean aceptadas dentro de una pequeña área del país de naturaleza y costumbres homogéneas, siendo más difícil su utilización en conflictos intercomunitarios.

⁴⁵⁷ GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., pp. 274-276; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 45; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 47. Véase también, BASSIOUNI, C., «Searching for Peace», cit., p. 24; ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 6; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 193.

⁴⁵⁸ GÜNTHER, K., «Warum Transitional Justice», cit., p. 276; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 123; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., pp. 598-599; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., p. 93; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 196; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 160-161; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 46.

⁴⁵⁹ ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, cit., p. 80.

que la pena opera. En cierto modo, se estaría extendiendo una visión occidental del castigo y su rol en la «sanación de la sociedad» a países con una idiosincrasia compuesta por valores totalmente opuestos, de forma que no puede descartarse que, en ellos, el mismo fin podría alcanzarse por mecanismos alternativos⁴⁶⁰.

Asimismo, incluso en países que pueden ser considerados como representativos de los valores de la cultura occidental, la experiencia histórica demuestra que, si se dan las circunstancias apropiadas, el castigo puede no ser necesario a efectos de alcanzar un estadio de paz negativa. Si bien en el corto plazo—esto es, una vez finalizado el conflicto armado o la fase de represión autoritaria estatal— el impulso retributivo de la sociedad sería especialmente elevado⁴⁶¹, conforme se produce un relevo generacional y estos delitos aparecen más lejanos en el tiempo, aquel sentimiento va poco a poco atemperándose⁴⁶².

Lo paradójico es que en este primer periodo temporal la renuncia a la pena puede ser necesaria para mantener una sociedad mínimamente pacificada. Como indica Jakobs, «un pueblo que ha conformado por sí mismo una fractura del régimen político, no necesitaría de procedimientos judiciales para la formación de su identidad; sí, en cambio, aquel que fue llevado a esa situación de transformación»⁴⁶³. A mi juicio, sería en atención a esta necesidad de que sea la propia sociedad la que lleve a cabo su transición, por la que tendría sentido la tan manida afirmación de que las amnistías, indultos y demás medidas que integran el sistema transicional han de ser aprobadas democráticamente y con una amplia participación de las víctimas⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Así, AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., pp. 92, 94; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 23, 183, considera que aquello en mayor medida universal es la «condenabilidad del daño sustantivo subyacente», sin embargo, el que a dicho daño le deba seguir una reacción consistente en la imposición de una pena de prisión parece una premisa basada en valores occidentales que no tienen por qué ser compartidos por países en los que la reacción al delito se articula principalmente a través de medidas de reparación o restitución; en sentido casi idéntico, PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 118; ORENTLICHER, D., «‘Settling Accounts’ Revisited», cit., p. 20; también SHAW, R. / WALDORF, L., «Introduction: Localizing Transitional Justice», cit., p. 8, resaltan que en este ámbito tiende a imponerse una visión occidental de la justicia que, en cierto modo, impide a los países africanos desarrollar la suya propia; en una dirección similar, McEVOY, K., «Beyond Legalism», cit., p. 424, destaca que uno de los motivos por los que pueden fracasar los modelos transicionales es el no tener suficientemente en cuenta las prácticas, costumbres y necesidades locales, de forma que ello puede acabar generando una resistencia por parte de la población.

⁴⁶¹ Un buen ejemplo de esta afirmación es posible encontrarlo, aunque en un contexto de terrorismo doméstico, en España. Así, a pesar de la capacidad letal que ETA mantuvo hasta el cese definitivo de su actividad armada el 20 de octubre de 2011, una gran mayoría de la población del País Vasco (el 70%) se mostraba en contra de flexibilizar el castigo a aquellos responsables de los crímenes más graves, esto es, los crímenes de sangre, de la banda terrorista. Véase, en este sentido, CIS. Estudio núm. 2.917. Barómetro de noviembre de 2011 (País Vasco).

⁴⁶² GIL GIL, A., *La justicia de transición en España*, cit., p. 137.

⁴⁶³ JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?», cit., p. 157.

⁴⁶⁴ ORENTLICHER, D., «‘Settling Accounts’ Revisited», cit., p. 19; SEIBERT-FOHR, A., «Transitional Justice», cit., p. 6, a fin de facilitar una transición que no ponga en peligro el proceso de paz, se requeriría una consulta con las víctimas y la población.

Lo que parece que desde luego no soportaría una sociedad a largo plazo, y convertiría a las transiciones en estructuralmente más débiles, es la no satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto. A diferencia de lo que sucedería con el sentimiento retributivo, el paso del tiempo no mitigaría las demandas de verdad y reparación. Ello se puede observar en la adopción de medidas –leyes dirigidas a la memoria histórica, reparaciones a las víctimas– sucedidas años más tarde de los hechos, pero que también deben considerarse parte del proceso de transición⁴⁶⁵, en España⁴⁶⁶, Uruguay⁴⁶⁷ y Chile⁴⁶⁸.

VI. OTROS FINES DE LA PENA EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

1. ¿Prevención especial?

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Mientras las teorías de la prevención general enfatizan el papel que la pena puede desempeñar sobre la sociedad en general, las teorías de la prevención especial trasladan el foco de atención a las personas que ya han delinquirido a fin

⁴⁶⁵ Así, WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 22.

⁴⁶⁶ 30 años después de la promulgación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, fue aprobada la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Asimismo, actualmente existe una plataforma a favor de la creación de una comisión de la verdad respecto de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, llegando a ser esta propuesta por el Partido Socialista en 2017. Véase, Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura

⁴⁶⁷ En el caso de Uruguay, tras doce años de dictadura cívico-militar, se aprobó, el 22 de diciembre de 1986, la llamada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Aprobada por Referéndum Popular. No sería hasta el año 2000 cuando se creó la Comisión para la paz, por resolución de la Presidencia de la República núm. 858/000 del 9 de agosto de 2000. Con todo ello, no será hasta 2011 (bajo el Gobierno de Mujica) cuando se dé cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobándose la Ley 18.831 de restablecimiento de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985. Por último, se creó Ley núm. 18.596 del 18 de setiembre de 2009 «Reparación a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985».

⁴⁶⁸ Bajo la dictadura del General Pinochet, el 18 de abril de 1978 se promulgó la Ley de Amnistía a través del Decreto Ley 2191 respecto de las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 (vinculado al periodo del golpe de Estado contra Allende). Una vez derrocado el General Pinochet, se creó en 1990 la Comisión Nacional de Verdad y Reparación con el fin de esclarecer los hechos acontecidos durante la dictadura. Por otro lado, en 1992 se llevan a cabo una serie de medidas a favor de las víctimas a través de la aprobación de la Ley núm. 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, estableció pensiones de reparación y otorgó otros beneficios en favor de las personas que señala.

de evitar que reiteren su comportamiento en el futuro⁴⁶⁹. Esta noción de prevención como exclusivamente dirigida a aquellos que ya han perpetrado un delito encontró un gran desarrollo en los postulados de la Escuela sociológica del Derecho penal de Von Liszt. El mencionado autor distinguió, en un primer momento, tres finalidades potencialmente alcanzables por la pena, cada una de las cuales estaría dirigida a un tipo de delincuente diferente: de corrección, de intimidación y de inocuización⁴⁷⁰. De estos tres fines inicialmente señalados por Von Liszt, hoy en día solo el primero y el último perduran en la discusión doctrinal sobre la prevención especial, distinguiéndose entre una vertiente positiva o resocializadora y una dimensión negativa o de inocuización.

Las teorías de la rehabilitación o la resocialización comprenden todas aquellas posturas que abogan por la reforma y reintegración del victimario como finalidad principal de la pena⁴⁷¹. A salvo de los diferentes matices que esta visión de la pena puede llegar a ostentar, puede decirse que su objetivo fundamental es reducir la tendencia del delincuente a cometer delitos, modificando sus inclinaciones y actitudes hacia la ley, tratando las causas que le llevaron a la perpetración del injusto y velando por su reincorporación a la sociedad⁴⁷². Tomando prestadas las palabras de Cullen y Gilbert, la rehabilitación promete un *payoff* a la sociedad transformando a los perpetradores en ciudadanos respetuosos con la ley⁴⁷³.

Frente al paulatino abandono del ideal rehabilitador –principalmente por las dificultades para constatar empíricamente su axioma principal⁴⁷⁴, pero

⁴⁶⁹ ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 134; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 90.

⁴⁷⁰ VON LISZT, F., *La Idea del Fin*, cit., pp. 80-83, debe destacarse que el autor no descarta, a priori, ninguna de estas finalidades, sino que, a su juicio, cada una de ellas aplicará en función de las características del delincuente en concreto. Así la primera operará respecto de aquellos delincuentes capaces de corregirse y necesitados de corrección; la segunda respecto de aquellos delincuentes no necesitados de corrección; y, la tercera y última, respecto de aquellos delincuentes que carecen de capacidad para ser corregidos.

⁴⁷¹ ASHWORTH, J., «Rehabilitation», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, p. 1.

⁴⁷² Esta triple diferenciación de los medios empleados puede apreciarse en *Ibid.*, pp. 2-3.

⁴⁷³ CULLEN, T. / GILBERT, K., «Reaffirming Rehabilitation», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, p. 29, lo que para ellos solo se alcanzaría si la sociedad los castiga humanamente y compensa a la víctima por las desventajas sociales que los llevaron a cometer esos delitos.

⁴⁷⁴ En este punto, hay que estar de acuerdo con FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 148-149, en que la ejecución de la pena de prisión suele tener más efectos desocializadores que resocializadores, en tanto lleva a contactos criminógenos, estigmatización, desarraigo, aislamiento social, etc. Parece razonable pensar que, en consecuencia, el efecto rehabilitador del castigo debe tomar como base no solo la pena privativa de libertad, sino también otras medidas complementarias a aquella. En relación con la eficacia de estas últimas, resulta imperativo hacer referencia a las conclusiones alcanzadas por el paradigmático estudio de MARTINSON, R., «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», *The Public Interest*,

también debido el cuestionamiento de la justificación moral de la rehabilitación⁴⁷⁵— ha sido la otra vertiente de la prevención especial la que ha ganado progresivamente peso en el Derecho penal en los últimos tiempos.

La prevención especial negativa se asienta en la idea de neutralización o de «simple retención» del sujeto, suprimiendo la capacidad del condenado, durante el periodo de tiempo que dure la condena, de volver a delinquir⁴⁷⁶. Se toma como punto de partida una presunción de reincidencia del delincuente, quien es visto como un sujeto incorregible⁴⁷⁷, en ocasiones por su habitualidad delictiva⁴⁷⁸, en ocasiones por sus convicciones morales, políticas o religiosas⁴⁷⁹. Ante esta pretendida imposibilidad de rehabilitar al victimario, la solu-

Vol. 35, 1974, pp. 22-54, especialmente, p. 25 («a salvo de pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos por la rehabilitación que han sido analizados hasta ahora no han tenido un efecto apreciable en la reincidencia») y p. 49 («estoy obligado a decir que [...] tenemos pocos motivos para creer que, de hecho, hayamos encontrado una manera segura de reducir la reincidencia a través de la rehabilitación»). No obstante, en *Ibid.*, pp. 48-49, el autor matiza parcialmente sus propias conclusiones, señalando que, si bien los métodos de rehabilitación analizados no habían desplegado efectos de mejora perceptibles sobre la tasa de reincidencia, desde luego no la habían hecho empeorar, por lo que sería prematuro descartar la posibilidad de que los programas empleados no fueran capaces de alcanzar resultados sobre la reincidencia que otros sí estarían en disposición de alcanzar. De hecho, en *id.*, «New findings, New Views: A note of caution regarding sentencing reform», *Hofstra Law Review*, Vol. 7, núm. 2, 1978, pp. 243-258, el autor se aleja de su postura anterior para afirmar que algunos de los métodos de rehabilitación utilizados —principalmente aquellos en los que los delincuentes juveniles son sometidos a programas de educación en residencias comunitarias en lugar de en prisión— sí tienen un efecto apreciable sobre la reincidencia. Más recientemente, algunos autores han ido en esta última línea de Martinson, desmintiendo —al menos parcialmente— la afirmación del «*nothing works*», entre otros, CULLEN, T. / GILBERT, K., «Reaffirming Rehabilitation», *cit.*, pp. 28-32. En relación con la violencia de género, resulta muy interesante el estudio de ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., *et al.*, «Evaluación de la eficacia de un tratamiento cognitivo-conductual para hombres violentos contra la pareja en un marco comunitario: una experiencia de 10 años (1997-2007)», *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 9, núm. 2, 2009, pp. 199-217, en el que se puede observar como en el 88% de los sujetos que completaron el tratamiento desaparecieron los episodios de maltrato. En consecuencia, tomando en consideración los últimos estudios sobre ello, lo más sensato es alejarse de la premisa del «*nothing works*» para asumir que «*sometimes, something seems to work*».

⁴⁷⁵ Así, se alega que, más allá del espacio existente para los tratamientos voluntarios, un tratamiento coercitivo despojaría al sujeto de su autonomía, libertad y dignidad. Entre otros, DUFF, A. / GARLAND, D., «Introduction», *cit.*, p. 10; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, *cit.*, pp. 153-154; ASHWORTH, J., «Rehabilitation», *cit.*, p. 7; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, *cit.*, p. 140; GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, *cit.*, pp. 346-347; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, *cit.*, p. 54; ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, *cit.*, pp. 137, 152.

⁴⁷⁶ VON HIRSCH, A., «Incapacitation», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.^a ed., Hart Publishing, 2009, p. 75; de forma similar, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, *cit.*, p. 56; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», *cit.*, p. 182.

⁴⁷⁷ VON LISZT, F., *La Idea del Fin*, *cit.*, p. 83; RADBRUCH, G., «El delincuente por convicción (Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 3-4; VON HIRSCH, A., «Incapacitation», *cit.*, p. 75.

⁴⁷⁸ Sobre el delincuente habitual como delincuente incorregible, VON LISZT, F., *La Idea del Fin*, *cit.*, pp. 83-88.

⁴⁷⁹ Se estaría, en este caso, ante lo que un sector de la doctrina ha denominado «delincuencia o delincuente por convicción». Este concepto fue introducido por Radbruch en el Proyecto de Código Penal General Alemán de 1922, cuyo §71 establecía lo siguiente: «si el móvil preponderante del autor residió en que él se creyó obliga-

ción pasaría por la imposición de un obstáculo de carácter físico capaz de frenar las tendencias delictivas del individuo⁴⁸⁰, aun cuando la incapacitación absoluta del delincuente sea una meta prácticamente imposible de alcanzar⁴⁸¹.

Comenzaría así a imponerse una visión que conceptúa a determinados sujetos como enemigos⁴⁸², y en la que, de fondo, latiría un problema de ponderación entre dos valores fundamentales para la sociedad: seguridad y libertad⁴⁸³. Mientras el Derecho penal liberal apuntaba a que, a fin de maximizar su libertad, debía ser la sociedad la que asumiera –con el coste en seguridad que ello conlleva– parte del riesgo de una eventual reincidencia⁴⁸⁴, la prevención especial negativa emplaza los costes exclusivamente sobre el autor del delito⁴⁸⁵, lo que irradia en una suerte de «derecho fundamental a la seguridad»⁴⁸⁶. El problema de esta sacralización de la seguridad como derecho fundamental es que es, como de manera brillante indica Hassemer, «estructuralmente insaciable»⁴⁸⁷: el Derecho penal no puede ofrecer una protección total y absoluta frente a comportamientos futuros lesivos de derechos porque siempre existirá un riesgo residual de que estos acontezcan⁴⁸⁸.

1.2 LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LOS CONTEXTOS TRANSICIONALES

A este respecto, el principal obstáculo que enfrentan las teorías de la prevención especial en contextos de justicia de transición se relaciona con la vi-

do a realizar el hecho a causa de sus convicciones morales, religiosas o políticas, prisión rigurosa y prisión simple serán reemplazadas por el encierro de la misma duración». RADBRUCH, G., «El delincuente por convicción», cit., pp. 3-4, considera que el principal rasgo definitorio de este tipo de sujetos residiría en que la comisión del delito le vendría determinada por un orden normativo al que valora más altamente que al Derecho estatal vigente.

⁴⁸⁰ Como señala VON HIRSCH, A., «Incapacitation», cit., p. 75, este obstáculo normalmente vendrá representado por las paredes de la prisión, pero esta tarea también puede ser desempeñada por el arresto domiciliario o incluso por otras medidas menos restrictivas de derechos como la privación del carné de conducir.

⁴⁸¹ Así, DUFF, A. / GARLAND, D., «Introduction», cit., p. 26, indican que el condenado siempre puede delinquir en prisión.

⁴⁸² Hago aquí uso de la terminología empleada por JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano», cit., p. 40, entendiendo como tales a aquellos sujetos que se habrían apartado de manera duradera y decidida del Derecho, no prestando una garantía cognitiva mínima para su tratamiento como persona.

⁴⁸³ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, cit., pp. 66-69; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 183; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pp. 60-61.

⁴⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 183; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 60.

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 61; de manera similar, CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, BOE, 2019, pp. 113-114.

⁴⁸⁶ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, cit., p. 67.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 68: «siempre cabe un poco más de seguridad en ese saco ya repleto de sanciones y quizás sea ese trozo que aún nos queda por asegurar lo que pueda salvarnos en el futuro».

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 68; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 62; CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», cit., p. 116: «[el Derecho penal] no puede evitar todo tipo de riesgos, no puede garantizar incolumidad, sino solo procesar delitos ya cometidos».

sión del delito de la que parten. En el fondo, estas teorías toman como premisa una visión criminológica del delito que concibe este como producto de una patología individual de los victimarios⁴⁸⁹, patología que en algunos casos puede ser «curada» a través del sometimiento del individuo a un programa de rehabilitación, mientras que en otros, al ser «incurable», únicamente puede aislarse a su portador⁴⁹⁰.

Ello supone desconectar la explicación del porqué de la perpetración de delitos de los posibles factores sociales que condicionan el comportamiento de individuos que simplemente responden a los hechos y condiciones de su entorno más inmediato, lo que impide confrontar el problema en su totalidad⁴⁹¹. Si, como ya he señalado previamente, la propia dinámica del colectivo, así como los déficits estructurales e institucionales, serían factores decisivos en la perpetración de delitos de manera generalizada, el efecto rehabilitador o inocuidador de la pena poseería una escasa importancia en estos escenarios⁴⁹².

⁴⁸⁹ FELJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 131-132, señalando que estas teorías abogan por un «tratamiento científico» de la delincuencia en el que el delito manifiesta una determinada peligrosidad criminal que debe ser mitigada o combatida en función de las necesidades de cada delincuente en concreto. Reconoce expresamente dicho punto de partida, en el que el delito es visto como una enfermedad, aunque haciendo mención exclusivamente a la vertiente positiva o rehabilitadora, MARTINSON, R., «What Works?», cit., p. 49. En una dirección similar, también exclusivamente respecto de la dimensión de la rehabilitación, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», cit., p. 118; ASHWORTH, J., «Rehabilitation», cit., p. 6. Separan su visión de la rehabilitación y la centran en la sociedad, CULLEN, T. / GILBERT, K., «Reaffirming Rehabilitation», cit., pp. 30-31.

⁴⁹⁰ Debe destacarse que esta visión asume la premisa de que es posible distinguir entre aquellos que pueden ser rehabilitados y aquellos que no, lo que resulta bastante dudoso, puesto que, actualmente, la capacidad de predicción de la peligrosidad futura es bastante limitada. Sobre ello, véase especialmente, MARTÍNEZ GARAY, L., «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en ARROYO ZAPATERO, L. / LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. / PÉREZ MANZANO, M. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 139-151, donde, a través de la recopilación de numerosos estudios sobre pronósticos de peligrosidad y sus resultados, destaca elevado el número de falsos positivos —esto es, sujetos respecto de los cuales se ha predicho una reincidencia futura que finalmente no acontece— acaecidos, en algunos casos por encima del 70% y, en otros, cercanos al 98%. Sus conclusiones no se alejan demasiado de las alcanzadas en la década de 1980 por BOTTOMS, A. / BROWNSWORD, R., «The Dangerousness Debate after the Floud Report», *British Journal of Criminology*, Vol. 22, núm. 3, 1982, pp. 239-240, quienes al observar una tasa de falsos positivos por encima del 66% concluyeron que, lo que ellos llaman sentencias de protección (*protective sentences*), solo podrían existir en situaciones excepcionalmente justificadas. Sobre ello, véase también las reflexiones de PUENTE RODRÍGUEZ, L., *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, 2021, pp. 130 ss., señalando que al problema de la precisión en el pronóstico ha de adicionarse el de cómo repartir de una manera «éticamente adecuada» esos errores, esto es, en qué sentido decidimos asumir un mayor margen de equivocación y que consecuencias jurídicas le asociamos.

⁴⁹¹ Esta crítica puede leerse en ASHWORTH, J., «Rehabilitation», cit., p. 6.

⁴⁹² JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 136. Se trata de un argumento presente en la jurisprudencia inicial del TPIY, así, por ejemplo, en ICTY, Prosecutor v. Kunarac, Judgment, Trial Chamber, cit., § 840, el Tribunal afirmaba que la prevención especial no es un factor que pueda tenerse en cuenta en el proceso de «sentencing» debido a la escasa probabilidad de que las personas condenadas vuelvan a tener la oportunidad de cometer dichos crímenes. No obstante, más adelante el mismo tribunal

Ha sido bastante frecuente caracterizar a los autores de los delitos más graves contra la comunidad internacional como «enemigos de toda la humanidad» (*hostis humani generis*)⁴⁹³. Sin embargo, en este tipo de contextos no se estaría, como ya se ha señalado en este trabajo, ante sujetos que sufren de una determinada patología que les empuja inexorablemente a la comisión masiva de delitos. Tampoco, salvo quizás en el caso de los líderes de las estructuras organizativas⁴⁹⁴, ante individuos que obren motivados por un compromiso tan elevado con unos valores sociales, políticos o religiosos que les convierta en incapaces de prestar una garantía cognitiva mínima de actuación conforme a la norma⁴⁹⁵.

Desarticulados los aparatos organizados de poder y, sobre todo, modificando el ambiente institucional que rodea al victimario⁴⁹⁶, no solo se reduciría –en

se ha separado paulatinamente de esta postura inicial, entrando en clara contradicción con sus premisas anteriores. Así, por ejemplo, en ICTY, *Prosecutor v. Mrdja*, Trial Chamber, IT-02-59-S, 31 March 2004, § 16, afirmó que el mayor efecto disuasivo que se busca en estos contextos es el de evitar que aquel que ha cometido el delito vuelva a delinquir. En relación con la CPI, en el contexto de los crímenes abarcados por su competencia, también ha relegado a un segundo plano esta finalidad de la pena, reconociendo que esta meta difícilmente podría alcanzarse de manera primaria por el castigo, puesto que su mera imposición no aseguraría, *per se*, la exitosa reincorporación de los victimarios a la sociedad. Sobre ello, ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, Sentencing judgment, cit., § 10; ICC, *Prosecutor v. Katanga*, Decision on Sentence, cit., § 38; ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, cit., § 11; ICC, *Prosecutor v. Al Mahdi*, Judgment and Sentence, cit., § 67.

⁴⁹³ Por todos, véase, LUBAN, D., «A Theory of Crimes against Humanity», *The Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, pp. 85, 90; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 4.

⁴⁹⁴ Así, parece entenderlo LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 575, quien reduce la necesidad de inocular únicamente a esta categoría de perpetradores.

⁴⁹⁵ Cuestión distinta es que, como meridianamente indica PASTOR, D., «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ JARA, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Edisofer y B de F, pp. 489 ss. el nacimiento y desarrollo del Derecho penal llamado a lidiar con este tipo de fenómenos –esto es, el Derecho penal internacional– se asiente, en parte, en una concepción de los victimarios como enemigos, quedando completamente impregnado de características propias de este Derecho, en el que en atención a la «monstruosidad» de los hechos se produce la derogación fáctica de principios esenciales del Derecho penal liberal tales como el principio *nullum crimen sine lege*, la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables o la imprescriptibilidad de los delitos volviendo a la premisa medieval del *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*. Una concepción totalmente opuesta a la aquí desarrollada sostiene DUFF, A., «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», cit., pp. 79 ss., quien, a partir de su visión excesivamente moralista del Derecho penal, considera que estos sujetos solo pueden ser tratados como «outlaws», en tanto no serían capaces de entender el castigo que se les impone. Estos se habrían separado de tal manera del orden moral que no podrían ser considerados miembros de la comunidad –entendida de manera normativa– y, por lo tanto, no podrían ser juzgados con base en esos valores compartidos.

⁴⁹⁶ Esto resulta, a mi juicio, capital, pues como indica WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 220-221, aun mostrándose de acuerdo con la mayor facilidad de reinserción y de no repetición en el futuro de dichas conductas, existe la posibilidad de que la organización haya cambiado lo suficiente a la persona como para aumentar su disposición a perpetrar nuevos delitos en el futuro si las condiciones adecuadas fueran recreadas. Esto se hace especialmente patente en el caso colombiano, pues como señalan FLÓREZ PINILLA, K. / VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Análisis cualitativo», cit., p. 346, desde 1956 un gran parte de los desmovilizados en «procesos de paz» han reincidido en la comisión del delito bien dentro de las disidencias del grupo originario, bien actuando para un grupo con distinta denominación. En concreto, en relación con la llamada Ley de Justicia y Paz, los estudios evidencian que cerca del 60% de los desmovilizados habían

abstracto— la probabilidad de comisión de delitos similares, sino que, desde la perspectiva de la rehabilitación, la mayoría de perpetradores —principalmente aquellos ubicados en los niveles más bajos de la escala organizativa— no repetirían sus conductas delictivas, su tasa de reincidencia sería prácticamente nula y su reintegración en el nuevo sistema social apenas acarrearía dificultades⁴⁹⁷.

No obstante, en aquellos casos en los que se opte por imponer y ejecutar una pena —bien debido al rango jerárquico del victimario, bien por lo determinante de su participación o lo representativo del delito—, los rasgos que esta revista no deben ser ajenos al objetivo de la resocialización, puesto que su consecución es trascendente en los contextos de transición en tanto funcional a la reconstrucción del contrato social y a la labor de protección de bienes jurídicos⁴⁹⁸.

Y es que, en tanto muchos de los perpetradores provienen de ambientes genuina y socialmente desaventajados, la imposición de un castigo que prime en exceso el componente retributivo puede servir para alienar aún más a estos dentro de la sociedad, aumentando la división y la tensión entre el «nosotros» y «ellos»⁴⁹⁹.

En estos supuestos, bastaría entonces con que el fin resocializador de la pena sea interpretado en clave negativa, es decir, como máxima de no desocialización de los victimarios evitando que la pena a imponer, ya sea por su intensi-

reincidido, siendo un factor relevante para la no reincidencia la existencia de un proyecto de vida futura. Sin reformas que faciliten ese proyecto, seguirán persistiendo motivos que hagan dudar de la resocialización del sujeto.

⁴⁹⁷ MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 11; HERZOG, F., «How to Find», cit., p. 271; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 205; LUBAN, D., «Fairness to Rightness», cit., p. 575; SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., pp. 10, 13; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 8, quien pone como ejemplo a muchos miembros del partido nacionalsocialista alemán que, tras finalizar la II Guerra Mundial, no tuvieron problemas de convivencia en otros países de Europa o Latinoamérica; el mismo ejemplo emplea MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 15; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 217, indicando que desmantelado el grupo de referencia y modificado profundamente el contexto que favoreció la violencia estructural no existiría un riesgo real de que los victimarios vuelvan a delinquir, careciendo de sentido la función reeducadora de la pena; en la misma dirección, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., pp. 238-239; íd., «The rationale», cit., pp. 146-147; en sentido similar, JÄGER, H., «Ist Politik kriminalisierbar?», cit., p. 136, al señalar que la resocialización se logra básicamente ya con la resocialización de la sociedad. También es consciente de la escasa necesidad de reinscripción una vez la sociedad es reordenada, JAKOBS, G., «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?», cit., p. 141. Asumen lo anterior, aunque consideran que precisamente por ello la prevención especial no puede ser el único elemento explicativo de la pena, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 138, quienes lo utilizan para justificar su utilización como criterio en la ejecución de la pena; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 93, ejemplificándolo a través de los delincuentes nacionalsocialistas juzgados años después de concluida la guerra; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., p. 137, para quien lo irrepetible de las circunstancias haría innecesaria la pena desde el punto de vista de la prevención especial.

⁴⁹⁸ Destaca la vinculación entre resocialización y protección de bienes jurídicos, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 52.

⁴⁹⁹ LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., p. 686.

dad ya por su forma de ejecución, resulte desmesurada en tanto suponga una amenaza para los avances que se puedan conseguir al margen del *ius puniendi*⁵⁰⁰.

Una posible respuesta a lo anterior pasaría por la modulación de la naturaleza e intensidad de la pena, de tal manera que, en la medida de lo posible y en función de la contribución del individuo a la reconstitución del contrato social, las sanciones impuestas posean un enfoque restaurativo. Así, sería deseable que, en el caso de imponerse una restricción de la libertad deambulatoria, esta pueda llevarse a efecto fuera del contexto carcelario, en el que factores como la superpoblación, la frustración o los contactos criminógenos suelen generar un efecto de marginación o desocialización en el sujeto respecto de su familia en particular y la comunidad en general⁵⁰¹. Sirva como ejemplo, una vez más, el proceso de paz colombiano y el denominado programa de sanciones propias de la JEP⁵⁰², que, para aquellos que aporten verdad y reparación a las víctimas, prevé sanciones de naturaleza restaurativa y que comprende restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, pero en ningún caso incluyen la posibilidad de cárcel o medidas de aseguramiento equivalentes⁵⁰³.

Medida en términos de proporcionalidad ajustada a la lesividad del hecho, la «sanción» resultante —entendida como la suma de la pena efectivamente impuesta más el cumplimiento por el victimario de las condiciones para beneficiarse de la atenuación— sería desproporcionada respecto a la pena que

⁵⁰⁰ En este sentido, la visión de la prevención especial positiva como máxima de no desocialización, que quedaría fundamentalmente reservada al momento de ejecución de la pena, está presente, entre otros, en ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 137-138; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 140; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 234, 240-245; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, cit., pp. 152-154, 296-299; PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., p. 183; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., p. 280; BASSO, G., *Determinación judicial de la pena*, cit., p. 333, quien también parece reservarle un papel, aunque mínimo y secundario, en el ámbito de la determinación judicial de la pena. También a favor de tener en cuenta la máxima de no desocialización en la imposición y puesta en práctica de la pena, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, cit., p. 357.

⁵⁰¹ Como indica FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 152, para favorecer que un modelo de justicia transicional sea aceptado por todas las partes del conflicto y, aún más importante, que pueda constituir un factor de paz, las sanciones que este recoja deben tratar de ser alternativas a la prisión, como, por ejemplo, las detenciones domiciliarias, la estadía obligatoria o la prohibición de estar en determinadas localidades, la destitución de los funcionarios públicos implicados en los crímenes comprobados y similares.

⁵⁰² El art. 126 de la Ley Estatutaria de la JEP establece que estas se impondrán a todos quienes reconozcan responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, entre las que se encuentran el delito de genocidio, de lesa humanidad o los crímenes de guerra.

⁵⁰³ Así, el art. 141 de la Ley Estatutaria de la JEP recoge, entre otras, las siguientes posibilidades: participación en programas de reparación efectiva del campesinado; participación en programas de protección medioambiental; participación en programas de construcción y reparación de infraestructuras; participación en programas de desarrollo rural; participación en programas de mejora de la conectividad; participación en programas de sustitución de cultivos ilícitos; participación en programas de acceso a agua potable; participación en programas de limpieza de restos de explosivos de guerra y participación en programas de limpieza de minas antipersona.

correspondería imponer en tiempos de estabilidad social en atención a la gravedad de los delitos cometidos. Sin embargo, los contextos transicionales carecen de esa estabilidad social que es precondition para la aplicación ordinaria del *ius puniendi*. La tensión entre proporcionalidad y pacificación es evidente. Lo mejor que se puede esperar es una aproximación en la que los crímenes más graves y representativos no queden sin castigo, pero en el que la intensidad y naturaleza de este no solo dependa de dicha gravedad.

El resultado sería una fórmula en la que la proporcionalidad se midiera respecto de la contribución de los victimarios al fin último a alcanzar en estos procesos: la reconstrucción del contrato social mediante la adopción de medidas dirigidas a la pacificación, la asunción de responsabilidad, así como el reconocimiento de la verdad y el otorgamiento de reparación a las víctimas⁵⁰⁴. Precisamente por ello, el cese de la violencia y, en su caso, desarme de todos los grupos armados, tiene que representar una condición mínima esencial impuesta a todos aquellos que quieran ser sometidos al sistema de penas de la justicia transicional en lugar del propio de la justicia penal ordinaria⁵⁰⁵.

En este sentido, cabe recordar que, en contextos de normalidad social, Roxin ya consideraba que consideraciones de prevención especial podían llevar a imponer una pena por debajo de la que se ajustaría al injusto y la culpabilidad, siempre y cuando los requisitos mínimos de prevención general no entren en conflicto con ello⁵⁰⁶.

No se aleja demasiado de estos postulados la tesis propuesta por Lacey y Pickard. En la línea de lo defendido por ambas autoras, puede aseverarse que los delitos que causan un mayor daño al sistema cooperativo requieren de una respuesta estatal, pero que la clase de respuesta –de carácter en mayor o menor medida restaurativo– depende de lo que ellas han llamado «Valor Asociado al Victimario» (*Associational Value of the Offender*)⁵⁰⁷. En aquellos casos en los que el sujeto muestra su colaboración postdelictiva el carácter restaurativo puede ser el predominante⁵⁰⁸. Es por ello por lo que consideran que es importante que estas estrategias de «perdón» únicamente se adopten una vez los perpetradores han dado el primer paso, reconociendo su culpabilidad y aceptando el haber cometido el injusto⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ ESER, A., «Justicia transicional», cit., p. 59; sigue al anterior, REYES ALVARADO, Y., «¿Es injusta la Justicia Transicional?», cit., p. 26; en términos similares, FAKHOURI GÓMEZ, Y., «¿Justicia transicional en Colombia?», cit., p. 141.

⁵⁰⁵ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 155.

⁵⁰⁶ ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 153, 157.

⁵⁰⁷ LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., pp. 681-682.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 682, donde pueden consultarse referencias a estudios empíricos en relación con el modo en que ese Valor Asociado influye en el sentimiento de la sociedad respecto del castigo a imponer.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, pp. 680-681, 689.

Por otro lado, también la vertiente negativa o inocuizadora debe ser tenida en cuenta en estos contextos, si bien en cuanto a constitutiva de una política inaceptable. Una estrategia en la que se trate a los victimarios como entes a inocuizar supone la degradación de una de las garantías alegadas por Ferrajoli para el mantenimiento y sostenimiento de una situación de no conflicto duradera: la «salvaguardia de la asimetría entre la civilización del derecho y la incivilización de la guerra»⁵¹⁰. La custodia de dicha garantía no solo conlleva evitar cualquier forma de violencia extralegal –tristemente conocida y empleada en el conflicto con ETA en España y en el conflicto con las FARC-EP en Colombia– sino renunciar igualmente a «cualquier forma de estado de excepción, o de violencia institucional simétrica al estado de guerra», pues solo de dicho modo es posible deslegitimar aquel⁵¹¹.

Y es que el seguir este tipo de estrategias de inocuización implica abandonar uno de los principios nucleares del Derecho penal liberal, el principio del hecho, pasando a abrazar un Derecho penal de autor en el que «el delito cometido no sería propiamente el fundamento de la pena, sino solo la ocasión que faculta a tratar de erradicar la peligrosidad de su autor con la imposición de la pena»⁵¹².

2. El fortalecimiento del Estado de derecho

Se ha señalado, con nimias variaciones en cuanto a su formulación, que uno de los motivos por los que se recurre al castigo de los crímenes más graves contra los derechos humanos en este tipo de contextos sería el que a través de aquel se lograrían establecer las bases del nuevo orden jurídico-social, frecuentemente identificado con el orden democrático⁵¹³. Así, se alega que mediante el ejercicio

⁵¹⁰ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 153. Como de manera precisa indica PRITZWITZ, C., «¿Para qué sirve el derecho penal en la lucha contra el terrorismo?», en AMBOS, K., *et al.* (Eds.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, p. 112, el Derecho penal del enemigo no puede ser una opción en procesos transicionales, «pues estos últimos suceden en un tiempo de deconstrucción de rivalidades y de las imágenes del enemigo». Se trataría de conceptos excluyentes entre sí y el Derecho penal del enemigo solo representaría una opción para aquellos actores que no desean la transición, sino solo la continuación del conflicto con la intención de vencer en él.

⁵¹¹ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., pp. 153-154, incluyendo dentro de estas tácticas ilegítimas la adopción de «estatutos antiterroristas» que vulneran los derechos fundamentales de los victimarios.

⁵¹² PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», cit., pp. 183, 185, añadiendo, en la línea de Feuerbach que no se trataría sino del «castigo anticipado de un hecho futuro, fáctica y normativamente incierto».

⁵¹³ ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 508; TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., pp. 6, 28-29; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 14; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., pp. 2543-2544, 2548, refiriéndose a la capacidad del castigo para hacer avanzar a una nación en

del *ius puniendi* el nuevo Estado consigue presentarse como legítimo⁵¹⁴. Ello debido a que el desarrollo de los diversos procesos judiciales y la imposición de una pena a los responsables sería capaz de restaurar la confianza de la población en el ordenamiento jurídico⁵¹⁵. De esta manera, se acabaría con la sensación de que existen personas que ostentan el suficiente poder como para estar por encima de la ley⁵¹⁶, mandando un mensaje a los ciudadanos de que pueden confiar legítimamente en que sus derechos se encuentran firmemente protegidos⁵¹⁷. El resultado de todo ello sería el fortalecimiento de los valores del Estado de derecho⁵¹⁸.

A este respecto, considero que, de base, hay que estar de acuerdo con Maculan y Gil Gil en que realmente este fin constituye el resultado mediato de los efectos asociados a la prevención general positiva, concretamente de los derivados de las funciones de comunicación y reafirmación de los valores vulnerados⁵¹⁹, y, debo añadir a la excelente argumentación de las autoras, del posible

el tránsito a la democracia; en sentido casi idéntico, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., pp. 2, 11, 14-15; ROBINSON, D., «Serving the interests of Justice», cit., p. 489; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 792; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 72; AKHAVAN, P., «Beyond Impunity», cit., pp. 8-9; LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», cit., pp. 100-101; ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights», cit., p. 323; UPRIMNY YÉPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., pp. 131-132; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 173; AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., p. 37; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., pp. 28-29; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 84; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 159-165; NEWMAN, M., *Transitional Justice*, cit., p. 66.

⁵¹⁴ ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2543; BENAVIDES FANEGAS, F. S., *Justicia en épocas de transición*, cit., p. 29; KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., p. 159.

⁵¹⁵ En este punto resulta muy representativo SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica», cit., p. 21, quien defiende que el fin del *ius puniendi* en estos contextos sería «restaurar la confianza cívica en las instituciones»; íd., «La cuadratura del círculo», cit., p. 9; en un sentido parecido, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 2, pone de manifiesto que el enjuiciamiento de los responsables contribuye a la consolidación de la democracia a través de la restauración de la confianza en el ordenamiento; muy similar al anterior, ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 509; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 14; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 84.

⁵¹⁶ NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 45; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2543; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 14; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 57; SLYE, R., «The Legitimacy of Amnesties», cit., p. 197; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 72; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 84.

⁵¹⁷ NEIER, A., «What Should be Done about the Guilty?», cit., p. 182.

⁵¹⁸ Como indica KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 159-161, la pena garantiza una identidad social en torno al Estado de Derecho; la pena, incluso atenuada, es un símbolo del Estado de Derecho y del restablecimiento de la democracia. También dan una explicación simbólica a esta contribución del Derecho penal a la democracia y el estado de Derecho; NINO, C., *Juicio al mal absoluto*, cit., p. 45; ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2543; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 14; ROBINSON, D., «Serving the interests of Justice», cit., p. 489; POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», cit., p. 792; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 173; de manera similar, mencionando que la identidad se construiría en torno al Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, UPRIMNY YÉPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa», cit., p. 132.

⁵¹⁹ MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 235; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 244; íd., «The Rationale», cit., p. 154.

efecto disuasivo que ejerce el contar con un monopolio de la violencia restablecido y un sistema penal operativo. El Derecho penal, a través de sus efectos simbólicos y psicosociales, contribuye al mantenimiento y reconstrucción de la cooperación entre individuos y, así, a garantizar un orden social pacífico.

No obstante, es más que discutible, y cuanto menos dudoso, que baste con conseguir dicha meta inmediata para dar asimismo como satisfecho el objetivo de alcanzar valores como los mencionados. Se puede estar de acuerdo en que el establecimiento de un nuevo régimen político versa sobre relaciones de poder, de manera que la efectiva ejecución del castigo reflejaría la existencia de un nuevo poder establecido⁵²⁰.

Sin embargo, la consolidación de la democracia debe buscarse principalmente mediante reformas económicas, sociales y culturales⁵²¹. Estas, en último término, habrán de garantizar, entre otras cosas, la máxima participación popular a través del refuerzo de la proporcionalidad de los sistemas electorales de manera que se garanticen unas elecciones representativas; el acabar con las terribles limitaciones burocráticas que merman el pluralismo político; y, no menos importante, garantizar el disfrute efectivo de todas las libertades y derechos fundamentales⁵²². Estos objetivos, funcionales a la estabilidad del sistema cooperativo a largo plazo, trascienden del alcance de un mal de naturaleza como coactiva como la pena y son, por lo tanto, ajenos al *ius puniendi*.

3. Sobre los enjuiciamientos como foro adecuado para satisfacer el derecho a la verdad

Ya ha sido señalado en este trabajo que uno de los derechos unánimemente reconocidos a las víctimas de violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos es el derecho a la verdad tanto en su vertiente individual –perte-

⁵²⁰ Así justifica el castigo en relación con estos fines, KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad», cit., pp. 161-162, 165. Debe recordarse, a estos efectos, la afirmación de Walter Benjamin según la cual «creación de derecho es creación de poder y, en tal medida, un acto de inmediata manifestación de violencia» (BENJAMIN, W., *Zur Kritik der Gewalt*, p. 57, citado en APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*, cit., p. 352). La pena, sería pues, el acto de violencia estatal a través del cual se refuerza el Estado.

⁵²¹ AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 76; MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía», cit., p. 213; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 244; íd., «The Rationale», cit., p. 154.

⁵²² Sobre ello, FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., pp. 159-160, quien elabora un listado mucho más exhaustivo en el que destaca su propuesta de transformación en partidos políticos de las viejas formaciones de la guerrilla de modo que se garantice el espacio para el desarrollo de los movimientos de oposición.

neciente a las víctimas de los delitos— como colectiva —referida a la sociedad en general—. En su aspecto individual, conlleva el derecho imprescriptible de las víctimas a conocer quiénes fueron los responsables, las circunstancias en que ocurrieron los hechos, el porqué de ellos y, en caso de muerte o desaparición, el derecho de sus familiares a saber el destino que corrieron dichas personas. En su faceta colectiva, implica el derecho inalienable de la sociedad a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes en aras de evitar la repetición de tales acciones.

A priori, nada debería impedir que dicho derecho pudiera ser alcanzado a través de mecanismos de naturaleza extrajudicial como, por ejemplo, las comisiones de la verdad. Empero, en la línea de su visión marcadamente punitivista de los derechos humanos, la jurisprudencia y las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos han tendido a mostrarse contrarias a tal posibilidad. Así, se afirma que el derecho a la verdad no puede ser satisfecho por medio del uso exclusivo de la vía extrajudicial, como, por ejemplo, las comisiones de la verdad, en tanto «la verdad histórica contenida en los informes de las citadas comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad por medio de los procesos judiciales»⁵²³. En definitiva, se confiere al Derecho penal el rol de «constructor de relatos»⁵²⁴.

Más allá de la crítica epistemológica referida a que la verdad que el ser humano puede alcanzar es siempre parcial o aproximada⁵²⁵, cabe preguntarse si esta vinculación del derecho a la verdad con el derecho de acceso a la justicia penal⁵²⁶ no supondría una evidente distorsión del primero en el marco de la actual tendencia a hipertrofiar las capacidades del *ius puniendi*.

⁵²³ Entre otras, sin ánimo de exhaustividad, sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 150; sentencia de la Corte IDH de 29 de noviembre de 2006 (*Caso La Cantuta c. Perú*), § 224; sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund c. Brasil*), § 297; sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*), § 298. En relación con las decisiones de la CIDH, véanse, entre otros, CIDH. Informe núm. 61/01. Caso 11.711, § 81, en donde se considera que, en tanto acompañada de una amnistía, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación chilena vulneró el derecho a la verdad de las víctimas; de manera similar, CIDH. Informe núm. 133/99. Caso 11.725, §102.

⁵²⁴ Véase, en este sentido, la función de la pena que en contextos transicionales defiende APONTE CARDONA, A., «Macrocriminalidad y función penal», cit., pp. 167 ss. El autor, que a través del ejemplo del sistema transicional colombiano logra salvar muchas de las fallas que aquí se expondrán, deja sin embargo sin contestar una cuestión clave: en qué medida la efectiva ejecución de la pena es necesaria para la construcción de ese relato. En una dirección similar, FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 151, señala que en los escenarios de justicia de transición los procesos penales, antes que la imposición y ejecución de la pena, tendrían por objeto la comprobación de la verdad y su reconstrucción histórica. Como en el supuesto anterior, queda sin contestar la cuestión referida a qué aporta a esa verdad la ejecución de la pena.

⁵²⁵ PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 124.

⁵²⁶ En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido en reiteradas ocasiones que el derecho a conocer la verdad se enmarca fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia. Por todas, sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*), § 148.

Por un lado, autores como Silva Sánchez han elevado críticas nada desdeniables contra esta visión, en tanto consideran que la reconstrucción que del hecho histórico se hace en el proceso no buscaría declarar la verdad de lo acontecido, sino sentar las bases para la atribución de responsabilidad penal⁵²⁷. Por el otro, no pueden desconocerse las eximias palabras del juez Robert Jackson –antiguo magistrado de la Corte Suprema de los EE. UU. y Fiscal jefe de dicho país en los juicios de Núremberg– para quien uno de los principales legados –si no el principal– de los mencionados procedimientos sería el haber documentado las atrocidades cometidas por los Nazis «con tal autenticidad y con tanto grado de detalle que no puede haber una negación responsable de estos crímenes en el futuro y ninguna visión de los líderes nazis como mártires puede emerger entre personas informadas»⁵²⁸.

Se puede estar de acuerdo en que, en tanto toda declaración judicial de culpabilidad debe basarse en hechos probados más allá de toda duda razonable, uno de los fines del proceso judicial penal es, precisamente, la búsqueda de una «verdad judicial» que sirva de base para la atribución de responsabilidad al sujeto. Ello conlleva un esfuerzo de documentación que ya supone, en sí mismo, un avance en el establecimiento histórico de los hechos y en la construcción de un conocimiento público compartido⁵²⁹. Además, la «verdad» establecida en el juicio, debido a los estrictos estándares de prueba y a la oficialidad del proceso, estaría revestida de una mayor autoridad y legitimación⁵³⁰.

En consecuencia, puede aseverarse que el procedimiento judicial penal contribuye a determinar lo sucedido en el pasado y a transmitirlo a la sociedad. Cuestión distinta es que se trate, como así lo pretende algún autor, de la herra-

⁵²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena?», cit., p. 160; de manera similar, PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 124.

⁵²⁸ JACKSON, R., *Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials*, USA Department of State, 1949, p. 438.

⁵²⁹ Así, MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments», cit., p. 11; ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility», cit., p. 509; SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 13; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 50; TEITEL, *Transitional Justice*, cit., pp. 49, 72, 77; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 175; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 93; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., pp. 41-42; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., pp. 227-228; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 242; íd., «The rationale», cit., p. 151. Muy interesante resulta la valoración de HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, cit., p. 26, quien considera que mientras la meta del Derecho penal material sería alcanzar la justicia, la del Derecho penal formal –esto es, el proceso penal– sería alcanzar la verdad. Igualmente, DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 3, indicando que el fin inmediato del proceso es la obtención de la verdad, hasta tal punto que solo son necesarios cuando la verdad se encuentra en disputa, de tal modo que cuando está ya está definida, el proceso puede acabar mediante una admisión de culpabilidad (*guilty plea*).

⁵³⁰ DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 10; en dirección similar, GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 242; íd., «The Rationale», cit., p. 151; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 86.

mienta más eficiente para alcanzar dicho objetivo⁵³¹. Y es que no debe confundirse esta verdad forense o procesal, que sería aquella resultante del procedimiento judicial, con la verdad histórica o material, la cual trascendería a la primera⁵³².

La verdad resultante del proceso judicial es, por múltiples motivos, limitada. En primer lugar, debido a las garantías inherentes a todo proceso penal como, por ejemplo, el principio de contradicción o el principio *in dubio pro reo*. Estas, si bien dotan de una mayor autoridad y legitimación a la narrativa obtenida del proceso judicial, también provocan que la verdad resultante no coincida plenamente con la totalidad de los hechos realmente acontecidos⁵³³. En segundo lugar, porque se trata de un proceso adversarial centrado, inevitablemente, en establecer la responsabilidad respecto de los delitos concretos que llegan a su conocimiento. De esta manera, en sede judicial se podrá establecer una verdad forense respecto de crímenes puntuales, pero difícilmente podrá llevarse a cabo un examen del contexto en su conjunto y de cómo este pudo influir en las violaciones masivas de derechos humanos⁵³⁴.

⁵³¹ A favor de los juicios como el foro más adecuado para ello, SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 13.

⁵³² Hace uso de esta distinción entre verdad procesal y material, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 228; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 242; íd., «The Rationale», cit., p. 151; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 202.

⁵³³ Como alerta FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 823, «cuando el proceso no tiene ya como objeto de investigación un hecho criminal determinado, sino que pretende investigar toda una fenomenología criminal en todas sus complejas dimensiones políticas y sociales, se transforma inevitablemente en investigación historiográfica o en encuesta sociológica de dimensiones exorbitantes en relación con los esquemas garantistas de la estricta legalidad». En esta misma dirección, DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., pp. 4, 10; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 9; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 177; PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 124; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 42; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 97; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 228; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 242; íd., «The Rationale», cit., pp. 151-152; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 47. En la jurisprudencia, STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012 (ponente: Martínez Arrieta), FD 1.º: «las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc., como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica».

⁵³⁴ DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., pp. 4, 10; ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 7; HAYNER, P., «Fifteen Truth Commissions», cit., p. 605; TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 72; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 47, 60; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 74; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 629; DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., p. 176; NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht», cit., p. 42; PASTOR, D., *El poder penal internacional*, cit., p. 127; DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., pp. 95-96; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 228; GIL GIL, A. / MACULAN, E., «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», cit., p. 242; íd., «The Rationale», cit., p. 151; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 202; íd., «¿Es injusta la justicia transicional?», cit., p. 18; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., pp. 48, 86. Mayores matices pueden apreciarse en la postura de MAÑALICH RA-

Si se admite la naturaleza parcial y limitada de los enjuiciamientos, debería aceptarse, igualmente, que el derecho a la verdad únicamente puede ser satisfecho de manera tangencial en el proceso penal⁵³⁵. Este derecho podría alcanzarse –*stricto sensu*– por medio de organismos extrajudiciales como las comisiones de verdad y reconciliación, los cuales presentan una mayor flexibilidad que el encorsetado proceso judicial penal.

A través de este tipo de mecanismos puede atemperarse la limitación asociada a la necesaria selección de los victimarios a enjuiciar⁵³⁶ y que, en última instancia, puede distorsionar la realidad de lo acaecido durante el tiempo de duración del conflicto armado o de represión política⁵³⁷. Este tipo de entes tienen una mayor capacidad para desarrollar un relato omnicompreensivo sobre los patrones de acción colectivos y los orígenes de las motivaciones de los individuos parte de las diversas estructuras políticas y sociales, conectando hechos que aparentemente pueden ser vistos como carentes de vinculación entre sí y poniendo así fin a mitos, rumores y falsas imágenes sobre el pasado⁵³⁸. De igual manera, estas comisiones pueden abordar cuestiones como la influencia o el rol de terceros países u organizaciones en el conflicto, algo extremadamente difícil de llevar a cabo en el contexto del procedimiento pe-

FFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 10, considerando que si bien lo único que alcanza a ser tematizado mediante el enjuiciamiento es la culpabilidad aislada del autor, nada obsta a que mediante la recolección de cada una de estas sentencias pueda llegarse a una generalización que dé cuenta de lo sucedido. Por otro lado, a favor de la capacidad de los juicios de establecer un relato comprehensivo, véase, SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace», cit., p. 13.

⁵³⁵ Así, STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012 (ponente: Martínez Arrieta), FD 1.º: «el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho».

⁵³⁶ REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 202.

⁵³⁷ SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica», cit., pp. 35-36, poniendo como ejemplo un país en el que fuera claro que un 80% de las violaciones fueron cometidas por un bando determinado, pero en el que el programa de enjuiciamientos incluye persecuciones a ambos bandos cada uno por las masacres cometidas, lo que puede distorsionar la realidad histórica. No obstante, como señala ROHT-ARRIAZA, N. / POPKIN, M., «Truth as Justice», cit., p. 98, sería ilusorio creer que ese riesgo no está igualmente presente en las comisiones de la verdad en las que, consecuencia del desequilibrio de fuerzas existente, se puede llegar a construir un relato equidistante. Es por ello que, en todo momento, deben acentuarse las disparidades existentes en las violaciones de derechos acontecidas en uno y otro bando, como así sucedió en los informes emitidos por las comisiones de la verdad de Chile y El Salvador.

⁵³⁸ DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 10; TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 9; MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 47, 76, 143; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 75; FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair», cit., p. 628-629; muy ilustrativos, ORENTLICHER, D., «'Settling Accounts' Revisited», cit., p. 16, para quien solo a través de estos mecanismos puede llegar a comprenderse la compleja maquinaria que está detrás de la comisión de atrocidades en masa (parece así desvincularse de su postura anterior, ORENTLICHER, D., «Settling Accounts», cit., p. 2546, nota al pie 32); DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., p. 97, indicando que estos mecanismos pueden construir una verdad más amplia y dialéctica frente a la verdad lógica y microscópica del Derecho penal.

nal⁵³⁹. Asimismo, emplean un lenguaje más comprensible para la ciudadanía que el presente en muchas resoluciones judiciales⁵⁴⁰.

Parece evidente que las amnistías incondicionales que impiden todo intento de averiguación de lo sucedido son medidas incompatibles con la satisfacción del derecho a la verdad. Empero, al margen de estos supuestos, no acabo de comprender cómo la prohibición de conceder medidas premiales que simplemente atenúen o excluyan la imposición del castigo ordinariamente previsto contribuiría a incrementar los niveles de verdad globalmente alcanzados o, en su defecto, actuaría como impedimento para lograr lo anterior⁵⁴¹. Adoptar una estrategia en la que se supedite la obtención de medidas de renuncia total o parcial a la pena a la colaboración de los victimarios en el esclarecimiento de los hechos puede ayudar a que las víctimas vean su derecho a la verdad satisfecho⁵⁴². Y es que muchas veces, debido a que los testigos directos suelen estar muertos o desaparecidos, la principal fuente de información sobre las atrocidades acontecidas serían, precisamente, los propios victimarios⁵⁴³.

La experiencia reciente muestra algunos ejemplos de que obtener las evidencias que permitirían conocer la historia al completo, de tal manera que fuera posible remontarse hasta aquellos que *ab initio* dieron la orden delictiva, sería extremadamente difícil y complejo si no fuera por la concesión de medidas premiales⁵⁴⁴. En este punto, creo que es altamente ilustrativo el ejemplo de los denominados «falsos positivos» en Colombia.

En el contexto del conflicto armado colombiano, se emplea la expresión «falsos positivos» para referirse a aquellos civiles asesinados por las Fuerzas Armadas de la República de Colombia con el fin de hacerlos pasar por miembros de las FARC-EP, ELN u otros grupos guerrilleros y poder así «maquillar» las

⁵³⁹ Sirva como ejemplo la comisión de la verdad establecida en El Chad en cuyo informe final pueden leerse referencias al rol de los EE. UU. respecto del soporte financiero, técnico y material del régimen de Habre (véase, *Report of the Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations committed by Ex-President Habre, his Accomplices and/or Accessories*, 1992, p. 64).

⁵⁴⁰ TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 91, destaca que, más allá de los profesionales que se dedican a ello, las resoluciones judiciales se expresan en términos difícilmente comprensibles para las personas legas en Derecho.

⁵⁴¹ Como afirma GRECO, L., «Amnestien», cit., p. 676, el derecho a la verdad no conduce, necesariamente y como así ha querido deducir la Corte IDH, a la responsabilidad penal del victimario. Podría argüirse, en una línea similar a la que parece estar implícita en DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., pp. 174-175, que la efectiva ejecución del castigo reforzaría la autenticidad de la narración. Empero, este refuerzo cualitativo de la verdad ya sería suficientemente alcanzado mediante los estándares del proceso, por lo que la adición de un sufrimiento al victimario poco o nada añadiría a lo anterior.

⁵⁴² ZALAQUETT, J., «Confronting Human Rights Violations», cit., p. 8; AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 74; AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena», cit., p. 209; también puede apreciarse esta idea en, Constitutional Court of South Africa, Case CCT17/96, cit., § 17.

⁵⁴³ AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime», cit., p. 74.

⁵⁴⁴ Así, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., p. 59.

estadísticas oficiales de la lucha contra las diferentes guerrillas. Esta actuación, ejemplo claro e indiscutible de lo que constituiría un crimen de lesa humanidad, fue sistemáticamente negada por los diferentes Gobiernos de la República de Colombia y por muchos altos rangos del ejército. El relato oficial afirmaba que se trataba de actos aislados atribuibles exclusivamente a unos pocos individuos y no a una política gubernamental.

No obstante, una vez suscrito el Acuerdo de Paz esta versión comenzó a desmoronarse paulatinamente. Una de las condiciones que los agentes estatales deben satisfacer para someterse a la competencia de la JEP y poder beneficiarse de sus medidas es la conexidad con el conflicto armado de la conducta, de tal manera que la motivación de aquella no haya sido el obtener un beneficio personal, propio o de un tercero⁵⁴⁵. Si, como en numerosas ocasiones había sido repetido por altas instancias del Gobierno colombiano, ese tipo de conductas eran exclusivamente achacables al individuo, difícilmente podían estos últimos tener cabida en la JEP. Sin embargo, a fin de optar a la concesión de dichas medidas premiales, hasta 55 militares han rendido versión de lo sucedido, aportando evidencias de que, efectivamente, había una política gubernamental detrás de los «falsos positivos»⁵⁴⁶ e incriminando directamente al General Mario Montoya Uribe como uno de los responsables, lo que ha llevado a este último a comparecer ante la JEP⁵⁴⁷.

Considero que el anterior ejemplo evidencia a la perfección cómo sin hacer uso de dichos incentivos únicamente subsistiría un derecho abstracto a la obtención de la verdad, pero este no podría concretarse. Las víctimas seguirían ignorando lo que ocurrió realmente y la persecución penal carecería de base suficiente sobre la cual asentarse⁵⁴⁸.

En cualquier caso, reconocer la enorme potencialidad de los mecanismos extrajudiciales para satisfacer el derecho de las víctimas y la sociedad a la verdad no debe llevar a desconocer los riesgos y limitaciones que este tipo de instrumentos llevan asociados. Así, tanto la limitación temporal a la que están sometidas⁵⁴⁹, como las tensiones propias del contexto en el que deben operar estas instituciones, pueden poner en cuestión el valor de la verdad a través de ellas obtenida.

⁵⁴⁵ Arts. 30 y 46 de la Ley 1820 de 2016; art. 45 de la Ley Estatutaria de la JEP.

⁵⁴⁶ En este sentido, véase, CORREA FLÓREZ, M. C., «El reconocimiento de verdad y responsabilidad en la JEP», *Ambito Jurídico*, 28 de abril de 2022, quien recoge el testimonio de los agentes del Estado implicados en los hechos sucedidos entre 2006 y 2007 en el Catacumbo, quienes reconocieron haber instigado o haber cometido directamente crímenes de guerra y de lesa humanidad con el objetivo de mejorar las cifras de éxito militar.

⁵⁴⁷ Sobre ello, Revista Semana, «Falsos positivos: general Mario Montoya destapa sus cartas ante la JEP», 2020. Disponible en: <<https://www.semana.com/nacion/articulo/falsos-positivos-general-mario-montoya-destapa-sus-cartas-ante-la-jep/651647>>.

⁵⁴⁸ Constitutional Court of South Africa, Case CCT17/96, *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* § 18; FREEMAN, *Necessary Evils*, cit., p. 64.

⁵⁴⁹ BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición*, cit., p. 56.

Por un lado, debido a que, en ocasiones, las comisiones suelen ser el producto de un «acuerdo político» de mínimos que, como condición para ser firmado, puede presuponer, *ab initio*, una equiparación entre víctimas y victimarios⁵⁵⁰. Por otro, debido a que, en tanto el origen de la información se encuentra principalmente en los implicados de manera activa o pasiva en las atrocidades, se corre el riesgo de construir un relato poco ajustado a la realidad, debido bien a que los victimarios omiten por su propia cuenta información relevante, bien a una forma de operar poco profesional en la que se acaba dicotomizando entre víctimas inocentes que han de ser escuchadas y victimarios culpables que no pueden dar su versión de los hechos⁵⁵¹.

4. Derecho penal y reconciliación

Uno de los roles que tradicionalmente ha sido atribuido al Derecho penal en contextos de transición es el de herramienta que permitiría –dentro de un abanico más amplio de medidas– alcanzar la reconciliación de la sociedad⁵⁵². Cabe destacar que esta vinculación entre medio y fin no es algo novedoso o propio exclusivamente de los escenarios aquí examinados. Y es que, las diversas justificaciones en torno al *ius puniendi* no han sido ajenas a la idea de reconciliación.

A este respecto, Rainer Zaczyk ha defendido una noción retributiva del castigo como acto que, a través de la disminución del estatus jurídico del autor del delito, permitiría compensar el injusto y posibilitaría así su reconciliación con la comunidad jurídica⁵⁵³. La idea de reconciliación también está muy presente en la teoría de la pena de Duff⁵⁵⁴, así como entre los fines que

⁵⁵⁰ TEITEL, R., *Transitional Justice*, cit., p. 86, señala que esto es lo que sucedió en Sudáfrica y El Salvador, lo que impediría alcanzar una auténtica representación histórica de lo sucedido.

⁵⁵¹ SHAW, R. / WALDORF, L., «Introduction: Localizing Transitional Justice», cit., pp. 8-9, denuncian que esto fue lo que sucedió en la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, de manera que no se pudo establecer un relato que sirviera para abordar las causas de la criminalidad.

⁵⁵² Mencionan específicamente la reconciliación como uno de los fines a los que puede contribuir el Derecho penal en contextos de transición, ESER, A. / ARNOLD, J., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, cit., p. 19; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 8; REYES ALVARADO, Y., «Víctimas, fin y necesidad de la pena», cit., p. 204; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., pp. 232-235, aunque discute que deba incorporarse como fin de la justicia de transición, debido a la de falta de claridad respecto de su significado así como a la tendencia a confundirla con la impunidad. También considera la reconciliación como un posible fin de la justicia penal, SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica», cit., p. 24.

⁵⁵³ ZACZYK, R., «“Ha matado, entonces debe morir”. Kant y el derecho penal», cit., pp. 124-133.

⁵⁵⁴ Véase, DUFF, A., «Punishment, Retribution and Communication», cit., pp. 127-128, donde justifica el castigo como un instrumento capaz de inducir en el victimario un proceso de penitencia y arrepentimiento que le llevaría, en última instancia, a la reconciliación con la sociedad. No obstante, como indican, ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 134, difícilmente puede esta servir para justificar el castigo retributivo, porque tal experiencia de expiación, que rara vez se produce en la realidad,

han sido atribuidos al *ius puniendi* en la creación de los diferentes tribunales penales a nivel internacional⁵⁵⁵.

La frecuencia con la que se alude a este concepto puede explicarse en términos similares a lo que sucede con la noción de paz: es difícil encontrar a alguien que abiertamente se oponga a su consecución. Sin embargo, se trata de un término excesivamente vaporoso, impregnado de diversos matices y significados con diferentes grados de interrelación entre sí. Sí puede aseverarse que un elemento en mayor o menor medida común y que presuponen casi todas las nociones de reconciliación –hasta el punto de haber sido repetido como un mantra por los teóricos de la justicia de transición cuando mencionan en abstracto dicho fin– es la revelación de la verdad de lo sucedido. Un individuo o una sociedad no pueden reconciliarse –en cualquiera de los sentidos que se expondrán a continuación– si no saben con quién han de hacerlo y con base en qué sucesos pasados⁵⁵⁶.

Sobre cómo el *ius puniendi*, a través del procedimiento judicial penal, es capaz de elaborar un relato sobre lo sucedido ya me he pronunciado anteriormente. Basta recordar pues que, si bien es innegable su potencial para servir a dicho fin, el nivel global de «verdad» que sería capaz de alcanzar sería estructuralmente limitado en comparación con el que se puede obtener del empleo de otros mecanismos extrajudiciales como las comisiones de verdad. Por lo tanto, de este primer elemento asociado a la reconciliación no es posible deducir una irrenunciable necesidad de emplear el poder punitivo del Estado. Determinar si ello es así o no –en algunos casos o en todos– requiere, por ende, profundizar en el análisis de los posibles significados del término reconciliación.

Así, con independencia de que es posible realizar un mayor número de subdivisiones, considero que, en último término, dentro de la idea de reconciliación puede efectuarse una distinción entre una noción que requeriría de un proceso emotivo acompañado de medidas de justicia social –lo que a efectos del presente trabajo puede ser denominado como «reconciliación en sentido fuerte»– y aquella otra que no –de suerte tal que ello constituiría una «reconciliación en sentido débil»–.

se presenta como un acto moral autónomo de la personalidad, que no se impone obligatoriamente y, además, es mucho más probable que se produzca por un castigo que no es retributivo sino útil.

⁵⁵⁵ Así, en relación con el TPIR, resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 8 de noviembre de 1994. Doc. ONU. S/RES/955, p. 1, se afirmó que «el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario [...] contribuiría al proceso de reconciliación nacional»; similar, en relación con el TESL, resolución 1315 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 14 de agosto de 2000. Doc. ONU. S/RES/1315, p. 2: «(el) sistema de justicia y de rendición de cuentas por los gravísimos crímenes cometidos en ese país [...] contribuiría al proceso de reconciliación nacional».

⁵⁵⁶ Por todos, FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional», cit., p. 151.

La primera opción interpretativa pasaría por concebir la reconciliación como un proceso de naturaleza individual e interpersonal en el que víctima y victimario enfrentan una serie de emociones y sentimientos que llevarían a la segunda a la aceptación de la culpa y la petición de disculpas, y a la primera a la superación de su resentimiento⁵⁵⁷. Desde esta perspectiva, el concepto de reconciliación estaría indefectiblemente unido al de perdón⁵⁵⁸. Concretamente, no divergiría de la noción dominante en la tradición católica, en la que el perdón es entendido como una facultad eminentemente personal que residiría en cada uno de los individuos⁵⁵⁹ y no como una potestad perteneciente a un ente superior en ejercicio del denominado derecho de gracia⁵⁶⁰.

Junto a esta noción pueden ser ubicadas otras definiciones dadas al término reconciliación y que se diferenciarían de la anterior en el nivel en el que aquella se produciría y que trascendería del propio entre victimario-víctima. Así, estas hacen referencia al «entendimiento intercomunitario» (*intercommunal understanding*) conceptualizado como una situación que trascendería a la mera convivencia pacífica —es decir, algo más que una reconciliación entendida como paz negativa— y que abarcaría un estadio en el que la sociedad ha sido capaz de salvar las diferencias existentes entre los distintos grupos —étnicos, políticos, etc.— que componen aquella⁵⁶¹. En consecuencia, no diferiría en cuanto a su significado del estado de justicia social asociado al concepto de paz positiva.

⁵⁵⁷ HAMBER, B. / VAN DER MERWE, H., «What is this Thing Called Reconciliation?», *Paper presented at the Goedgeacht Forum After the Truth and Reconciliation Commission Goedgeacht Farm, Cape Town*, 28 March 1998. Disponible en: < <https://brandonhamber.blogspot.com/1998/03/what-is-this-thing-called-reconciliation.html>>; GIBSON, J., «Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation?», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, núm. 1, 2006, p. 86; SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 6; similar, MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 233.

⁵⁵⁸ Véase, en este sentido, la noción de perdón que maneja SILVA SÁNCHEZ, J-M., *Malum passionis*, cit., p. 25.

⁵⁵⁹ Lo anterior puede apreciarse en diversos pasajes del Nuevo Testamento, así, por ejemplo, Lucas, v, 21-24: «los maestros de la ley y los fariseos se dijeron: “¿Quién es este que dice blasfemias? ¿Quién puede perdonar los pecados sino solo Dios?”. Jesús, conociendo sus pensamientos les dijo: “[...] para que sepáis que el hijo del hombre tiene poder en la tierra para perdonar los pecados...”»; sobre el mismo episodio, muy similar, Mateo, ix, 5-6; véase también, Marcos, xi, 25-26: «cuando os pongáis a orar, si tenéis algo contra alguien, perdonádselo, para que también vuestro Padre celestial os perdone vuestros pecados. Pues si vosotros no perdonáis, tampoco vuestro Padre celestial os perdonará vuestras culpas».

⁵⁶⁰ Sobre la vinculación de la renuncia total o parcial a la imposición o ejecución de la pena que supone el indulto o la amnistía con la existencia de un derecho de gracia estatal, véase, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., «Sobre el indulto. Razones y sinrazones», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, pp. 1-61; SILVA SÁNCHEZ, J-M., *Malum passionis*, cit., pp. 180 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El indulto y sus razones», cit., pp. 251-332.

⁵⁶¹ HAMBER, B. / VAN DER MERWE, H., «What is this Thing Called Reconciliation?», cit.; me parece especialmente ilustrativo el ejemplo que emplea, GIBSON, J., «Overcoming Apartheid», cit., pp. 86-87, ilustrando esta noción con la superación de las diferencias entre esclavos y amos en la Sudáfrica *postapartheid*; de manera similar, SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 6.

Si se da por buena esta primera noción de reconciliación, habría asimismo de asumirse que su alcance sería en gran medida ajeno al poder del Estado. Ello debido a que mientras el *ius puniendi* operaría en un plano vertical Estado-individuo, el perdón se movería en una dimensión horizontal individuo-individuo⁵⁶², de forma que el ejercicio de uno no sería condición necesaria para la consecución del otro⁵⁶³. Empero, ello no quiere decir que escape completamente a la acción estatal: el Estado no puede obligar a la víctima o a la sociedad a perdonar a aquellos que en el pasado han causado un mal⁵⁶⁴, pero sí puede favorecer o estructurar las condiciones en las que el proceso emocional que conduzca a ello se produzca.

Por un lado, es cierto que el Estado, a través de la efectiva ejecución de la pena, puede, en cierto modo, dar una reparación negativa a la víctima y a la sociedad en forma de satisfacción del sentimiento de equidad, lo que en algunos supuestos puede ser necesario para dar inicio al mencionado proceso entre víctima/sociedad y victimario. No obstante, de ello no se deriva ni que sea siempre un elemento imperativo para dar comienzo a dicho proceso, ni que por sí mismo sea suficiente para alcanzar la reconciliación en el sentido hasta ahora expuesto.

Una noción fuerte de reconciliación implicaría aceptar que esta difícilmente podría alcanzarse a través de un proceso adversarial como el procedimiento penal. Ello en tanto este último no reúne las características para el proceso de diálogo activo que necesita la víctima⁵⁶⁵, sino que tiende a enfrentar a víctima y victimarios en lugar de buscar un entendimiento entre ambas⁵⁶⁶. Por el contrario, la reconciliación en sentido fuerte podría ser alcanzada en

⁵⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, cit., p. 25. Nótese que hablo del perdón asociado a la reconciliación, ya que si se calificara la renuncia total o parcial a la pena por el Estado como «perdón», habría que reconocer una dimensión vertical adicional, como reconoce, *Ibid.*, cit., pp. 180 ss., especialmente, pp. 183-187, 210.

⁵⁶³ En este punto, resulta especialmente esclarecedora la distinción que efectúan LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive?», cit., pp. 672-674, entre «*mercy*» y «*forgiveness*». Ambos conceptos tomarían como punto de partida común el hecho de que serían una respuesta a un comportamiento positivo postdelictual de los victimarios –por sentirse arrepentidos, sufrir remordimiento, ofrecer disculpas o reparación a la víctima– que provoca que algunos de los fines a alcanzar por la pena –como, por ejemplo, la rehabilitación– no necesiten de la imposición efectiva del castigo; no obstante, serían conceptos independientes en el que la gracia residiría en una figura dotada de poder y autoridad como para renunciar al castigo, mientras que el perdón residiría en la víctima de manera principal, pero también en terceros o en el propio perpetrador, cualquiera de los cuales no estaría dotado de ese poder y autoridad. Es por ello que el hecho de que se dé uno de ellos, no influye necesariamente en la existencia del segundo: el Estado puede ejercer su derecho de gracia y la víctima no perdonar y viceversa.

⁵⁶⁴ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness*, cit., pp. 17, 20, considera que el perdón es un poder que ostenta solamente la víctima y que cuando es anunciado por alguien que no es la víctima, se estaría más ante un acto de olvido que de perdón en sentido estricto.

⁵⁶⁵ VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 164.

⁵⁶⁶ ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., pp. 46-47, 57; DUFF, A., «Process, not Punishment», cit., p. 16; MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 233.

mayor medida a través de la llamada justicia restaurativa⁵⁶⁷, la cual permite aportar a las víctimas un contexto de escucha y participación que difícilmente puede darse hoy en día en el procedimiento penal⁵⁶⁸.

Pese a que es difícil dar una definición unívoca, la justicia restaurativa sería aquella que propone una visión alternativa del crimen debido a las limitaciones que la visión occidental conlleva en relación con la víctima y el victimario⁵⁶⁹. Esta noción de justicia trascendería del simple castigo del victimario, centrándose en la reparación de la víctima y en la reconstrucción del tejido social a través de un procedimiento dialéctico en el que el protagonismo principal recae en la víctima, victimario y posibles representantes de la sociedad que participan de manera conjunta, activa y dialogante en la resolución de los conflictos derivados de la comisión de dicho delito⁵⁷⁰.

Aunque la justicia restaurativa no fue originariamente desarrollada para hacer frente a la delincuencia sistémica, sino para ser aplicada en el contexto de la criminalidad ordinaria o de baja escala, nada impide que, con los ajustes necesarios, los procesos transicionales puedan beneficiarse de sus experiencias⁵⁷¹. Tanto justicia transicional como restaurativa coinciden en el fin de superar un pasado marcado por las violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos, forjando un futuro con lazos comunitarios fuertes y sólidos⁵⁷².

Conclusiones diferentes pueden alcanzarse si se prescinde del plano emotivo-sentimental de la reconciliación y se entiende esta como mera convivencia pacífica en un mundo compartido⁵⁷³, o, en un sentido normativo o institucional, como recuperación de la confianza en torno a las normas que han sido defraudadas y las instituciones que han sido pervertidas en el pasado más

⁵⁶⁷ MACULAN, E., «Fines de la pena», cit., p. 233. Véase, FLÓREZ PINILLA, K. / VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Análisis cualitativo», cit., p. 355, donde destacan el éxito de los actos simbólicos de justicia restaurativa de la Ley de Justicia y Paz.

⁵⁶⁸ VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 165.

⁵⁶⁹ Así, ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., p. 20, considera que este tipo de justicia descuida a la víctima al tiempo que falla en alcanzar sus metas expresamente formuladas de hacer responsable al victimario y prevenir nuevos crímenes; véase también, MACULAN, E., «Encuentros restaurativos, petición de perdón y resocialización: replanteando los mecanismos restaurativos con condenados por delitos de terrorismo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, 2021, p. 91, señalando que «la adopción de métodos y principios de la justicia restaurativa permite hacer frente a exigencias, fines y demandas que la justicia penal, por sí sola, ha demostrado ampliamente que no es capaz de satisfacer».

⁵⁷⁰ VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 163; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 354.

⁵⁷¹ VARONA MARTÍNEZ, G., «El papel de las víctimas», cit., p. 164; WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 154.

⁵⁷² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080-18, cit., apartado 4.1.9.

⁵⁷³ GIBSON, J., «Overcoming Apartheid», cit., p. 88; SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., pp. 1, 5.

reciente⁵⁷⁴. Así concebida, esta segunda dimensión de la reconciliación no sería sino una reformulación de la idea de paz negativa, compartiendo su perspectiva normativa o institucional enormes similitudes con la teoría de la prevención general positiva defendida por Jakobs, teoría sobre la que ya he profundizado anteriormente.

CONCLUSIONES A LA PRIMERA PARTE

La primera parte de esta investigación ha estado dirigida a definir cuáles son los límites en la renuncia a la pena en la llamada justicia de transición. Para ello, en el primer capítulo, se introdujo al lector en el concepto de «justicia transicional», al tiempo que fueron analizados, desde la perspectiva del derecho positivo, los fundamentos sobre los que se asienta la doctrina de la «lucha contra la impunidad», llamada a limitar la discrecionalidad punitiva estatal. Así, se puso de manifiesto que en la superación de un pasado de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, la cuestión referida a sí, y hasta qué punto, es posible renunciar al castigo no puede ser contestada sin una referencia a los fines de la pena.

El segundo capítulo de esta primera parte ha estado dedicado a integrar la teoría de la pena y la justicia transicional. Para ello, lo primero que resultaba necesario era ofrecer una visión de los escenarios transicionales desde la perspectiva de la teoría del Estado. Así, en tanto caracterizados por la comisión generalizada y sistemática de delitos, se ha definido a este tipo de contextos como constitutivos de una ruptura terminal o de un colapso del contrato social. El término «colapso» o la idea de ruptura «terminal» harían referencia a una característica muy específica: la anomalía existente en torno al monopolio de la violencia concedido al Estado. O bien los delitos son cometidos por quien lo detenta materialmente; o bien son perpetrados en un contexto en el que existe un ente con la capacidad suficiente para discutirle dicho monopolio al Estado.

⁵⁷⁴ Este parece ser el sentido en el que la ONU ha interpretado el término en los últimos tiempos, así, De GREIFF, P., Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Doc. ONU. A/HRC/21/46, pp. 12-13. No se aleja demasiado de esta visión, DUFF, A., «Process not punishment», cit., pp. 8, 14-15, quien considera que los juicios sí pueden servir a la reconciliación entre víctima, comunidad y victimario pero solo si se entiende el término en un sentido limitado, esto es, como un proceso extremadamente formal y carente de connotaciones emotivas; así, estos, al tratar a todos los implicados como miembros de una misma comunidad política, pueden ayudar a reconstruir un reconocimiento mutuo de la ciudadanía, restaurando la confianza cívica anteriormente dañada. Véase también, SEILS, P., «La cuadratura del círculo», cit., p. 6, donde señala como esta confianza en las instituciones debería alcanzarse mediante reformas y la asunción de responsabilidad en sentido amplio, es decir, no solo penal.

Mientras el primero de los casos estaría referido a los escenarios en los que el Estado actúa como plataforma criminal, el segundo de ellos abarcaría los supuestos de conflicto armado.

Los procesos de transición pueden ser entonces concebidos como procedimientos de reconstrucción de la cooperación en torno al contrato social. El Derecho penal, pero no solo este, sino también la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación, han de ser entendidos y analizados dentro de esta óptica. Ello supone, por un lado, decantarse por una justificación utilitarista del castigo, en el que este queda legitimado si y solo en la medida en que sea funcional al mantenimiento de la armónica convivencia en la sociedad. Por otro lado, ello también implica rechazar las teorías absolutas de la retribución, en las que la pena es un fin en sí mismo, y que respaldarían el carácter absoluto del deber de castigo.

El rechazo a una visión retributiva clásica o kantiana de la pena en contextos transicionales obedece a varios factores. En primer lugar, los postulados de igualdad en los que se asienta –no solo entre delito y pena, sino, asimismo, entre autores que han cometido hechos semejantes– impiden explicar la necesaria selección de los victimarios a enjuiciar cuando su número es exorbitado. En segundo lugar, y esta es la objeción más importante, debido a que la pena es un instrumento conectado a la existencia de la sociedad, de manera que carecería de sentido imponer y ejecutar la primera si ello provocara la disolución de la última. La excepción kantiana referida a la modulación de la intensidad de la pena en supuestos de necesidad estatal apunta, precisamente, en esta dirección. A este respecto, aquello que quedaría «vivo» de los postulados clásicos de la retribución en estos contextos sería su conexión con el sentimiento de equidad o venganza, en tanto su satisfacción sería funcional al mantenimiento de la cooperación.

Del mismo modo, también son rechazadas aquellas teorías que conciben la pena como una satisfacción inmaterial a determinados sentimientos que el delito provoca en la víctima y que continuarían perviviendo a menos que el Estado imponga y ejecute una pena sobre la persona del victimario. Así, muchos de los efectos «curativos» que se atribuyen al castigo, y que van más allá de la satisfacción de la necesidad de venganza, no requerirían de la efectiva causación de un mal al victimario, pudiendo alcanzarse mediante la simple declaración de culpabilidad en el proceso penal o, de manera funcionalmente equivalente, por medio de mecanismos como las comisiones de la verdad o los programas de reparación simbólica.

Serían los efectos de comunicación de valor e integración asociados a la prevención general positiva, y el efecto disuasivo vinculado a la prevención

general negativa, los que permitirían que la imposición y ejecución de la pena fuera funcional a la restauración de la cooperación social. Empero, las condiciones de profunda anomalía institucional, unidas a la pertenencia del individuo a una estructura colectiva, provocan que, una vez que han comenzado las hostilidades o se ha iniciado el ataque contra la ciudadanía desde las instituciones del Estado, la capacidad disuasiva del castigo se vea muy debilitada.

En este tipo de contextos, la no repetición de los hechos a medio/largo plazo requiere de la desarticulación de las estructuras colectivas y, principalmente, del desarrollo e implementación de reformas que pongan fin a las causas que han facilitado el surgimiento de la organización. Sin embargo, las reformas no pueden desarrollarse en un ambiente de profunda inestabilidad. Por ello, en aquellas situaciones en las que los perpetradores no han sido militarmente derrotados, o aún conservan una cuota de poder dentro del aparato coercitivo del país, el Estado puede verse bajo la necesidad de conceder, en un «primer tiempo» y siempre condicionadas a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la sociedad, determinadas medidas que premien la reincorporación al sistema cooperativo.

Sin embargo, en un segundo tiempo, la ejecución de algo de castigo dotaría de una mayor estabilidad al sistema. En relación con el primer efecto tendente al mantenimiento de la cooperación, esto es el efecto expresivo, considero que puede alcanzarse, excepcionalmente en atención a las tensiones inherentes, por medio de la declaración de culpabilidad contenida en sentencia y la imposición de la pena, aunque no llegue a ejecutarse. Asimismo, muchos de los mecanismos complementarios, como por ejemplo las comisiones de verdad, también pueden desempeñar un rol de equivalente funcional.

En cambio, la ejecución de algo de pena sí resultaría necesaria para reafirmar la existencia de un sujeto que detenta legítimamente el monopolio de la violencia y, en consecuencia, mantener una cierta disuasión que permita confiar en la vigencia de las expectativas normativas. Resulta imposible que todas las causas que llevan a la comisión de crímenes de manera generalizada y sistemática sean corregidas, y, es más, identificadas. Por ello, el castigo debe permanecer como un elemento que, por un lado, permita confiar en que el resto cumplirán las normas y, por otro, sea capaz de reducir el riesgo de venganzas privadas. Bastaría para ello con que fueran sancionados los máximos responsables, pudiendo atenuarse la pena en la medida en la que se sometan a mecanismos complementarios que lleven asociado un cierto sufrimiento para el autor. De esta manera, la ejecución de una parte de la pena, respecto de los máximos responsables, haría a las sociedades en transición más estables, aun cuando esto no signi-

fique que en la práctica no puedan existir sociedades que, como la española, logren alcanzar un estado de «paz negativa» prescindiendo totalmente de aquella.

La prevención especial negativa no tendría sentido como finalidad de la pena en este tipo de escenarios. En tanto el comportamiento de muchos individuos está fuertemente condicionado tanto por su pertenencia al ente colectivo, como por el contexto sociopolítico de fondo, una vez desarticulada la primera y modificado el segundo, la probabilidad de reincidencia sería casi inexistente. La prevención especial positiva puede, sin embargo, ser tenida en cuenta en su vertiente de no desocialización. Asimismo, desde esta óptica, podría medirse la proporcionalidad de la pena en términos de contribución del perpetrador a la restauración del contrato social.

Por último, existen otros fines que, dada su naturaleza, exceden de lo que puede alcanzar el procedimiento penal o la pena como mal. Ello sucede con el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad. Si bien el procedimiento puede avanzar algo este objetivo, aportando una verdad judicial, la verdad histórica podría alcanzarse de manera más eficiente por medio de las comisiones de verdad. Asimismo, condicionar la renuncia a la pena a su otorgamiento por el victimario, puede ser un incentivo eficaz para dar satisfacción a este derecho.

Por otro lado, la reafirmación del Estado de Derecho no dejaría de ser un efecto reflejo de los efectos asociados a la prevención general positiva y negativa. Y lo mismo puede decirse de la reconciliación si esta es entendida en sentido débil o normativo, es decir, como convivencia pacífica o recuperación de la confianza en torno a las normas y las instituciones. En cambio, si el término reconciliación es entendido en un sentido fuerte, como perdón a nivel comunitario, entonces debe aceptarse que se trata de un objetivo ajeno al Derecho penal, pues la decisión de perdonar reside en cada individuo y no en el Estado. Este a lo sumo, puede poner las condiciones para que aquel se produzca. A estos fines, la justicia restaurativa aparece como una herramienta más eficiente para lograr una reconciliación en sentido fuerte.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III

ENCAJE DEL TERRORISMO EN LA LÓGICA PREMIAL TRANSICIONAL

Si los anteriores capítulos tenían por objeto dibujar una suerte de cuadro general sobre el rol del Derecho penal en la justicia de transición, en este último capítulo abordaré la parte especial de la investigación. El objetivo será valorar el encaje de un fenómeno en concreto, el terrorismo, en la lógica premial de la justicia de transición, asentada, como he desarrollado anteriormente, en las ideas de necesidad y de ponderación de otros intereses legítimos a alcanzar. Para ello es ineludible, en primer lugar, dotar de contornos jurídico-penales al fenómeno del terrorismo. La tarea no es ni mucho menos sencilla. Y es que, en el lenguaje cotidiano, la noción de terrorismo es extremadamente vaga e imprecisa.

Una de las principales causas de esta ambigüedad se encontraría asociada a la labor de los medios de comunicación, que otorgan el calificativo de «terrorista» a una serie de actos violentos de diversa índole¹. Así, se hace uso del término terrorismo de manera «inflacionaria»² o «propagandística»³ para referirse a cualquier acto de violencia «abominable»⁴. A este respecto, es frecuente que se haga uso de expresiones como terrorismo doméstico o machista, terrorismo medioambiental, terrorismo forestal, etc.⁵ Del mismo modo, los diversos significados que

¹ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, 1.ª ed., Columbia University Press, 2006, p. 1. En el mismo sentido, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht, Ein Handbuch*, C. F. Müller, 2009, p. 100; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley: Grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 47-48.

² CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010, p. 22; también emplea el término, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 99.

³ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 141.

⁴ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 1.

⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 22-23.

el término ha ido adoptando a lo largo de los diferentes contextos históricos han favorecido su indefinición actual⁶.

La finalidad de las siguientes páginas será establecer un concepto funcional de terrorismo a partir de los rasgos que resulten relevantes a efectos transicionales. Ello no solo requiere ofrecer una aproximación genérica al terrorismo como fenómeno social, psicológico y político, sino también ser capaz de aterrizar aquellas características en la esfera jurídico-penal. Solo una vez delimitado sus contornos tiene sentido analizar su encaje dentro del fundamento de las medidas premiales de la justicia de transición.

I. EL CONCEPTO DE TERRORISMO

1. Estado de indefinición del concepto: la ambigua plasmación en el derecho positivo

Si la imprecisión en el concepto es la tónica dominante en el lenguaje cotidiano, la situación no es muy distinta en el derecho positivo. Actualmente, sigue faltando una definición unívoca, precisa y concreta que realmente logre explicar qué debe entenderse por terrorismo desde una perspectiva estrictamente jurídica. Tales son las discrepancias existentes a nivel internacional en torno a la noción de terrorismo, que en las negociaciones de Roma se optó por rechazar su incorporación como crimen autónomo al Estatuto.

No obstante, a nivel internacional, pueden identificarse algunos esfuerzos por dotar de contenido jurídico al término. Por un lado, existen diferentes tratados y convenciones que formulan un listado casuístico de conductas específicas tradicionalmente empleadas en las actividades terroristas⁷ –por ejemplo, el uso de bombas o el secuestro de aeronaves–. Sin embargo, se trata de instrumentos de escaso valor teórico, pues rara vez contienen una definición de te-

⁶ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 3, 15 ss.; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 101; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 142, indicando que además la evolución responde a la hegemonía ideológica del momento. No es el objeto de esta investigación llevar a cabo un análisis de las raíces históricas del terrorismo, para ello, véase en profundidad, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., pp. 11-42, con referencias que se remontan a la violencia ejercida por grupos como los sicarios y los zelotes. Sí me referiré, más adelante, a la importancia que adquirió el término terror durante la revolución francesa y cuyo significado ha permeado hoy en día en el llamado terrorismo de Estado.

⁷ Un listado exhaustivo puede consultarse en AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, 1.ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 229, nota al pie 59; del mismo modo, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, BOE, 2020, pp. 92-93.

rorismo⁸. Por otro lado, encontramos resoluciones de las Naciones Unidas, así como tratados y convenciones adoptados a nivel regional e internacional, que si bien distan de otorgar un concepto comprehensivo, sí permiten vislumbrar una serie de elementos compartidos⁹.

En este sentido, a la hora de definir los caracteres del concepto jurídico-penal de terrorismo, *lege lata* parece imponerse un modelo objetivo-subjetivo¹⁰, en el que el énfasis recae tanto en la comisión de delitos especialmente graves, como en la presencia de una determinada finalidad. Así, en lo referente a las Naciones Unidas, la Asamblea General califica como terrorismo «aquellos actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general»¹¹. Del mismo modo, el Consejo de Seguridad emplea el calificativo de terrorismo para referirse a los actos definidos como delito en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo, «cometidos con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo»¹².

En el continente africano, el art. 1.3.a) de la Convención para prevenir y combatir el terrorismo, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, vincula los delitos de terrorismo a la intención de: «i) intimidar, atemorizar, forzar, coaccionar o inducir a cualquier gobierno, organismo o institución pública en general, o a cualquier segmento de aquellas, a hacer o abstenerse de hacer cualquier acto, o a adoptar o abandonar un punto de vista determinado, o a actuar de acuerdo con ciertos principios; ii) interrumpir cualquier servicio

⁸ La excepción más notable la encontramos en el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999, y cuyo art. 2.1.b) entiende por terrorismo la comisión de cualquier acto «destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Como se verá más adelante, esta definición incluye unos rasgos compartidos con otras de las adoptadas en convenios regionales, si bien difiere en lo que a exigir un contexto específico –el conflicto armado– se refiere.

⁹ Así, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 232, considera que de los distintos tratados internacionales ha emanado una noción nuclear de terrorismo.

¹⁰ OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 36.

¹¹ Resolución 49/60, de 9 de diciembre de 1994, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 49.º periodo de sesiones. Doc. ONU A/RES/49/60; esta misma definición ha sido reiterada en Resolución 57/27 de 15 de enero de 2003, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 57.º periodo de sesiones. Doc. ONU. A/RES/57/27; Resolución 63/129 de 11 de diciembre de 2008, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 63 periodo de sesiones. Doc. ONU. A/RES/63/129.

¹² Resolución 1566 (2004) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5053.ª sesión. Doc. ONU. S/RES/1566.

público, la prestación de cualquier servicio esencial para la población o crear una emergencia pública [...]».

A nivel europeo, el art. 3.2 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, define los delitos de terrorismo como una serie de conductas cometidas con el fin de: «a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o, c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional»¹³. Dado el carácter vinculante de la Directiva, esta fórmula por la que se asocia la noción jurídica de terrorismo a la concurrencia de una determinada finalidad o finalidades es adoptada –aunque con algunos matices entre ordenamientos– en los códigos penales de distintos países de la Unión Europea como, por ejemplo, Alemania¹⁴, España¹⁵, Italia¹⁶ o Francia¹⁷.

De la misma forma, resulta posible encontrar una definición equivalente a partir de finalidades similares en el ámbito del *common law*. En EE.UU., el Título 18 del U. S Code, §2331, entiende por terrorismo aquellos actos violentos o peligrosos para la vida humana que parezcan tener por objeto: «(i) intimidar o

¹³ Estos mismos fines son reproducidos, casi literalmente, en el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

¹⁴ En este sentido, más allá de lo que se señalará más adelante sobre el § 129a (1) StGB (*Bildung terroristischer Vereinigungen*), que recogería un modelo exclusivamente objetivo, el § 129a (2) StGB (*Bildung terroristischer Vereinigungen*) plasmaría un modelo objetivo-subjetivo en el que ya no es suficiente la comisión de una serie de conductas –las recogidas del apartado 1 al 5–, sino, adicionalmente, un determinado ánimo subjetivo, a saber: «intimidar a la población de manera significativa, coaccionar a una autoridad u organización internacional, eliminar o perjudicar significativamente las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales básicas de un Estado o una organización internacional».

¹⁵ El art. 573.1.1.ª CP vincula los delitos de terrorismo a que los delitos cubiertos por su ámbito objetivo se lleven a cabo con las siguientes finalidades: «1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.ª Alterar gravemente la paz pública; 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella».

¹⁶ El art. 270-sexies CPIT recoge la llamada «conducta con fines terroristas», considerándose como tal todas aquellas que «se realicen con el objetivo de intimidar a la población u obligar a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar cualquier acto o desestabilizar o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas y sociales fundamentales de un país o de una organización internacional, así como otras conductas definidas como terroristas o cometidas con fines terroristas por los convenios u otras normas de derecho internacional vinculantes para Italia».

¹⁷ Probablemente, el CPF constituya la excepción más clara a la tendencia europea, pues regula los delitos de terrorismo de una manera excepcionalmente abierta. Así, su art. 421-1 considera que una infracción adquirirá el carácter de terrorista cuando «tenga por objeto alterar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror».

coaccionar a una población civil; (ii) influir en la política de un gobierno mediante la intimidación o la coacción; o (iii) afectar a la conducta de un gobierno mediante la destrucción masiva, el asesinato o el secuestro». En el Reino Unido, la parte 1 de la sección 1 de la Terrorism Act 2000 considera como terrorismo la comisión de una serie de delitos cuando «[...] b) estos estén diseñados para influir en un gobierno o intimidar a la sociedad o parte de ella; y, (c) el uso o amenaza se haga con el propósito de promover una causa política, religiosa o ideológica»¹⁸.

Nótese que, *lege lata*, las finalidades poseen un carácter alternativo, por lo que bastaría con la concurrencia de una de ellas para considerar una conducta como constitutiva de un delito de terrorismo. Así, por ejemplo, podría llegarse al absurdo de calificar de terrorista una actuación que no busca aterrorizar¹⁹ si, por ejemplo, tiene por objetivo obligar a una determinada institución a no realizar un acto concreto²⁰. Además, muchas de las finalidades son definidas de una manera tremendamente abierta, lo que plantea problemas respecto del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*²¹. Como desarrollaré a continuación, en muchos casos incluso puede discutirse que muchas de las previsiones realmente constituyan una finalidad, lo que difumina la distinción entre el terrorismo y la delincuencia común²².

2. Hacia un concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo: el terrorismo como violencia subversiva

2.1 LA FINALIDAD POLÍTICA DEL TERRORISMO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR

A pesar de la amplitud teleológica que impera en los instrumentos de derecho positivo, en esta investigación asumiré una noción restringida de terrorismo. A estos efectos, suscribo la postura adoptada por un sector relevante de la doctrina que considera que el componente determinante del concepto

¹⁸ En cualquier caso, como indica PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 126, a partir de la Terrorism Act 2006 la definición de terrorismo quedaba ampliada al añadir como sujeto susceptible de ser influenciado a cualquier organización internacional gubernamental y al añadir a los fines el promover una causa racial.

¹⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, 2010, p. 29.

²⁰ Así, como indica CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 62, cabría calificar como terrorista al miembro de un partido animalista que limita su actuación a «rescatar» a una vaquilla para evitar que el ayuntamiento celebre el pertinente encierro durante las fiestas patronales del municipio.

²¹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 232.

²² En este sentido, pone de manifiesto que las nuevas finalidades incorporadas desdibujan la delimitación tradicional de terrorismo, diluyendo el concepto en la total vaguedad, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, núm. 87, 2016, p. 32.

jurídico-penal de terrorismo es la finalidad política perseguida²³. Conviene, en consecuencia, delimitar qué entiendo a efectos de esta investigación por finalidad política y en qué medida este entendimiento dotaría a los delitos de terrorismo de una dimensión y gravedad propias que permitiría distinguirlos de fenómenos de violencia organizada limítrofes.

La premisa de la que aquí parto es la siguiente: el terrorismo es violencia subversiva respecto de un orden establecido²⁴. Gramaticalmente, subvertir un

²³ Así, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 79, 176, defiende que los delitos de terrorismo son delitos contra la organización política de la sociedad; similar, id., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., pp. 54-55; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, pp. 20, 236 ss.; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 2, 37, 61; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, C. H. Beck München, 2008, p. 11; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008, pp. 36, 46-47; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 57 ss.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 30; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 150, 171; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*, Ibañez, Universidad de los Andes, 2014, pp. 264 ss.; GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2016, p. 97; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 25; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 28. Véase también, ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», en *Reforma Política y Derecho. Actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 155, quien define el terrorismo como «forma de acción política»; de manera similar, OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., pp. 24, 29, 170, consideran que el terrorismo es una «estrategia política»; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político militares», en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 183, indicando que el terrorismo es «una estrategia de acción política, un plan de acción a medio y largo plazo, dirigido a obtener determinados objetivos políticos: acceder a una determinada posición de poder político y/o modificar la posición de poder político ostentada por otros agentes»; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 99-100, quien defiende que solo tiene sentido hablar de terrorismo si la violencia se emplea como medio para imponer por la fuerza una voluntad política. Del mismo modo, y a pesar de los matices que posteriormente introduce, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en ECHANO BALDASÚA, J. I. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, p. 47, reconoce que los fines políticos representan la finalidad última o la motivación primera del terrorista.

²⁴ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 62; en la misma dirección, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 33; REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., p. 39. En este sentido, de las finalidades *lege lata* anteriormente enunciadas, aquella que mejor casaría con lo aquí defendido sería la recogida en el art. 573.1.1.ª del CP español, referida a «subvertir el orden constitucional». Del mismo modo, considero que existiría, como defiende PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 227, una fuerte relación entre la fórmula anterior y la relativa a «destruir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado o de una organización internacional». Empero, no creo que la equivalencia sea completa, pues la última fórmula es demasiado amplia y convendría, como por ejemplo ha defendido *Ibid.*, p. 229, aclarar qué tipo de organizaciones internacionales se están protegiendo, o se correría el riesgo de considerar terrorista a quien trata de exponer el mal funcionamiento del Fondo Monetario Internacional. Asimismo, como indica ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 67-68, al incluirse en la

orden no significa otra cosa que alterarlo²⁵, cambiarlo por su base²⁶. En este punto debe advertirse que la subversión es una cuestión de grado. En su grado máximo, el carácter subversivo puede predicarse de aquellas organizaciones que buscan destruir el régimen existente para erigirse como un nuevo poder²⁷, es decir, supuestos en los que la violencia se dirige a sustituir y/o eliminar el poder constituido. Empero, en un sentido más disminuido, también quedarían abarcados por el concepto de subversión los casos en los que se busca incidir en la voluntad gubernamental a la hora de tomar determinadas decisiones fundamentales relacionadas con la soberanía del Estado²⁸.

En este último sentido, la idea de subversión puede relacionarse con la finalidad recogida en el derecho positivo para dotar de contenido al concepto de terrorismo y referida a «obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo». Sin embargo, dada la excesiva amplitud de la fórmula, aquí propongo interpretarla de manera restrictiva. Más que la cuestión referida a qué características habría de ostentar una organización internacional para ser sujeto pasivo del delito de terrorismo²⁹, lo que me interesa es la naturaleza del acto en sí. A estos efectos, considero que el acto que se obliga a realizar o a omitir no puede ser cualquiera imaginable, sino que debe de estar contenido en el «núcleo decisiones que afectan esencialmente a la existencia, configuración o ejercicio del modelo constitucional o la propia soberanía estatal»³⁰. Además, como desarrollaré más adelante, también será necesario que

fórmula la destrucción o desestabilización de las estructuras económicas se corre el riesgo de desdibujar el criterio de distinción respecto de fenómenos como la mafia.

²⁵ ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ JARA, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer y B de F, p. 275.

²⁶ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 182.

²⁷ *Ibid.*, p. 187; del mismo modo, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 29.

²⁸ En este sentido, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 89; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 29, habla de consecución de objetivos más parciales que cambien el actuar público en algunos de los aspectos o decisiones a tomar por el gobierno establecido. Véase también, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 187, quien piensa en escenarios como los atentados del 11 de marzo en Madrid, en los que, más allá de otras lecturas que se puedan realizar, lo que se buscaba era modificar puntualmente la política exterior de España.

²⁹ En relación con esta cuestión, considero muy razonable lo sostenido por LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 121-122, quien defiende que habría de atenderse a las características de la organización. Aquellas organizaciones de naturaleza jurídica privada, independientes de los Estados –como, por ejemplo, la Cruz Roja o Médicos sin Fronteras– no podrían ser sujetos pasivo de este delito, pues faltaría el componente político. En cambio, otro tipo de organizaciones que posean una legitimidad democrática derivada de los Estados que la integran –por ejemplo, la UE– sí podrían ser objeto de subversión.

³⁰ PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 207. Del mismo modo, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 169, restringe su alcance a aquellos supuestos relacionados con la consecución de un cambio a nivel económico, social o político.

esa finalidad se trate de alcanzar mediante el uso indiscriminado de la violencia por parte de una organización³¹.

El terrorismo sería entonces violencia contra el orden político imperante o las relaciones de poder político existentes³². De este modo, la violencia terrorista atentaría no tanto contra el orden o la paz públicos, como contra el orden constitucional³³. Consecuentemente, el terrorismo compararía con el delito de rebelión la parte del injusto referida a la finalidad perseguida³⁴. La principal diferencia residiría en el modo en el que se exteriorizaría la conducta subversiva³⁵. Mientras la rebelión cubriría aquellas conductas que se dirigen directa e inmediatamente a la consecución de ese fin³⁶, el terrorismo buscaría alcanzar el objetivo de manera indirecta, a tra-

³¹ Y ello porque, como pone de manifiesto PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 227-228, en caso contrario podrían ser calificadas de terroristas ciertas reivindicaciones como las de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca o los disturbios que se sucedieron en el barrio de Gamonal en Burgos el año 2014, en los que claramente la finalidad era «obligar» a los poderes públicos a llevar a cabo una actuación, pero en los que no se hizo un uso indiscriminado de la violencia contra bienes jurídicos personalísimos.

³² WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 10.

³³ Así, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 87, defiende que la finalidad política terrorista debe recogerse como atentado contra el orden constitucional; de la misma forma, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 80, 193, sugiere que, en el ordenamiento penal español, los delitos de terrorismo deberían ubicarse en las infracciones contra la Constitución y no, como actualmente sucede, en los delitos contra el orden público; más recientemente, CANCIO MELIÁ, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas: justicia universal, coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, terrorismo desde el Estado y prueba», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 146, 2020, p. 13, indicando que los delitos de terrorismo son, materialmente, delitos contra la Constitución.

³⁴ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 216. Del mismo modo, ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», cit., p. 172, considera que el concepto de terrorismo capta perfectamente las conductas de rebelión y por ello los actos de rebelión deberían estar cubiertos por las leyes antiterroristas; con matices, REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., p. 18. En este sentido, basta un rápido vistazo al CP español para comprobar la afirmación realizada en el cuerpo del texto. El art. 472 CP considera reos del delito de rebelión a «los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución [...] 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad». Nótese la similitud con los fines recogidos en el art. 573.1.ª CP referidos a «subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Asimismo, esta vinculación entre terrorismo y rebelión puede rastrearse históricamente en la legislación española. Así, durante el Franquismo, el art. 1.5 de la Ley de 2 de marzo de 1943 por la que se equiparaban al delito de rebelión militar las transgresiones de orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública consideraba reos del delito de rebelión militar a «los que atenten contra personas o causen daños en la propiedad por móviles políticos, sociales o terroristas».

³⁵ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 215-216.

³⁶ *Ibid.*, p. 236. Como indica PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 76, el delito de rebelión cubriría entonces los asaltos directos, por la fuerza física, contra el poder establecido.

vés de números pasos intermedios que han de compensar la debilidad de la organización³⁷. El terrorista no sería más que un rebelde sin los medios suficientes como para atentar y subvertir directamente el núcleo del poder constituido³⁸. Sobre los pasos que habrían de llevar a la estrategia terrorista al éxito volveré más adelante.

El terrorismo quedaría así configurado como un supuesto de violencia política en su vertiente más radical: la constituyente³⁹. La organización terrorista no solo discute que el Estado sea el legítimo detentador del monopolio de la violencia⁴⁰, sino que también «pone en cuestión los mecanismos de toma de decisiones establecidos»⁴¹, ataca a «la libertad que ha de poseer el propio Estado para autorregularse como la ciudadanía decida»⁴². Debe advertirse que el desvalor reside en la subversión del procedimiento establecido y no en la con-

En estos escenarios, la violencia no se utilizaría como estrategia comunicativa, sino que se haría uso de una vis irresistible para tomar el poder público. De hecho, considera la autora que, en ocasiones, ni siquiera sería necesario acudir a la violencia física, sino que bastaría con una vis compulsiva, por ejemplo a partir de la mera exhibición de armas. En relación con la discusión existente sobre este último matiz referido a si cabe hablar de rebelión aun cuando no se haga uso de violencia física, véase, por todos, GARCÍA RIVAS, N., «Rebelión (Delito de)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 18, 2020, pp. 295-298, con múltiples referencias.

³⁷ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 35; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 16; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 101; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 214, 216; ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», cit., p. 162.

³⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 68; en una dirección similar, TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, 1988, p. 21; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 192-197.

³⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 150, 174; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 279.

⁴⁰ Considera que esta es una de las características esenciales del terrorismo, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 11; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 7, 43. Véase también CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 127, si bien el autor estima que esta arrogación del monopolio de la violencia constituiría el injusto de todos los delitos de organización y no de los delitos de terrorismo propiamente. En este sentido, considero que, por sí mismo, la arrogación del monopolio de la violencia no es un criterio suficiente para dotar de autonomía al terrorismo, pues, como indica, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 150-151, este mismo cuestionamiento está presente en el asesino común.

⁴¹ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 190; véase también, íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 58, donde afirma que el terrorismo implica el cuestionamiento del procedimiento de representación política diseñado por el ordenamiento jurídico; de manera similar, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 34, indicando que el terrorismo atenta contra los cauces constitucionales como forma de hacer política; ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», cit., p. 162, para quien el terrorismo supone un «cuestionamiento drástico de los elementos esenciales para la solución de conflictos»; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., pp. 39, 48, defendiendo que el terrorismo quiebra las normas procedimentales de participación y de toma de decisión social y legalmente adoptadas; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 151, señalando que el terrorista cuestiona que las formas constituyentes sean las únicas o las mejores posibles.

⁴² PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 207. Véase también CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 80, señalando que atenta contra la existencia de la sociedad en cuanto a constituida en una determinada forma jurídico-política.

creta reivindicación política⁴³, la cual ha de ser indiferente al Derecho penal⁴⁴. A estos efectos, la diferencia entre el terrorista y el extremista político estribaría en que el primero acude a medios ilegítimos –la violencia o a su amenaza– para imponer sus ideales⁴⁵.

Precisamente, la finalidad subversiva sería el elemento que permitiría diferenciar la delincuencia terrorista de la delincuencia organizada común⁴⁶, en la que la violencia afectaría al contenido, pero no al continente⁴⁷. Organizaciones como la mafia o determinadas bandas juveniles solo ambicionarían articular un subsistema normativo diferente al estatal⁴⁸. Sustituir un determinado Gobierno u obligar a este último a modificar sus decisiones por fuera de los cauces establecidos no se encuentra entre sus objetivos⁴⁹. O, al menos, no está presente en la mayoría de los casos.

Y es que considero que es posible imaginar delitos que, cometidos por ejemplo en un contexto de narcotráfico, revistan caracteres terroristas. Cobra especial relevancia en este punto la idea que desarrollaré más adelante referida a la «doble instrumentalización de las víctimas» presente en la lógica del terrorismo.

⁴³ En este sentido, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 86, distingue las siguientes modalidades de terrorismo en atención a la finalidad política concreta perseguida: i) el llamado socio-revolucionario, representado por las RAF, que buscaría un cambio en la estructura socioeconómica del país; ii) el terrorismo «étnico-nacionalista», que buscaría establecer su propio Estado o, al menos, aumentar su autonomía, justificando el recurso a la violencia en la experiencia de opresión y discriminación en el ámbito de la vida pública de un determinado grupo; iii) el terrorismo religioso –respecto del cual, el terrorismo yihadista sería solo un subtipo– basado en el rechazo a la secularización que la globalización ha traído y en la vuelta a una sociedad gobernada por fundamentos exclusivamente religiosos. Para un análisis en profundidad de las diferencias y los rasgos compartidos por todos ellos, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 75-97.

⁴⁴ ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 76, 82. En la misma dirección, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 86; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 46.

⁴⁵ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 38, 61; como indica REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit. p. 31, el terrorismo supone un extremismo no tanto de los fines como de los medios. Del mismo modo, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 44, destaca que el terrorismo resulta delictivo en la medida en la que emplea la violencia como instrumento político, no por las ideas que la organización propugne. En el mismo sentido, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 163; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., p. 39; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 171; CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 55.

⁴⁶ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 190; MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987, p. 47; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 51; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 57; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 266; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 30; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 78.

⁴⁷ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 60.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 58; véase también, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 266, 290, indicando que este tipo de organizaciones son funcionales al sistema, buscan aliarse y camuflarse en la vida social, mientras que las organizaciones terroristas buscan transformarlo, desestabilizarlo o destruirlo.

⁴⁹ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 58.

Esta noción es utilizada para describir la siguiente realidad: las víctimas directas no son el destinatario último de la violencia terrorista, sino que son instrumentalizadas ante la sociedad y ante un determinado Gobierno⁵⁰. En el marco de la delincuencia organizada común, las acciones violentas contra la vida o la integridad física de las personas generarían una instrumentalización que no trascendería del primer nivel⁵¹. Así, empleando el ejemplo del narcotráfico, la tortura y posterior asesinato de un campesino que se niega a vender su parcela o a plantar cocaína en ella tiene por objeto mostrar a la sociedad las consecuencias de oponerse a la voluntad de la organización, pero no busca interactuar con un Gobierno en concreto.

Sin embargo, nada impide que en su afán por articular su propio subsistema normativo al margen del control estatal, la organización emplee la violencia sobre las personas como instrumento de diálogo con el Estado. Creo que el ejemplo más ilustrativo puede encontrarse en la figura de Pablo Escobar Gaviria. Las biografías, series y documentales en torno al personaje son tan abundantes que no voy a detenerme en su historia. Baste señalar que durante su etapa como líder del Cartel de Medellín, la mencionada organización respondió a los intentos del gobierno colombiano de desmantelar el negocio de la cocaína y de extraditar a EE. UU. a sus máximos dirigentes con atentados indiscriminados contra la población civil –empleando principalmente el mecanismo de los coches bomba– y ataques directos contra personalidades relevantes de la política colombiana –piénsese aquí en el asesinato de Luis Carlos Galán–.

En mi opinión, se hace verdaderamente complicado negar que en estos casos exista una finalidad subversiva, al menos en el grado más laxo antes señalado. Aun cuando se acepte que el objetivo principal del Cartel de Medellín era el lucro económico de sus miembros y no conseguir la independencia de una parte del territorio o la abolición del sistema capitalista, las acciones tenían por objeto modificar la política interior –criminalización del narcotráfico– y exterior –política de extradición– del Gobierno colombiano al margen de las vías constitucionalmente habilitadas para ello. En consecuencia, la doble instrumentalización que definiría a la violencia terrorista estaría, también en supuestos como el mencionado, presente.

2.2 EL TERRORISMO COMO ESTRATEGIA SUBVERSIVA

El carácter subversivo de la violencia se erige como la cualidad esencial a partir de la cual articular el concepto jurídico-penal de terrorismo. No obstante, como ya he señalado, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la rebelión, la finalidad subversiva habría de alcanzarse de manera indirecta. Resulta entonces necesario analizar cuáles serían los postulados de la estrategia terrorista,

⁵⁰ *Ibid.*, p. 69.

⁵¹ *Ibid.*, p. 57.

pues a partir de su examen será posible extraer el resto de los elementos de desvalor que constituirían el injusto específico de los delitos de terrorismo.

El punto de partida ha de ser el siguiente: el terrorismo es, ante todo, una estrategia de comunicación a través de la que se busca enviar determinados mensajes y generar determinadas respuestas psicológicas en la población⁵². La peculiaridad reside en que las víctimas directas de la violencia son el medio empleado para transmitir el mensaje. Dentro de la lógica del terrorismo, las víctimas directas no son el destinatario último de los actos de la organización⁵³, sino que son instrumentalizadas con el objetivo de provocar reacciones emocionales diversas en grupos sociales diferenciados⁵⁴.

La primera dimensión del mensaje estaría dirigida a aquellas personas subsumidas dentro de la categoría de «enemigos» por ser parte del Estado que el terrorista pretende subvertir⁵⁵. Cada acto de violencia buscaría producir en los individuos que conforman esta categoría un estado de shock, de intimidación, de miedo e inseguridad a partir de lo impredecible de la actuación⁵⁶. El objetivo es socavar la confianza de la población en el Estado como garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁷, generar la sensación de que cualquiera, en cualquier momento y en cualquier lugar, puede ser el

⁵² Así, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 13, 48-49; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 17, 29; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 17; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 101; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 12; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 61, 68, 131, 167; íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 53; ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., p. 249; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstafrecht*, cit., p. 84; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 143; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 136; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 234; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 32.

⁵³ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla: la violencia organizada contra el Estado en Europa y América Latina. Un análisis comparativo», *Estudios Internacionales*, núm. 98, 1992, p. 278; íd., *Terrorismus*, cit., pp. 12, 17; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 38; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 38; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 100-101; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstafrecht*, cit., p. 125; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y antiterrorismo», cit., p. 183; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 33.

⁵⁴ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., pp. 11, 30-31; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 29, 38; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 68; íd., «Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law», *New Criminal Review*, Vol. 14, núm. 1, 2011, p. 177.

⁵⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 71; íd., «Terrorism and Criminal Law», cit., 177.

⁵⁶ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 77; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 38; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 46, 80; íd., «El discurso del enemigo», cit., p. 249; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 68, 167; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 62, 68; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 136; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 234; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 33.

⁵⁷ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 12, 30; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 141; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y antiterrorismo», cit., p. 184.

siguiente⁵⁸. Como señala Pawlik, esta primera dimensión comunicativa aprovecha que la sociedad occidental tiene unas «necesidades muy desarrolladas de seguridad existencial y una reducida disposición al sacrificio»⁵⁹.

Nótese, sin embargo, que el impacto psicológico es claramente desproporcionado respecto de la amenaza física que el terrorismo realmente representa para la población⁶⁰. En este sentido, no puede pasar desapercibido el rol que los medios de comunicación masiva desempeñan en la creación de ese clima de miedo y vulnerabilidad general. Estos son la condición indispensable para que la violencia pueda alcanzar ese objetivo simbólico, el mecanismo de transmisión entre los daños causados a la víctima individual y los efectos psicosociales buscados⁶¹. Sin la cobertura de los medios, las acciones de las organizaciones terroristas carecerían del potencial para debilitar la estructura económica o social de un país, pues su impacto quedaría limitado a las víctimas inmediatas y difícilmente podría alcanzar a una audiencia mayor⁶².

En cualquier caso debe tenerse en cuenta lo siguiente: con cada acto de violencia terrorista la organización también manda un mensaje a aquella parte de la población de la que dice extraer su legitimación y cuyos intereses dice defender, es decir, a la «masa oprimida» de la que necesitan su apoyo y simpatía, y a la que intentan incitar a tomar parte activa de su «lucha» contra el Estado⁶³. La estrategia se hace así dependiente en parte de la sociedad civil⁶⁴, lo

⁵⁸ Como indica ZÖLLER, M. A., *Terrorismustrafrecht*, cit., p. 84, «el terrorismo conduce a un enfrentamiento con los miedos existenciales en forma de conciencia de la propia mortalidad»; sobre este primer nivel de instrumentalización, véase también, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 69-70, indicando que los componentes de la sociedad experimentan un grave impacto psicológico derivado de la concepción que cada individuo tiene de sí mismo como una posible víctima potencial.

⁵⁹ PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht.*, cit., p. 16.

⁶⁰ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 285; REINARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., pp. 15-16; OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 29; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 69.

⁶¹ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 56-57, 60.

⁶² Así, destacan que la estrategia terrorista depende necesariamente de los medios de comunicación como plataforma de difusión de sus acciones, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 57; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., pp. 39, 54; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 111; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 189; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 13; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 64; ZÖLLER, M. A., *Terrorismustrafrecht*, cit., p. 84; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 190.

⁶³ Ponen de manifiesto que el terrorismo también manda un mensaje a la población aliada para provocar en ella una reacción frente al enemigo, entre otros, WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 280; *id.*, *Terrorismus*, cit., pp. 12, 31; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 101-102; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, núm. 7, 2009, p. 21; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 280; CANCIO MELIÁ, M., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 117; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 33.

⁶⁴ En este sentido, como indica, WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., pp. 279-280, tanto la lógica terrorista como la lógica guerrillera incluyen a la masa en sus cálculos como aliada, si bien en el último de los casos la relación de dependencia es, como desarrollaré más adelante, mayor.

que deviene trascendente. La existencia de un «tercero al que se pretende interesar» –entendiéndose como tal el grupo social o étnico, más o menos definido, en cuyo interés se justifica el uso de la violencia⁶⁵– lleva implícita una mayor selección de los objetivos, limitándose los ataques a las personas que pudieran despertar en el mencionado tercero una cierta alegría por el mal ajeno –*Schadenfreude*–, por identificarlos con el Estado opresor⁶⁶.

No obstante, ha sido muy discutido si este «tercero a interesar» –y, en consecuencia, la dimensión comunicativa adicional– estaría únicamente presente en el terrorismo «clásico» –entendiendo a estos efectos como tal el sociorevolucionario (RAF) o el etnonacionalista (ETA)⁶⁷–, y no en el terrorismo yihadista⁶⁸. Si ello fuera así, la estrategia yihadista quedaría reducida a generar entre la población la mayor sensación de intimidación posible, pues ello empujaría a la ciudadanía a demandar de su Gobierno una actuación determinada e incluso provocaría un pánico que debilitaría económicamente a estos últimos⁶⁹.

Creo que en este punto deben distinguirse dos aspectos. Una cosa parece clara, y es que la fundamentación de la violencia a partir de los dogmas religiosos provocaría una mayor desinhibición en el uso de la violencia respecto del terrorismo secular⁷⁰. Ello, principalmente, por resultar la definición de «enemigo»

⁶⁵ Hago aquí uso de la terminología y la definición empleada por MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 101-102; siguen en este punto al anterior, CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 21; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 280.

⁶⁶ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 13; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 38; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 229-231; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 21; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 187.

⁶⁷ Así, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 86, dota del adjetivo de clásico a estas dos formas de terrorismo.

⁶⁸ De esta opinión, MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 104; en el mismo sentido, CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., pp. 5, 9-10. Véase también, PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 12, indicado que el nuevo terrorismo es «ampliamente independiente del apoyo de la sociedad civil»; de la misma forma, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 188, también considera que el terrorismo religioso no pretende movilizar a un tercero.

⁶⁹ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 113. En cualquier caso, existen autores como GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación “europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 4, 2005, p. 24, que consideran que el terrorismo yihadista ni siquiera perseguiría subvertir un determinado orden, sino que únicamente buscaría ocasionar terror en la población para adquirir presencia pública y convertirse, de ese modo, en «actor político»; similar, CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 10; GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?», cit., p. 101. Empero, considero, en el línea de lo expuesto por REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 215, que aunque este tipo de violencia este inspirada en el fervor religioso, la misma se encuentra fuertemente politizada, pues aspira a convertir en obligación general la observancia de determinadas creencias y comportamientos, así como a controlar los resortes del poder. En una dirección similar, consideran que la violencia yihadista es violencia política, en tanto perseguiría la eliminación de los principios básicos que gobiernan las sociedades occidentales a través de la imposición de un califato universal en el que rija la *sharía* como ley fundamental del ordenamiento, entre otros, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 108; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 150; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 23.

⁷⁰ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 83, 88, 240; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., pp. 10, 12, 21.

más amplia⁷¹. Este ensanchamiento del concepto de enemigo conlleva, como contrapartida, la inevitable reducción de la categoría del «tercero a interesar». Empero, ello no quiere decir que desaparezca por completo.

Aunque no sea su objetivo principal, también la acción de los terroristas suicidas está destinada a desempeñar el rol de «faro destinado a incitar a otros grupos al mismo ritual de sacrificio»⁷². La violencia yihadista también buscaría del Estado atacado una reacción desmesurada que afectaría a la población en general⁷³ movilizándola a la «lucha»⁷⁴. En cualquier caso, esta parte de la estrategia poseería un carácter residual en comparación con el que disfrutaba en el «terrorismo clásico». Empleando una analogía con la teoría del delito, sería una consecuencia abarcada por el dolo eventual, pues si bien no sería directamente buscada, sería aceptada como una consecuencia más o menos probable en algunos supuestos. En todo caso, sería entonces la dimensión referida a la intimidación de la sociedad y a la causación de un mayor número de víctimas la preponderante⁷⁵.

Al margen de su cosificación frente a la sociedad, las víctimas también son instrumentalizadas, en un segundo nivel, ante un determinado Gobierno al que se pretende coaccionar⁷⁶. El terrorismo, a partir de la reiteración de acciones violentas contra las personas, envía el mensaje de que la sociedad incurrirá en costes similares si el Gobierno continúa con su política actual y no da satisfacción a las demandas de la organización⁷⁷. Desde esta perspectiva, el terrorismo podría concebirse, en parte, como un delito de coacciones –consistente en obligar a un tercero a hacer, tolerar u omitir alguna cosa– especialmente

⁷¹ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 104, 113; de acuerdo con ello, CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 9-10, señalando que en tanto el criterio para ser un potencial objetivo es simplemente el ser etiquetado como «infiel», la noción de enemigo ya no abarca solo a una concreta clase política, sino a la completa civilización. En un sentido similar, PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 12, indica que en tanto lo más importante es transformar el orden occidental en su conjunto, existe una menor restricción en la selección de sus víctimas.

⁷² WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 117-118; de manera similar, HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 89. Asimismo, CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 22, quien se muestra reticente respecto la existencia de ese tercero, acepta que el terrorismo yihadista puede buscar «la movilización de todos los musulmanes del planeta a favor de su causa».

⁷³ CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 22.

⁷⁴ Como expone HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 129, basta con atender al efecto que la reacción de la administración Bush frente al ataque del 11-S provocó en el mundo musulmán. Así, después de la llamada Guerra contra el terror y Guantánamo, Bin Laden era visto con simpatía por un 65% de la población de Pakistán, un 55% de la población de Jordania y un 45% de la población de Marruecos.

⁷⁵ ZÖLLER, M. A., *Terrorismustrafrecht*, cit., p. 96; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 11.

⁷⁶ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 57, 66, 70-71. En idéntica dirección, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., p. 39; CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 61; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 36.

⁷⁷ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 278; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 101-102; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 80; WALZER, M., *Terrorismo y guerra justa*, CCCB, 2008; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 11; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 67, «volverá a ejecutarse ese hecho u otro igual de destructivo, mientras el status quo siga inalterado».

grave⁷⁸; o, a partir de la estrategia comunicativa sobre la que se asienta la lógica terrorista, como una modalidad del delito de amenazas condicionales en la que se emplean los asesinatos, secuestros, etc., para exigir el cumplimiento de las demandas de la organización⁷⁹.

Consecuentemente, la creación de un estado de terror en la población o la alteración de la paz o el orden públicos⁸⁰ no serían, como así parece desprenderse del derecho positivo, finalidades propias o alternativas respecto del objetivo subversivo, sino que se tratarían, por el contrario, de condiciones cumulativas⁸¹. Aunque existen autores que, por ejemplo, defienden que la intención de aterrori-

⁷⁸ Como indica FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 165, una parte del injusto de los delitos de terrorismo vendría caracterizada por la afeción a la libertad de terceros –ya sean Estados u otras instituciones– «para tomar decisiones con ausencia de presiones provenientes del atentado contra otros bienes jurídicos». En cualquier caso, me gustaría acotar que prácticamente todo delito que afecta a bienes jurídicos de naturaleza individual puede ser reconducido al injusto de las coacciones, pues en ellos se acaba, en última instancia, obligando a la víctima a hacer o soportar algo contra su voluntad.

⁷⁹ Véase, en este sentido, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 58, 206-207, quien señala que en el supuesto del terrorismo, se amenaza con un mal que por sus actos previos ya ha demostrado que puede infligir, si bien existiría un matiz importante: no se trataría de la libertad de una persona concreta, sino de la ciudadanía en su conjunto.

⁸⁰ El art. 573.2.º CP español recoge como una de las finalidades de carácter terrorista el alterar gravemente la paz pública. Se trata de una previsión que no encuentra ningún símil en los textos internacionales y regionales, si bien el art. 421-1 CPF otorga a una infracción el carácter de terrorista cuando «tenga por objeto alterar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror». No obstante, paz y orden públicos no serían conceptos completamente equiparables. La jurisprudencia ha definido la paz pública como el «conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana» [véase, en este sentido, STS 1321/1999, de 27 de septiembre de 1999 (ponente: Marañón Chavarri), FD 2.º; véase también, STS 987/2009, de 13 de octubre de 2009 (ponente: Giménez García), FD 2.º]. Una definición similar maneja, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 79, quien entiende por paz pública «las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temer por la propia vida». La diferencia con la noción de orden público sería de carácter cualitativo. En este sentido, *Ibid.*, pp. 79-80, destaca que mientras el orden público es el estado de tranquilidad en el desarrollo de las actividades ordinarias que se realizan en los espacios públicos, la paz pública equivale a un estado de paz y sosiego trascendentes, de seguridad en el ejercicio espontáneo de los DDFP sin un temor continuo por la propia vida, más allá del temor concreto que pueden producir uno o varios actos aislados. Las alteraciones ocasionales en espacios determinados de la tranquilidad afectarían al orden público, pero no a la paz pública, que requeriría de una alteración que perdure en el tiempo y que afecte a colectivos más o menos amplios. Véase también, GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 69-70, indicando que la noción de paz pública se refiere, a diferencia del concepto de orden público, a las ideas de tranquilidad y quietud en el ejercicio espontáneo de los derechos y libertades. De manera similar a los anteriores, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 177-179.

⁸¹ Así, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 49, 78, considera que la creación de terror y la alteración de la paz pública se trataría de «finalidades próximas» junto a la que se ubican finalidades de carácter político. En un sentido similar, defienden que la alteración de la paz pública o la creación de terror no serían fines en sí mismos, sino medios a partir de los cuales alcanzar el fin político ulterior, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 66, 168-169; OLÁSULO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 43; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 85, 178-179; CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., pp. 53, 60; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 79, 84, 229.

zar sería el «máximo común denominador» a los ataques de esta clase⁸², lo cierto es que se trata de un criterio puramente gramatical⁸³ que no puede convertirse en el elemento central de la configuración de los delitos de terrorismo⁸⁴. Ello porque la creación de terror también está presente en la criminalidad organizada común⁸⁵ –particularmente en el caso de la mafia⁸⁶– o incluso en supuestos de criminalidad individual como, por ejemplo, los asesinos en serie.

Y lo mismo puede decirse respecto de la finalidad de alterar la paz pública. Entender que el factor determinante de la delincuencia terrorista radica en su repercusión sobre la seguridad ciudadana «supone desconocer la naturaleza singular del terrorismo frente a otras formas de delincuencia»⁸⁷. Incluso puede cuestionarse en qué medida la perturbación de la seguridad o tranquilidad objetiva constituye un bien jurídico propio y no resulta «tautológico respecto del fin genérico del ordenamiento penal»⁸⁸.

⁸² Así, GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación «europea» del delito terrorista», cit., p. 24. Considera el mencionado autor, que no hay que confundir el *motivo de la acción* –«causa o razón que mueve para algo»–, con la *intención del autor* –«determinación de la voluntad en orden a un fin»–. El motivo sería *causa*, mientras la intención sería *finalidad*. Que el motivo sea político, religioso o ideológico en general importaría poco, ya que lo verdaderamente importante sería que el acto tenga como finalidad provocar el terror en la población.

⁸³ Nótese que dentro de las acepciones que el diccionario de la RAE contiene sobre terrorismo, la segunda y tercera de ellas hacen referencia a la «dominación por el terror» o a la «sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror».

⁸⁴ Y recuérdese que, *lege lata*, así puede ser, al configurarse las distintas finalidades de manera alternativa. De hecho, existen ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el colombiano, en los que la causación de terror queda configurada como el elemento intencional único. Así, el art. 343 del CPC considera reo del delito de terrorismo a: «el que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos». El fin político –que se recoge en el art. 344.3 CPC a partir de la fórmula «cuando la conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos»– tiene únicamente el valor de agravante.

⁸⁵ Así, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 166, considera que esta característica está presente en todo infractor criminal, particularmente en la criminalidad organizada.

⁸⁶ PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 79, 230.

⁸⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», cit., p. 164. También consideran que la finalidad de alterar la paz pública resulta insuficiente para definir el injusto propio de las infracciones de terrorismo respecto de otras actividades organizadas que también afectan a esa tranquilidad, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 186; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 168-169; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 85; OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 43. En contra ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 80-81, quien estima correcto tipificar como terrorismo los delitos cometidos sin finalidad política pero que causan una fuerte perturbación social.

⁸⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 186. A este respecto, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 168-169, considera que aunque la seguridad no es un bien jurídico que de manera general pueda ser objeto de protección de manera directa –y ello aplicaría al sentimiento de seguridad individual y de grupos sociales– sí sería relevante en la protección de bienes jurídicos individuales cuando hay una elevada probabilidad de lesión –y así por ejemplo se puniría la tenencia de armas– o en el de grupos sociales especialmente indefensos o vulnerables. En la misma dirección, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 262-263, sostiene que solo cabría agravar la pena por inseguridad en atención a su intensidad comunicativa, y esto es lo que sucedería con el terrorismo, en el que se manda el mensaje de que seguirán matando hasta que alcance su fin político.

3. El injusto objetivo de los delitos de terrorismo

Ya ha sido señalado que, en tanto violencia subversiva, una parte del injusto de los delitos de terrorismo residiría en que atentarían contra el orden constitucional, entendido como sistema que regula y garantiza unos determinados cauces para la toma de decisiones que afectan al núcleo de la organización estatal. Queda entonces derivar, a partir de la lógica antes explicitada, qué otros elementos de injusto contendría la violencia terrorista.

3.1 IDONEIDAD DE LOS ACTOS OBJETIVOS: LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO ATACADO

Desde un plano estrictamente objetivo –esto es, dejando al margen la mencionada finalidad política–, el primer rasgo que definiría el concepto jurídico-penal de terrorismo sería la comisión de delitos comunes⁸⁹. Resulta entonces necesario precisar qué tipo de delitos comunes serían susceptibles de recibir el calificativo de «terroristas». A este respecto, existe cierta unanimidad entre la doctrina a la hora de considerar que el terrorismo requiere de la comisión de delitos especialmente graves, lo que en todo caso incluiría aquellos en los que se protegen bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad física o la libertad de las personas⁹⁰.

⁸⁹ Y ello debido a que, como indica CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 46, los delitos de terrorismo no son más que delitos comunes agravados y actos preparatorios o periféricos a esos delitos.

⁹⁰ ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», cit., p. 163; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 46; íd., «El discurso del enemigo», cit., p. 260; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., pp. 39, 48-49; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 61, 66, 77-78; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 99, 253, 259; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 232. Véase también CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 168-170, señalando que los delitos comunes deben ser delitos constitutivos de violencia grave contra las personas. Nótese que estas tres categorías de bienes jurídicos están presentes en los distintos convenios y resoluciones de organismos internacionales y regionales. Así, entre otros, la Resolución 1566 (2004) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5053.^a sesión, cit., habla de delitos consistentes en causar la muerte, lesiones corporales graves o tomar rehenes. Del mismo modo, el art. 1.3.a) de la Convención para prevenir y combatir el terrorismo, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, califica como delitos de terrorismo «aquellos actos que puedan causar graves lesiones o la muerte, o poner en peligro la vida, la integridad física o la libertad de cualquier persona o grupo de personas [...]». Véase también el art. 3.1 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, haciendo referencia a: «a) los atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) los atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes [...]».

Fuera de este núcleo básico, los límites periféricos permanecen inciertos. De hecho, basta una aproximación al ordenamiento español para tomar conciencia de que en el derecho positivo se está produciendo una ampliación del ámbito típico objetivo de los delitos de terrorismo. Tras la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, el nuevo listado del art. 573 CP incluye como delitos de terrorismo, entre otros, «cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona...»⁹¹.

A mi juicio, este ensanchamiento típico resulta muy criticable. La exigencia referida a la especial gravedad de la conducta no es un capricho de un determinado sector de la doctrina, sino que obedece a la propia lógica de la estrategia subversiva. Solo atentando contra los bienes jurídicos más esenciales el terrorismo puede desencadenar en la población los pretendidos efectos psicológicos que le permitan llegar a alcanzar el fin político último⁹².

Como denuncia Pastrana Sánchez, ampliar el ámbito típico de una manera tan desmesurada abre la puerta a calificar de «terroristas» actuaciones, como por ejemplo la pornografía infantil o la estafa agravada, que nada tienen que ver con la lógica de este tipo de delincuencia⁹³. En consecuencia, creo que el concepto de violencia terrorista debe quedar limitado a ataques contra bienes jurídicos personalísimos, lo que no impide que puedan quedar englobados delitos que lesionan otros bienes jurídicos en la medida que supongan un peligro concreto para los primeros⁹⁴.

⁹¹ Sin embargo, no es un fenómeno exclusivo del ordenamiento jurídico español. A nivel regional europeo, la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo también incluye en su art. 3.1 los delitos contra la propiedad, pública o privada; la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones; o la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico. Si bien debe acotarse que en todos los casos mencionados se hace referencia a la necesidad de que la conducta ponga en peligro vidas humanas. De manera similar, el art. 1.3.a) de la Convención para prevenir y combatir el terrorismo, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, que incorpora como bienes jurídicos protegidos el «causar daño a la propiedad pública o privada, a los recursos naturales, al medio ambiente o al patrimonio cultural».

⁹² LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 77; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 66; íd., «El discurso del enemigo», cit., p. 273.

⁹³ PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 232. En la misma dirección, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 41, critica la reforma de la LO 2/2015, por introducir delitos que, por su gravedad o por su naturaleza, no pueden constituir medio idóneo para generar o extender un terror social relevante.

⁹⁴ De esta misma opinión, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 79, indicando que esto es lo que sucede en el CP español con los incendios y los estragos —en tanto acciones especialmente peligrosas para la vida o la integridad física— o con determinados delitos contra el medio ambiente como, por ejemplo, el envenenamiento de agua. Véase también PAREDES

3.2 LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA VÍCTIMA

A la lesión del bien jurídico personalísimo habría de adicionarse el injusto correspondiente a la mecánica terrorista de instrumentalización de las víctimas directas⁹⁵. Estas son despersonalizadas y cosificadas ante la sociedad⁹⁶. Cada acto de violencia de la organización lleva implícita la negación de la identidad personal de la víctima, que queda reducida a la categoría de «mero instrumento para la intimidación de sus pares»⁹⁷ a través del cual canalizar el mensaje destinado a la sociedad en su conjunto⁹⁸. Esta porción de desvalor no estaría presente en la violencia ordinaria, en tanto no estaría dirigida a crear un impacto psicológico que trascienda del acto en sí mismo⁹⁹.

En este sentido, un sector de la doctrina ha vinculado esta parte del injusto a la necesidad de emplear medios de intimidación masiva¹⁰⁰, o capaces de causar estragos a bienes jurídicos personalísimos¹⁰¹. Esta exigencia vendría justificada por la propia lógica del terrorismo: solo empleando medios espe-

CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 172, quien por su crítica a la entonces Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI) da a entender que el concepto de violencia terrorista podría incluir ataques a bienes materiales siempre que amenacen bienes jurídicos eminentemente personales. Nótese en este sentido que, como ya ha sido señalado, en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, la ampliación típica a bienes jurídicos como la propiedad o el medio ambiente queda condicionada a la puesta en peligro de la vida de las personas. No sucede así, y entiendo por ello la crítica de *Ibid.*, p. 172, con el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías. Por último, en contra de considerar que bastaría la mera puesta en peligro –potencial lesión– de bienes jurídicos personalísimos para generar un determinado efecto psicológico en la sociedad, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 253.

⁹⁵ CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 53.

⁹⁶ ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 75; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 71; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 83; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 97-98; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 229; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 229. Véase también WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 269, indicando que el terrorismo devalúa a las víctimas directas.

⁹⁷ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 168.

⁹⁸ REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., pp. 16-17; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 68; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 98; CANCIO MELIÁ, M., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 119.

⁹⁹ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 29-30; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 36, 61.

¹⁰⁰ Defiende esta tesis, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 168; *íd.*, «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 53.

¹⁰¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., p. 49; similar, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 83; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 32, quien señala que los medios deben mostrar una cierta peligrosidad y lesividad.

cialmente lesivos podría generarse el sentimiento de que cualquier persona puede ser atacada en cualquier momento y lugar sin posibilidad de defensa ¹⁰².

Creo que debe aceptarse que parte de la sensación de intimidación quedaría debilitada si, en lugar de llevarse a cabo el ataque, por ejemplo, mediante armas químicas, este fuera perpetrado haciendo uso de un cuchillo de cocina. Empero, no creo que ello la hiciera desaparecer completamente. Así, considero que lo relevante para despertar dicha sensación entre la sociedad no sería tanto el tipo de armas utilizadas, como la forma de emplearlas: esto es, el ataque aleatorio y arbitrario ¹⁰³. Si la idea es extender el miedo para que un determinado sector de la población presione al gobierno, lo deseable es no matar personas específicas, pues de esta manera la población se sentirá más expuesta y aumentará el impacto psicológico ¹⁰⁴. Esto se puede conseguir tanto a través del uso de un camión con el que embestir a modo de proyectil contra una determinada multitud, como con la perpetración de ataques mediante armas de fuego automáticas en un centro comercial.

Cabe cuestionarse en qué medida es esta lógica compatible con la existencia de un mínimo de selección en las víctimas, lo que, para algunos autores, difuminaría el componente de aleatoriedad ¹⁰⁵. En este sentido, creo que nada impide que pueda existir un mínimo de selección ¹⁰⁶, en la medida en que, como señala Llobet AnglÍ, las víctimas no lleguen a concretizarse tanto que «su instrumentalización no tuviera transcendencia en, al menos, un sector desindividualizado de la ciudadanía», es decir, cuando la intimidación fuera individual o individualizable ¹⁰⁷.

¹⁰² LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 233-235; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 61, 83; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 140-143, indicando que la ausencia de tales medios indicaría que el potencial lesivo de tales grupos se halla limitado y, en consecuencia, se perdería el efecto de intimidación; de manera similar, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 33, defiende que en ausencia de medios que muestren un cierto potencial de lesividad, no procedería hablar de terrorismo, simplemente porque sin ellos los intentos de subversión del poder no aterrorizarían.

¹⁰³ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 12; WALZER, M., *Terrorismo y guerra justa*, cit., p. 9; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 70-71; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 83; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 229.

¹⁰⁴ BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 36, núm. 2, 2004, p. 302; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 71; íd., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 119; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 68. En la misma dirección, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 33.

¹⁰⁵ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 74; también PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 33, considera que, en estos supuestos, la aleatoriedad queda reducida a una mera ficción.

¹⁰⁶ De esta misma opinión, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., p. 46.

¹⁰⁷ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 75-77.

De esta forma, aun cuando se dirijan los ataques contra objetivos simbólicos, la instrumentalización y cosificación en los niveles antes señalados seguiría existiendo. La violencia es, también en estos casos, personalmente aleatoria dentro de una categoría neutralizada como enemigos: no se dirige contra el individuo en cuestión, sino contra lo que esa persona representa¹⁰⁸. Creo que son especialmente ilustrativas las palabras de Mario Moretti, uno de los fundadores de las Brigadas Rojas italianas, durante su juicio en noviembre de 1984 por el secuestro y asesinato del que había sido primer ministro de la República Italiana, Aldo Moro: «nosotros no secuestramos a Moro, el hombre, sino su función»¹⁰⁹.

En cualquier caso, debo recordar que el concepto jurídico-penal de terrorismo no puede quedar únicamente edificado a partir de la referencia a la comisión de delitos comunes. Una solución de este tipo resultaría tan redundante como insuficiente a los efectos de crear una categoría conceptual propia. Sin embargo, nótese que existen determinados ordenamientos jurídicos, como el alemán, en el que la diferencia de la asociación terrorista con la asociación criminal normal viene dada, en algunos casos, exclusivamente por la gravedad de las infracciones a cometer, sin que la finalidad política perseguida o el *modus operandi* en la comisión de los actos desempeñen un rol relevante¹¹⁰.

3.3 EL ELEMENTO ORGANIZATIVO

3.3.1 *La necesaria existencia de una estructura colectiva*

La existencia de una estructura organizativa de cierta entidad sería otro de los elementos que caracterizaría jurídico-penalmente a los delitos de terro-

¹⁰⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 71, 168; ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., p. 249; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 136, indicando que la selección puede ser genérica –los infieles, los occidentales– o más estricta –el policía, el político—; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 33. Y es que, como indica WALZER, M., *Terrorismo y guerra justa*, cit., p. 16, el terrorismo no solo devalúa a los individuos, también al grupo al que estos pertenecen.

¹⁰⁹ Sacado de HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 231.

¹¹⁰ Así, el § 129a (1) StGB (*Bildung terroristischer Vereinigungen*) considera organización terrorista la que se constituye para cometer un delito de: 1. asesinato (§ 211 StGB), homicidio (§ 212 StGB), genocidio (§6 VStGB), crímenes de la lesa humanidad (§ 7 VStGB), crímenes de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 o 12 VStGB) o; 2. Delitos contra la libertad personal en los casos del § 239a StGB o del § 239b StGB. Como indica ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 135, esto significa que una asociación puede pasar repentinamente de organización criminal a organización terrorista –y viceversa– cuando se sobrepasa un cierto umbral con respecto a la naturaleza de los delitos planeados o cometidos por sus miembros.

rismo¹¹¹. Y es que, como acertadamente señala Cancio Meliá, únicamente un «colectivo con suficiente densidad puede afectar al monopolio de violencia del Estado»¹¹². La dimensión organizativa dotaría a la estrategia terrorista de la idoneidad necesaria para causar terror y presionar al Estado, pues permitiría proyectar ante la sociedad la amenaza de reiteración de una actuación lesiva igual o semejante a la cometida en el pasado¹¹³. Asimismo, desde el plano del desvalor de cada uno de los actos, el elemento organizativo llevaría asociado una mayor peligrosidad¹¹⁴. Y ello no solo porque la fungibilidad de sus miembros aumente la posibilidad de reiteración de actos similares en el futuro, sino porque, como he señalado anteriormente, la propia dinámica organizativa reduce el sentimiento de responsabilidad y facilita la perpetración de nuevos delitos a futuro¹¹⁵.

Soy consciente de que esta exigencia casa mal con las previsiones contenidas en algunos Códigos Penales nacionales, que no solo no requieren de la concurrencia de esta dimensión organizativa, sino que tipifican expresamente el llamado «terrorismo individual»¹¹⁶. Empero, y más allá

¹¹¹ Defienden la necesidad que concurra necesariamente este elemento colectivo, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 156; íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 52; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 93, 206; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 234; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 61; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 32; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 31; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 51.

¹¹² CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 156; íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 52.

¹¹³ Íd., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 156. Véase también, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 51, 80, indicando que la generación de terror deriva de la estructura organizativa que dota a cada delito grave singular de un efecto comunicativo adicional, en tanto su presencia entraña una amenaza que se prolonga en el tiempo; del mismo modo, en íd., «El discurso del enemigo», cit., p. 260, señala que la organización y la táctica terrorista están enlazados en una «conexión funcional de interacción recíproca», pues solo el componente organizativo dota de verosimilitud a la amenaza. De la misma forma, GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 31, pone de manifiesto que el elemento organizativo añade al delito un triple elemento comunicativo: la permanencia del peligro latente, el anuncio de la reiteración delictiva y la capacidad para seguir atemorizando a la población; en un sentido similar, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 63, 69, 71, defiende que el componente organizativo añade al delito el necesario «pronóstico de repetición objetivamente constatable» que favorece la causalación de terror entre la población. En la misma dirección, a favor de la exigencia de este elemento estructural en tanto posibilitaría la reiteración de los actos delictivos y, con ello, el generar una sensación de terror, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 301; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 234; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 33; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 59, 84, 207.

¹¹⁴ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 184; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 164; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 41.

¹¹⁵ Así, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., p. 56, señalan que la estructura organizativa reduce el sentimiento de responsabilidad y facilita la impunidad de los autores.

¹¹⁶ Entre otros, art. 577 CP; art. 343 CPC, art. 421-1 CPF. Por el contrario, véase, el § 129a (1) StGB, donde la calificación de «terrorista» sí requiere necesariamente de un elemento organizativo.

de que, por ejemplo, en el ordenamiento penal español esta figura se ha aplicado de manera impropia¹¹⁷, conviene cuestionarse si realmente cabe hablar de «terrorismo individual».

A mi parecer, la idea de terrorismo individual es, haciendo uso de la terminología empleada por Cancio Meliá, una «contradictio in adjecto»¹¹⁸. Un sujeto que actúa por sí mismo, sin conexión con elemento organizativo alguno, no tiene la capacidad para alcanzar el fin subversivo¹¹⁹. Dentro de la lógica del terrorismo, la amenaza de una sistematicidad de los ataques a futuro es necesaria a efectos de desplegar el efecto psicológico de intimidación, sistematicidad que quedaría en entredicho cuando la detención del sujeto se puede producir en cualquier momento¹²⁰.

3.3.2 *La flexibilización de los caracteres organizativos*

La noción clásica o tradicional de organización quedaba asociada a la existencia de una estructura de funcionamiento situada por encima de los miembros individuales, estable en el tiempo y articulada a partir de relaciones

¹¹⁷ La AN ha aplicado dicho precepto a supuestos que poco o nada tienen que ver con un autor que para alcanzar sus pretensiones políticas comete delitos gravísimos sin el apoyo de una estructura organizativa. Así, por ejemplo, lo aplicó respecto de aquellas personas que actuaban dentro de organizaciones que hacían parte del entorno juvenil de ETA –la popularmente conocida como *kale borroka*– lo que supone una manifiesta contradicción con el adjetivo «individual». Sobre ello, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 69; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 175, con múltiples referencias jurisprudenciales. Del mismo modo, como indica, *Ibid.*, p. 178, también se aplicó a los supuestos de amenazas realizadas por miembros del entorno de ETA a medios de comunicación y a distintas autoridades.

¹¹⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 260.

¹¹⁹ Como indica *Ibid.*, pp. 260-262, el individuo aislado puede «tener la pretensión, pero fracasa en los medios». Véase, en la misma dirección, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 51, indicando que estos escenarios carecen de la peligrosidad objetiva necesaria; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 51; íd., «El discurso del enemigo», cit., p. 260. En cualquier caso, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», cit., p. 53, sí admiten el terrorismo individual. Una postura intermedia entre unos y otros sostiene PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 161, quien no rechaza plenamente la figura del terrorista individual, si bien considera que se trata de un fenómeno residual y que debería tener un tratamiento político-criminal distinto en tanto la ausencia del componente organizativo le dotaría de una menor peligrosidad.

¹²⁰ FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 264-265. En este punto, véanse los matices que introduce LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 86-88, quien pese a estar de acuerdo en que la conducta de un sujeto aislado difumina el elemento de reiteración necesario, al mismo tiempo excepciona aquellos casos en los que el potencial destructivo de determinadas armas, como por ejemplo las bombas nucleares, sí permitiría hablar de terrorismo individual. A pesar de que creo que se trata más bien de un supuesto de laboratorio –pues me resulta difícil imaginar cómo, en la vida real, un sujeto iba a poder hacerse con ese tipo de armas por su propia cuenta–, su mero planteamiento amerita a que me pronuncie sobre aquel.

de jerarquía y subordinación¹²¹. Las características señaladas concurrían en el terrorismo tradicional, el cual se articulaba a través de organizaciones complejas, en las que existía un comando responsable y una fuerte jerarquización y distribución de funciones entre sus integrantes¹²². La organización quedaba entonces constituida como un entramado centralizado en el que los dirigentes ostentaban posiciones de autoridad reconocida¹²³.

No obstante, el terrorismo yihadista –cuyo *modus operandi* viene caracterizado por las actuaciones de «lobos solitarios» o de células independientes– obliga a adaptar este concepto clásico a un contexto en el que el componente organizativo no desaparecería, pero vería alguno de sus caracteres tradicionales flexibilizados. Este tipo de terrorismo no se ensambla ya sobre la estructura vertical clásica, sino que se articula sobre una «estructura en red»¹²⁴, o un «modelo de franquicia con un sistema de nodos»¹²⁵. Así, disminuye el grado de cohesión de los miembros en torno a la organización, que pasa a poseer una estructura más difusa y menos centralizada¹²⁶.

Dentro de este modelo, el grado de jerarquía y subordinación entre los miembros se debilita¹²⁷. Sin embargo, ello no quiere decir que desaparezca completamente. El líder espiritual sigue conservando cierta autoridad¹²⁸, pero la ejerce de manera más limitada debido a la descentralización existente: si bien puede dar una serie de pautas generales de actuación, la iniciativa de las nuevas acciones se deja a los individuos¹²⁹. De esta manera, se constituyen

¹²¹ En este sentido, por todos, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 159-161, quien realiza una serie de acotaciones que podrían resumirse en las siguientes: i) debe haber un común acuerdo entre un número suficiente de integrantes, ya sea de modo expreso, formal y solemne, ya de modo concluyente; ii) en relación con sus miembros, no es suficiente con una mera integración formal o ideal, sino que es necesario un compromiso de intervención en las tareas objetivas de la organización. En este sentido, debe haber mecanismos de coordinación interna para hacer confluir las distintas aportaciones; iii) debe haber una permanencia, más allá de la comisión de un hecho concreto; iv) debe haber una estructura colectiva de tomas de decisión.

¹²² REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 29; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 267, 271; GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?», cit., p. 96.

¹²³ REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 29.

¹²⁴ CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 12. En sentido similar, LLOBET ANGLÍ, M., «Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un Derecho penal de autor», en VV. AA., *Nuevas Amenazas y desafíos permanente. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, p. 51.

¹²⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 60.

¹²⁶ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 271; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 93.

¹²⁷ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 60.

¹²⁸ WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 33. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 44, considera que sí existe un mínimo de jerarquía en relación con el líder espiritual, que si bien se trata de una relación menos formalizada también es capaz de cohesionar la estructura.

¹²⁹ FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 292.

grupos o células de menor tamaño en las que los individuos llevan a cabo acciones de violencia que entienden legitimada en los propios fines o propósitos de la organización¹³⁰.

Habría de adoptarse, como así ha hecho la jurisprudencia española, un concepto organizativo horizontal en el que cada célula de la organización, aisladamente considerada, sería susceptible de ser entendida como una organización en sí misma¹³¹. Y ello porque, en la gran mayoría de las ocasiones, cada una de las células es independiente de las otras, sin que lleguen a existir vínculos reales o estables entre los miembros de cada una de ellas¹³².

Nótese que esta «nueva»¹³³ fisonomía organizativa también es funcional a la lógica del terrorismo. La estructura jerárquica más o menos formalizada del terrorismo clásico dotaba a la organización de una estabilidad que le permitía repetir sistemáticamente en el tiempo conductas similares y así transmitir el mensaje de inseguridad a la colectividad. En el terrorismo yihadista esa capacidad se consigue adoptando una estructura en «forma de hidra»¹³⁴, que dificulta enormemente la prevención fáctico-policial y favorece la permanencia de la organización al carecer de un centro claro al que destruir¹³⁵. La amenaza ya no procede de un punto concreto más o menos individualizable¹³⁶, sino que es mucho más difusa y, en consecuencia, difícil de desarticular.

La difuminación del componente organizativo alcanza su cota máxima en la figura del «lobo solitario». Se trataría de individuos que ni pertenecen formal-

¹³⁰ CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 12. En sentido similar, LLOBET ANGLÍ, M., «Lobos solitarios», cit., p. 51, quien considera este nuevo tipo de red terrorista funcional mediante la adhesión de sujetos aislados a una concreta ideología delictiva. En esta dirección véase la STS 503/2008, de 17 de julio de 2008 (ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar), FD 1.º, donde se afirma que estas células están orientadas a «hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento [...]».

¹³¹ Entre otras: SAN 36/2005, de 26 de septiembre de 2005 (ponente: Murillo Bordallo); SAN 6/2007, de 7 de febrero de 2007 (ponente: Bayarri García); STS 503/2008, de 17 de julio de 2008 (ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar); SAN 31/2009, de 30 de abril de 2009 (ponente: De Prada Solaesa).

¹³² WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 62-63; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 38, 39; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 93. No obstante, véase la objeción de TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 39, quien considera que no puede hablarse de una desaparición de la coordinación interna y externa que habitualmente caracterizaba las acciones terroristas, pues los atentados de París (2015) y Bruselas (2016) responderían a una planificación rigurosa, obra de una inteligencia bien organizada, que moviliza recursos en varios Estados; similar, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 47-48.

¹³³ Y es que creo que no puede decirse que el elemento organizativo adopte características realmente novedosas, pues como indica ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 92, la estructura en red que caracteriza al terrorismo yihadista ya estaba presente en los movimientos anarquistas del S. XIX y, a mediados del S. XX, en Hizbullah.

¹³⁴ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 161.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 60-61, 161; íd., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 115; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 44; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., pp. 92-93; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., pp. 17-18.

¹³⁶ CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 6.

mente a una organización terrorista específica, ni siguen directamente las órdenes emitidas por su líder, pero actúan conforme a la ideología que emana del grupo¹³⁷. Se produciría, en palabras de Llobet Anglí, una «individualización de la estructura organizativa», estructura que funcionaría a través de sujetos aislados que se unen a una ideología delictiva común mediante un reclutamiento an nimo¹³⁸.

Nótese que el derecho positivo no es ajeno a esta nueva realidad. Así, la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento y el Consejo de Europa desarrolla un concepto de organización según el cual no sería necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, que haya continuidad en la condición de miembro o –y esta es la parte que puede vincularse a los lobos solitarios– la existencia de una estructura desarrollada¹³⁹.

En estos supuestos, puede defenderse, como así hace Llobet Anglí, el rol de Internet como equivalente funcional del elemento estructural u organizativo¹⁴⁰. La divulgación online de videos y consignas de ideología yihadista ocasionaría un verdadero riesgo de reiteración de la conducta por parte de individuos anónimos que, si bien no se encuentran formalmente integrados en la organización, obtienen de esta las instrucciones y técnicas suficientes para llevar a cabo su actuación. De este modo, la organización actuaría como «provocadora universal a través de las redes»¹⁴¹, considerando a todos aquellos «provocados» como parte de su estructura, con total independenciam de su identidad y de que haya existido o no contacto con algún otro miembro de esta¹⁴².

¹³⁷ Hago aquí uso de las palabras de HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 38, que si bien no las emplea para hacer referencia específica a los lobos solitarios, creo que definen el fenómeno a la perfección. Sí hace referencia expresa a los lobos solitarios, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 47, definiéndolos como aquellas personas que actúan individualmente, o en coordinación con otros del mismo carácter, para cometer atentados de forma autónoma, pero conforme a una misma ideología.

¹³⁸ LLOBET ANGLÍ, M., «Lobos solitarios», cit., p. 51.

¹³⁹ Art. 2.3 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

¹⁴⁰ LLOBET ANGLÍ, M., «Lobos solitarios», cit., pp. 50-54. No obstante, tampoco la utilización de Internet con estos fines puede considerarse un fenómeno novedoso, pues tal y como señala REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 54, los grupos supremacistas raciales norteamericanos ya usaban Internet para captar nuevos miembros y distribuir la información necesaria para fabricar artefactos explosivos.

¹⁴¹ A favor de la posibilidad de calificar este tipo de conductas como conspiración, provocación o proposición para realizar actos terroristas, CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 61; GALÁN MUÑOZ, A., « Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?», cit., p. 116.

¹⁴² A este respecto, resulta especialmente ilustrativa la afirmación de la SAN 36/2005, de 26 de septiembre de 2005 (ponente: Murillo Bordallo), cuyo FD 4.  califica a Al Qaeda como «red macroterrorista, carente por completo de organización, que emite órdenes asesinas para los que quieran cumplirlas».

De esta manera, proseguiría conservándose el componente de peligrosidad que emana de la organización y que constituye una parte esencial en la lógica subyacente al terrorismo, al producirse una despersonalización de los sujetos a los que se dirigen los mensajes y, por lo tanto, de los individuos a reiterar en un futuro la conducta delictiva.

En cualquier caso, tampoco el criterio organizativo –aun en conjunción con el primero, consistente en la lesión de bienes jurídicos personalísimos– sirve para dotar de una autonomía propia a los delitos de terrorismo. Y ello debido a que, de ser así, cualquier tipo de delincuencia organizada en la que se cometieran delitos especialmente graves –pienso aquí en fenómenos como la mafia o las bandas juveniles callejeras– habría de ser subsumida bajo la etiqueta de «terrorista». Como indica Cancio Meliá, la diferencia respecto al resto de organizaciones reside en la proyección estratégica última, pues sería este elemento el que añadiría un injusto adicional a la peligrosidad que emana de la organización ¹⁴³.

3.4 ¿UN ELEMENTO TRANSNACIONAL?

Junto a los elementos anteriores desde la esfera internacional suele ser frecuente adicionar a la definición de terrorismo la existencia de un «elemento transnacional» que lo diferenciaría del puramente doméstico ¹⁴⁴. A este respecto, el elemento transnacional ha sido simplemente entendido como referente al hecho de que los perpetradores y/o las víctimas son de diferentes Estados, se han movilizad recursos en más de un Estado o que habiéndose cometido en un solo Estado puede amenazar la paz y la seguridad de los Estados vecinos ¹⁴⁵. Más allá de que incluso puede discutirse si así definido sería un fenómeno

¹⁴³ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 157.

¹⁴⁴ Así, el Tribunal Especial para el Líbano, en TEL, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Appeals Chamber, Cumulative Charging, núm. STL-11-01/II/AC/R176bis, 17 October 2017, § 85, define el delito de terrorismo internacional a partir de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de especial importancia –se menciona expresamente el asesinato, el secuestro y la toma de rehenes– con la intención de esparcir el miedo entre la población o coaccionar a una autoridad nacional o internacional a llevar una determinada actuación o abstenerse de hacerlo y la existencia de un elemento transnacional; crítico con ello, AMBOS, K., «Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon-Is There a Crime of Terrorism under International Law?», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 655-675.

¹⁴⁵ Así, TEL, Interlocutory Decision on the Applicable Law, cit., § 90. Las distintas definiciones que la doctrina da del elemento transnacional no hacen sino resaltar una de las características anteriores, así, REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 175, considera transnacional a aquel que moviliza recursos materiales y humanos fuera de su Estado de referencia; OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 29, emplean el adjetivo transnacional para definir a aquellas estructuras organizativas que tienen presencia en más de un país; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 232, lo define a partir de que existan al menos dos países implicados en términos de territorio o de autores/víctimas. Con más detalle, CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 3.

novedoso¹⁴⁶, esta «desterritorialización»¹⁴⁷ no dota al injusto de una mayor gravedad, por lo que no creo que sea necesario introducirlo como elemento diferenciador sobre el que construir un concepto autónomo.

4. Una primera conclusión sobre el acomodo del terrorismo dentro de la lógica transicional

A partir de sus características sociológicas, el terrorismo ha sido definido como la lesión o puesta en peligro, desde una estructura organizativa, de bienes jurídicos personalísimos con el objetivo de subvertir el orden constitucional vigente a partir de la generación de un estado de terror o intimidación en la población. Tomando como punto de partida esta definición y la propia dinámica de la estrategia terrorista pueden extraerse una serie de conclusiones sobre su encaje *prima facie* en la lógica premial de la justicia transicional.

En primer lugar, los contextos de violencia terrorista compartirían con los escenarios tradicionales de la justicia de transición la dimensión colectiva de víctima y victimario, en tanto todos ellos vendrían definidos por la existencia de un sistema de injusto desde el cual se cometen delitos de manera generalizada y sistemática contra la población civil¹⁴⁸. En este sentido, la vinculación de la estrategia terrorista con la lesión de bienes jurídicos de carácter personalísimo provoca que el Estado tenga, en principio y respecto de los delitos de terrorismo más graves¹⁴⁹, su discrecionalidad punitiva limitada. Así no solo son varios los instrumentos que a nivel internacional y regional recogen la existencia de una obligación estatal de enjuiciar y sancionar los delitos de terrorismo con penas proporcionadas que reflejen la gravedad del hecho¹⁵⁰, sino que la propia entidad

¹⁴⁶ Y es que, como destaca WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 33, la desagregación geográfica entre la zona donde se producen los ataques y aquella donde la organización ubica su centro de formación y coordinación también estaba presente en el terrorismo de ETA –que tenía la base en Francia– o en el del IRA –cuyo centro de operaciones estaba ubicado en Dublín–.

¹⁴⁷ ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 93.

¹⁴⁸ Esto sucedería tanto en los supuestos de conflicto armado como en aquellos otros en los que el Estado actúa como plataforma criminal. Sobre los aspectos compartidos del terrorismo con los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, *vid. infra.*, Capítulo III. III. Excurso. También, Capítulo III. V.

¹⁴⁹ Recuérdese que los delitos de terrorismo no solo incluyen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos personalísimos, sino también conductas de colaboración o apoyo en las que se adelanta la barrera jurídico-penal. Cabe imaginar que, respecto de estos, la discrecionalidad del Estado sería mayor.

¹⁵⁰ A nivel internacional, el art. 4.b) del convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo recoge que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave. A nivel regional europeo el art. 15.1 de la Directiva (UE) 2017/541, establece que cada Estado Parte velará por imponer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, si bien admite que sean de naturaleza civil. A nivel africano, el art. 2.a) de la Convención para prevenir y combatir el terrorismo, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, recoge el compromiso de los Estados Parte a castigar los actos de terrorismo con penas apropiadas que tengan en

de muchos de los bienes jurídicos lesionados activaría –aun en ausencia de una previsión de punición específica– el deber estatal de investigación.

En consecuencia, lo que se debe definir es si dicha obligación puede verse flexibilizada en atención a algunos de los fundamentos asociados a la renuncia a la pena en los escenarios tradicionales en los que ha operado la justicia de transición. Como he desarrollado a lo largo del primer capítulo de esta investigación, la renuncia a la pena ordinariamente establecida quedaría justificada por: i) la existencia de intereses individuales y colectivos, al margen del castigo, que el Estado también se encontraría obligado a alcanzar; ii) la concurrencia de una situación de necesidad –representada por la ausencia del monopolio formal o material de la violencia por el Estado– que impide o dificulta que aquellos intereses puedan ser alcanzados sin la colaboración de los victimarios.

En relación con este último aspecto, la dinámica sobre la que se asienta el terrorismo provoca que muchos de los intereses –al margen del castigo– a alcanzar en los contextos tradicionales de la justicia de transición también estén presentes en el marco de la violencia terrorista¹⁵¹. O, al menos, en el «terrorismo clásico»¹⁵².

Así, la especial gravedad de las violaciones acontecidas –en atención a los bienes jurídicos lesionados– provoca que sus víctimas tengan un derecho –contrapuesto al correspondiente deber del Estado– a la reparación material y simbólica¹⁵³ y a la

cuenta la gravedad de la conducta. También el preámbulo de la convención interamericana contra el terrorismo recoge el compromiso de los Estados de prevenir, combatir, sancionar y eliminar el terrorismo, si bien no concretiza las características que deberían reunir dichas sanciones. Por último, a nivel de las Naciones Unidas, la Resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 7272.ª sesión, Doc. ONU. S/RES/2178 (2014), habla de penas que reflejen debidamente la gravedad del delito.

¹⁵¹ ÁLVAREZ BERASATEGUI, A., «Transitional Justice in Settled Democracies», cit., p. 2.

¹⁵² En este sentido, la estrategia del terrorismo yihadista, consistente en operar mediante células muy reducidas o a partir de la provocación universal a los individuos, otorga menor importancia al enfrentamiento entre sectores de la sociedad, por lo que el aspecto referido a la construcción de un relato sobre el pasado no estaría presente. Por otro lado, no creo que haya problema en reconocer que otros aspectos sí resultarían extrapolables, como el dar una plataforma a las víctimas desde la que comunicarse u otorgar a los victimarios la posibilidad de participar en el marco de procedimientos restaurativos.

¹⁵³ Desde esta perspectiva, la reparación estaría muy relacionada con el reconocimiento de las víctimas como tales. Así puede suceder, como indica VARONA MARTÍNEZ, G., «The Meaning of Impunity: What do Victims, Offenders and Society Think of Restorative Encounters in the Context of ETA Terrorism in Spain?», *Restorative Justice: An International Journal*, Vol. 1, núm. 2, 2013, p. 219, que haya existido una falta de empatía por parte de determinadas instituciones, ejemplificándolo a partir del silencio institucional que, en determinadas ocasiones, han sufrido las víctimas de ETA en el País Vasco. Un estudio empírico sobre ello puede consultarse en, VARONA MARTÍNEZ, G. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. / ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., «Victims of Terrorism in the Basque Country: Paradoxes of their Expectations and Demands in the End of ETA», *Journal of Victimology*, núm. 3, 2016, pp. 71-72, donde destacan, en una encuesta realizada a víctimas de ETA ante el anuncio del cese de su actividad armada, que cerca de un 50% de las víctimas sentían falta de apoyo por las instituciones. Véase también, MACULAN, E., «Encuentros restaurativos», cit., p. 98, indicando que en el ámbito de los delitos de terrorismo las víctimas buscan obtener un sentimiento de clausura o cierre a su experiencia pasada.

verdad de lo ocurrido¹⁵⁴. Este último derecho no solo estaría relacionado con el arrojar luz sobre los delitos pendientes de esclarecimiento¹⁵⁵, sino que también tendría una especial importancia en su vertiente referida a la construcción de una memoria colectiva. El terrorismo, como estrategia que emplea la violencia como arma política, persigue tanto la conmoción de la sociedad como su división y polarización¹⁵⁶. La construcción de un relato en el que el Estado es el ente opresor sobre el que se ejerce una autodefensa es esencial en la lucha terrorista, por lo que existe un interés tanto de las víctimas¹⁵⁷ como de la sociedad en que ese relato no se imponga¹⁵⁸.

De la misma forma, la justicia restaurativa, aunque pensada para operar en un nivel micro, también puede aportar determinados beneficios en el marco del terrorismo, como lo demuestran los resultados obtenidos en los encuentros restaurativos producidos en la prisión de Nanclares de la Oca entre exmiembros de ETA y sus víctimas¹⁵⁹, o los arrojados en relación con los exmiembros de organizaciones terroristas italianas de la década de los 70-80 del siglo pasado¹⁶⁰. Como indica Maculan, el carácter colectivo de la violencia plantea, como objetivo prioritario para alcanzar una recomposición social que evite la perpetuación de la violencia, la resocialización de los victimarios¹⁶¹. Parece entonces deseable hacer uso de programas y mecanismos de corte reparador y restaurativo en lo delitos de terrorismo.

¹⁵⁴ ETXEBERRIA MAULEON, X., «Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA», *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria*, núm. 42, 2012, p. 67.

¹⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 83. En el contexto español, destacan, como señala MACULAN, E., «Tras el fin de ETA: crímenes sin resolver, imprescriptibilidad y caminos alternativos», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, pp. 425-430, los 379 delitos sin resolver perpetrados por la organización terrorista ETA, la gran mayoría cometida en la década de los 70 y 80 del siglo pasado, lo que implica que ya han prescrito.

¹⁵⁶ ASÍ, BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco y Perspectivas de una Justicia Restaurativa para Euskadi», *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 4, núm. 3, 2014, p. 468.

¹⁵⁷ A este respecto, véanse los resultados del estudio empírico en relación con las víctimas de ETA llevado a cabo por VARONA MARTÍNEZ, G. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. / ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., «Victims of Terrorism in the Basque Country», cit., p. 75, relativos al interés de las víctimas en dar sus testimonios a efectos de refutar la narrativa terrorista.

¹⁵⁸ Y es que, como indica GIL GIL, A., «El requisito de “petición expresa de perdón a las víctimas” ¿signo de la progresión personal en el proceso de resocialización?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 24-26, tanto víctimas como condenados suelen ser instrumentalizados en batallas narrativas. A mi juicio, una comisión que creara un relato dotada de oficialidad podría servir para poner fin a tales prácticas. Así, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., pp. 83-84, considera, en relación con el País Vasco y la actividad de ETA, que podría crearse una comisión formada por expertos y personas representativas de distintos sectores sociales con poderes para elaborar un relato de toda la victimización; en la misma dirección, BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco», cit., pp. 481-482.

¹⁵⁹ Por todos, PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, 2013.

¹⁶⁰ Sobre ello, véase, MACULAN, E., «Encuentros restaurativos», cit., pp. 84-85, con múltiples referencias.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 101.

Cuestión distinta es si para alcanzar todos esos objetivos el Estado ha de acudir al empleo de medidas premiales o si, por el contrario, los primeros pueden ser satisfechos sin acudir a las últimas. La respuesta a este último interrogante será construida de la forma que sigue. En primer lugar examinaré si, dado que se trata de conductas dirigidas a subvertir en todo o en parte el orden constitucional, los delitos de terrorismo pueden beneficiarse de los privilegios de los que históricamente ha disfrutado en los contextos transicionales el llamado delito político.

En segundo lugar, llevaré a cabo una comparativa entre la necesidad de pacificación inmanente en los escenarios tradicionales de la justicia transicional y aquella ínsita en la estrategia terrorista. La exigencia de una necesidad adicional a la concurrencia de intereses como la verdad o la reparación a las víctimas obedece a que el recurso a las medidas premiales no sería «gratuito» para el Estado, sino que tendría un coste en forma de credibilidad de sus instituciones, de los principios en los que se sustenta, así como de la amenaza que supone la propia pena¹⁶². La asunción de dicho coste viene justificada por el hecho de que la ganancia obtenida por el Estado es mayor sin que exista una forma menos «lesiva» para alcanzarla¹⁶³.

Para ello será clave tanto la construcción de una noción de conflicto armado como la contraposición del terrorismo con un fenómeno subversivo limítrofe: la guerra de guerrillas. Junto a lo anterior, también se valorarán las posibles consecuencias del abandono voluntario de la violencia por parte de la organización o de alguno de los individuos que la integran. Por último, y a efectos de hacer el análisis jurídico-penal lo más completo posible, examinaré el acomodo del llamado «terrorismo de o desde el Estado» en la lógica transicional.

II. LOS POTENCIALES PRIVILEGIOS DEL DELITO POLÍTICO EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y SU RELACIÓN CON EL TERRORISMO

La caracterización del terrorismo como violencia organizada ejercida con una finalidad política no solo es relevante a efectos de su distinción respecto de otros fenómenos de violencia organizada colindantes, sino que también lo es en cuanto a la posibilidad de beneficiarse de determinadas medidas premiales.

¹⁶² En relación con las amnistías, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., pp. 242-243.

¹⁶³ A esto haría referencia el llamado juicio de proporcionalidad estricta, así, AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 76-78.

En este punto, posee especial transcendencia el análisis de la relación existente entre el terrorismo y el llamado delito político.

Bajo esta última categoría quedarían subsumidas determinadas conductas que continúan manteniendo un elevado conjunto de privilegios. Estos beneficios estarían orientados bien a evitar que el victimario responda penalmente de los actos cometidos –como, por ejemplo, la consideración del delincuente político como no extraditable¹⁶⁴, o la aquí examinada posibilidad de ser objeto de amnistías e indultos¹⁶⁵–, bien a mitigar las condiciones en las que la pena es ejecutada, previéndose, en ocasiones, la separación de los delincuentes políticos respecto de los presos comunes¹⁶⁶.

De la misma manera, también se ha admitido respecto del delito político una mayor discrecionalidad punitiva por parte del Estado en el marco del establecimiento de un sistema penal transicional, de manera tal que cabría una renuncia más amplia a su castigo¹⁶⁷. Así, tanto en el proceso transicional entre Colombia y las FARC-EP, como en el desarrollado en Sudáfrica en relación con el *Apartheid*, el delito político obtiene un tratamiento privilegiado respecto de la criminalidad común. Así, en relación con el primero de los supuestos mencionados, el art. 8 de la Ley 1820 de 2016 prevé una amnistía respecto de los delitos políticos y conexos. De igual forma, el art. 20 (1) (b) de la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995* facultaba a la concesión de una amnistía respecto de los actos asociados con la consecución de un objetivo político.

El objetivo de las siguientes páginas será examinar en qué medida los delitos de terrorismo pueden beneficiarse del tratamiento más benigno asociado a esta categoría conceptual. Para ello, en primer lugar analizaré qué puede entenderse específicamente por delito político y hasta qué punto el terrorismo puede integrarse bajo las distintas definiciones que se dan de aquel. Una vez realizado el esfuerzo anterior,

¹⁶⁴ Así, el art. 4.1.º de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva establece que no se concederá la extradición cuando se trate de delitos de carácter político. A este respecto, como afirma CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 28, 2014, p. 3, «en el contexto de la extradición la excepción por delito político tiene el mismo efecto que la justificación o las excusas en el Derecho penal nacional».

¹⁶⁵ Véanse los arts. 150.17.º y 201.2 de la Constitución de Colombia, donde se establece la potestad del poder legislativo y del ejecutivo para conceder amnistías e indultos en los supuestos de comisión de un delito político.

¹⁶⁶ Así, por ejemplo, véase el art. 46 del Código Penal de Honduras, donde se establece que a los reos por delitos políticos se les mantendrá separados de los reos por delitos comunes. Este beneficio también estuvo presente en el ordenamiento jurídico penal español durante el siglo XIX, sobre ello, en profundidad, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El delito*, 4.ª ed., Losada, 1963, pp. 220 ss.

¹⁶⁷ Como ya ha sido anteriormente señalado, existe cierto consenso entre la doctrina y la jurisprudencia en que el ámbito objetivo del art. 6.5 PA II –que, recuérdese, faculta a los Estados a conceder la amnistía más amplia posible una vez finalizadas las hostilidades propias de un conflicto armado interno– quedaría limitado al delito político.

llevaré a cabo un análisis sobre el fundamento y los límites de la renuncia a la pena en el delito político. Y es que es posible que aunque el terrorismo pueda ser subsumido bajo esta categoría, la justificación que subyace en la concesión de medidas premiales no le sea trasladable o, al menos, no completamente o en todos los escenarios.

1. Delito político y terrorismo

1.1 LA INDEFINICIÓN DEL DELITO POLÍTICO Y LA EXCLUSIÓN NORMATIVA DEL TERRORISMO

La idea de delito político es, cuanto menos, singular. *Ab initio*, cabe cuestionarse si realmente no se estaría enfrentando un oxímoron: en tanto el adjetivo «político» parece llevar asociado el significado de «no criminal», *prima facie* resulta contradictorio predicar tal característica de un hecho tipificado como punible¹⁶⁸. Por otro lado, no solo es un concepto jurídico-penalmente extraño, sino extremadamente nebuloso.

Ni los distintos ordenamientos nacionales, ni el propio ordenamiento internacional han ayudado a clarificar el concepto. No existe una definición universal—contenida en los tratados o convenios suscritos por los diferentes Estados— acerca de qué debe entenderse por delito político. Por otro lado, a nivel nacional, los códigos penales no solo suelen prescindir de su definición¹⁶⁹, sino que, del mismo modo, evitan categorizar bajo este rótulo alguno de los delitos en ellos contenidos¹⁷⁰.

Nótese que pretender mantener un elevado rango de privilegios respecto de una categoría que permanece esencialmente indefinida no solo es contradictorio¹⁷¹, sino profundamente conflictivo. Al problema de la falta de precisión del concepto en sí—esto es, a qué conductas se hace referencia en puridad cuando se habla de delito político—, se le une el de los motivos que pueden justificar o que históricamente han justificado un trato más benévolo a este tipo de delincuencia—o, dicho de otro

¹⁶⁸ Así, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 137, considera que la noción histórica de delito político topa con una barrera definicional insuperable; en el mismo sentido, CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 3.

¹⁶⁹ Como excepción, véase el art. 21 del Código Penal de El Salvador que define los delitos políticos como los relativos al sistema constitucional y a la existencia, seguridad y organización del Estado.

¹⁷⁰ Como en el caso anterior, hay excepciones, por ejemplo el art. 13-A del Código Penal de Honduras califica como «políticos» los comprendidos en los Capítulos I (traición), II (delitos que comprometen la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la nación) y III (delitos contra el derecho de gentes) del Título XI (Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado) y II (delitos contra la forma de gobierno), V (terrorismo), VI (rebelión) y VII (sedición) del Título XII (delitos contra la seguridad interior del Estado) del Libro Segundo del Código Penal.

¹⁷¹ Pone de manifiesto esta contradicción, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo II, Instituto Francisco de Vitoria, 1957, p. 263.

modo, el fundamento de admisión de determinadas medidas premiales—. En la discusión doctrinal, uno y otro aspecto se ven entremezclados de tal manera que el primero de ellos es incapaz de escapar al potente efecto gravitatorio del segundo.

La definición del delito político queda entonces convertida en una cuestión de resultado, en la que el concepto es normalmente definido en función del fin —dotar o no a determinadas conductas de un tratamiento más benigno— que se pretende alcanzar¹⁷². Sería precisamente esta vinculación con beneficios como la renuncia a la pena o la negativa a la extradición la que explicaría el esfuerzo normativo en disociar el terrorismo de la idea de delito político¹⁷³. Así, aparecen en el derecho positivo «cláusulas despolitizadoras» que buscan evitar la extensión del trato más benévolo no solo a los crímenes internacionales¹⁷⁴, sino también a los delitos de terrorismo¹⁷⁵. La incorporación de finalidades terroristas alternativas a la idea de subversión constituye, a mi juicio, un paso más en este proceso de distanciamiento progresivo entre ambas figuras.

¹⁷² FRANKE, D., *Politische Delikt und Asylrecht*, Athenäum, 1979, p. 46; de manera similar, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, Tomo I.*, 6.ª ed., Tecnos, 2006, p. 289, califica el delito político de «concepto teleológico elaborado en función de un fin», que no sería otro que el de excluir a determinadas conductas de la extradición, otorgarles un tratamiento penitenciario más benévolo y/o posibilitar la concesión de una amnistía o indulto; en la misma dirección, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 74, considerando que el concepto de delito político es puramente instrumental; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 53, defendiendo que el delito político es un concepto funcional. Ello implica, como acertadamente señala LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 58, que el que un autor se incline por una u otra definición no depende tanto de lo que entienda por «político» como de los supuestos que estima deben beneficiarse de ese tratamiento jurídico-penal más benevolente.

¹⁷³ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 57. En este sentido, como indica ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», cit., p. 156, el terrorismo presenta los mismos problemas de definición que el delito político: en ambos casos el jurista pretende disociarlos de la criminalidad común, si bien en el caso del terrorismo también se pretende excluirlo de los beneficios del delito político; también denuncia lo anterior, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 270.

¹⁷⁴ Entre otros, art. 4.1.ª de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (referido a los crímenes de lesa humanidad y genocidio); art. VII de la Convención contra el Genocidio; art. 13 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; art. 11 de la convención internacional para la supresión y el castigo del crimen del apartheid.

¹⁷⁵ La disociación entre delito político y terrorismo queda patente tanto a nivel de la legislación nacional española como en los diferentes tratados e instrumentos internacionales y regionales. Así, el art. 13.3 CE establece que no habrá de considerarse delitos políticos los actos de terrorismo, lo que posteriormente es reiterado en otras leyes como el art. 4.1.ª de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Esta exclusión también estaba presente en la Decisión marco del consejo de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI), cuyo considerando iii) establecía que «no pueden considerarse delitos políticos, ni delitos relacionados con los delitos políticos, ni delitos inspirados por los motivos políticos. Del mismo modo, el art. 20.1 del Convenio del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1977, para la represión del terrorismo, fija que «ninguno de los delitos mencionados en los artículos 5 a 7 y 9 del presente Convenio se considerará, a efectos de los requisitos necesarios para la extradición o la asistencia judicial, como delito político o como delito conexo a un delito político, o como un delito inspirado por móviles políticos». Véase también, Resolución 1373 (2001) adoptada por el Consejo de Seguridad, decidendo 3; art. 14 Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; art. 11 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

Empero, la configuración del delito político a partir de la exclusión normativa de determinadas conductas se trata de un recurso que, si bien práctico, goza de escaso valor científico¹⁷⁶ y, en el caso del terrorismo, responde más a una ficción que a una realidad¹⁷⁷. Como desarrollaré a lo largo de las siguientes páginas, si se atiende a los criterios contenidos en las teorías tradicionalmente empleadas por la doctrina para definir y dotar de contenido al delito político, resultaría prácticamente imposible negar que el concepto jurídico-penal de terrorismo aquí desarrollado integraría dicha categoría conceptual.

1.2 EL TERRORISMO COMO DELITO POLÍTICO: PERSPECTIVA OBJETIVA, SUBJETIVA Y MIXTA

1.2.1 *La perspectiva objetiva*

Para las teorías objetivas, el delito político vendría definido por el bien jurídico atacado por el autor, con independencia del móvil o el fin por el que ha obrado impulsado¹⁷⁸. El mayor problema de estas teorías reside en la redundancia definitoria que en ocasiones muestran. Y es que no son pocas las veces que el delito político es definido como aquel que afecta a un interés político del Estado o a la organización política de aquel¹⁷⁹, lo que deja un regusto tautológico por contener la definición el elemento definido¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Así lo denuncia, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 280.

¹⁷⁷ VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition. The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order*, Kluwer, 1980, pp. 32, 134; FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 46; véase también, LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza editorial, 1987, p. 29, quien a la luz de lo dispuesto por el Convenio de 1977 para la supresión del terrorismo considera que este tiene una actitud alienante en tanto niega el carácter político a algo que lo tiene intrínsecamente.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 181; GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, Cuadernos para el Diálogo, núm. 69, 1976, pp. 8-9. En profundidad sobre estas teorías, con múltiples referencias, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., pp. 187-193.

¹⁷⁹ Así, CUELLO CALÓN, E., «Delincuencia política», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 3, 1940, p. 16, considera como delitos políticos aquellos que atentan contra el orden político del Estado; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.ª ed., Akal, 1986, p. 170, entendiendo como tales los dirigidos contra la organización política del Estado; emplean la misma calificación, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 181; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 287. De manera similar, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., p. 187, considera que desde una perspectiva objetiva el delito político engloba aquellas conductas que se dirigen contra el organismo político del Estado; véase también, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 809, indicando que son delitos políticos aquellos que ponen en peligro un interés político fundamental del Estado; REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., p. 18, mencionando que serían aquellos que atentan contra la estructura política del Estado.

¹⁸⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 242.

Más allá del problema previamente señalado, la tesis objetiva dominante predica el carácter «político» de todos aquellos delitos que atentan contra la personalidad o existencia del Estado¹⁸¹. Desde este punto de vista, el delito político sería, en cierto modo y en palabras de Carrara, heredero del «terrible y fantasmagórico delito de lesa majestad»¹⁸². Empero, la doctrina ha subsumido bajo la antigua categoría de la «lesa majestad» delitos que atentan contra bienes jurídicos muy dispares, pudiendo distinguirse entre una noción amplia y una noción restringida de delito político desde esta perspectiva objetiva.

Desde la perspectiva más amplia, un sector de la doctrina considera como políticos aquellos delitos contra la seguridad del Estado¹⁸³, ya sea entendida de manera reducida –esto es, limitándolo exclusivamente a las afecciones a la seguridad interior del Estado¹⁸⁴–, ya de forma menos irrestricta, incluyendo también aquellos delitos que afectan a su seguridad u orden externo¹⁸⁵. Por otro lado, desde una óptica más restringida, únicamente serían políticos aquellos actos que atentaran contra el orden constitucional¹⁸⁶. Así, el carácter político se predicaría de aquellos delitos que «buscan subvertir el orden constitucional vigente»¹⁸⁷, «tienen su razón de ser en el cuestionamiento de la estructura del Estado en el que tienen lugar»¹⁸⁸, y/o buscan derogar o modificar a través de la fuerza –ya sea *vis* física o *vis* compulsiva– los elementos es-

¹⁸¹ FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 25; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 809; POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», en POSADA MAYA, R. (Coord.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Uniandes, 2010, p. 9; REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., p. 20.

¹⁸² Así, CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal. Parte Especial*, Vol. VII., 4.^a ed., Temis, 1989, p. 514, § 3918, «terrible, porque se apoya en millones de cadáveres; y fantasmagórico, porque su designio era sustituir con los fantasmas del miedo, y con principios excepcionales y feroces, los preceptos de la justicia».

¹⁸³ *Ibid.*, p. 515, § 3919.

¹⁸⁴ Así, GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, cit., p. 9, vincula el delito político desde una óptica objetiva con los «postulados ideales de la seguridad interior del Estado».

¹⁸⁵ Defiende esta concepción, CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal. Parte Especial*, cit., p. 515, § 3919; CUELLO CALÓN, E., «Delincuencia política», cit., p. 16, considerando como políticos los que afectan a la independencia de la nación, integridad del territorio, relaciones con otros estados, etc.; también, FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 25; en contra, PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid. Tomo I*, Boix, 1840, pp. 171-172, calificando el crimen de traición o cualquier otro de política externa como «públicos y nacionales, pero no políticos»; en sentido similar al anterior, POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 16.

¹⁸⁶ En nuestro país, fue pionero en la defensa de esta concepción, PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 171; más recientemente, al hilo de los diferentes procesos de transición que atraviesa Colombia, asume esta noción restringida, POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 9; similar, REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., pp. 20-21.

¹⁸⁷ PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 171.

¹⁸⁸ REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., pp. 18, 20-21; muy similar LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 57, «delincuencia contra el sistema de organización del Estado».

tructurales que rigen «la creación, desenvolvimiento y vida del Estado»¹⁸⁹. Desde esta última perspectiva, el delito de rebelión –al margen de las peculiaridades de otros delitos existentes en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, como la asonada o la sedición¹⁹⁰– quedaría convertido en el prototipo de delito objetivamente político¹⁹¹.

Nótese que la adopción de una u otra exégesis resulta aquí irrelevante a efectos de la potencial subsunción del terrorismo bajo esta categoría. Y ello porque, en la medida en la que los delitos de terrorismo afectan notoriamente al orden público– noción que, como ya he advertido, estaría muy relacionada con el concepto de seguridad interior en el desarrollo de los derechos fundamentales–, estos quedarían abarcados bajo la noción más amplia de delito político. Asimismo, en atención a que la violencia terrorista constituye una estrategia subversiva en la que en última instancia se cuestiona el sistema y el procedimiento político tal y como viene establecido en el ordenamiento, también habrían de ser considerados delitos objetivamente políticos bajo la exégesis más restrictiva¹⁹².

1.2.2 *Las perspectivas subjetiva y mixta*

A diferencia de las teorías objetivas, las teorías subjetivas definen el carácter político del delito no en función del bien jurídico atacado, sino en atención al móvil o el fin perseguido por el autor¹⁹³. Nótese que, por un lado, bajo este nuevo prisma serían delitos políticos aquellos que objetivamente no lo

¹⁸⁹ REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., p. 21.

¹⁹⁰ Son varios los autores que incluyen la sedición como delito político, entre ellos CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 287; véase también, PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 171, que incluye la figura de la asonada.

¹⁹¹ Así, mencionan el delito de rebelión como prototipo del delito político, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 287; MAÑALICH RAFFO, J. P., *Terror, pena y amnistía*, cit., p. 176.

¹⁹² Así, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 137, considera que los delitos de terrorismo son delitos políticos en la medida en la que cuestionan el procedimiento político, niegan el sistema político tal y como viene definido en el ordenamiento; de la misma forma, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 70, defiende que el delincuente terrorista puede ser, sin duda, inculminado por la comisión de un delito político puro. Véase también, REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué?», cit., p. 39, quien defiende que, a su juicio, el terrorismo no absorbería completamente la categoría de delito político, aunque estén cada vez más relacionadas debido a que «los subversivos recurren con mayor asiduidad a las acciones terroristas».

¹⁹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 181; GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, cit., p. 8; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 237. Defienden expresamente este criterio, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., p. 210; POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., pp. 17-18. En contra de considerar que el ánimo subjetivo baste para considerar un delito como político, defendiendo un criterio objetivo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., p. 148.

eran –por lesionar un bien jurídico común– pero en los que está presente tal motivación¹⁹⁴. Por otro, no lo serían aquellos que sí serían objetivamente subsumibles, pero en los que el autor actuara movido por motivos ajenos a esa finalidad como pueden ser la venganza o el ánimo de lucro¹⁹⁵.

De la combinación de las tesis subjetivas con las objetivas nacen las llamadas teorías mixtas, que, asimismo, pueden subdividirse en extensivas y restrictivas en función de que requieran la concurrencia de uno o ambos elementos –objetivo y subjetivo– respectivamente. Así, desde la primera de las ópticas, quedarían englobados bajo la etiqueta de «políticos» tanto aquellos que objetivamente lo fueran por el bien jurídico atacado por el autor, como aquellos otros que, aun siendo objetivamente «comunes» en atención al bien jurídico protegido, son perpetrados con una finalidad política¹⁹⁶.

Las teorías restrictivas, por el contrario, tratan de complementar el criterio objetivo con el móvil presente en el autor, evitando así una ampliación desmedida de su ámbito material¹⁹⁷. Así definido, ninguno de la dualidad de elementos sería por sí mismo suficiente. La existencia de un ánimo específico en el autor sería un criterio necesario, pero vendría limitado en defecto y en exceso por la idea objetiva del bien jurídico protegido¹⁹⁸.

A partir de estas teorías subjetivas y mixtas, la doctrina ha distinguido entre «delitos políticos puros» y «delitos políticos relativos». La primera de las categorías hace referencia a aquellos delitos dirigidos directa y exclusivamente contra el Estado o su organización socioeconómica sin que su comisión se vea acompañada por delitos contra otros bienes jurídicos, individuales o colectivos¹⁹⁹.

Los delitos políticos relativos, por el contrario, serían aquellos que pese a poseer elementos propios de una infracción delictiva común –ya sea por afectar a un bien jurídico individual, ya por lesionar un bien jurídico colectivo abstracto

¹⁹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, cit., p. 809; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 287; POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 9.

¹⁹⁵ POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 9; VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition*, cit., p. 26, prefiere hablar de delincuente pseudopolítico, esto es, aquel que ha cometido un delito político pero que carece de la necesaria motivación ideológica.

¹⁹⁶ Esta es la teoría expresamente defendida por CUELLO CALÓN, E., «Delincuencia política», cit., pp. 16-17.

¹⁹⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007», *Estudios de Derecho*, Vol. LXIV. núm. 144, 2007, p. 99. Esta tesis fue defendida en nuestro país por QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 234; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 182. En profundidad, sobre estas teorías, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., pp. 196-201.

¹⁹⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, cit., p. 9.

¹⁹⁹ CUELLO CALÓN, E., «Delincuencia política», cit., p. 17; FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 25; GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 100.

pero no «político» en un sentido puramente objetivo²⁰⁰– son asimilables a los delitos políticos puros bien porque el autor persigue un propósito subsumible en lo objetivamente político²⁰¹, bien porque el acto se sitúa en un contexto o ha tenido consecuencias así definibles²⁰².

Asimismo, esta categoría admitiría una subdivisión en delitos políticos complejos y conexos, dependiendo del concurso de delitos en cuestión. Un delito político sería complejo o mixto cuando, desde una perspectiva material, existe un único hecho delictivo que lesiona simultáneamente un bien jurídico calificable como «político» y un bien jurídico privado o común²⁰³. El supuesto prototípico de delito político complejo sería el homicidio del jefe de Estado²⁰⁴. en definitiva, aquellos supuestos de concurso ideal de delitos.

Los delitos políticos conexos, en cambio, implicarían al menos la comisión de dos delitos: uno político y otro común, este último relacionado con el primero. Se da una situación de concurso real o medial de delitos²⁰⁵, es decir, una pluralidad de acciones que vulneran una pluralidad de preceptos penales. Así, se trata de delitos que «se aclaran y se explican mutuamente» por su relación con el fin político ulterior²⁰⁶.

Aunque con los matices que a continuación expondré, considero que también el terrorismo sería un delito político desde una perspectiva subjetiva y, a partir de lo señalado anteriormente sobre las teorías objetivas, desde una óptica mixta. La cuestión se encuentra intensamente relacionada con el carácter que la doctrina atribuye a las distintas finalidades recogidas en el derecho positivo y que otorgarían a la violencia el carácter de terrorista. Estas finalidades –que, recuérdese, *lege lata* van más allá de lo estrictamente político o

²⁰⁰ CUELLO CALÓN, E., «Delincuencia política», cit., p. 17; CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 9.

²⁰¹ GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 100; POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 19.

²⁰² VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition*, cit., p. 108; sigue a la anterior, CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 9.

²⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., p. 208; VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition*, cit., p. 109; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 182; FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 26. Como indica CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 9, se estaría ante un concurso ideal de delitos.

²⁰⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., p. 208; VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition*, cit., p. 109; CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 9.

²⁰⁵ VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition*, cit. p. 109; CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 9.

²⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., p. 208; CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 9. Como indica, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 71, bajo esta categoría quedarían englobadas aquellas acciones que lesionan bienes jurídicos privados con el objetivo de preparar, facilitar, consumar o asegurar el triunfo de la rebelión o de la insurrección política.

subversivo— constituirían para la doctrina un ánimo subjetivo especial²⁰⁷, o un elemento subjetivo del injusto²⁰⁸.

A este respecto, ya he defendido los motivos por los que considero que solo la finalidad subversiva respecto del orden constitucional integraría el concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo. Empero, también debo matizar, siguiendo a Cancio Meliá, que este fin subversivo no se trataría tanto de un mero componente de carácter subjetivo, como de un elemento «ínsito en la organización» que debe ser abarcado por el dolo del autor individual²⁰⁹. Así, a mi juicio, bastaría con que quien ejecute de propia mano los hechos delictivos conozca y acepte el fin último de la organización, aun cuando pueda obrar movido por otros fines adicionales y más inmediatos como, simplificando quizás excesivamente el supuesto del terrorismo yihadista, el deseo de entrar en el paraíso como un mártir escoltado por 70 vírgenes.

El terrorismo quedaría entonces configurado como un delito político complejo²¹⁰, en tanto la lesión de bienes jurídicos comunes –vida, integridad física, etc.– forma parte inseparable de la estrategia subversiva del terrorista. La subsunción bajo esta categoría es una cuestión trascendente. Ello porque, como desarrollaré a continuación, la lesión de bienes jurídicos personalísimos puede quedar fuera de la lógica por la que, en algunos escenarios, se renunciaría a la pena en el caso de los delitos políticos puros.

2. Fundamento y límites en la renuncia a la pena

2.1 EL FUNDAMENTO OBJETIVO DE LA RENUNCIA A LA PENA: CONTEXTO Y LESIVIDAD DE LA CONDUCTA

Que los delitos de terrorismo resulten subsumibles en la categoría de lo «político» desde una perspectiva objetiva y subjetiva no implica que puedan beneficiarse, simplemente por ello, de medidas como la amnistía o el indulto. La asociación automática entre categoría conceptual y consecuencia jurídica

²⁰⁷ Así, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 232; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 216.

²⁰⁸ De esta opinión, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 74.

²⁰⁹ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 180-181, esbozando que lo relevante no es tanto que constituya la finalidad subjetivo-individual como el que sea la razón de ser de la organización, su programa de actuación. En sentido similar, véase, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 93-94, 209, indicando que la finalidad debe ser perseguida por la organización, siendo suficiente con que la actividad del individuo coadyuve a alcanzar la misma.

²¹⁰ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 71.

es errónea y debe ser superada. En este sentido, el objetivo del presente apartado es analizar cuál sería la justificación que ha estado detrás del tratamiento más benevolente concedido históricamente a la delincuencia política a efectos de determinar qué queda de vivo de ella hoy en día y cuáles serían sus límites.

A este respecto, el contexto histórico en el que comienza a otorgarse un tratamiento más benigno a la delincuencia política es, sin duda, decisivo a la hora de explicar los motivos que estarían detrás de los beneficios a ella asociados. Así, pese a que los orígenes del delito político –desde una perspectiva objetiva– pueden remontarse a la Antigua Roma con el llamado crimen de *perduellio*, o incluso a épocas anteriores²¹¹, la tendencia a otorgar beneficios a sus autores no comenzaría hasta la década de los 30 o 40 del siglo XIX, coincidiendo con la llamada primavera de los pueblos, en la que una buena parte de la sociedad europea se alzó contra los regímenes absolutistas existentes.

La razón que justificaba en este contexto la mayor benignidad jurídico-penal residía en la convicción entre los nuevos gobiernos liberales de que la violencia era un «instrumento inevitable para derribar el Antiguo Régimen [...] un recurso válido y meritorio contra la tiranía»²¹². En un contexto en el que cualquier discrepancia con el poder era reprimida al tiempo que se negaban sistemáticamente las libertades públicas, no parecía oportuno negar una serie de beneficios a quien acudía a la violencia como *ultima ratio* ante la imposibilidad de modificar de otra manera el sistema impuesto²¹³.

En este sentido, los orígenes históricos revelan que la cuestión referida a la posible renuncia a la pena por ser la conducta calificada de «política» no puede ser disociada de las características del Estado contra el que se dirige el comportamiento subversivo²¹⁴. La legitimidad del sistema contra el que se combate tiene entonces una importancia esencial. Así, el fundamento histórico de las medidas premiales resulta difícilmente extrapolable a los episodios subversivos que acontezcan en el marco de un Estado democrático y de derecho.

²¹¹ Sobre el delito político desde antes de la Antigua Grecia hasta el siglo XIX, PAPARACHAMBOLOUS, C., *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, pp. 3-35; véase el importante matiz de FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 15, quien pese a estar de acuerdo en remontar históricamente los orígenes a la Antigua Roma, matiza que tenía un carácter ocasional o aleatorio, nada institucionalizado.

²¹² GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 98.

²¹³ QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político», en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ JARA, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Edisofer y B de F, 2006, p. 693.

²¹⁴ Así, consideran que la etiqueta de delito político –entendido como categoría en la que se subsumen conductas susceptibles de amnistía o indulto– no puede ser predicada de un hecho al margen de las características del Estado en el que ha tenido lugar, GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 109; QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político», cit., p. 693; POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 11.

Y ello no porque en este tipo de Estados se dejen de generar desigualdades sociales y económicas, sino porque, en principio, este habilita los cauces institucionales suficientes para la solución pacífica de las controversias y de las demandas de la ciudadanía²¹⁵.

Empero, el fundamento histórico sí admitiría un mayor grado de traslación –con los límites y matices que a continuación introduciré– a aquellos supuestos en los que lo que potencialmente se busca subvertir es un régimen autoritario y no respetuoso con los derechos humanos²¹⁶.

De hecho, únicamente en el entorno de los estados autoritarios o dictatoriales tendría sentido hablar de delitos políticos en un sentido verdadero, entendiendo como tales aquellos tipos penales integrados por conductas en las que no hay un bien jurídico protegido más allá del blindaje del sistema imperante. Se trataría de los casos de discrepancia ideológica reprimida en los que se persigue al disidente por sus ideas, a la que se les niega tanto su legitimidad como el derecho a expresarla²¹⁷. Como indica García Valdés, en estos supuestos lo penado son las simples «libertades públicas patrimonio de la democracia, de suerte tal que son las propias leyes del Estado las que actúan como un factor criminógeno ante la ausencia de cauces de ejercicio pacifista de aquellas»²¹⁸.

²¹⁵ Defienden que en un sistema democrático no cabe hablar de delito político en tanto los distintos proyectos encuentran cauces legítimos de expresión y reivindicación, FRANKE, D., *Politische Delikt*, cit., p. 48; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 87; ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 44; GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., pp. 97, 105; QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político», cit., pp. 692, 704-705; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 137. Muy resumidamente, este es el razonamiento empleado en la STS 459/2019, de 14 de octubre de 2019 (ponente: Marchena Gómez). FD, 17.4.2 a 17.4.3 a la hora de negar, al hilo de los hechos acontecidos en el denominado Procès que habría de haber conducido a la independencia de Cataluña, que exista un derecho de desobediencia civil que actúe como causa de exclusión de la antijuridicidad.

²¹⁶ En esta dirección, defienden que hoy en día únicamente tiene sentido hablar de delito político en el marco de regímenes autoritarios, GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 105; ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., p. 256; QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político», cit., p. 693.

²¹⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 109; en un sentido similar, MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista*, cit., p. 47; QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político», cit., pp. 690, 692; del mismo modo, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 137, señala que «el delito político es aquella conducta que nunca podría ser delito en un ordenamiento que estima legítimos sus modalidades de participación política: el mero ejercicio de actividades políticas».

²¹⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, cit., p. 38. A este respecto, sirvan como ejemplo muchas de las leyes vigentes en España durante la época de la dictadura franquista que penalizaban el derecho de asociación o la libertad de expresión en supuestos de mera discrepancia política. Así, bajo el art. 172.1.1.º del Código Penal de 1944 se reputaban asociaciones ilícitas las que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública. Ello quedaba complementado por el art. 173 del mismo Código Penal, el cual consideraba comprendidas bajo el artículo anterior: «1.º los grupos o asociaciones que tienden a la destrucción o relajación del sentimiento nacional [...]; 3.º las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas; 4.º las que intentaran la implementación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase». Además, nótese que según el art. 2.º de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, se encontraban proclamadas como asociaciones ilegales, entre otras, el Partido Socialista Obrero

En este sentido, sería en relación con este tipo de conductas respecto de las que tendría sentido emplear las amnistías o los indultos en los contextos de justicia transicional, medidas que quedarían constituidas como una forma de reparación a las víctimas frente a lo injusto del tratamiento recibido²¹⁹.

En cualquier caso, una cosa es que en los estados autoritarios –donde tiene lugar una criminalización de toda actividad política que no se integre bajo el discurso dominante– las fronteras entre la simple disidencia política y el terrorismo se atenúen²²⁰, y otra que desaparezcan. De hecho, en la medida en que el terrorismo puede ser definido como una estrategia de comunicación consistente en la instrumentalización violenta de los individuos a efectos de alcanzar una finalidad subversiva, nada impide que también pueda ser utilizada en el marco de un estado autoritario²²¹.

A este respecto, cabe plantearse si los actos susceptibles de ser calificados como terroristas en este contexto merecerían un reproche objetivo semejante al que reciben en el marco de un Estado democrático. Como he señalado anteriormente, uno de los aspectos que convertiría a los delitos de terrorismo en especialmente graves reside en emplear la violencia como medio con el que conseguir la satisfacción de una reivindicación que podría alcanzarse a través de los cauces institucionales habilitados. En este sentido, este «fragmento político del injusto» –si así quiere denominarse– requeriría que el Estado contra el que en última instancia se dirige la violencia esté constituido bajo la forma de un ordenamiento democrático²²².

Español, Comisiones Obreras o el Partido Comunista Español. Asimismo, los arts. 251 y 252 del Código Penal de 1944 recortaban la libertad de expresión al declarar ilegal toda propaganda política contraria al régimen y que tuviera por fin destruir o relajar el sentimiento nacional.

²¹⁹ WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice*, cit., p. 70; CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional*, cit., p. 163.

²²⁰ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 125-126; en una dirección similar, CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 47, indica que parece razonable suponer que un sistema autoritario calificará como «terrorismo» cualquier conducta de legítima disidencia política.

²²¹ De la misma opinión, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 93.

²²² A este respecto, son varios los autores que, implícitamente, vinculan esta dimensión del injusto a la lesión de los valores de la democracia. Así, MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista*, cit., p. 46, destaca que el terrorismo atenta contra «la exclusividad del método democrático como instrumento de lucha política»; véase también, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 75-76, 82, indicando que el terrorismo representa una «explícita negación de los mecanismos democráticos de representación política» y una «alteración de los procedimientos dispuestos en la sociedad democrática para la resolución de conflictos y controversia». En la misma dirección, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 57, considera que el terrorismo supone un ataque a los mecanismos democráticos de toma de decisiones; de la misma forma, GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?», cit., p. 98, pone de manifiesto que una parte del desvalor del terrorismo se encuentra en subvertir el orden constitucional establecido mediante el empleo de medios violentos e intimidatorios y no a través de los cauces legal y democráticamente habilitados para poder cambiarlo. De

En los estados autoritarios, el desvalor de los actos de terrorismo sería menor, pues no parece razonable predicar la existencia de un injusto equivalente cuando, en estos escenarios, no existe una manera alternativa de promover un cambio en el sistema político²²³.

En consecuencia, nótese que, a mi juicio, el motivo del menor desvalor no diferiría del fundamento por el que se renunciaría a la pena en los supuestos de mera discrepancia ideológica: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, derivado de aquel, la no lesividad de la conducta catalogable como delito político puro²²⁴. Tomando como prototipo de esta última categoría el delito de rebelión²²⁵, puede advertirse que en un Estado dictatorial lo protegido por aquel no sería más que la seguridad de los gobernantes, la cual quedaría completamente equiparada a la seguridad interior del Estado²²⁶. En este sentido, resulta muy discutible que esta última pueda constituir un bien jurídico propio desvinculado de la legitimidad que le otorga la forma democrática adoptada por el Estado²²⁷.

En cualquier caso, parece obvio que no podría efectuarse una renuncia completa a la pena, pues el desvalor de cada uno de los actos no desaparecería por completo. Si con la finalidad de alcanzar un cambio de sistema, la organización subver-

manera más genérica, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 171, señala que el terrorismo va en contra del principio propio del liberalismo político de que cualquier decisión debe ser adoptada por el procedimiento democrático y sin coacción.

²²³ Así, como indica LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 93, la consecuencia jurídica habría de ser la imposición de una pena menor a la que correspondería imponer en el marco de un Estado democrático.

²²⁴ Recuérdese que, a los efectos de esta investigación, por delito político puro se entienden aquellos dirigidos directa y exclusivamente contra el Estado o su organización socioeconómica sin que su comisión se vea acompañada por delitos contra otros bienes jurídicos, individuales o colectivos.

²²⁵ De esta opinión, CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo?», cit., p. 8.

²²⁶ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1990, pp. 121-125, ejemplificándolo a partir de como quedaba configurado el tipo de rebelión durante el S. XIX, la dictadura franquista y el Código Penal fascista italiano; sigue al anterior, REBOLLO VARGAS, R., «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, núm. 19, 2018, pp. 146-149.

²²⁷ Así, REBOLLO VARGAS, R., «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión», cit., pp. 148-149. Véase también, GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar*, cit., pp. 151-152, indicando que los problemas referidos al tipo de rebelión y al principio de ofensividad únicamente pueden superarse en el marco de una Constitución democrática «impregnada de un sistema de valores y garantías que inciden directamente en la materialidad de la conducta punible». De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que el marco del Estado Democrático y de Derecho el bien jurídico protegido por el delito de rebelión sería «el núcleo esencial del sistema democrático que la Constitución instaura y garantiza». STS 459/2019, de 14 de octubre de 2019 (ponente: Marchena Gómez). Juicio de tipicidad. Rebelión. Apartado 3.2. En la misma dirección, véase, GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar*, cit., pp. 140-141; id., «Rebelión», cit., pp. 291-292; REBOLLO VARGAS, R., «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión», cit., p. 148.

siva ataca e instrumentaliza a determinados individuos, el injusto de los delitos comunes, agravado por el fenómeno de la cosificación, seguirá existiendo²²⁸.

Una cuestión interesante en la que no me puedo detener en exceso, pero que me gustaría dejar apuntada, es la referida a hasta qué punto estaría justificado emplear la violencia contra las personas con el objeto de subvertir un Estado autoritario. En este sentido, un sector de la doctrina aboga por distinguir entre terrorismo y violencia de resistencia o de emancipación frente a Estados totalitarios²²⁹. Desde esta perspectiva, el terrorismo conectaría con el llamado derecho de resistencia de los pueblos –concebidos como entidades distintas al Estado–, como una última opción a la que recurrir con el fin de proteger sus derechos y su autodeterminación frente a un régimen opresor²³⁰. Este derecho a la resistencia vendría a actuar como una causa de justificación cuando la violencia fuera empleada respecto de determinados sujetos pasivos, a saber, cuando se victimizara únicamente a los «agentes eficaces de la tiranía»²³¹.

Al margen de cuestiones filosóficas referidas a si la lucha por los derechos humanos puede desarrollarse, precisamente, a partir de su vulneración²³², el

²²⁸ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 94-95.

²²⁹ ASÍ, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 52, afirma que hay que diferenciar terrorismo de violencia política de resistencia frente al terror estatal; también defiende lo anterior, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 93, bajo el presupuesto de que, en caso contrario, «se negaría el poder del pueblo para cambiar sistemas de gobierno que vulneren sistemáticamente sus derechos fundamentales»; en un sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 37, defiende que la violencia de emancipación, dirigida a remover modelos políticos totalitarios, no puede ser considerada terrorismo.

²³⁰ BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», cit. p. 300; véase también, HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 16, 24, poniendo en liza su relación con los llamados *freedom fighters* en las guerras de liberación africanas contra el colonialismo que durante los 40 y 50 se opusieron a Europa. Nótese que, como apuntan, LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y derecho*, cit., p. 12, o CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 143, la supresión de la finalidad política de las definiciones de terrorismo dadas a nivel regional e internacional no solo obedece al miedo a una indeseable extensión de los beneficios del delito político, sino también al temor de que la definición de terrorismo pueda extenderse a actos de resistencia armada que se consideran legítimos.

²³¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 37, quien además defiende que en estos casos la violencia no generaría por sí misma terror, sino confianza, en tanto buscaría ampliar las libertades individuales. Sólo cuando fuera indiscriminada y amenazara difusamente a la colectividad será también terrorista. Véase también, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 93, quien emplea como criterio de distinción el que la violencia esté dirigida contra el Gobierno, el ejército y/o sus fuerzas de opresión, o que lo esté contra el pueblo. Asimismo, *Ibid.*, p. 95, precisa, a mi juicio convincentemente, que no bastaría con ostentar formalmente la condición de miembro gubernamental, policial o militar, pues muchos de quienes pertenecen a estas categorías no realizan tareas relacionadas con la opresión; así, solo cabría atentar contra quienes ostenten roles fácticos consistentes en el mantenimiento de la vigencia de dicho régimen de opresión.

²³² A este respecto, GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 109, rechaza el extrapolar los beneficios del delito político a actos que, aun tendiendo a la lucha por los derechos humanos dentro de un régimen dictatorial, intenten lograr ese objetivo vulnerando, justamente, los derechos más básicos del individuo. De manera similar, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., pp. 43-44, deniega los mencionados beneficios a quien «comparte la ideología instrumental de represión del oponente y de la imposición política mediante el crimen indiscriminado».

mantener la imposición y ejecución de la parte de la pena correspondiente al injusto común se fundamentaría a partir de las razones utilitaristas de mantenimiento de la cooperación alegadas en esta investigación. Concretamente, sobre la base de evitar –como así sucedió durante el S. XIX– transmitir un mensaje a futuro en el que se reconozca que la lesión indiscriminada de bienes jurídicos personalísimos es un medio válido para alcanzar determinados objetivos.

En este sentido, la historia de la restricción normativa del delito político –a efectos de limitar la extensión de sus beneficios– se explica, precisamente, por las consecuencias derivadas de la excesiva benignidad jurídico-penal inicial. Y es que, en su miopía primigenia, el Estado liberal no fue capaz de imaginar que había dado a luz a una figura que, años más tarde, se volvería en su contra. De esta forma, en vista del creciente número de atentados indiscriminados cometidos en el marco de las contrarrevoluciones anarquistas, nihilistas y comunistas –movimientos que, más allá de la igualdad formal, buscaban garantizar una efectiva igualdad material para todos los ciudadanos– los Estados liberales comenzaron a excepcionar la cualidad política a delitos que, *a priori*, la poseían²³³. Así sucedió, por ejemplo, en relación con el delito de atentado contra el jefe de Estado²³⁴ o los actos vinculados al terrorismo anarquista²³⁵.

2.2 SOBRE LA TRASCENDENCIA DE LOS MOTIVOS DE LA ORGANIZACIÓN

Una última cuestión que considero significativa es la referida a si la finalidad específica perseguida por la organización desempeñaría algún rol relevante a la hora de beneficiarse de o establecer un sistema de medidas premiales en escenarios de violencia subversiva. Concretamente, el interrogante residiría en determinar en qué medida sería necesario que la organización subversiva actúe de modo altruista, esto es, que busque implantar un régimen con mayor grado de libertad, igualdad y garantías sociales que el existente²³⁶.

²³³ GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político», cit., p. 99.

²³⁴ Así, como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político», cit., p. 691, al hilo del atentado en Francia contra Napoleón III en 1854 y la posterior huida de su autor a Bélgica con el objeto de no ser extraditado, la Corte de Casación de Bélgica negó que su autor pudiera beneficiarse de la garantía de no extradición, bajo la idea de que, la naturaleza execrable del acto provocaba que «cualquiera que fuere el fin perseguido por su autor o la forma política de la Nación donde fueron cometidos [...] debía caer bajo la represión de la ley penal en todos los tiempos y en todas las naciones».

²³⁵ En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional, en su segunda Resolución, adoptada en Ginebra en 1892, introdujo la llamada cláusula anarquista, donde se excluían de los beneficios del delito político los crímenes más graves como el asesinato, las explosiones, los atentados a la propiedad mediante incendio o cualquiera cometido a mano armada o con uso de violencia.

²³⁶ A este respecto, el altruismo, entendido como la voluntad del victimario de instaurar un sistema más justo al vigente en el momento de la comisión del delito, aparece como elemento necesario para explicar, y evitar una indeseable extensión, de la renuncia a la pena en las teorías de quienes definen el deli-

A este respecto, ya he defendido que, en lo relativo a los beneficios históricos asociados a la delincuencia política, el fundamento debe encontrarse no en el plano subjetivo, sino en el plano objetivo, en consideraciones propias del principio de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos. Dentro de este razonamiento, que la organización subversiva obre impulsada por la finalidad de democratizar la sociedad o de retrotraerla a un sistema aún más represivo resultaría completamente indiferente.

Asimismo, considero que el ánimo altruista tampoco posee un rol esencial en la construcción de justificaciones alternativas de la renuncia a la pena. Por un lado, cuando la violencia subversiva alcanza una intensidad tal que puede hablarse de la existencia de un conflicto armado, el fundamento de las potenciales medidas premiales sería, como he desarrollado en este trabajo, de corte utilitarista²³⁷. La renuncia a la pena obedecería a la ausencia del necesario monopolio sobre la violencia y, en consecuencia, a la necesidad de reconstruir el contrato social a partir de la lógica de la prevención en dos tiempos aquí defendida.

De hecho, esta lógica también permite explicar por qué se pueden realizar mayores concesiones –aceptándose incluso, la renuncia a la totalidad de la pena– en los delitos objetivamente políticos. Y permite hacerlo sin acudir, como así ha hecho un sector de la doctrina, a la lógica kantiana según la cual el Estado puede hacer uso del derecho de gracia respecto de los delitos en los que es el propio Estado el lesionado²³⁸. A mi parecer, este argumento resulta insuficiente, pues en la medida en la que en todo delito el ofendido primigenio es la sociedad, podría hacerse extensivo a cualquier delito, incluyendo aquellos que lesionaron bienes jurídicos personalísimos²³⁹.

to político a partir de una perspectiva subjetiva o mixta. Así, PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 181, defendía que el delito objetivamente político no habría de penarse severamente en atención a los motivos que impelen a su comisión; en la misma dirección que el anterior, vinculan los distintos beneficios a la dimensión subjetiva asociada al autor, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, cit., p. 197; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, cit., p. 182; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 288; POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., pp. 43-45. Se trata de una justificación que, como señala entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 239, 252-253, bebe de la imagen que se tenía del delincuente político en el S. XIX, donde era percibido como un héroe cuya lucha contra la opresión absolutista y la tiranía del Antiguo Régimen le hacía merecedor de un tratamiento que reflejara tal condición. De esta manera, el fundamento del tratamiento más benevolente se asociaría, en palabras de POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», cit., p. 22, bien a la idea de una menor peligrosidad del victimario, bien a un menor desvalor subjetivo de la acción.

²³⁷ Asimismo, como desarrollaré más adelante, también tendría un marcado carácter utilitarista –consistente en debilitar a la organización y evitar el desbordamiento de la violencia– la atenuación de la pena ofrecida a quienes abandonan la actividad delictiva de la organización terrorista y colaboran activamente con las autoridades. *Vid infra.*, Capítulo III. IV.1.

²³⁸ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 174; más recientemente, véase, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum Passionis*, cit., p. 188.

²³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático?», cit., p. 244.

Por el contrario, aquello que justificaría una mayor benignidad residiría, a mi juicio, en que se trata de delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos colectivos que «flanquean» a los individuales²⁴⁰. Sería la lesión a estos bienes jurídicos de naturaleza individual la que mayor daño causaría al sistema cooperativo, y, por ello, el imperativo de castigo –y su intensidad– sería mayor. Esto también permitiría explicar que los beneficios se extendieran a aquellos delitos conexos en los que tampoco existe un bien jurídico personalísimo lesionado²⁴¹. De hecho, incluso podría plantearse si con la punición de estos últimos, no quedaría también, y en cierto modo, reafirmada la vigencia de los bienes colectivos que los flanquean²⁴².

En este sentido, el argumento del altruismo parece tener más que ver con razones puramente pragmáticas que con la justificación que de fondo subyecería en el recurso a las medidas premiales. De una parte, la bondad de la causa puede favorecer que el Gobierno de turno se muestre más favorable a iniciar una negociación que, por ejemplo, conduzca al cese de las hostilidades y al establecimiento de un sistema transicional²⁴³.

De otra, se presume –y creo que es una presunción válida– que resulta más sencillo llegar a una transacción con quien obra motivado por el ideal de mejorar las condiciones de vida de la masa que con aquellos que –como sucede por ejemplo con los llamados señores de la guerra en África u organizaciones de

²⁴⁰ Así, empleo la terminología de JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, 1997, p. 314.

²⁴¹ Nótese que esta es la característica que en el proceso transicional colombiano poseen muchos de los delitos que el art. 16 de la Ley 1820 de 2016 considera como, en todo caso, conexos al delito político. Así por ejemplo: el apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; utilización ilegal de uniformes e insignias; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; fuga; y espionaje.

²⁴² A este respecto, JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», cit., p. 315, sostiene que la vigencia de la norma principal, esto es, la referida a la vigencia del bien jurídico de carácter personalísimo, puede verse dañada por la lesión producida en los bienes jurídicos de carácter colectivo. Si se acepta lo anterior como argumento que justifique la punición de conductas alejadas de la lesión de un bien jurídico individual, entonces también debería aceptarse, precisamente para lo contrario, que la punición de los delitos que lesionaron bienes jurídicos individuales también reafirma la confianza del ciudadano en el bien jurídico colectivo protegido.

²⁴³ En este sentido, resultan especialmente ilustrativas las palabras que Henry Acosta, uno de los facilitadores de la negociación entre el Estado colombiano y las extintas FARC-EP, pone en boca del entonces presidente Juan Manuel Santos, en una carta dirigida a los líderes de la exguerrilla. Así, Acosta transmitió a estos últimos que, desde la perspectiva de Santos, «las razones de la lucha de las FARC-EP son ciertas y valederas, pero lo que hace daño es el método y que esas causas de lucha son negociables». Carta de Henry Acosta Patiña a los líderes de las FARC-EP. Fechada a 7 de septiembre de 2010. Disponible en: <<https://ep01.epimg.net/estaticos/arc/2021/12/cartas-proceso-paz-colombia/Cartas.pdf>>.

narcotráfico en Latinoamérica— lo hacen movidos por el ánimo de lucro propio. Y es que, en este último caso, la organización y sus miembros tienen mucho más que ganar manteniendo el conflicto activo que renunciando al uso de la violencia²⁴⁴. Así, empleando una vez más el escenario colombiano como ejemplo, el expresidente Juan Manuel Santos habría afirmado, siempre según la misiva de Henry Acosta dirigido a los líderes de las FARC-EP, que «poco a poco, ustedes se van quedando sin ideólogos, porque el Secretariado está ya Sesentón y negociar después con gente que solo entiende de guerra será más complicado»²⁴⁵.

En cualquier caso, se trata, como he señalado, de cuestiones relacionadas con la potencial operatividad práctica de la lógica de la renuncia a la pena y la prevención en dos tiempos aquí señaladas. De esta manera, si se consiguiera, por ejemplo, que los miembros del Cartel de Sinaloa —el cual posee armamento militar y domina una parte del territorio en México— cesara en su empeño de constituir un orden normativo al margen del Estado, aceptara abandonar su actividad delictiva, reconociera los hechos cometidos y aportara verdad sobre determinados episodios aun por esclarecer, considero que no debería haber ningún problema en extrapolar la lógica utilitarista de la renuncia a la pena aunque sus actuaciones hubieran estado exclusivamente impulsadas por el ánimo de enriquecerse.

III. NECESIDAD DE PACIFICACIÓN Y RENUNCIA A LA PENA ORDINARIAMENTE ESTABLECIDA. UNA COMPARATIVA ENTRE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO Y EL TERRORISMO SUBVERSIVO

Descartada la posibilidad de extrapolar al terrorismo el fundamento que históricamente subyacía en la renuncia a la pena en los llamados «delitos políticos», ha de valorarse su encaje en la lógica premial de la justicia transicional. Resulta oportuno volver a recordar que la renuncia a la pena ordinariamente establecida quedaría justificada por una suerte de estado de necesidad estatal en el que las limitaciones al castigo habrían de superar un juicio de ponderación²⁴⁶. Para ello se requeriría, en primer lugar, la existencia de intereses

²⁴⁴ KALDOR, M., *International Law*, cit., pp. 7, 19.

²⁴⁵ Carta de Henry Acosta Patiña a los líderes de las FARC-EP. Fechada a 7 de septiembre de 2010. En este sentido, en relación a como el paso del tiempo genera que el conflicto adquiera su propia dinámica al margen de los motivos originarios, lo que dificulta enormemente su solución, véase WALDMANN, P., «Gesellschaften im Bürgerkrieg. Zur Eigendynamik entfesselter Gewalt», en LÜDERSEN, K. (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Baden-Baden, 1998, *passim*; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 143 ss.

²⁴⁶ AMBOS, K., *El marco jurídico*, cit., pp. 75 ss.

legítimos que alcanzar y la idoneidad del conjunto de medidas adoptadas por el Estado para satisfacerlos²⁴⁷. Sobre este primer punto ha versado la primera parte de esta investigación, por lo que me remito completamente a ello.

Junto a lo anterior, también se requeriría, en segundo lugar, la concurrencia de una necesidad en sentido estricto, esto es, la no existencia de otras alternativas que permitieran alcanzar aquellos intereses con un coste menor para el Estado²⁴⁸. El objetivo de las siguientes páginas será, precisamente, contraponer la necesidad existente en los supuestos de conflicto armado interno con la presente en el marco del terrorismo.

1. El conflicto armado interno como escenario de necesidad

Analizar las diferencias y similitudes existentes entre el terrorismo subversivo y los escenarios de conflicto armado interno o no internacional²⁴⁹ no es un mero pasatiempo dogmático, sino un esfuerzo que considero ineludible en esta investigación. Si la posibilidad de poner fin a un conflicto armado interno legitimaría utilitariamente el renunciar de manera extraordinaria a una gran parte de la pena, entonces habrá que determinar en qué medida el terrorismo realmente constituye una situación de necesidad comparable.

A estos fines, lo primero que resulta imperativo es disponer de una noción de conflicto armado interno que contraponer al concepto jurídico-penal de terrorismo previamente desarrollado. A este respecto, como punto de partida tomaré el concepto de conflicto armado interno presente en el derecho positivo internacional y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. No obstante, ya puedo adelantar que, a mi juicio, muchos de los criterios empleados por los tribunales penales internacionales para determinar su existencia resultan insatisfactorios para distinguirlo ya no del terrorismo, sino de fenómenos de violencia organizada limítrofes.

Precisamente por ello realizaré una serie de consideraciones de *lege ferenda* referidas a los elementos que considero verdaderamente determinantes a la hora de articular un concepto de conflicto armado interno que pueda desempeñar un rol instrumental como criterio de necesidad en la

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 75-76.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 76-77. En este sentido, como ya ha sido anteriormente mencionado, el recurso a las medidas premiales no es «gratuito» para el Estado, sino que tiene un coste en forma de credibilidad de sus instituciones, de los principios en los que se sustenta, así como de la amenaza que supone la propia pena.

²⁴⁹ En adelante, emplearé ambos términos de manera equivalente.

renuncia a la pena ²⁵⁰. En este sentido, la noción de conflicto armado interno será construida de con una doble finalidad. Por un lado, para definir una serie de elementos que ayuden a concretar la abstracta idea de «anomalía o no existencia de un monopolio en el uso la violencia» que he empleado para caracterizar el contexto de necesidad estatal y que justificaría utilitariamente el recurso a medidas premiales. Por otro lado, para determinar en qué medida estos se encuentran presentes en los escenarios de terrorismo subversivo. La contraposición del terrorismo con otros fenómenos de violencia subversiva como la guerra de guerrillas tendrá una enorme relevancia en este punto.

1.1 EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN EL DERECHO POSITIVO

A la hora de dictaminar en qué medida el terrorismo es un fenómeno equivalente o no a la guerra, el examen de los parámetros asociados a la idea de conflicto armado en el derecho internacional positivo puede resultar de gran ayuda. Sin embargo, ya de inicio debe resaltarse lo siguiente: la regulación del conflicto armado interno en el derecho internacional es manifiestamente caótica. Las disposiciones de DIH conviven con otras de Derecho penal internacional sin que quede claro cuál es la relación entre ambas o, de ello derivado, si por conflicto armado interno debe entenderse lo mismo bajo cada una de ellas. Ello obliga a exponerlas brevemente con el fin de clarificar su contenido y la interrelación existente.

1.1.1 *El conflicto armado en el DIH*

El art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra contiene una de las primeras menciones al conflicto armado interno dentro del DIH. En este precepto se recoge la obligación de las Altas Partes Contratantes de aplicar determinadas disposiciones de DIH en el contexto de un «conflicto armado que no sea de índole internacional». Este artículo no dispone una definición positiva sobre el conflicto armado interno y únicamente

²⁵⁰ A este respecto, la noción de conflicto armado –ya sea interno o internacional– posee, ya de por sí, una enorme relevancia instrumental el derecho internacional. Así, habilita tanto a la aplicación del DIH, como, derivado de ello, a la potencial punición de un hecho como crimen de guerra. No debe olvidarse que el art. 8 del ER exige, para poder calificar la conducta como crimen de guerra, que esta haya sido llevada a cabo en el contexto de un conflicto armado.

recoge una caracterización negativa, contraponiéndolo a aquel que tenga carácter internacional. En cualquier caso, como desarrollaré más adelante, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* –especialmente el TPIY– ha tratado de dotar de contenido a esta disposición.

Sí posee un mayor grado de desarrollo la noción contenida en el art. 1.1 del PA II. Al igual que el art. 3 común, comienza fijando un límite superior: no son conflictos armados internos aquellos que sean conflictos armados internacionales según el art. 1 del PA I. Inmediatamente después otorga una serie de criterios que definirían las situaciones que cualificarían como conflicto armado interno, a saber: aquellas que «(se) desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo»²⁵¹. Asimismo, en su segundo apartado, se establece un umbral inferior de exclusión de supuestos, quedando fuera de la noción de conflicto armado «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos»²⁵².

En cuanto a la relación entre ambas disposiciones del DIH, existe un elevado consenso en considerar que: i) el umbral inferior de exclusión del art. 1.2. PA II también resulta de aplicación al art. 3 común²⁵³; ii) pueden existir situaciones que, sin cumplir alguno de los criterios mencionados en el art. 1 PA II, cualifiquen como conflicto armado interno bajo el ámbito material del art. 3

²⁵¹ Art. 1.1 PA II.

²⁵² Art. 1.2 PA II.

²⁵³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, «Article 3: Conflicts not of an International Character», Commentary of 2016 on Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, 2016, §§ 386-387, lo que habrá de determinarse caso a caso en función de los hechos. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC#70_B. De la misma opinión, véase, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 108; PAULUS, A. / VASHAKMADZE, M., «Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict – a Tentative Conceptualization», *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, núm. 873, 2009, p. 102. En contra, MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, 1.ª ed., 2.ª reimpresión, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 55, 69, argumentando que la exclusión de estas situaciones del art. 1.2 del PA II obedece al elevado umbral que el PA II contempla y que no resulta de aplicación al art. 3 común, por lo que determinados disturbios si deberían quedar incluidos dentro del ámbito objetivo de este último. Por ahora, basta con adelantar que rechazo esta última posición no solo debido a que la autora no explicita qué disturbios podrían adquirir tal calificación, sino por entender que, con ello, se desvirtuaría el mayor injusto de los crímenes de guerra respecto a los delitos ordinarios.

común²⁵⁴; iii) si una situación de hecho satisface las condiciones del art. 1.1 PA II, también constituirá un conflicto armado interno bajo el art. 3 común²⁵⁵.

1.1.2 *El conflicto armado en el Estatuto de Roma*

El ER realiza una aproximación al concepto de conflicto armado que guarda ciertas similitudes con la efectuada por el DIH, aun cuando difiere en determinados aspectos. Así, el art. 8.2.c) ER castiga como crimen de guerra las violaciones graves al art. 3 común en caso de «conflicto armado que no sea de índole internacional». Al igual que sucedía con el art. 3 común, no ofrece mayores criterios para la calificación como conflicto armado interno que su contraposición con aquellos conflictos armados de carácter internacional²⁵⁶. Sin embargo, y a diferencia de este último, el ER sí establece explícitamente, en su art. 8.2.d), un umbral inferior de exclusión respecto a disturbios y situaciones similares²⁵⁷.

Junto al precepto anterior, el art. 8.2.e) ER también tipifica como crimen de guerra aquellas «otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional». El art. 8.2.f) ER delimita el ámbito de aplicación de la disposición anterior de manera novedosa: no solo reitera la fórmula del art. 8.2.d.) ER –como umbral que excluye tensiones y disturbios interiores–, sino que incluye, por primera vez en el estatuto de un tribunal internacional, determinados criterios para dotar de contenido a la noción

²⁵⁴ Así, en los comentarios a los protocolos, JUNOD, S., «Article I – Material Field of Application», en SANDOZ, Y., *et al.* (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 1348-1350, §§ 4447, 4453, 4457. En la doctrina, de la misma opinión, MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., pp. 55, 58-60; OLÁSULO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 95; PAULUS, A. / VASHAKMADZE, M., «Asymmetrical War», cit., p. 104; CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 102, 113-114. A nivel jurisprudencial, la anterior interpretación puede encontrarse en ICTR, Prosecutor v. Akayesu, Judgement, Trial Chamber I, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, §§ 602, 618.

²⁵⁵ ICTR, Prosecutor v. Rutaganda, Judgement and Sentence, Trial Chamber I, ICTR-96-3-T, 6 December 1999, § 94; ICTR, Prosecutor v. Musema, Judgement, and Sentence, Trial Chamber I, ICTR-96-13-T, 27 January 2000, § 252.

²⁵⁶ Esta misma fórmula es copiada en los estatutos de otros tribunales internacionales. Así por ejemplo, art. 6.1.d) Regulation núm. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences (UNTAET/REG/2000/15), referido al tribunal híbrido constituido en Timor Oriental.

²⁵⁷ Así, copiando la fórmula empleada por el art. 1.2 PA II, el art. 8.2.d) ER establece: «el párrafo 2 c) del presente artículo [...] no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos». También emplean la misma fórmula los estatutos de otros tribunales penales internacionales, art. 14.2 Law on Specialist Chambers and specialist prosecutor's office, referido al Tribunal Especial para Kosovo; art. 6.1.d) Regulation núm. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences (UNTAET/REG/2000/15).

de conflicto armado interno. Así, el art. 8.2.e) ER resulta de aplicación a aquellos conflictos que «tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos»²⁵⁸. Aun cuando el tenor literal no lo explicita, no sería necesario que estos grupos ostenten la misma nacionalidad²⁵⁹.

Esta fórmula –posteriormente reproducida en los estatutos de otros tribunales internacionales²⁶⁰– fue tomada de manera literal por los redactores del ER de la desarrollada originariamente por el TPIY en su jurisprudencia²⁶¹ y posteriormente también acogida en las resoluciones del TPIR²⁶².

La cuestión reside entonces en cómo conectaría la regulación del ER con las disposiciones del DIH, sin que pueda pasar desapercibido que el conflicto armado no internacional aparece mencionado en dos disposiciones diferentes del ER. La jurisprudencia de la CPI ha establecido expresamente lo siguiente: i) que la noción de conflicto armado interno del art. 8.2.c) ER se corresponde con la recogida en el art. 3 común²⁶³; ii) que, para determinar la existencia de un conflicto armado bajo el art. 8.2.e) ER, no es necesario satisfacer los requisitos que impone el art. 1.1 PA II²⁶⁴.

Sin embargo, resulta más dudoso que exista una equivalencia entre los arts. 8.2.c) y 8.2.e) ER, pues no queda claro hasta qué punto la exigencia en este último de un carácter «prolongado» resulta también aplicable al primero o supone, por el contrario, el establecimiento de un tercer tipo de conflicto armado interno con un umbral de intensidad mayor al del art. 3 común, pero menor al del art. 1.1 PA II²⁶⁵. La CPI tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este extremo en el Caso Bemba. Sin embargo, tanto la Sala de Cuestiones Preliminares II, como la Sala de

²⁵⁸ Art.8.2.f) ER.

²⁵⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 124.

²⁶⁰ Así, art. 14.2 Law on Specialist Chambers and specialist prosecutor's office; art. 6.1.f) Regulation núm. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences (UNTAET/REG/2000/15).

²⁶¹ Como *leading case*, ICTY, Prosecutor v. Tadić, Decision on the defence motion, cit., § 70. Véase, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 120, nota al pie 18, con múltiples referencias al conjunto de casos del TPIY que adoptaron esta definición.

²⁶² Por todas, ICTR, Prosecutor v. Akayesu, cit., § 619.

²⁶³ ICC, Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, § 227.

²⁶⁴ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., §§ 536–537. Esto tiene sentido si se tiene en cuenta que en ICTY, Prosecutor v. Limaj, Judgement, Trial Chamber II, IT-03-66-T, 30 November 2005, § 89, se afirmó que la noción de conflicto armado elaborada por el TPIY en el proceso contra Duško Tadić no tiene por qué reunir las características de la recogida en el art. 1 PA II.

²⁶⁵ De la opinión de distinguir un tercer tipo de conflicto armado, COTTIER, M., «Article 8. Part I: Introduction/General Remarks. V. Existence of an Armed Conflict», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.ª ed., C. H. Beck, 2016, p. 314, la mayor crítica que puedo realizar a la postura de este autor es que no explica qué requisitos deberían reunirse para que una situación cualifique como conflicto armado interno bajo el art. 3 común y el art. 8.2.c) ER.

Primera Instancia III de la CPI dejaron pasar la oportunidad bajo el pretexto de que era una cuestión que carecía de relevancia para la decisión en concreto²⁶⁶.

A mi parecer, hay buenos motivos para ubicarme junto a quienes defienden una interpretación unívoca de la noción de «conflicto armado interno» bajo el ER y su correlación con el art. 3 común²⁶⁷. Para empezar, la jurisprudencia del TPIY y del TPIR vincula el concepto de conflicto armado interno en ella desarrollado –que, no se olvide, supone la fuente originaria de la que se toma la definición del art. 8.2.f) ER– al art. 3 común²⁶⁸. Del mismo modo, el art. 14.2 de la *Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*, que regula el funcionamiento del Tribunal Especial para Kosovo, establece que la definición de conflicto armado no internacional en él recogida –idéntica a la establecida en el art. 8.2.f) ER– se aplica tanto a su art. 14.1.c), equivalente al art. 8.2.c) ER, como a su art. 14.d), que se corresponde plenamente con el art. 8.2.e) ER. Además, en el Caso Bemba, la Sala de Primera Instancia III de la CPI afirmó que el requisito de «grupo armado organizado», previsto únicamente en el art. 8.2.f) ER, resultaría también de aplicación al art. 8.2.c) ER²⁶⁹. Esto último es visto por un sector de la doctrina como un indicio de que la CPI se inclina por una definición uniforme de conflicto armado interno²⁷⁰.

²⁶⁶ ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Decision Pursuant, cit., § 235, por considerar que, en tanto el conflicto en cuestión había durado 5 meses, disfrutaba de carácter prolongado en cualquiera de los casos. En el mismo sentido, ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08, 21 March 2016, § 138.

²⁶⁷ Así, WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., pp. 556-557; ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. III. Violations of Article 3 Common to the Four Geneva Conventions», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2016, p. 543. Mayores matices presenta sin duda la postura de CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 159, 163, 185, quien defiende que sí existiría una equivalencia entre los arts. 8.2.c) y 8.2.e) ER; sin embargo, a su juicio, esta noción de conflicto armado no se correspondería con la del art. 3 común. También favorable a distinguir una tercera noción de conflicto armado, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., pp. 132-134, que, a diferencia del anterior, sí explica el porqué. En este sentido, su distinción obedece a que mientras los conflictos del ER deben ser prolongados en un sentido temporal y de intensidad, los conflictos a los que hace referencia el art. 3 común mantendrían la intensidad cualificada, pero no la duración temporal.

²⁶⁸ Así, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, Trial Chamber, IT-94-1-T, 7 May 1997, § 562, considera que el test de intensidad y organización que deriva de la definición dada, determina la existencia de un conflicto armado a los fines de la aplicación del art. 3 común; véase también, ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, cit., § 85, donde se afirma que el art. 3 Común es la base para la imputación de los cargos bajo el art. 3 del Estatuto y sobre el que se construye la noción de conflicto armado interno; idéntico, ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Decision on motion for judgment of acquittal, Trial Chamber, IT-02-54-T, 16 June 2004, § 19. De igual manera, vinculan la definición dada por la cámara de apelaciones del TPIY en el caso de Duško Tadić al art. 3 común, ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., § 619; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, cit., § 92.

²⁶⁹ ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Judgment pursuant, cit., § 133.

²⁷⁰ De esta opinión, WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., 2020, p. 557; similar, aunque mostrando mayores dudas, ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. VI. Article 8 para. 2 (f): Scope of Application of Article 8 para. 2 (e)», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2016, p. 576.

Y es que establecer un umbral inferior al del art. 8.2.f) –que ya rebaja considerablemente las exigencias contenidas en el art. 1.1 PA II– puede llegar a atentar contra la soberanía estatal, en tanto los supuestos potencialmente subsumibles difícilmente entrañarían un peligro para la paz y seguridad internacionales o llevarían asociado un especial injusto, emanando serias dificultades para justificar su tipificación como delito internacional y la consecuente intervención de un tribunal internacional²⁷¹. En consecuencia, muy probablemente, la regulación en distintos apartados en el ER respondería más a una farragosa redacción y a concesiones diplomáticas hechas durante la fase de negociación que a una verdadera voluntad de establecer diferentes umbrales de intensidad²⁷².

1.2 EL ESTABLECIMIENTO DE UN UMBRAL DE EXCLUSIÓN: LOS CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN E INTENSIDAD

Esquematizado el contenido de las disposiciones del DIH y del Derecho penal internacional puede alcanzarse una primera conclusión: no existe en el derecho positivo una definición unívoca de conflicto armado interno. El ordenamiento internacional únicamente dispone un espacio conceptual delimitado de manera negativa por un umbral superior y un umbral inferior de exclusión de supuestos. Desde la perspectiva del umbral superior, no son conflictos armados internos aquellos de carácter internacional. Se trata de una distinción que no interesa en esta investigación. Así, existen tanto legislaciones nacionales que suprimen esta diferencia²⁷³, como autores que la reducen únicamente al carácter estatal o interestatal del conflicto²⁷⁴, por no ser la intensidad en las hostilidades o el grado de organización de las partes relevantes en la distinción²⁷⁵.

Sí interesa destacar que, en atención al principio de la libre determinación de los pueblos, los conflictos armados entre la metrópoli y la potencia colonial son

²⁷¹ WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., pp. 556-557.

²⁷² De esta opinión, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 185; implícitamente, ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an armed Conflict not of an International Character. VI. Article 8 para. 2 (f): Scope of Application of Article 8 para. 2 (e)», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2016, p. 576.

²⁷³ Así, por ejemplo, el § 8 del VStGB alemán o el art. 165 Codice Penale Militare di Guerre italiano.

²⁷⁴ MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., pp. 55-57; de manera similar, PAULUS, A. / VASHAKMADZE, M., «Asymmetrical War», cit., p. 102; ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo. Un análisis de la crisis del Derecho Internacional antes y después del 11-S*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 104; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 124. Véase *Ibid.*, pp. 130-131 para una mayor profundidad en la distinción.

²⁷⁵ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 123; ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo*, cit., p. 104.

calificados de internacionales²⁷⁶, al entenderse «que el territorio colonial goza de una condición jurídica distinta y separada de la del territorio metropolitano»²⁷⁷.

Sí resulta de mayor interés el umbral inferior de exclusión, esto es, el colindante con las meras tensiones y disturbios internos, así como otros actos esporádicos y aislados de violencia. Nuevamente, no hay una definición relativa a qué debe entenderse por tensiones o disturbios internos. Desde la doctrina se ha propuesto que mientras las tensiones serían una suerte de fase inicial en la que se producirían detenciones dentro de un contexto en el que no hay acciones hostiles, los disturbios sí conllevarían actos de violencia de una cierta gravedad sobre la persona y/o bienes, con una cierta duración temporal²⁷⁸. No obstante, esto solo resuelve el problema parcialmente, pues cabe plantearse cómo diferenciar estas situaciones de hecho que sí implican el empleo de la violencia, pero que no cualifican como conflicto armado, de aquellas otras que sí lo hacen.

En este punto cobran especial relevancia las exigencias establecidas por el art. 1.1 PA II y las desarrolladas por la jurisprudencia internacional en torno al concepto de conflicto armado desarrollado por el TPIY en el caso contra Duško Tadić y plasmadas en el art. 8.2.f) ER –que, como he defendido, se correspondería con el contenido en el art. 3 común–. Así, solo calificarían como conflicto armado interno aquellas situaciones que reúnan determinados criterios objetivos de organización e intensidad²⁷⁹. Sería la satisfacción de estos estándares la que, a juicio del TPIY, permitiría discernir los escenarios de conflicto armado interno de los supuestos de terrorismo²⁸⁰.

Nótese que, al vincularse a parámetros objetivos, la calificación de una situación como conflicto armado interno es independiente de su reconocimiento formal por los Estados o de la legitimidad de las partes²⁸¹. Y ello porque cabe imaginar que los Gobiernos tenderán mayoritariamente a negar su existencia²⁸² pues de lo contrario estarían admitiendo, en cierto modo, su impotencia para

²⁷⁶ Así, expresamente, art. 1.4 del PA I en referencia a los «conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera».

²⁷⁷ MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., p. 43.

²⁷⁸ JUNOD, S., «Article I – Material Field of Application», cit., p. 1355, § 4475; sigue al anterior en esta distinción. MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., p. 68.

²⁷⁹ En la doctrina, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 122; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 123; WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., p. 556. A nivel jurisprudencial, véase, entre otras muchas, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, cit., § 562; ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, cit., § 17; ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, cit., § 84; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., § 620; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, cit., §§ 248-251.

²⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, cit., § 562; reiterado en ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, cit., §§ 84, 89.

²⁸¹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., pp. 123, 126; ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo*, cit., p. 104.

²⁸² En este sentido, ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., § 603.

contener la situación, lo que debilitaría su posición política²⁸³. Asimismo, la admisión de su existencia también parece llevar asociado un reconocimiento de la legitimidad del contendiente²⁸⁴, por lo que no resulta extraño que muchos Gobiernos prefieran calificar el fenómeno como «terrorista», en atención al fuerte componente peyorativo del término²⁸⁵.

En cualquier caso, dentro de este espacio de juego conceptual, encontramos exigencias de muy distinta magnitud en atención a si se emplean los criterios del art. 1.1 PA II –lo que aquí denominaré noción restringida de conflicto armado²⁸⁶– o se hace uso de los contenidos en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, y plasmados en los arts. 8.2.d) y 8.2.f) ER –lo que denominaré noción amplia²⁸⁷–. Al análisis de unos y otros se dedican las siguientes páginas.

1.2.1 *El criterio organizativo: la existencia de un grupo armado organizado*

La existencia, en una mayor o menor extensión, de una organización armada es, valga la redundancia, una condición indispensable de los conflictos armados internos²⁸⁸. Sin embargo, las disposiciones de derecho internacional difieren en las cualidades que deben reunir las organizaciones que participen en las hostilidades. Bajo la noción restringida del art. 1.1 PA II es necesario que, en todo caso, participe una entidad estatal. El precepto toma así como referente escenarios en los que las entidades combatientes tienen un estatus jurídico fundamentalmente desigual –fuerzas armadas del Estado contra fuerzas armadas disidentes o grupos arma-

²⁸³ Así lo ponen de manifiesto, MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., p. 61; CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 57.

²⁸⁴ Sobre ello, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 56-57.

²⁸⁵ Una vez más, el escenario colombiano resulta paradigmático, pues durante años el Gobierno de la Nación estuvo calificando el conflicto con las FARC-EP como «amenaza terrorista contra la democracia y la ciudadanía». Así, véase, RESTREPO RAMÍREZ, L. C., «¿Conflicto armado o amenaza terrorista?», *Diario Semana*, 3 de junio de 2005. Disponible en: <<https://www.semana.com/nacion/articulo/conflicto-armado-amenaza-terrorista/71229-3>>.

²⁸⁶ Recuérdese, según el art. 1.1 PA II, aquellos que «(se) desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo».

²⁸⁷ A saber, empleando el art. 8.2.f) ER, cuando existe un «conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos».

²⁸⁸ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., § 620; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, cit., § 248. Así, aun cuando el art. 8.2.d) ER no hace referencia a la necesidad de que existan grupos armados organizados, la jurisprudencia de la CPI ha entendido que se trata de un elemento necesario que también debe concurrir. Véase, por todas, ICC, *Prosecutor v. Bemba*, *Decision Pursuant*, cit., § 232.

dos organizados–, quedando excluidos todos aquellos conflictos entre grupos armados organizados no estatales ²⁸⁹.

Parece evidente que se trata de una exigencia que debe considerarse desfasada. La facilidad de adquirir armamento ligero a costos cada vez más reducidos –no solo económicos, sino de aprendizaje de uso– ha producido una «desestatización de la guerra», de manera que el Estado ha perdido el monopolio sobre esta última ²⁹⁰. En cualquier caso, esta limitación es superada por la noción más amplia de conflicto armado, bajo la que sí caben conflictos exclusivos entre grupos no estatales organizados ²⁹¹.

Empero, la desestatización de la guerra no implica que cualquier tipo de organización pueda ser parte de un conflicto armado. Los entes colectivos no estatales deben satisfacer una serie de criterios relacionados con su estructura y densidad. Como parámetro que impone un estándar más elevado, los actores no estatales habrían de poseer una estructura jerárquica, lo que viene representando por la condición recogida en el art. 1.1 PA II referida a que «actúen bajo un mando responsable». Existe cierto consenso en que el nivel de jerarquía no tendría por qué corresponderse con el propio de la organización militar estatal ²⁹², pero sí debe permitir planear y llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas e imponer disciplina en nombre de la autoridad de facto ²⁹³.

Una de las principales cuestiones reside en si la existencia de este «mando responsable» también sería exigible bajo una noción amplia de conflicto armado. En principio, es posible encontrar jurisprudencia de la CPI que parece prescindir de él, considerando suficiente la existencia de un grado de organización tal que permita llevar a cabo «acciones militares prolongadas» ²⁹⁴. Sin

²⁸⁹ JUNOD, S., «Article I – Material Field of Application», cit., p. 1351, §§ 4458-4460; MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., pp. 57, 73; CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 106; WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., p. 555.

²⁹⁰ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 1, 3, 74-75; ZÖLLER, M. A., *Terrorismustrafrecht*, p. 127; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 184.

²⁹¹ Como indica AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 125, en este último escenario se subsumirían los supuestos prototípicos de conflictos en estados fallidos.

²⁹² Así, en los comentarios al PA II, JUNOD, S., «Article I – Material Field of Application», cit., p. 1352, § 4463; posteriormente ello fue acogido por la jurisprudencia en ICTR, *Prosecutor v. Musema*, cit., § 257. Del mismo modo, la doctrina se ha mostrado mayoritariamente de acuerdo con esta observación, entre otros, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 103; OLÁSULO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., pp. 114, 118-119, 124; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 125; se aleja de los anteriores, MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., p. 73, quien considera que esa organización no debe tener grandes diferencias respecto de la organización militar en lo que a estructura y disciplina se refiere.

²⁹³ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., § 626; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, cit., § 257.

²⁹⁴ ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment, cit., § 536; ICC, *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 7 March 14, § 1186. De esta misma opinión, CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 155-157.

embargo, a mi juicio –y más allá de que la propia jurisprudencia de la CPI no es pacífica²⁹⁵– la existencia de cierta jerarquía y un mando responsable seguiría siendo necesaria incluso bajo el paraguas de la noción más amplia.

La Sala de Primera Instancia de la CPI ha enumerado un listado no exhaustivo de criterios para determinar el grado suficiente de organización de un grupo. Aunque ninguno de ellos resulta individualmente decisivo, sí que puede afirmarse que la renuncia a la idea de jerarquía sería únicamente aparente. Ello parece evidente cuando se habla de la presencia de un determinado «grado de jerarquía interna del grupo» o –aún más meridiano– de «estructuras de mando»²⁹⁶. También cuando se afirma que la estructura colectiva debe ser capaz de imponer el cumplimiento del DIH a partir de un sistema disciplinario²⁹⁷.

La misma conclusión puede alcanzarse si se atiende a muchos de los criterios empleados por el TPIY. Así, en relación con el Ejército de Liberación de Kosovo, el Tribunal consideró como indicios válidos de que aquel había alcanzado un grado de organización suficiente: la existencia de una estructura oficial de mando conjunto encargada de coordinar las acciones, con un cuartel general, zonas de operación designadas y obligación de informar al superior jerárquico para poder operar²⁹⁸; una regulación estatutaria que definía deberes y obligaciones y creaba una cadena de jerarquía que obligaba a la obediencia y al respeto de las órdenes²⁹⁹; o el establecimiento de una policía militar, responsable de la disciplina de los soldados³⁰⁰.

1.2.2 *El criterio de la intensidad: cualificación temporal y material de la violencia*

Al igual que sucedía en relación con el criterio organizativo, también el factor de intensidad del conflicto viene definido de manera distinta en atención a si se hace uso de la noción restringida o la noción amplia de conflicto armado interno. Así, bajo el art. 1.1 PA, el criterio de la intensidad queda asociado a la exigencia de que sobre una parte del territorio se ejerza un control tal que per-

²⁹⁵ Véase, en este sentido, ICC, Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant, cit., § 234, donde la CPI sí exigió la existencia de un mando responsable.

²⁹⁶ ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1186; véase también, ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 537.

²⁹⁷ ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1185; este criterio también es mencionado en ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 88.

²⁹⁸ ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., § 23; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., §§ 87, 95, 104, 107-108; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, Judgment, Trial Chamber I, IT-04-84-T, 3 April 2008, § 60.

²⁹⁹ ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 110-111; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, cit., § 60.

³⁰⁰ ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 113.

mita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el PA II. Por el contrario, bajo la definición contenida en el art. 8.2.f) ER –y, recuérdese, coincidente con la desarrollada por la jurisprudencia del TPIY y el TPIR– la intensidad queda asociada a que el conflicto posea un carácter «prolongado».

En primer lugar, merece la pena detenerse brevemente en el análisis de los adjetivos «prolongado» y «sostenido». Ambos calificativos parecen cualificar la violencia en un sentido temporal³⁰¹. Sin embargo, y a pesar de que en ocasiones la propia jurisprudencia de la CPI ha equiparado ambos términos³⁰², el significado asociado a cada uno de ellos sería distinto. Por «sostenidas» habría de entenderse aquellas hostilidades que se mantienen de manera continua y persistente en el tiempo³⁰³. Por el contrario, para que las hostilidades fueran «prolongadas», el carácter «sostenido» no sería necesario³⁰⁴. Sería suficiente una cierta recurrencia en los actos³⁰⁵, esto es, que no fueran aislados o esporádicos, sino repetidos durante un determinado periodo de tiempo³⁰⁶, aun cuando se admitirían determinados periodos de calma o de interrupción en las hostilidades³⁰⁷. Así, el carácter «sostenido» llevaría asociado una mayor exigencia, en tanto adicionaría a la extensión en el tiempo la necesidad de que las hostilidades se llevan a cabo de manera ininterrumpida.

³⁰¹ CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 127-128; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 132; ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. VI. Article 8 para. 2 (f)», cit., p. 575. A nivel jurisprudencial, véase, entre otros ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, § 234; ICC, Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant, cit., § 233; ICC, Prosecutor v. Al Bashir, cit., § 60, donde se vincula el termino prolongado del art. 8.2.f) ER a la necesidad de que los grupos armados tengan la habilidad de llevar a cabo operaciones militares durante un determinado periodo de tiempo.

³⁰² Así, ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, cit., § 233; ICC, Prosecutor v. Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009, § 59. En ambas decisiones, la Sala de Primera Instancia de la CPI define el término «prolongado» como referente a la capacidad de los grupos armados de llevar a cabo operaciones militares «sostenidas». Al mismo tiempo, se afirma que de la definición de conflicto armado dada en el art. 1.1 PA II, el único criterio que no aplicaría al carácter prolongado sería la necesidad de que esas operaciones conlleven un control territorial.

³⁰³ JUNOD, S., «Article I – Material Field of Application», cit., p. 1353, § 4469; del mismo modo, ICTR, Prosecutor v. Musema, cit., § 257; ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. VI. Article 8 para. 2 (f)», cit., p. 575.

³⁰⁴ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 536; ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. VI. Article 8 para. 2 (f)», cit., p. 575.

³⁰⁵ Así, por ejemplo, en ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, cit., § 565.

³⁰⁶ CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 128; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 133; de manera similar, FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 205.

³⁰⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 133; PAULUS, A. / VASHAKMAZDE, M., «Asymmetrical War», cit., pp. 107, 118.

Junto a esta cualificación temporal coexistiría una cualificación material de la violencia. En relación con la noción más amplia de conflicto armado interno, esta dimensión material ha sido derivada a partir de desnaturalizar el término «prolongado», considerando que un conflicto satisface esta exigencia cuando presenta caracteres que poco o nada tienen que ver con una perspectiva temporal. Así, algunas de las condiciones objetivas empleadas para determinar ese carácter prolongado han sido: el control territorial³⁰⁸; la extensión dilatada en el territorio y en el tiempo de los enfrentamientos que se llevaron a cabo³⁰⁹; si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas³¹⁰; el aumento del número de fuerzas gubernamentales implicadas en el conflicto³¹¹; la movilización y la distribución de armas entre ambas partes del conflicto³¹²; el incremento en los enfrentamientos armados³¹³; el número de personas que toman parte en las actividades³¹⁴; el número de víctimas³¹⁵; o, relacionado con ello, si se ha producido un gran desplazamiento de personas³¹⁶.

Un umbral de intensidad más elevado exigiría la noción de conflicto armado del art. 1.1 PA, bajo el que se exige que la organización tenga la capacidad de ejercer un control tal que la permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el PA II. Nótese que este dominio sobre una parte del territorio no forma parte de la «noción amplia» recogida en el art. 8.2.f) ER. La jurisprudencia de la CPI ha rechazado expresamente que se trate de un criterio necesario a los efectos de determinar su existencia, reduciéndolo a la categoría de indicio determinante de la capacidad de grupos armados organizados de llevar operaciones militares durante un periodo de tiempo prolongado³¹⁷. Del mismo modo,

³⁰⁸ ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 26 September 2008, § 239; ICC, Prosecutor v. Al Bashir, cit., §§ 59-60.

³⁰⁹ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 538; ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1187; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, cit., § 566; ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., §§ 28-29; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 90.

³¹⁰ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 538; ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1187; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, cit., § 567; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 90.

³¹¹ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 538; ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1187; ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., § 30, destacando si estas son de naturaleza militar; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 90.

³¹² ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 538; ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1187; ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., § 31; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 90; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, cit., § 49.

³¹³ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 538; ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1187; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 90; ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., § 28.

³¹⁴ ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, cit., § 49.

³¹⁵ ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, cit., § 235.

³¹⁶ ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 167.

³¹⁷ ICC, Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant, cit., § 236; ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, cit., § 233; ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 536; ICC, Pro-

también la jurisprudencia del TPIY emplea el control sobre el territorio únicamente como un indicio más de la intensidad del conflicto³¹⁸.

1.3 CRÍTICA CONCLUSIVA: UNA AMPLITUD DISFUNCIONAL

Del análisis desarrollado puede colegirse que en el derecho internacional –principalmente a partir de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales– el concepto de conflicto armado interno está siendo progresivamente flexibilizado. Así, a mi parecer, muchos de los indicios empleados resultan de escaso valor para determinar la existencia de aquel. Algunos, como el referido a si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha realizado algún pronunciamiento sobre el conflicto, son excesivamente formalistas. Otros, como el número de víctimas, de personas que participan en las hostilidades o de miembros de las fuerzas gubernamentales que participan en el conflicto, introducen umbrales numéricos indeterminados que, consecuencia del problema de gradualidad que arrastran³¹⁹, acaban siendo arbitrarios.

Esta tendencia a suavizar sucesivamente los contornos del concepto puede enmarcarse en la denominada «crisis de identidad» que atravesaría el Derecho penal internacional³²⁰ y que derivaría, en gran parte, de operar con asunciones

secutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1186; ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., §§ 34-36. Véase también, CIDH. Informe núm. 55/97. Caso 11.137. Argentina, § 152, referido específicamente al art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

³¹⁸ Entre otras, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, cit., §§ 564, 566; ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, cit., §§ 146, 158, 159; ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, cit., § 70.

³¹⁹ Así, se trata de un criterio que conduce inexorablemente a la llamada «paradoja sorites». Esta paradoja, procedente del filósofo Ebulides, sirve para ilustrar que, en relación con aquellos términos vagos y que hacen referencia a situaciones graduales, el establecer una delimitación clara resulta imposible. El ejemplo original ilustra lo anterior con la siguiente pregunta: ¿cuántos granos de trigo hacen falta para poder hablar de un montón? 1. Un millón de granos es un caso claro de montón; 2. Un montón de un millón de granos no deja de ser montón por perder un grano. 3. Repitiendo el razonamiento anterior un número suficiente de veces se llega a la conclusión de que un solo grano forma un montón. Para una explicación detenida de la paradoja, así como su aplicación al problema de delimitación entre dolo eventual e imprudencia, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal» en AA. VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742. De manera similar, la paradoja puede reformularse al contexto que nos importa. Así, ¿cuántas víctimas serían necesarias para poder hablar de un conflicto armado interno? Véase, en este sentido, WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 8, quien reproduce el criterio normalmente empleado para la distinción de distintas formas de violencia en atención al número de víctimas: así, a partir de 1000 víctimas al año estaríamos ante un conflicto de alta intensidad; de 100 a 1000 víctimas al año ante un conflicto de baja intensidad; y en los casos en los que existan menos de 100 víctimas, simplemente estaríamos ante un conflicto político violento.

³²⁰ Sobre esta crisis de identidad véase, por todos, el magnífico análisis de ROBINSON, D., «The Identity Crisis of International Criminal Law», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, núm. 4, 2008, pp. 925-963.

normativas que provienen del DIH³²¹. En tanto nacido y pensado como instrumento que maximizaría la protección de sus beneficiarios³²², el DIH presentaría siempre un sesgo sobreinclusivo, en el que se optaría por la interpretación más amplia posible³²³. Sin embargo, esta práctica resulta difícilmente compatible con los principios esenciales del Derecho penal tradicional –principio de legalidad, principio de culpabilidad y la exigencia de proporcionalidad en la pena de él derivada³²⁴–, que obligarían a efectuar una interpretación más restrictiva de los tipos³²⁵.

En el supuesto específico del conflicto armado interno, una relativización tan elevada de los criterios de organización e intensidad resulta jurídico-penalmente insostenible. Por un lado, porque difícilmente permite discernir los escenarios de conflicto armado interno de otros fenómenos de violencia organizada limítrofes. Derivado de ello, se torna entonces realmente complicado definir la relación existente entre los crímenes de guerra –competencia de la CPI e imprescriptibles– y los delitos de terrorismo en sentido estricto.

Por otro lado, una exégesis tan excesivamente amplia pondría en duda su utilidad como criterio de necesidad en los escenarios transicionales. Resulta imperativo que la idea de conflicto armado refleje de manera estricta la necesidad latente, al menos si se quiere dotar al concepto de una verdadera relevancia instrumental. A la articulación de una noción de conflicto armado interno que pueda cumplir dichas funciones dedico las siguientes páginas.

2. Articulación de un concepto jurídico funcional de conflicto armado interno a efectos transicionales

2.1 LA INSUFICIENCIA DEL ELEMENTO ORGANIZATIVO COMO CRITERIO DISTINTIVO AUTÓNOMO

A pesar de que es posible encontrar en la jurisprudencia penal internacional alguna sentencia en la que explícitamente se afirma que bastaría con la presencia

³²¹ *Ibid.*, p. 928, donde señala que a ello se le une el hecho de que muchos de los jueces llamados a aplicar el Derecho penal internacional proceden del ámbito del DIH, lo que también sería funcional a una mayor relativización de los conceptos.

³²² JUNOD, S., «Part I – Scope of this Protocol», en SANDOZ, Y., *et al.* (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 1344, §§ 4440. En este sentido, ROBINSON, D., «The Identity Crisis», *cit.*, p. 929, denuncia que el DIH impone una interpretación asentada en la protección de la víctima, lo que explica esa mayor amplitud en la exégesis.

³²³ *Ibid.*, p. 929.

³²⁴ En este sentido, *Ibid.*, p. 927, emplea la expresión «*fair labelling*» que no hace sino referencia a la necesidad de que el delito y la pena reflejen el injusto cometido por el acusado.

³²⁵ *Ibid.*, p. 929.

de un determinado grado de organización para establecer la existencia de un conflicto armado, considero que, en puridad, el requisito organizativo no constituye un elemento distintivo autónomo. Si la dimensión organizativa de las hostilidades –con independencia de la intensidad material de la violencia alcanzada– fuera un criterio suficiente, el umbral inferior de distinción con las meras tensiones y disturbios interiores quedaría completamente difuminado, pues nada impide –y de hecho es frecuente que así sea– que episodios de meros desórdenes públicos se encuentren alentados por grupos más o menos organizados.

Asimismo, incluso bajo la exégesis más restrictiva –esto es, aquella que exige la presencia de un mando responsable– quedarían abarcadas las organizaciones terroristas clásicas de estructura vertical. Como podía suceder con ETA o con el IRA, en estas existía una estructura de mando jerárquica, donde imperaba una fuerte disciplina y había una división funcional de las tareas a través de distintos «departamentos» –militares, político-militares, de comunicación, etc.–³²⁶.

A mi parecer, el núcleo de la distinción entre los escenarios de conflicto armado interno y los supuestos de delincuencia organizada terrorista residiría en la intensidad cualitativa alcanzada por las hostilidades³²⁷. Que la organización deba estar dotada de un mando responsable sería una necesidad derivada de la exigencia de que la violencia alcance una determinada intensidad, pero no un criterio suficiente por sí mismo. Y es que cabe suponer que un mínimo de jerarquía es indispensable a efectos de que las hostilidades alcancen la intensidad cualitativa mínima que, como desarrollaré más adelante, considero indispensable; esto es, la «capacidad de llevar a cabo acciones militares prolongadas». Así, por ejemplo, el ISIS, allí donde ha sido capaz de alcanzar parcialmente su objetivo de establecer un Califato regido por la *sharía*, ha desarrollado una auténtica macroestructura militar –autodenominada «Ejército del Califato»– dirigida por un Ministerio de Guerra como estructura central³²⁸.

³²⁶ En este sentido, véase LLERA RAMO, F. J., «ETA: ejército secreto y movimiento social», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm 78, 1992, p. 175, donde puede consultarse el organigrama que presenta la organización terrorista ETA a finales de la década de 1980.

³²⁷ De esta opinión, en relación con la delincuencia organizada común, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 127.

³²⁸ En este sentido, véase, SERVITJA ROCA, X., «El Estado Islámico y la organización administrativa del Califato a nivel provincial», *Grupo de Estudios en Seguridad Internacional. Universidad de Granada*, Análisis 18/2015, 2015, pp. 5-11, donde desarrolla como estaría compuesto por un «Ejército provincial», que solo actuaría siguiendo las directrices y objetivos de la estructura superior, y el «Ejército del califato» en sentido propio, dotado de una mayor autonomía. Disponible en: <<http://www.ugr.es/~gesi/analisis/18-2015.pdf>>.

Asimismo, dentro de la lógica de la reconstrucción del contrato social y de la prevención en dos tiempos aquí defendida, este primer filtro disfrutaría de una enorme relevancia pragmática. Allí donde el conflicto permanece activo, lo primero que se requiere es el cese –al menos momentáneo– de las hostilidades. Para ello es necesario que cada una de las partes dispongan de una estructura jerárquica, en la que haya una persona o grupo de personas dotados de un nivel de autoridad tal que sean capaces de formular y declarar una abstención en las acciones militares³²⁹. Esta lógica resulta de muy difícil aplicación cuando, como sucede en el terrorismo yihadista, no hay una organización tangible detrás o esta se encuentra estructurada en torno a actores independientes entre sí³³⁰.

2.2 EL CARÁCTER MILITAR DE LAS HOSTILIDADES

El carácter militar de las hostilidades constituiría la primera condición cualitativa que considero relevante a efectos de determinar la existencia de un conflicto armado interno. Esta exigencia aparece expresamente recogida en el tenor literal del art. 1.1 PA II, pero no así en la definición contenida en el ER y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

Sin embargo, sí se hace referencia a esta condición en las evidencias empleadas por los tribunales penales internacionales para determinar el grado de organización «suficiente»³³¹. Así, en el asunto *Haradinaj*, el TPIY utilizó como uno de los criterios de suficiencia organizativa el poseer una estructura tal que permita enfrentar militarmente a la contraparte³³². Asimismo, esta condición puede entenderse implícita en otros indicios empleados a

³²⁹ De hecho, este criterio fue empleado como indicio de la existencia de un grado de organización suficiente en ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, cit., § 129; véase también, ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, cit., § 60, donde se habla expresamente de la capacidad de concluir acuerdos de paz como indicio de un determinado nivel organizativo.

³³⁰ En este sentido, en una conversación con el Prof. Yesid Reyes Alvarado durante una de mis estancias en la Universidad Externado de Colombia, este afirmaba que una de las ventajas que presentó el proceso de negociación del Estado colombiano con las FARC-EP fue el que estas últimas estaban dotadas de un mando responsable que, mediante una sola orden, era capaz de detener instantáneamente a 13.000 personas. Esta ventaja ha desaparecido una vez las disidencias de las FARC-EP han constituido diversos grupos armados, sin relación de jerarquía aparente entre sí.

³³¹ No puedo dejar de señalar que, en puridad, la dimensión militar de las operaciones no formaría parte del criterio organizativo, sino del criterio de intensidad. Cuestión distinta es, como ya he señalado, que la organización deba necesariamente revestir determinadas características a efectos de permitir que las hostilidades alcancen dicho nivel de intensidad.

³³² ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, cit., § 60. Véase también, CIDH. Informe núm. 55/97. Caso 11.137. Argentina, § 152, donde la Comisión caracteriza los conflictos armados internos por la capacidad de las partes en «participar en otras acciones militares recíprocas».

los mismos efectos por los tribunales penales internacionales como: el grado de disponibilidad de equipo militar³³³; la posibilidad de reclutar nuevos miembros y dar entrenamiento militar en centros especializados para ello³³⁴; la capacidad de planificar, coordinar y ejecutar operaciones militares de una determinada seriedad e intensidad³³⁵; y, especialmente ilustrativo, la aptitud de la organización para verse envuelta en enfrentamientos armados con las fuerzas armadas estatales³³⁶.

Del mismo modo, a esta exigencia pueden reconducirse algunas de las evidencias empleadas por los tribunales en su análisis de la suficiente intensidad del conflicto, entre otras: el uso en las hostilidades de armas pesadas, especialmente morteros y lanzacohetes³³⁷; la capacidad de las partes de establecer puntos de control militares³³⁸; o, muy esclarecedor, la existencia de una fuerte y eficaz resistencia a las operaciones militares y policiales³³⁹.

En todo caso, nótese que la capacidad de enfrentar militarmente a la contraparte se trataría de un requisito que habría de satisfacerse de manera recíproca. Así, aunque el despliegue de la fuerza militar por parte del Estado puede ser un indicio de la existencia de un conflicto armado³⁴⁰, no es suficiente por sí mismo para definir su existencia³⁴¹, sino que debe ser conjugado junto a la capacidad logística y operacional del adversario³⁴². Y ello porque, empleando una vez más el ejemplo de Colombia, no son raras las ocasiones en las que se ha hecho uso de la fuerza militar para reprimir legítimas protestas sociales, sin que ello supusiera, *per se*, que el Estado se encontraba ante un conflicto armado que le facultara a hacer uso de la violencia dentro de los estándares impuestos por el DIH.

³³³ ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1186; ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 537, lo que puede relacionarse con el indicio relativo a la capacidad para adquirir, transportar y distribuir armas contenido en la jurisprudencia del TPIY; entre otras, ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., § 23; ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 100.

³³⁴ ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 119; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, cit., § 60.

³³⁵ ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment, cit., § 1186; ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment, cit., § 537; véase también, ICTY, Prosecutor v. Limaj, cit., § 129, donde se habla de la capacidad de coordinar y determinar una estrategia militar unificada de operaciones a gran escala; idéntico, ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, cit. § 60.

³³⁶ ICTY, Prosecutor v. Limaj, Judgment, cit., § 172.

³³⁷ *Ibid.*, §§ 166, 171

³³⁸ *Ibid.*, § 145; de manera similar, ICC, Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant, cit., § 243, utiliza como criterio para determinar la existencia del conflicto la capacidad de asentar bases militares estratégicas.

³³⁹ ICTY, Prosecutor v. Limaj, Judgment, cit., § 169.

³⁴⁰ ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, cit., § 30.

³⁴¹ En este sentido, ICTR, Prosecutor v. Musema, cit., § 248, donde se indica que los disturbios no cualifican como conflicto armado aun cuando el Estado tenga que hacer uso de las fuerzas policiales o militares para mantener la ley y el orden.

³⁴² Así, OLÁSULO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 120.

2.3 EL EJERCICIO DE UN «CONTROL MILITAR NEGATIVO» SOBRE EL TERRITORIO

Como señalé anteriormente, la necesidad de ejercer un control sobre el territorio constituye una de las exigencias para la existencia de un conflicto armado interno bajo el art. 1.1 PA II, pero no así respecto del art. 3 común, respecto del que ha quedado reducido a mero indicio del criterio de intensidad. El argumento que emplea la doctrina que está de acuerdo con esta renuncia radica en que generalizar esta exigencia estrecharía demasiado el concepto de conflicto armado, pues únicamente cubriría las guerras civiles en un sentido clásico³⁴³. Un rasgo característico de este tipo de conflictos sería que cada una de las partes en conflicto se apodera rápida y deliberadamente de ciertas zonas, de modo que el territorio, que hasta ese momento había estado bajo control estatal uniforme, pronto se divide en diferentes zonas³⁴⁴. Sin embargo, este requisito se ajustaría mal a otro tipo de escenarios. Así, se afirma que en la medida en que el guerrillero renunciaría voluntariamente a establecer un dominio territorial estable como estrategia de combate, empleando en su lugar una táctica de golpe y huida, exigir un control territorial supondría la exclusión de la guerra de guerrillas del contexto del conflicto armado³⁴⁵.

No obstante –y más allá de que, como desarrollaré, es más que discutible que la guerrilla no domine una parte del territorio–, estimo que existen buenos argumentos para defender que un cierto dominio sobre una parte del territorio sigue siendo necesario³⁴⁶. El control sobre el territorio siempre ha sido esencial a la hora de determinar la existencia de una posible falla en el monopolio sobre la violencia³⁴⁷. Quienes renuncian a este criterio pasan por alto que el dominio puede ejercerse en distintos grados, de suerte que bajo una misma fórmula quedarían subsumidas situaciones muy diversas entre sí.

³⁴³ Así, consideran que la noción de conflicto armado del art. 1.1. PA II ha de entenderse referida a este tipo de conflictos, MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., pp. 49, 50-55; CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 105, 113-114; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., pp. 133-134; WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., p. 555.

³⁴⁴ WALDMANN, P., «Gesellschaften im Bürgerkrieg», cit., p. 145.

³⁴⁵ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 128; WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., p. 555.

³⁴⁶ En todo caso, nótese que, también en relación con la noción de conflicto armado contenida en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, existen casos concretos en los que la jurisprudencia ha exigido para su existencia un control del territorio tal que permitiera llevar a cabo operaciones concertadas. Así, en este sentido, ICTR, *Prosecutor v. Musema*, cit., § 258. Del mismo modo, en el Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, 25 January 2005, § 75, se exigió expresamente de la necesidad de ejercer un control territorial incluso para el art. 3 común.

³⁴⁷ En este mismo sentido, véase, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 129, quien considera que el problema del monopolio de la violencia ha sido resuelto hace tiempo en las sociedades de Europa occidental, en las que existe una completa penetración y un control exhaustivo del territorio por el poder estatal.

En su construcción ideal, el control territorial conllevaría no solo un dominio militar, sino también un «control administrativo», en la medida en la que la organización sería capaz de instaurar un tipo de gobernanza institucionalizada en determinadas áreas³⁴⁸. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el Estado Islámico en Siria y Libia, donde ha llegado a establecer todo un sistema burocrático –mediante el que proporciona servicios públicos como el agua o la electricidad– en determinadas zonas³⁴⁹. También en Colombia, las FARC-EP fueron capaces de construir toda una administración paralela al Estado.

Si este fuera el grado exigido en todos los casos, entonces estaría de acuerdo en prescindir del requisito del control territorial, pues acabaría arrojando un concepto desmesuradamente estrecho. Empero, en el derecho positivo, ni siquiera el tenor literal de la noción más restringida de conflicto armado interno alcanza tal nivel de exigencia. Así, el art. 1.1 del PA II «únicamente» requiere que el control sea tal que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. Aunque no se especifica cuánta parte debe ser controlada, considero que bastaría con un dominio relativo, esto es, puede haber zonas bajo control gubernamental, mientras que otras escaparían a su autoridad³⁵⁰.

Adviértase que también bajo esta fórmula quedarían comprendidos dos supuestos sustancialmente diferentes. Y es que tener la capacidad de aplicar el Protocolo precisaría de un grado de control mayor que el que necesario para mantener operaciones militares sostenidas. Ello porque, en el primer caso, la organización debe ser capaz de, por ejemplo, disponer de un espacio en el que ubicar eventualmente a las personas privadas de libertad o cuidar de los heridos y enfermos³⁵¹. En consecuencia, incluso sobre áreas modestas en extensión debe haber una estabilidad en el control.

La clave reside entonces en determinar en qué medida la intensidad cualitativa mínima –esto es, la capacidad de enfrentar militarmente a la contraparte– precisaría o no de un dominio sobre el territorio y qué grado debe alcanzar ese control. Si se atiende a los indicios que la jurisprudencia ha asociado a la dimensión militar de las operaciones, resulta muy complicado rechazar que un cierto control no resultaría, en todo caso, indispensable. A este respecto, la

³⁴⁸ Este tipo de supuestos constituyen lo que CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict*, cit., pp. 19, 106-107, denomina como «estatus de beligerancia», en el que el conflicto sería equivalente a una guerra Estado-Estado.

³⁴⁹ KALDOR, M., *International Law*, cit., p. 15.

³⁵⁰ A este respecto JUNOD, S., «Article I – Material Field of Application», cit., p. 1352, § 4465, señala que en los trabajos preparatorios del PA II se barajó la posibilidad de especificar que el control habría de ejercerse sobre una parte no despreciable o sustancial del territorio. Empero, ello nunca se llegó a plasmar.

³⁵¹ MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos*, cit., p. 74.

capacidad de dar entrenamiento militar en centros específicos, de establecer puntos de control militares o de emplear armas pesadas evocan forzosamente la existencia de un dominio sobre el territorio³⁵².

Empero, no parece que el grado de control necesario sea tan oneroso como en los escenarios anteriores. En un sentido mínimo, bastaría con ejercer un «control territorial en sentido negativo», esto es, con ser capaz de impedir que la contraparte domine militarmente un área determinada por encontrarse en permanente disputa. Esto implicaría tanto la facultad de evadir, resistir o soportar las ofensivas de las fuerzas armadas estatales³⁵³, como la aptitud para golpear y enfrentarse a aquellas de manera reiterada. La guerrilla sería, como desarrollaré más adelante, el fenómeno que daría satisfacción a este control mínimo sobre el territorio.

2.4 ¿CUALIFICACIÓN TEMPORAL DE LA VIOLENCIA?

Una última cuestión relevante en la construcción del concepto de conflicto armado interno reside en si, además de una determinada intensidad material, las hostilidades habrían igualmente de alcanzar una cierta extensión en el tiempo. A este respecto, no pueden dejar de señalarse los problemas que presenta la cualificación temporal de la violencia y que han llevado a Ambos –y en este punto debo estar de acuerdo con él– a negar que esta dimensión pueda tener un valor prioritario, mucho menos autónomo³⁵⁴, a la hora de definir la existencia de un conflicto armado interno.

Que la extensión en el tiempo no debe ser un elemento suficiente, desconectado de otros criterios asociados a la intensidad material del conflicto, parece evidente. Ello porque nada obsta a que, por ejemplo, se produzcan manifestaciones sociales que deriven en disturbios que se extiendan durante un cierto tiempo. De la misma forma, la violencia de organizaciones terroristas como ETA o el IRA ha demostrado poseer un

³⁵² Así, en el caso de la posibilidad de dar entrenamiento militar, resulta necesaria la existencia de un territorio en el que establecer bases donde desarrollar el entrenamiento. Del mismo modo, en el supuesto de las armas pesadas, cabe imaginar que en todo caso será necesario transportarlas y, sobre todo, emplearlas desde lugares en los que no puedan ser fácilmente eliminadas. Asimismo, nótese que los casos en los que LUBELL, N. / DEREJKO, N., «A Global Battlefield?», cit., p. 12, consideran que se puede hablar del ataque con drones como parte de un acto de guerra son aquellos en los que una de las partes tiene una base estable desde la que operar con ellos, aun cuando la distancia geográfica sea elevada.

³⁵³ Véase en este sentido, ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., § 626.

³⁵⁴ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 133.

inegable carácter prolongado. Consecuentemente, si hubiera de definirse la existencia de un conflicto armado únicamente a partir de un criterio temporal, el umbral inferior de distinción se desvanecería por completo.

Asimismo, incluso en aquellos supuestos en los que la violencia sí alcanza la intensidad material aquí requerida, también cabe preguntarse si resultaría adecuado exigir una cierta extensión en el tiempo³⁵⁵. En este sentido, estimo que bastaría con interpretar esta dimensión temporal de manera «mínima», es decir, como filtro a partir del cual excluir los actos esporádicos o aislados³⁵⁶.

En cualquier caso, al igual que señalé respecto del requisito organizativo, también la dimensión temporal disfruta de relevancia desde la perspectiva premial asociada a la justicia transicional. Así, la perpetuación de las hostilidades durante un tiempo lo suficientemente relevante sería un indicador del encallamiento del conflicto y, en consecuencia, de la inidoneidad del uso de la fuerza para solucionarlo. Sí, como hasta ahora he defendido, la renuncia o atenuación del castigo debe ser una medida excepcional, el carácter prolongado de las hostilidades en una intensidad determinada sería un indicio relevante de la incapacidad del Estado de reafirmar su monopolio en el uso de la fuerza y, en consecuencia, de la situación de excepcionalidad.

3. Satisfacción mínima del criterio de necesidad: la guerrilla

A lo largo de los apartados anteriores he tratado de elaborar un concepto funcional de conflicto armado interno. A este respecto, entiendo como tal aquel escenario de violencia organizada y reiterada en el tiempo en el que existen enfrentamientos militares entre dos o más contendientes de suerte tal que, como exigencia mínima, ambas partes ejercen sobre una determinada zona un control territorial negativo, esto es, son capaces de evitar que la contraparte domine militarmente una parte del territorio. Solo conjugando conjuntamente ambos criterios –dimensión militar y territorial– se puede obtener una noción instrumentalmente válida de conflicto armado a los fines de este trabajo. El objetivo del presente apartado será llevar a cabo un análisis

³⁵⁵ Así, ¿qué periodo temporal puede ser considerado suficiente como para merecer el adjetivo de prolongado? Nótese que, por ejemplo, la CPI consideró que 5 meses sí era un periodo prolongado (ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Decision Pursuant, cit., § 255), e incluso la CIDH predicó tal carácter cuando las hostilidades solo se extendieron durante 3 días (CIDH, Informe núm. 55/97. Caso 11.137. Argentina, § 154).

³⁵⁶ Similar, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 133.

de la guerra de guerrillas como escenario que daría satisfacción, en su grado mínimo, a los mencionados criterios³⁵⁷.

3.1 EL CARÁCTER MILITAR DE LA GUERRILLA

La guerra de guerrillas no es –y esto es relevante a efectos de su ulterior distinción del terrorismo– únicamente una estrategia comunicativa llamada a agotarse en la producción de un impacto psicológico en el adversario³⁵⁸, sino que es, ante todo, una estrategia militar: el guerrillero busca alcanzar la victoria debilitando la fuerza militar del enemigo³⁵⁹.

La peculiaridad de la guerrilla reside en que, en su lucha armada, renuncia a la confrontación directa, evita una suerte de batalla decisiva con el enemigo. La movilidad y la sorpresa³⁶⁰, la nocturnidad³⁶¹, la ocultación y el camuflaje³⁶², las emboscadas³⁶³... se convierten en características esenciales de la lucha guerrillera. A partir de la reiteración de este *modus operandi*, la guerrilla es capaz de producir pérdidas regulares de combatientes y equipo militar, lo que acabaría desembocando en el abandono estatal del conflicto, al ser los costes económicos y políticos insostenibles a largo plazo³⁶⁴. De esta forma, el éxito de la violencia guerrillera habría de medirse no tanto por el impacto psicológico que cada uno de los actos provoca en el adversario, como por la cantidad de daños materiales causados al enemigo³⁶⁵.

³⁵⁷ En este sentido, estoy de acuerdo con WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 298, en que la guerra de guerrillas supone una ausencia del monopolio militar de la violencia aun cuando el Estado la reclame para sí.

³⁵⁸ Y digo únicamente en tanto, como indica GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, Txalaparta, 3.ª ed., 1998, p. 23, las acometidas más o menos constantes de la guerrilla no solo buscan causar importantes daños materiales, sino también hacer decaer la moral de las fuerzas enemigas.

³⁵⁹ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 17; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 26; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 35; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 100; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 125; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 151-153; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 185.

³⁶⁰ TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, Pickle Partners Publishing, 2014, p. 64; GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 19.

³⁶¹ PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 10.

³⁶² WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 243. En este sentido, como indica, *Ibid.*, p. 246, en muchas ocasiones el camuflaje lleva asociado el incumplimiento de las reglas del *ius in bello* que obligan a hacerse distinguir respecto de los civiles.

³⁶³ ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 125.

³⁶⁴ WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 266; WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 67; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 29, 115; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 10; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 126; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 190.

³⁶⁵ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 17; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 100-101; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 125; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 185.

3.2 LA IMPORTANCIA DEL «CONTROL MILITAR NEGATIVO DEL TERRITORIO»: EL APOYO DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA OROGRAFÍA

Ya ha sido señalado que uno de los motivos aducidos por quienes rechazan exigir un control sobre el territorio como criterio constitutivo de la existencia de un conflicto armado interno reside en el temor a que su requerimiento conduzca a la exclusión de la guerra de guerrillas de estos escenarios. A mi juicio, esta asunción no solo provoca el efecto contrario –esto es, una situación de sobreinclusión en la que, en última instancia, se difumina de la frontera con el terrorismo³⁶⁶–, sino que parte de una premisa incorrecta.

La dimensión territorial no puede ser desligada de la guerrilla debido a la enorme relevancia que posee dentro de su estrategia militar³⁶⁷. Un «control territorial en sentido negativo» –tal y como ha sido definido anteriormente– sobre determinadas áreas geográficas resulta inherente e indispensable en la lógica guerrillera. Por un lado, en el ataque mediante emboscadas, el guerrillero toma y mantiene una parte del territorio aunque sea efímeramente durante el día³⁶⁸. Por otro lado, el guerrillero tiene que poder llevar a cabo sus tareas de entrenamiento, autoconservación y desarrollo y, para ello, es necesario una base de operaciones³⁶⁹.

En cualquier caso, nótese que no sería necesario que la guerrilla llegue a ostentar un dominio tal sobre el territorio que llegue a implantar un sistema institucional paralelo al oficial, aun cuando en determinados supuestos así lo ha hecho³⁷⁰. Un control del territorio de tal entidad supone el escenario ideal para la guerrilla, pues le permite satisfacer las necesidades económicas –mediante el co-

³⁶⁶ OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., pp. 116, 134.

³⁶⁷ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., pp. 281-282, quien, de hecho, reserva el calificativo de guerrilla para aquellos escenarios en los que la organización dispone no solo de un arraigo en determinadas capas de la población, sino también de presencia militar en determinadas zonas del país. En la misma dirección, véase, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 125, quien destaca que la estrategia guerrillera se asienta en el cerco y control progresivo sobre determinadas áreas geográficas.

³⁶⁸ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 15.

³⁶⁹ TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, cit., p. 70; GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 35.

³⁷⁰ Pienso aquí, una vez más, en el escenario colombiano. Así, incluso hoy en día, el ELN ejerce funciones de control social sobre determinado territorios de Antioquia o el sur de Bolívar en Colombia. Sobre ello, véase, *Balace sobre las Dinámicas del ELN en Colombia*, Instituto de Estudios para el Desarrollo de y la Paz, 2020. Disponible en: <<https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2021/03/ELN-DIAGRAMADO.pdf>>. Véase también, en relación con la posibilidad de que la guerrilla llegue a desarrollar funciones propias de la administración de justicia, la magnífica contribución de MOLANO BRAVO, A., «La justicia guerrillera», en DE SOUSA SANTOS, B. / GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico. Tomo II*, Siglo del Hombre, 2001, pp. 333-337, donde pone de manifiesto como en determinadas zonas de Colombia una buena parte de la población civil acudía espontáneamente a las FARC-EP y al ELN solicitando a la organización la resolución de determinados conflictos, lo que provocó que estas últimas articularan todo un sistema de tribunales elementales y asambleas donde se aplicaba una «justicia consuetudinaria» ligada a los valores de la vida campesina.

bro de impuestos y/o la confiscación de bienes– y sociales que posibilitan el mantener en el tiempo el enfrentamiento con la contraparte³⁷¹. Empero, como ya he mencionado, también cabría hablar de guerrilla cuando el dominio sobre el territorio se da en el sentido mínimo aquí expuesto.

A este respecto, dos serían los principales factores que permitirían a la guerrilla ejercer un control mínimo o negativo sobre el territorio. El primero de ellos sería el referido al apoyo de la población civil. Y es que la guerra de guerrillas es, en su concepción ideal, un conflicto que libra el conjunto de la población³⁷². La guerrilla no puede, en principio, hacer de la población civil su enemigo, ya que, empleando la famosa frase de Mao, «como el pez fuera del agua, [la guerrilla] no puede vivir fuera de su elemento»³⁷³.

Lo anterior resulta, sin duda, matizable. No existe ningún tipo de impedimento a que la guerrilla ataque directamente a la población civil con el objetivo de quebrantar la determinación de los dirigentes del bando enemigo para que así se avengan a adoptar, unilateral o negociadamente, decisiones que puedan poner fin al conflicto³⁷⁴. Empero, lo adecuado o no de dicha estrategia dependerá de la fase en la que se encuentre la lucha guerrillera. En sus inicios, la dependencia respecto de la población civil es directa y casi absoluta en términos de subsistencia³⁷⁵, por lo que debería, en principio, evitar golpear a aquella de manera indiscriminada³⁷⁶, limitándose a atentar contra individuos determinados del Estado

³⁷¹ WALDMANN, P., «Gesellschaften im Bürgerkrieg», cit., pp. 149-151, indicando que de esa manera puede invertir en infraestructuras y dar un «salario» a los combatientes de manera que todo ello redunde en un mayor apoyo social a la causa. Asimismo, un control de tal entidad también permite dar protección al estamento del que se nutre la guerrilla. Como señala *id.*, «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 281, en los casos de guerrillas ubicadas en zonas rurales, la tierra situada en la zona controlada por la guerrilla es el único sustento de los campesinos que, en caso de abandonarla, se arriesgan a sufrir graves represalias por parte de las fuerzas enemigas que, no en raras ocasiones, acusan al conjunto de la población de haber colaborado con la guerrilla.

³⁷² Véanse, en este sentido, las ilustres palabras de GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 15, señalando que la guerra de guerrillas es «una lucha de masas», «una lucha del pueblo»; en esta misma dirección, WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 247, califica a la guerra de guerrillas como «la guerra del pueblo».

³⁷³ TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, cit., p. 61; véase también la afirmación de GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 23, referida a que la guerrilla «necesita al pueblo, puesto que contra el pueblo no se puede vencer».

³⁷⁴ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 152.

³⁷⁵ WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 253, quien, acertadamente a mi juicio, considera que la clave es esa dependencia directa y no indirecta –a través de la intermediación del Estado– pues también los militares dependerían de la población civil para, por ejemplo, obtener alimento.

³⁷⁶ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 18; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 103; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 125. Véase también, PAWLİK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 10, señalando que golpear la mano de quien les arropa sería literalmente mortal para los partisanos. En este sentido, GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 115, considera que el actuar indiscriminado contra el pueblo trae más costes que beneficios.

enemigo³⁷⁷. Distinta sería la situación una vez la organización domina de manera estable una parte del territorio y se limita a victimizar a la población civil que habita el territorio controlado por el Estado.

El contar con un cierto respaldo social –incluso en un sentido mínimo de no delación– facilita que los guerrilleros se desplacen de una manera relativamente cómoda, que puedan instalar depósitos de armas y aprovisionamientos en enclaves estratégicos, así como contar con lugares en los que preparar sus ataques y a los que retirarse llegado el momento³⁷⁸. Además, el arraigo entre la población civil resulta necesario a efectos de asegurar una alta rotación entre los miembros de la guerrilla que permita cubrir eventuales abandonos, capturas o muertes a lo largo del tiempo³⁷⁹.

A este respecto, el mayor o menor apoyo del que disfrute la guerrilla entre la población dependerá no solo de la existencia de represalias estatales indiscriminadas³⁸⁰, sino, en gran parte, de la estructura social del país. Concretamente, de en qué medida se encuentren desatendidas determinadas necesidades básicas, así como de la ausencia de cauces institucionales que permitan dar satisfacción a aquellas³⁸¹. No es cierto, en consecuencia, que la movilización de la población civil por parte de la guerrilla dependa de su capacidad para infundir terror. Si la tortura o el asesinato fueran condiciones para obtener el apoyo social, la guerrilla difícilmente podría existir, pues sus adversarios poseen, por regla general, «una potencia de fuego muy superior»³⁸². El miedo o la intimidación pueden explicar la colaboración de unos pocos, pero, desde luego, no la movilización de una parte importante de un determinado estamento social.

En este sentido, creo que la historia de Colombia ilustra a la perfección lo anterior. A principios de los años 60 del siglo pasado las denominadas «guerrillas de primera generación» –FARC-EP, ELN, EPL– se encontraban prácticamente derrotadas en un sentido militar. A los problemas referidos a la provisión de ar-

³⁷⁷ Así, GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 115, considera que sería lícito atentar contra aquellos individuos que forman parte de la «cabeza de opresión». De manera similar, WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 248, señala que la victimización de la población civil debería limitarse a funcionarios célebres o colaboradores destacados del Estado enemigo.

³⁷⁸ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 290.

³⁷⁹ En referencia al escenario colombiano, GALLEGU ARRIBAS, D., «Justicia de transición», cit., p. 213.

³⁸⁰ Y es que, como indica WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 256, el Estado no puede vencer en una guerra de guerrillas si trata al conjunto de la población civil como un enemigo homogéneo al que represaliar.

³⁸¹ Como afirma GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 14, es necesario un mínimo de necesidad que permita la consolidación del foco insurreccional, una «imposibilidad de mantener la lucha por las reivindicaciones sociales dentro de la contienda cívica»; en un sentido similar, TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, cit., p. 29, indica que sin objetivo político que coincida con el de la gente, la guerrilla fracasaría.

³⁸² WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 247.

mamento se unió el desarrollo de una serie de políticas durante la presidencia de Carlos Lleras Restrepo que buscaban reformar la estructura agraria colombiana y que, al dar un cauce institucional a las demandas del campesinado, privaron a las diferentes guerrillas de su principal fuente de efectivos. Sin embargo, con el llamado «Pacto de Chicoral», se produjo una contrarreforma que dejó al campesinado relegado y sin alternativas, lo que fue aprovechado por las guerrillas para retomar su labor de reclutamiento y reiniciar su lucha contra el Estado³⁸³.

El arraigo de la organización insurrecta entre la población civil o la estructura social del país son, sin duda, elementos relevantes a la hora de iniciar y desarrollar una guerra de guerrillas. Sin embargo, hay un factor que, en mi opinión, disfrutaría de una mayor relevancia, hasta el punto de que puede convertir la estrategia guerrillera en relativamente independiente de las condiciones anteriores: la geografía del país³⁸⁴. No es casualidad que los países en los que la guerra de guerrillas ha tenido éxito sean aquellos que poseen unos rasgos geográficos que permiten a la organización permanecer lejos del alcance militar del Estado.

La estrategia guerrillera es impracticable en países relativamente llanos, sin zonas montañosas ni áreas de densa vegetación que puedan servir como lugar de retiro y refugio³⁸⁵. La historia de la humanidad ilustra lo anterior a la perfección. No puede desconocerse el rol que la orografía ha desempeñado en el hecho de que en Afganistán hayan colapsado potencias militares del tamaño de la Unión Soviética o EEUU. El ejemplo colombiano también resulta paradigmático: un Estado que combina cordilleras escarpadas y erosionadas por la acción fluvial, con llanuras dominadas por una frondosa vegetación tropical, difícilmente puede contar con una red de comunicaciones que favorezca el control efectivo por parte de sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁸⁶.

Mantener un conflicto a nivel militar es mucho más sencillo bajo las condiciones reseñadas. Y ello porque ni siquiera la tecnología más actual resulta completamente operativa. Por ejemplo, el bombardeo mediante drones es una estrategia que tiene pocas probabilidades de éxito en un territorio como el colombiano en el que no se puede discernir nada por debajo de un mar de árboles o de nubes. En estas circunstancias, la guerrilla puede desarrollar una guerra

³⁸³ Un relato más detallado sobre el rol de la miseria rural en el conflicto armado colombiano, con múltiples referencias a las fuentes históricas consultadas, puede encontrarse en GALLEGU ARRIBAS, D., «Justicia de transición», cit., pp. 205-217.

³⁸⁴ WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 68-69.

³⁸⁵ Íd., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 305, empleando los ejemplos de Uruguay y la zona de la Pampa en Argentina; íd., *Terrorismus*, cit., pp. 58, 69.

³⁸⁶ Íd., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 299.

de posiciones convencional, entablando combates frontalmente con el adversario sin que sea necesario un elevado grado de movilidad³⁸⁷.

Bajo este tipo de condiciones no es raro que el Estado haga uso de ataques indiscriminados que infringen el *ius in bello*³⁸⁸, y que, en última instancia, solo refuerzan la estrategia guerrillera³⁸⁹, cronificando el conflicto. La lógica penal transicional, en la que se renuncia a parte de la pena a cambio de una serie de garantías de no repetición –entre las que, sin duda, debe estar la corrección de las causas que favorecieron el surgimiento de las guerrillas– y de satisfacción de los derechos de las víctimas, parece una estrategia con mayores visos de éxito en este tipo de escenarios.

4. La necesidad en el terrorismo

4.1 UNA CUESTIÓN PREVIA: LA DISTORSIÓN ENTRE TERRORISMO Y GUERRA

A lo largo de las páginas anteriores he llevado a cabo un análisis de la guerra de guerrillas como fenómeno que daría satisfacción, en un sentido mínimo, a los criterios que determinarían la existencia de un conflicto armado interno. La finalidad de este apartado es determinar en qué medida dichos atributos se encuentran igualmente presentes en el terrorismo a efectos de constituir una situación de necesidad equivalente para el Estado que le permitiera renunciar extraordinariamente a las penas ordinariamente previstas.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, de hace un tiempo a esta parte, en la esfera internacional se ha pasado de la «tradicional reticencia» a la «presteza a la hora de invocar el paradigma bélico»³⁹⁰. Así, a partir de los atentados del 11 de septiembre, comenzó a imponerse una retórica en la que el conjunto de actividades dirigidas a poner fin al terrorismo –con-

³⁸⁷ Así, véase lo dispuesto por GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., pp. 33-34, en referencia a cómo muta el *modus operandi* de la guerrilla en lo que él denomina «zonas favorables».

³⁸⁸ Resulta especialmente ilustrativo el ejemplo empleado por WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., pp. 258 ss., sobre como EE. UU. trató de doblegar la resistencia del Vietcong. Los poblados en los que razonablemente cabía esperar resistencia armada eran bombardeados antes de que los soldados entraran en la zona. Aunque en un primer momento los civiles recibían antes el aviso, de forma que pudieran huir, con el paso del tiempo, debido a la alta ocupación de los campos de refugiados, dejó de darse dicho aviso.

³⁸⁹ Y es que, como desarrollaré en relación con el terrorismo, también la guerrilla necesita del contrataque indiscriminado de su oponente para, así, movilizar a la población civil.

³⁹⁰ ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo*, cit., p. 96.

cretamente, a la actividad de Al Qaeda— recibió la denominación de *war on terror* o guerra contra el terror³⁹¹.

Esta retórica conecta con la doctrina de las denominadas «guerras asimétricas»³⁹² o «nuevas guerras»³⁹³, empleada para legitimar el combatir por medios militares a las organizaciones terroristas³⁹⁴. Aunque las etiquetas son distintas, en ambos casos se estaría haciendo referencia a un mismo fenómeno. La asimetría presente hoy en día en el armamento o en el equipo militar de los contendientes³⁹⁵ traería como consecuencia la ausencia de grandes combates o de frentes definidos que lleven al desgaste constante y a la subsiguiente derrota del enemigo³⁹⁶. El terrorismo quedaría configurado como un supuesto específico de conflicto armado asimétrico³⁹⁷ en el que, ante el desequilibrio militar, económico y tecnológico existente, la parte en condiciones de inferioridad optaría por una estrategia de victimización directa sobre la población civil³⁹⁸.

Como consecuencia de esta dialéctica de las guerras asimétricas, los límites entre fenómenos de violencia colindantes se difuminan³⁹⁹. Así, incluso dentro de la doctrina jurídico-penal, autores como Pawlik defienden que el

³⁹¹ En este sentido, tras los atentados del 11-S, el entonces presidente de los EE. UU., George W. Bush, en su discurso televisado a la nación, proclamó que EE. UU. se encontraba en guerra contra el terrorismo, una guerra que iba a llevar un tiempo ganar. BUSH, G. W., Discurso desde la Casa Blanca, 16 de septiembre de 2001. <Disponible en: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010916-2.html>>.

³⁹² Hacen uso de esta nomenclatura, GEISS, R., «Asymmetric Conflict Structures», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, núm. 864, 2006, *passim*; PAULUS, A. / VASHAKMADZE, M., «Asymmetrical War», cit., *passim*; PFANNER, T., «Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action», *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, 2005, pp. 149-174.

³⁹³ Emplean esta denominación, MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., *passim*; KALDOR, M., *International Law*, cit., *passim*.

³⁹⁴ Así lo advierten, OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 75.

³⁹⁵ En cualquier caso, nótese que, como indica GEISS, R., «Asymmetric Conflict Structures», cit., pp. 758-759, la referida asimetría poco tiene de nueva, pues esta ha estado siempre presente, si bien se ha agudizado en los últimos tiempos. También resulta muy interesante la apreciación de PFANNER, T., «Asymmetrical Warfare», cit., pp. 150-151, indicando que, en el fondo, todas las guerras son asimétricas pues nunca hay una igualdad exacta entre los contendientes.

³⁹⁶ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 3; PFANNER, T., «Asymmetrical Warfare», cit., p. 100; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 128; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 184; KALDOR, M., *International Law*, cit., pp. 13-14; ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo*, cit., p. 122.

³⁹⁷ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 110; PFANNER, T., «Asymmetrical Warfare», cit., p. 151; del mismo modo, KALDOR, M., *International Law*, cit., p. 7, también está de acuerdo en que el término nuevas guerras hace referencia a fenómenos aprehendidos por el terrorismo.

³⁹⁸ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 3, 74-75; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 162; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 184; KALDOR, M., *International Law*, cit., p. 14; ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo*, cit., p. 123, indicando que se anula la distinción entre combatientes y no combatientes.

³⁹⁹ OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., p. 74.

terrorismo habría de quedar fuera de la respuesta penal por pertenecer al ámbito de la guerra⁴⁰⁰. En las siguientes páginas trataré de poner en cuestión la falsa equiparación entre terrorismo y guerra a la que, a mi juicio, conduce la fundamentación de las guerras asimétricas y a la que, en cierto modo, también ha contribuido la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a partir de la eliminación de la condición del control sobre el territorio de los criterios empleados para fijar la existencia de un conflicto armado.

4.2 PONDERANDO LA AMENAZA DEL TERRORISMO: UNA ESTRATEGIA DE PROVOCACIÓN AL PODER

A la hora de determinar en qué medida el terrorismo constituye una situación de necesidad equivalente a un conflicto armado interno, la comparación con la guerra de guerrillas –como estándar mínimo de necesidad– resulta esencial. Ello en tanto uno como otro fenómeno poseen aspectos compartidos. Así, ambos pueden ser subsumidos bajo la metacategoría de la violencia subversiva. Y es que, al igual que el terrorismo, la guerra de guerrillas ha sido históricamente concebida y empleada como estrategia a través de la que alcanzar un fin político⁴⁰¹. El guerrillero se ve, a sí mismo y ante todo, como un reformador social que hace uso de la violencia ante la imposibilidad de modificar por otras vías un orden constituido al que considera injusto⁴⁰². En este sentido, no es extraño que, debido a la carga peyorativa de la palabra «terrorista», el término «guerrillero» sea preferido por los propios implicados en la lucha contra el Estado⁴⁰³.

Del mismo modo, tanto el terrorismo como la guerra de guerrillas cuentan con una historia evolutiva común. Si bien en sus inicios eran tácticas militares complementarias al desarrollo de una guerra convencional⁴⁰⁴, con el paso del tiempo han ganado autonomía como método de lucha irregular frente a un adversario militarmente superior⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 18; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y antiterrorismo», cit., p. 199, el terrorismo es una subespecie del conflicto armado interno.

⁴⁰¹ Así la concebían sus principales ideólogos. TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, cit., p. 58; GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., pp. 19, 51. Del mismo modo, MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 29, considera que el guerrillero busca socavar el poder político del enemigo.

⁴⁰² GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., pp. 19, 51.

⁴⁰³ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 18; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 124.

⁴⁰⁴ En este sentido, basta consultar la obra de TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, cit., p. 28, para advertir que Mao no concebía la guerra de guerrillas como una estrategia independiente, sino como parte de operaciones coordinadas regulares.

⁴⁰⁵ WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 243; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 3, 25, 100, 106; WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 277; íd., *Terrorismus*, cit., p. 17;

En cualquier caso, el mero hecho de compartir un origen y una determinada finalidad no implica que pueda realizarse una completa equiparación entre uno y otro. A este respecto, la mayor divergencia entre el terrorismo y la guerra de guerrillas como fenómenos subversivos propios reside en la índole de cada una de las estrategias. La guerra de guerrillas es, como he señalado anteriormente, una estrategia de carácter bélico en la que la organización aspira a debilitar la fuerza militar de la contraparte ejerciendo para ello un control negativo sobre el territorio.

Empero, y aun cuando la organización terrorista es la primera interesada en que se militarice el lenguaje⁴⁰⁶, dar al terrorismo la categoría de amenaza bélica es, empleando las palabras de Reinares Nestares, una peligrosa y desmesurada falacia⁴⁰⁷. La organización terrorista no solo es incapaz de confrontar militarmente a las fuerzas de combate regulares del Estado⁴⁰⁸, sino que renuncia voluntariamente a alcanzar su objetivo subversivo a través del dominio militar del territorio, sobre el que es incapaz de ejercer un control mínimo⁴⁰⁹.

ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., pp. 125-128; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 10; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 186, 189-190.

⁴⁰⁶ Ello debido a que, como indica CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 69, la organización obtendría de ello un cierto *status* simbólico: el reconocimiento de la condición de combatiente; en un sentido similar, WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 68, señala que el objetivo del terrorista es intentar certificar su *status* de armada rebelde.

⁴⁰⁷ REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 159; en esta misma dirección, véase también, ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., pp. 110, 129, quien destaca que la calificación del terrorismo como «guerra» es un constructo social, pues no son situaciones equiparables.

⁴⁰⁸ Desde la sociología, ello ha sido puesto de manifiesto por, entre otros, WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 277; *íd.*, *Terrorismus*, cit., pp. 10-11, 35; *íd.*, *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 38; WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 269; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 35; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 101-102. Desde una perspectiva jurídica, la incapacidad de enfrentar militarmente a la contraparte sería, para CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 67, 70, el principal motivo por el que el terrorismo no sería equiparable a un conflicto armado. En consecuencia, considero que es falsa la premisa de la que parte PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 19, referida a que el terrorista –concretamente, el autor hace referencia al terrorismo yihadista– disponga de un potencial destructivo análogo al empleado en la guerra.

⁴⁰⁹ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., pp. 277, 281; *íd.*, *Terrorismus*, cit., p. 11; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 35, indicando que, por supuesto, jamás llegan a ejercer ningún control directo o gobierno sobre la población a nivel local o nacional; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 130, señalando que ninguna organización terrorista ha pensado en liberar físicamente, por medios militares, una parte de la patria, pues las estrategias del terrorismo son distintas, a lo sumo se llegaría a dominar algún callejón en alguna gran ciudad. Del mismo modo, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 37-38, considera que la diferencia entre el terrorismo y la guerrilla es el control militar del territorio por parte de la última. Asimismo, esbozando que los terroristas no son lo suficientemente fuertes como para ocupar militarmente una porción del territorio y desafiar abiertamente a los poderes del Estado, véase también, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 144; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», en ALONSO RIMO, A. / CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 77.

En cualquier caso, creo que es importante matizar lo siguiente: que la organización terrorista renuncie a la victoria vía cerco militar del territorio no implica que la renuncia lo sea también al territorio en sí. De hecho, en muchos de los casos, las organizaciones terroristas poseen una pretensión de dominio sobre determinadas áreas geográficas. Así, por ejemplo, el fin último del terrorismo étnico-nacionalista es consolidarse en un territorio determinado, a saber, la región de origen de la minoría supuestamente oprimida⁴¹⁰. Del mismo modo, también en el terrorismo yihadista está presente una fuerte reivindicación territorial sobre el norte de África y Asia central⁴¹¹.

Por otro lado, el territorio es igualmente un factor estratégico relevante. Disponer de un espacio de retiro, formación y coordinación resulta de vital importancia para la supervivencia de las organizaciones terroristas⁴¹². Así, no debe desconocerse el rol que la aquiescencia de Estados como Francia o Irlanda desempeñó durante años en la capacidad operativa de organizaciones como ETA o el IRA en España e Irlanda del Norte respectivamente.

El terrorismo, como fenómeno subversivo, no trasciende de la condición de estrategia comunicativa⁴¹³. Ante el desequilibrio de fuerzas existente, la organización terrorista recurre al uso reiterado y generalizado de la violencia con el objetivo de producir una amenaza que actúe como equivalente funcional a la fuerza militar de la que carece⁴¹⁴. Se trata de una estrategia basada en una cierta «economía de la violencia» y en una valoración racional de las relaciones de poder: con recursos materiales y personales relativamente reducidos se selecciona a un número limitado de víctimas con el fin de generar un impacto psicológico trascendente en el Estado y el resto de la sociedad⁴¹⁵.

Y es que, como de manera sobresaliente puso de manifiesto Wordermann, si bien la lucha guerrillera trataría de alcanzar su objetivo último por medio de la ocupación del espacio, el terrorismo lo buscaría por medio de la ocupación de la mente⁴¹⁶. Dicho de otro modo, mientras la guerrilla buscaría subvertir el orden constituido minando progresivamente la fuerza física y moral del Esta-

⁴¹⁰ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 304.

⁴¹¹ Íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 46.

⁴¹² Íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 49, poniendo de manifiesto que así lo fue el sur de Francia para ETA, Costa Rica para los sandinistas, o Irlanda para el IRA.

⁴¹³ *Ibid.*, pp. 30, 35; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 71; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 110.

⁴¹⁴ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 70-71, indicando que el terrorismo es una «sangrienta pantomima que pretende simular fuerza militar». Véase también, íd., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 118; íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 53.

⁴¹⁵ Así, ponen de manifiesto la racionalidad detrás de la estrategia terrorista, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., pp. 28-30; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 102; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 72, 167; íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 53; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., pp. 12, 14-15.

⁴¹⁶ WORDERMANN, F., «Mobilität, Technik und Kommunikation als Strukturelemente des Terrorismus», en FUNKE, M., *Terrorismus. Untersuchungen zur Strategie und Struktur revolutionärer Gewaltpo-*

do, el terrorismo sería un ataque directo y exclusivo a su fortaleza moral con un mínimo nivel de fuerza física⁴¹⁷.

Las reacciones emocionales que habrían de conducir a la consecución de la finalidad subversiva ya han sido previamente analizadas. Basta recordar, muy sintéticamente, que, por un lado, uno de los objetivos sería generar una sensación de indefensión entre aquellos miembros de la sociedad identificados con el Estado enemigo al tiempo que se le anuncia a este último las consecuencias que debe asumir de no ceder a las pretensiones de la organización. Empero, como ya advertí previamente, la dimensión estratégica y comunicativa del terrorismo no se agotaría únicamente en la intimidación a la sociedad y la coacción a un determinado gobierno. Los actos de violencia de la organización también estarían dirigidos a movilizar a una parte de la población –concretamente, a aquella de la que dicen extraer su legitimación– a la lucha armada.

En cualquier caso, que la estrategia terrorista esté dotada de un componente de racionalidad no significa que esta sea, por sí misma, suficiente⁴¹⁸. Así, resulta posible señalar determinados aspectos que condicionarían su idoneidad para alcanzar el fin subversivo último. En primer lugar, en relación con la primera dimensión comunicativa –esto es, la dirigida a crear un estado de pánico en la sociedad que lleve a una potencial parálisis de la vida cotidiana con la que poder coaccionar al Gobierno–, la estrategia terrorista minusvalora el «efecto de habituación» a la violencia por parte de la población⁴¹⁹. Aun cuando parte de la población puede modificar puntualmente su comportamiento como consecuencia de las acciones de la organización⁴²⁰, resulta tremendamente difícil imaginar que esta última puede llegar a provocar un auténtico colapso de la vida en sociedad. De hecho, no suele ser extraño que, en lugar de ello, se despierten auténticos lazos de solidaridad entre la población y de oposición a la organización subversiva⁴²¹.

Por otro lado, también enfrenta notables dificultades de realización la segunda dimensión de la estrategia terrorista; esto es, aquella que busca la escalada

litik, Selbstverlag, 1977, p. 145, citado en WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 17; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 125.

⁴¹⁷ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 102.

⁴¹⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y antiterrorismo», cit., p. 185, indicando que no es una estrategia «ganadora».

⁴¹⁹ Como enuncia *Ibid.*, p. 186, en lo que a la producción de terror se refiere, el terrorismo sigue una lógica matemática decreciente: mientras los primeros ataques causaran un impacto elevadísimo en la población, las acciones de violencia sucesivas generarían un incremento cada vez menor.

⁴²⁰ Como ejemplo que ilustra a la perfección de lo anterior, véase HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 189-190, donde pone de manifiesto que en 1986, después del secuestro por Hezbolá del vuelo 847 de Trans World Airlines, aproximadamente 850.000 ciudadanos estadounidenses cancelaron sus viajes en avión.

⁴²¹ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y antiterrorismo», cit., p. 185.

militar por medio de la movilización a la lucha armada de un sector relevante de la sociedad. Ello no solo por las potenciales limitaciones en la disponibilidad de recursos económicos y/o militares⁴²², sino también propagandísticos⁴²³. Mientras que la labor de los medios de comunicación sí es efectiva en aumentar la percepción del riesgo asociado al terrorismo –con la consiguiente modificación en el comportamiento de la población–, resulta completamente inane –e incluso contraproducente– a la hora de generar simpatía por la causa⁴²⁴.

El éxito de esta parte de la estrategia depende en último término de la respuesta estatal⁴²⁵; concretamente, de que la organización encuentre en el Estado un «cómplice encubierto»⁴²⁶. El terrorismo necesita del Estado una respuesta excesivamente represiva e indiscriminada para, de ese modo, suscitar en la población la sensación de que la organización únicamente lleva actos de violencia defensiva frente a un régimen injusto y explotador, minando así su legitimidad⁴²⁷. De este modo, acabaría germinando un sentimiento de indignación que empujaría a un enfrentamiento civil masivo y abierto contra el Estado⁴²⁸. Desde esta perspectiva, el terrorismo queda configurado, como de manera brillante señala Waldmann, como una estrategia de «provocación al poder»: busca llevar al Estado a un conflicto abierto para desacreditarlo frente a un sector de la población civil⁴²⁹.

⁴²² Como indica *Ibid.*, pp. 186-187, los grupos armados no estatales suelen tener graves dificultades para superar ciertos umbrales de capacidad militar, por ejemplo, por las dificultades para acceder al mercado ilegal de armas.

⁴²³ Así, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 192-193, indica que el Estado siempre posee mayores recursos de este tipo, lo que le permite disfrutar de una amplia legitimidad ante la población.

⁴²⁴ Sobre ello HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 183-188.

⁴²⁵ REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 85, MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 102.; CANCIO MELIÁ, M., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 120. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 36.

⁴²⁶ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 73; *íd.*, «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 120.

⁴²⁷ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 280; *íd.*, *Terrorismus*, cit., p. 32; *íd.*, *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 47; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., pp. 85, 159; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 102.

⁴²⁸ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., pp. 278, 280; *íd.*, *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 47; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, cit., p. 86; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 67, 130; *íd.*, «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 117; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones», cit., p. 21; TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y derecho*, cit., p. 21; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., pp. 35-36.

⁴²⁹ En este sentido, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 32; *íd.*, *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 40-41, emplea la expresión «*Provokation der Macht*», lo que habría de traducirse como provocación del poder. Sin embargo, considero que ello puede dar lugar a equívoco pues no es el poder –estatal– quien provoca, sino el provocado; por ello prefiero hacer uso de la expresión «provocación al poder». Comparte el calificativo de provocación al/del poder, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 61. Similar, indicando que el terrorismo busca una sobreacción estatal para transmitir el mensaje de que el Estado ha perdido el control, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 32.

La lógica anterior estaba presente, por ejemplo, en los postulados de la estrategia mantenida por ETA en España. Así, en su IV Asamblea, celebrada en 1965, la mencionada organización terrorista aprobó la siguiente ponencia: «supongamos una situación en la que una minoría organizada asesta golpes materiales y psicológicos a la organización del Estado, haciendo que éste se vea obligado a responder y reprimir violentamente la agresión. Supongamos que la minoría organizada consigue eludir la represión y hacer que ésta caiga sobre las masas populares. Finalmente, supongamos que dicha minoría consigue que en lugar de pánico surja la rebeldía en la población, de tal forma que ésta ayude y ampare a la minoría en contra del Estado, con lo que el ciclo acción-represión está en condiciones de repetirse, cada vez con mayor intensidad»⁴³⁰.

Nótese que, a partir de esta óptica, puede trazarse un vínculo entre terrorismo y guerra de guerrillas en el que ambos fenómenos representarían distintos estadios temporales dentro de un mismo proceso subversivo en contextos de asimetría de poder. Los actos de terrorismo representarían el punto de partida o la fase inicial⁴³¹ en la que el objetivo sería generar una respuesta desmesurada del Estado capaz de movilizar a un porcentaje suficiente de la población y así dar inicio a una guerra de guerrillas⁴³².

Lo sucedido en la África neocolonial durante las décadas de 1950 y 1960 muestra a la perfección lo anterior. Organizaciones como el Frente de Liberación Nacional en Argelia comenzaron a atentar, de manera altamente selectiva, contra miembros destacados del Gobierno o de las Fuerzas de Seguridad de la metrópoli, en este caso, Francia⁴³³. Como consecuencia de ello se produjeron represalias indiscriminadas contra el conjunto de la población, incluyendo aquel segmento que en principio permanecía apática frente al colonialismo, lo que permitió iniciar una guerra de guerrillas⁴³⁴.

⁴³⁰ ZABILDE, J. L., *Bases teóricas de la guerra revolucionaria. Ponencia aprobada en la IV Asamblea de ETA*, Fondo documental Euskal Herriko Komunistak, 1965, p. 3. En relación con la RAF, un texto de naturaleza similar, en el que subyace la misma lógica, puede consultarse en WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 27; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 69.

⁴³¹ Apuntan a la posibilidad de que en determinados escenarios el terrorismo sea una suerte de fase previa a la guerra de guerrillas, REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 27; WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 28; MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 103; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 187.

⁴³² Y es que, como indica WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 248, la guerra de guerrillas depende en sus inicios del contrataque indiscriminado del Estado para movilizar a un porcentaje suficiente de la población.

⁴³³ A este respecto, como indica PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 192 ss., el terrorismo es incapaz de lograr éxitos políticos de entidad, si no es en el caso de sociedades hondamente fracturadas y en las que la legitimidad política ya ha sido previamente cuestionada.

⁴³⁴ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 103; véase también, HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 50 ss., donde al ejemplo del Frente de Liberación Nacional, le adiciona el del Irgún en Palestina o el EOKA –*Ethniki Organosis Kypriou Agoniston* (Organización Nacional de Combatientes Chipriotas)– en Chipre.

Nótese cómo terrorismo y guerra de guerrillas juegan con los tiempos del conflicto de manera diferente. Mientras el terrorismo busca acelerarlo llevando al Estado a una sobre-reacción, la estrategia guerrillera lo que busca es ralentizarlo, alargarlo lo máximo posible en el tiempo⁴³⁵. En cualquier caso, me gustaría matizar lo siguiente: la guerra de guerrillas puede ser el último estadio del proceso subversivo⁴³⁶ o bien una etapa intermedia que conduzca a una guerra convencional frente a frente contra el Estado⁴³⁷. Empero, nada obsta a que, en ocasiones, la incapacidad de movilizar los recursos materiales y personales suficientes para alcanzar la fase posterior o mantener en el tiempo la lucha guerrillera hagan de los actos de terrorismo su conclusión⁴³⁸.

Asimismo, como ya he puesto de manifiesto anteriormente, tampoco existe ningún tipo de impedimento a que la guerrilla victimice a la población que no participa directamente en las hostilidades, si bien considero que en muchos de estos casos no podría hablarse de delitos de terrorismo en sentido propio, sino de delitos de terrorismo como un subtipo específico de los crímenes de guerra⁴³⁹.

En este sentido, a la hora de valorar la necesidad inmanente en este tipo de delincuencia, debe tenerse en cuenta que la estrategia terrorista encuentra en la lógica «acción-reacción»⁴⁴⁰ sobre la que se asienta su talón de Aquiles. Una reacción moderada de los gobernantes, sin acudir a un punitivismo exacerbado y a unas medidas de seguridad extremas, puede evitar que la organización alcance el siguiente estadio en su proceso subversivo⁴⁴¹. El mayor peligro que emana del terrorismo para la estabilidad del ordenamiento estatal proviene, entonces, del propio Estado⁴⁴², que no puede renunciar a determinados principios informadores del Estado de derecho o se convertirá, precisamente,

⁴³⁵ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 29; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 126.

⁴³⁶ Y es que la estrategia guerrillera puede conducir a la victoria simplemente haciendo los costes económicos insostenibles para la contraparte, con independencia de que logre evolucionar a una fase ulterior o no.

⁴³⁷ Así lo señalan, REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 27; WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 17. A este respecto, la idea de que la guerra de guerrillas habría de desembocar en una guerra convencional estaba presente en muchos de sus ideólogos. Así por ejemplo, GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., p. 19, consideraba que la guerra de guerrillas debía, en algún momento, adquirir las características de un ejército regular para, en dicho momento, poder asestar un golpe definitivo al Estado. Con detalle sobre cada uno de los diferentes estadios del proceso, *Ibid.*, pp. 77-89, referido al inicio, desarrollo y fin de la guerra de guerrillas. Del mismo modo, TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, cit., pp. 29, 36-37, compartía la idea de que la guerrilla habría de desarrollarse paulatinamente hacia fuerzas ortodoxas o regulares, aunque la mejor estrategia sería la combinación de una y otra.

⁴³⁸ REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 28; similar, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 78.

⁴³⁹ *Vid. infra*. Excurso.

⁴⁴⁰ CANCIO MELIÁ, M., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 117.

⁴⁴¹ WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 41, 47; como indica ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., p. 249: «resistir a la tentación de responder con el mismo lenguaje es presupuesto ineludible para deslegitimar su discurso».

⁴⁴² ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, 2006, p. 164; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 40, afirmando que el riesgo de mayor calado proviene de las estrategias antiterroristas; DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», *Hermes: pentsa-*

en la imagen que los terroristas quieren dar de él⁴⁴³. Así, como indica Cancio Meliá, el desarrollo de una legislación antiterrorista asentada sobre los principios del denominado «Derecho penal del enemigo»⁴⁴⁴ sería, paradójicamente, funcional a la estrategia de la organización terrorista⁴⁴⁵.

Y es que, como pone de manifiesto Ferrajoli, en la criminalidad política –esto es, aquella que objetivamente se dirige contra el Estado o su configuración– la razón de Estado –entendiendo como tal aquel principio normativo que hace de la conservación y acrecimiento del Estado el fin primario e incondicionado de la acción del gobierno⁴⁴⁶– ha justificado históricamente el recurso a este Derecho penal del enemigo⁴⁴⁷.

menu eta historia aldizkaria, núm. 42, 2012, p. 24, señalando que en el deterioro del Estado de derecho tiene una singular incidencia la legislación antiterroristas.

⁴⁴³ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 72.

⁴⁴⁴ Bajo esta construcción teórica, el concepto de enemigo haría referencia, como señala JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano», cit., p. 40, a aquellos sujetos que se habrían apartado de manera duradera y decidida del Derecho, no prestando la garantía cognitiva mínima para su tratamiento como persona. El «Derecho penal» aplicable a esta categoría de individuos estaría caracterizado, como indica CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., Civitas, 2006, pp. 111-112, por tres elementos: en primer lugar, un adelantamiento de las barreras de protección jurídico-penal; en segundo lugar, la previsión de penas desproporcionadamente altas, sin que la anticipación de la barrera de punición sea tenida en cuenta para reducir el monto de la pena; en tercer lugar, la relativización o supresión de determinadas garantías procesales. En este sentido, los rasgos que definirían al Derecho penal del enemigo coincidirían sustancialmente con las del denominado «Derecho penal de tercera velocidad». Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, 2.ª ed., 2008, pp. 179-183, distingue tres «velocidades» en el Derecho penal: una primera velocidad caracterizada por la existencia de penas de prisión y la rigidez en cuanto a los criterios clásicos de imputación y sus principios, la cual se encontraría presente en aquellas conductas significativas en términos de afectación o lesividad individual; una segunda velocidad conformada por aquellas conductas más alejadas de la lesión y en la que se impondrían penas más próximas a las sanciones administrativas, por lo que se podrían flexibilizar los criterios de imputación y las garantías político-criminales; una tercera velocidad, en la que el «Derecho penal de la cárcel» coexistiría con la relajación de los criterios de imputación y de las garantías político-criminales.

⁴⁴⁵ CANCIO MELIÁ, M., «Terrorism and Criminal Law», cit., p. 120. Tal y como señala TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 21, las respuestas excesivamente punitivistas legitiman a los gestores del miedo colectivo y refuerzan su poder; de manera similar, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 40. Sobre cómo una estrategia consistente en emplear un Derecho penal del enemigo puede agravar el conflicto véase el ejemplo empleado por LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y derecho*, cit., p. 56, referido al conflicto entre el Reino Unido e Irlanda del Norte. En agosto de 1971 el Reino Unido aprobó hacer uso del llamado modelo de guerra (*war model*) en el que, entre otras cosas, se podían llevar a cabo detenciones indeterminadas sin juicio. Pues bien, este modelo tuvo que ser abandonado en 1975 debido a que había aislado completamente a las tropas y autoridades británicas de la población civil de Irlanda del Norte. De igual manera, como indica CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 58, en Italia y Alemania, durante las décadas de 1970 y 1980 del siglo pasado, la expansión de la legislación antiterrorista no condujo tanto a evitar nuevos delitos como a atraer nuevos militantes, retrasando el proceso de disolución endógeno.

⁴⁴⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 810.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 809-811, señalando que junto a esta razón de Estado, converge el llamado derecho de resistencia, como derecho de los grupos sociales a enfrentar a quienes ejerzan el poder estatal de manera abusiva e incluso tiránica, lo que fundamentaría el recurso a medidas premiales. Las potenciales implicaciones en relación con la delincuencia terrorista de este derecho a la resistencia ya han sido anteriormente analizadas.

En primer lugar, el Derecho penal del enemigo puede encajar, en el plano fáctico, con la estrategia terrorista que habría de llevar a una escalada de la violencia. No solo no hay evidencias de que una mayor renuncia en las libertades lleve asociado un mayor éxito en la estrategia antiterrorista⁴⁴⁸, sino que, como señala Galán Muñoz, la sanción de conductas alejadas de la lesión de un bien jurídico individual con penas desproporcionadas a su gravedad objetiva, puede llegar a presentar a quienes las padecen como mártires que luchan contra un sistema draconiano⁴⁴⁹. Este efecto puede agravarse aún más si se tiene en cuenta que, en algunos casos, el adelantamiento de la barrera jurídico penal provoca que sea un juicio eminentemente subjetivo lo que determina la diferencia entre lo punible y lo no punible⁴⁵⁰, lo que puede reforzar la sensación de que el Estado es un ente represor si, por ejemplo, algunos de esos preceptos amenazan con introducir criterios asentados en estereotipos racistas que acababan desembocando en una afección a terceros no implicados⁴⁵¹.

Al margen de la consideración anterior, sería en el plano simbólico en el que el uso de un Derecho penal del enemigo reforzaría al terrorismo como estrategia. Y no solo debido a que vendría a reafirmar en el imaginario terrorista la idea de que la organización está librando una auténtica guerra⁴⁵², sino

⁴⁴⁸ Así lo destaca TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 50.

⁴⁴⁹ GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?», cit., p. 107.

⁴⁵⁰ Y es que, como ponen de manifiesto CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 36-37; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 820-821, en el Derecho penal del enemigo, el principio del hecho es solo visto como una puerta de entrada para la definición del autor como fuente de peligro.

⁴⁵¹ A este respecto el art. 575.2 CP, que regula el denominado autoadoctrinamiento, tipifica como delito la conducta de quien *acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines*. Nótese que la imperiosa necesidad de probar de manera suficientemente fehaciente y rigurosa el propósito delictivo del sujeto tiene difícil encaje en relación con la conducta descrita por la parte objetiva del tipo. En este sentido, el riesgo de que dicho propósito sea extraído del color de la piel, la religión o la nacionalidad del investigado no puede ser menospreciado. En relación con los diversos problemas de punición que plantea este precepto desde el plano objetivo, véase, por todos, PUENTE RODRÍGUEZ, L., «La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?», en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) / RUIZ ARIAS, M. (Coord.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis Ediciones, Salamanca, 2017, pp. 143-160.

⁴⁵² Así, FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, núm. 69, 2006, pp. 13, 16-17, defiende que el Derecho penal del enemigo no puede ser considerado derecho, sino que constituye su propia negación, pues la idea de enemigo pertenece a la lógica de la guerra en la que la que el adversario debe ser «suprimido». En un sentido similar, ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, cit., pp. 18, 129, considera que el concepto de enemigo introduce la dinámica de la guerra –limitada, media guerra o cómo se quiera llamar– en el Estado de derecho. Del mismo modo, resulta muy ilustrativa la afirmación de APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*, cit., p. 63, referida a que si la guerra es la continuación de la política por otros medios, la política criminal del enemigo es la continuación de una guerra –no propiamente dicha– por otros medios; véase también PRITTWITZ, C., «¿Para qué sirve el derecho penal en la lucha contra el terrorismo?», cit.,

porque desde dicha óptica los terroristas ya habrían conseguido la subversión del Estado. En la medida en la que la propia naturaleza y características del Derecho penal del enemigo socavan valores fundamentales del Estado de derecho, su uso como instrumento de combate contra el terrorismo lleva implícito un deterioro en los principios que precisamente se tratan de defender⁴⁵³, deterioro que amenazaría con extenderse a todo el ordenamiento.

Y es que el mayor riesgo asociado a este tipo de estrategias es, precisamente, la elevada posibilidad de acabar extendiéndose a personas y ámbitos no relacionados con la lucha armada de la organización subversiva. En la medida en la que el «enemigo» no posee un carácter óptico –esto es, identificable externamente– sino que se le define normativamente, pretender que ese aumento en severidad y extensión del poder punitivo puede quedar perfectamente limitado es, cuanto menos, ingenuo⁴⁵⁴.

En conclusión, el terrorismo no lleva asociada una necesidad equiparable a la existente en el contexto de un conflicto armado interno. La mayor victoria a la que puede aspirar el terrorismo es a que los Estados acojan regulaciones excepcionales en las que se socaven determinados derechos fundamentales para erradicarlo⁴⁵⁵, e incluso en este supuesto, solo podrá considerarse una verdadera victoria si se entiende que la reacción desmedida de los gobernantes constituye una erosión del ordenamiento atribuible a los terroristas⁴⁵⁶.

Asumir lo anterior significa aceptar que el fundamento de la extraordinaria renuncia a la pena en los contextos de pacificación de un conflicto armado que continúa activo no resultaría extrapolable a los escenarios de terrorismo subversivo. Empero, ello también implica que el Derecho penal del enemigo

p. 110, quien considera que el Derecho penal del enemigo supone emplear la lógica de la guerra contra el terrorismo. Y es que el propio JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano», cit., p. 43, califica al Derecho penal del enemigo de «guerra refrenada».

⁴⁵³ ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, cit., p. 11; como indica FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 814, «la ruptura de las reglas del juego se invoca en estos casos para tutelar las mismas reglas del juego: el Estado de derecho se defiende mediante su negación»; de manera similar, PRITTWITZ, C., «¿Para qué sirve el derecho penal en la lucha contra el terrorismo?», cit., p. 110, señala que el Derecho penal del enemigo acaba siempre con la derrota del Estado de derecho como fundamento de las sociedades civilizadas; en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 44, resaltando que el Derecho penal del enemigo lleva al Estado a su autodestrucción; de manera similar a los anteriores, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 163; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 45.

⁴⁵⁴ En profundidad, sobre ello, ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, cit., pp. 100-102.

⁴⁵⁵ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 40; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 44-45; de manera similar, TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y derecho*, cit., p. 36, el Estado constitucional cae en la provocación y cede sus «genuinas señas de identidad garantista».

⁴⁵⁶ ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., pp. 246-247; en sentido casi idéntico, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 77, considerando que es inapropiado hacerlo pues la sobrereacción no le resulta imputable.

carecería de toda legitimidad en atención a ese supuesto estado de necesidad. Esto último resulta relevante en la medida en que el Estado efectivamente haga uso de este, pues, como desarrollaré más adelante, las medidas premiales pueden resultar adecuadas como una forma de poner fin a las consecuencias de aquel derivadas una vez la organización resuelve cesar en su empeño subversivo y poner fin a la expectativa de falta de seguridad cognitiva que se le asocia⁴⁵⁷.

4.3 SUPUESTOS LÍMITE: LAS GUERRILLAS O MILICIAS URBANAS

Antes de entrar en el análisis de las consecuencias jurídicas del cese en la lucha armada, es necesario exponer un supuesto de hecho que en cuanto a necesidad se encuentra, a mi juicio, a medio camino entre la guerra de guerrillas y el terrorismo: los supuestos de guerrilla⁴⁵⁸ o milicias urbanas.

En relación con el primero de los fenómenos, Waldmann pone en duda que pueda siquiera existir, por considerar que la lógica guerrillera resulta impracticable en las grandes ciudades⁴⁵⁹, y ello por dos razones: en primer lugar, porque en ellas existen vías de comunicación que llegan hasta las zonas más recónditas, lo que impide que existan zonas inaccesibles para las fuerzas de seguridad, en las que las guerrillas encuentran el caldo de cultivo para su surgimiento⁴⁶⁰; en segundo lugar, porque, a consecuencia de la superpoblación, resulta casi inevitable dañar a terceros no involucrados en el conflicto, lo que restaría apoyo a la guerrilla entre la población civil⁴⁶¹.

En atención a lo anterior, el mencionado autor considera que el futuro de la violencia subversiva pasa por el terrorismo y no por la guerra de guerrillas⁴⁶². En este tipo de escenarios, ante la incapacidad de luchar militarmente por el dominio físico-geográfico, no queda más remedio que acudir al terrorismo y llevar el con-

⁴⁵⁷ *Infra* Capítulo III. IV.

⁴⁵⁸ Como uno de los ideólogos de este fenómeno, MARIGHELLA, C., *Mini-Manual of the Urban Guerrilla*, Abraham Guillen Press & Arm The Spirit, 2002.

⁴⁵⁹ WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 10.

⁴⁶⁰ Íd., «Terrorismo y guerrilla», cit., pp. 295-296; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 10. A este respecto, véase la claridad con la que expresa esta idea GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, cit., pp. 43-44: «las condiciones de sedentarización, en cuanto a la guerra de guerrillas, son inversas al grado de desarrollo productivo del lugar. Todos los medios favorables, todas las facilidades para la vida del hombre hacen tender a este a la sedentarización; en la guerrilla sucede lo contrario: mientras más facilidades haya para la vida del hombre, más incierta será la vida del guerrillero. Todo lo que es favorable a la vida humana con su secuela de comunicaciones, de núcleos urbanos y semiurbanos, de grandes concentraciones de gentes, de terrenos fácilmente trabajados por la máquina, colocan al guerrillero en una situación desventajosa».

⁴⁶¹ WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 10. 69.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 10; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 15.

flicto al plano comunicativo⁴⁶³. Y ello porque el terrorismo es económicamente más ventajoso: necesita menos personal y material, no requiere de unas condiciones topológicas determinadas y no precisa de un apoyo tan intenso de la población⁴⁶⁴. Además, las grandes urbes ofrecen condiciones objetivas favorables para el terrorismo: facilitan la clandestinidad y el anonimato⁴⁶⁵ y el terrorista puede emplear las propias infraestructuras del país para perpetrar sus ataques⁴⁶⁶.

En este sentido, es cierto que, en ocasiones, los actos de las organizaciones que así se denominan se enmarcan dentro de la lógica del terrorismo, con una importancia física o destructiva inferior a los daños psicológicos que causan, con total ausencia de una base territorial, y estando sus miembros condenados a la clandestinidad⁴⁶⁷. En estos supuestos, el calificativo «guerrilla urbana» sería una forma más o menos elegante de evadir el término «terrorista».

En cualquier caso, ello no siempre es así. La crítica de Waldmann tomó como punto de referencia las grandes urbes occidentales. Sin embargo, la lógica guerrillera sí resultaría en parte extrapolable a entornos urbanos de países en vías de desarrollo, concretamente a las denominadas «comunas» o «favelas». Se trata normalmente de construcciones asentadas en terrenos escarpados, con calles estrechas y sin asfaltar, en muchas ocasiones embarradas, lo que dificulta que el Estado pueda ejercer un control efectivo sobre ellas. Un ejemplo claro de que en estas condiciones puede desarrollarse un auténtico conflicto armado viene dado por lo sucedido en La Comuna 13 de Medellín, donde entre 1985 y el 2010, hubo enfrentamientos armados entre el Ejército y la Policía Nacional de Colombia, las FARC-EP y el ELN⁴⁶⁸. En estos casos, en los que la organización es capaz de enfrentar militarmente al Estado, no debería haber problema en reconocer la existencia de una necesidad de pacificación que avale el recurso a medidas premiales.

Mayores complicaciones presenta, sin embargo, los supuestos en los que en estas comunas o favelas no existe un conflicto armado, pero en los que la

⁴⁶³ Íd., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 296; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 11.

⁴⁶⁴ WALDMANN, P., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., p. 70.

⁴⁶⁵ REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 27.

⁴⁶⁶ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 74; PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht*, cit., p. 12.

⁴⁶⁷ WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla», cit., p. 306; de manera similar, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y principio de intervención mínima», cit., p. 77, afirma que el terrorismo permanece en el nivel de la guerrilla urbana. En este sentido, véanse las enseñanzas de uno de los idearios de este tipo de lucha, MARIGHIELLA, C., *Mini-Manual of the Urban Guerrilla*, Abraham Guillen Press & Arm The Spirit, 2002, especialmente, pp. 4-13, donde expresamente menciona la renuncia a todo dominio territorial y la necesidad de actuar desde la clandestinidad que proporcionan las grandes ciudades.

⁴⁶⁸ En profundidad, AA. VV., *Desplazamiento forzado en La Comuna 13: la huella invisible de la guerra*, Taurus, 2011.

estatalidad se encuentra igualmente limitada en la medida en la que la autoridad central –el Gobierno– carece de la capacidad de implementar y hacer cumplir reglas y decisiones, al menos temporalmente ⁴⁶⁹. En estos casos, la soberanía doméstica queda comprometida en tanto el Estado es incapaz de proporcionar una gobernanza efectiva y legítima ⁴⁷⁰. Un ejemplo claro lo constituye el Comando Vermelho en las favelas de Rocinha, Río de Janeiro, donde esta organización impuso y controló las cuarentenas por coronavirus ⁴⁷¹.

El principal problema a la hora de valorar la necesidad reside en que, en principio, se trata de organizaciones que pueden ser militarmente derrotadas por el Estado. Por el contrario, son supuestos en los que existen una incapacidad del Estado de proporcionar bienes colectivos y en los que, en muchas ocasiones, está presente un «gap» de legitimidad: el Estado no disfruta de la «lealtad de la población» ⁴⁷².

En estos escenarios, una intervención militar puede agravar la situación, más aún si el Estado no se hace cargo posteriormente, y de manera efectiva, del gobierno en la zona, evitando que se generen vacíos de poder. Se trata de contextos en lo que aquello que realmente es necesario es desarrollar una serie de reformas sociales y una inversión en infraestructuras que permita restar legitimidad a dichas organizaciones. Sin embargo, también en estos casos, la colaboración de quienes constituyen la autoridad *de facto* puede ser necesaria, por lo que la lógica premial resultaría en cierto modo extrapolable, si bien no tanto debido a una necesidad derivada del monopolio de la violencia, como del arraigo social de la organización entre los ciudadanos.

Excursus. El «terrorismo» como estrategia bélica

Terrorismo y guerra son fenómenos que pueden coexistir. Obsérvese, por ejemplo, que dentro del acervo de normas que componen el DIH existen dis-

⁴⁶⁹ Así, hago uso de la definición empleada por HAMID, L. / WOUTERS, J., «Rule of Law and Areas of Limited Statehood: Introduction and Perspective», en HAMID, L. / WOUTERS, J. (Eds.), *Rule of Law and Areas of Limited Statehood. Domestic and International Dimensions*, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 3, quienes destacan que la idea de estatalidad limitada no implica siempre la ausencia del monopolio de la violencia. De la misma manera, destaca que no existe una equivalencia entre la noción de estatalidad limitada y la existencia de un conflicto armado, CHAN, K., «Atrocity Prevention in Areas of Limited Statehood», cit., p. 245.

⁴⁷⁰ HAMID, L. / WOUTERS, J., «Rule of Law and Areas of Limited Statehood», cit., p. 7, entendiendo por gobernanza la existencia de distintos modelos institucionales de coordinación social capaces de producir e implementar normas vinculantes o proporcionar bienes colectivos.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 8.

posiciones que hacen expresamente uso de la palabra «terrorismo» en el contexto de un conflicto armado⁴⁷³. La creación de terror sobre la población civil o sobre aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades⁴⁷⁴ constituiría la esencia de la noción de terrorismo bajo el DIH.

Estos dos caracteres –terror y personas que no participan directamente en las hostilidades– están igualmente presentes en la jurisprudencia del TPIY referida al denominado «crimen de terror»⁴⁷⁵. Bajo esta denominación se subsumiría la conducta consistente en dirigir intencionadamente ataques –termino que englobaría tanto el empleo de la violencia como la amenaza de su uso– contra la población civil o personas que no forman parte de las hostilidades, causándoles graves sufrimientos, siendo el propósito primario propagar el terror entre ellos⁴⁷⁶. Asimismo, también quedarían subsumidos aquellos ataques que, sin estar directamente dirigidos contra la población civil, causaran graves sufrimientos en esta, a consecuencia de su carácter indiscriminado o desproporcionado⁴⁷⁷.

Desde una perspectiva subjetiva, la *mens rea* debe abarcar la intención específica de propagar el terror entre la población civil⁴⁷⁸, y lo debe hacer a título de dolo directo, quedando excluidos la imprudencia y el dolo eventual. No basta con que el sujeto activo acepte la probabilidad de que sus actos produzcan, de

⁴⁷³ Así, el art. 33 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra prohíbe –en el contexto de un conflicto armado internacional– toda medida de intimidación o terrorismo hacia la población civil. Del mismo modo, el art. 4.2.d) PA II dispone la prohibición, en todo tiempo y lugar, de los actos de terrorismo respecto de las personas que no participen directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas. Por último, y aunque ninguno de los preceptos emplea el término «terrorismo», el art. 51 PA I y el art. 13.2 PA II vedan los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

⁴⁷⁴ Mediante esta fórmula se designa a las persona que, en principio, gozan de la protección del DIH durante el desarrollo del conflicto armado. En cualquier caso, no hay una correspondencia absoluta entre este término y el de combatiente. Por un lado, existen personas que, aunque propiamente no son combatientes y en principio forman parte de la población civil, participan directamente en las hostilidades y, en consecuencia, pierde la protección que le brinda el DIH. Por otro lado, también existen personas que siendo formalmente combatientes no intervienen de manera directa en las hostilidades. Sobre el concepto de combatiente, de civiles sin protección y los criterios empleados en la jurisprudencia penal internacional para determinar la existencia de una participación directa en las hostilidades me remito íntegramente a GALLEGU ARRIBAS, D., «El colectivo policial como sujeto pasivo del crimen de guerra: a propósito del ataque del Ejército de Liberación Nacional en Bogotá», *Diario La Ley*, núm. 9457, 2019.

⁴⁷⁵ A este respecto, la jurisprudencia del TPIY no emplea propiamente el apelativo de «terrorismo», sino que hace uso de la denominación «*crime of terror*», lo que aquí he decidido traducir como crimen de terror. En este sentido, ICTY, Prosecutor v. Galić, Judgment, Trial Chamber I, IT-98-29-T, 5 December 2003, § 133; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, Judgment, Trial Chamber, IT-98-29/1-T, 12 December 2007, § 873.

⁴⁷⁶ ICTY, Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I, cit., § 133; ICTY, Prosecutor v. Galić, Judgment, Appeals Chamber, IT-98-29-A, 30 November 2006, § 100; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., § 875.

⁴⁷⁷ ICTY, Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber, cit., § 102; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., § 877.

⁴⁷⁸ ICTY, Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I, cit., § 133; ICTY, Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber, cit., § 104; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., § 878.

manera incidental, esa sensación de terror, sino que debe ser lo específicamente buscado⁴⁷⁹. El delito se consuma aunque esa sensación de terror no se llegue a producir finalmente, siendo suficiente con que los actos sean objetivamente idóneos para producirla⁴⁸⁰. Asimismo, la propagación de terror debe ser la intención primaria perseguida por el autor⁴⁸¹. Nada impide que coexistan simultáneamente otros propósitos políticos o militares ulteriores, si bien su concurrencia no sería necesaria para la realización del tipo⁴⁸².

A nivel probatorio, la existencia del ánimo de causar terror fue extraída de indicios asociados a la naturaleza de los ataques, el modo en el que fueron perpetrados, su tiempo y su duración⁴⁸³. En este sentido, la jurisprudencia del TPIY obtiene la evidencia a partir del carácter prolongado e indiscriminado de los hechos acaecidos en Sarajevo entre mayo de 1992 y agosto de 1995⁴⁸⁴. Durante este periodo de tiempo, el ejército serbio bombardeó y atacó con francotiradores diariamente a la población civil, principalmente cuando las circunstancias sugerían que las hostilidades habían cesado –por ejemplo, por haberse declarado una tregua– y era seguro para los civiles retomar sus actividades del día a día. Los civiles –incluidos los niños– eran atacados mientras estaban en el mercado, en sus propias casas, en parques, cementerios, hospitales o en la escuela, sin que hubiera actividad militar, o personal y equipo militar presentes en las inmediaciones⁴⁸⁵.

Adviértase que el término «terrorismo» no se emplea para designar un fenómeno delictivo autónomo en contextos de normalidad social, sino que designa un *modus operandi* en el marco de un conflicto armado⁴⁸⁶. En estos escenarios, el «terrorismo» queda configurado como una táctica complementaria, como una estrategia en la que se acude a un uso racional de la violencia dentro de un operativo militar más amplio⁴⁸⁷. Dentro de esta lógica, el propósito de cada uno de los actos de violencia no sería tanto causar pérdidas mate-

⁴⁷⁹ ICTY, Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I, cit., § 136.

⁴⁸⁰ ICTY, Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I, cit., § 134; ICTY, Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber, cit., § 103; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., § 880.

⁴⁸¹ ICTY, Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber, cit., § 104; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., § 879.

⁴⁸² ICTY, Prosecutor v. Galić, Judgment, Trial Chamber I, cit., § 133; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, Judgment, cit., § 879.

⁴⁸³ ICTY, Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber, cit., § 104; ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, Judgment, cit., § 881.

⁴⁸⁴ ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., § 881.

⁴⁸⁵ Véase entre otros, el relato contenido en ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, cit., §§ 907-908.

⁴⁸⁶ Así, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 49, señala que se produce una confusión entre el terrorismo como fenómeno delictivo autónomo y como método a emplear en escenarios de guerra.

⁴⁸⁷ WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 269. En consecuencia, no puedo estar de acuerdo con WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 55; íd., *Terrorismus und Bürgerkrieg*, cit., pp. 41-42, en que el recurso al terrorismo pierde su relevancia estratégica allí donde existe un conflicto armado más grande.

riales y humanas al adversario, como generar un impacto psicológico y emocional sobre terceras personas distintas a las víctimas directas⁴⁸⁸.

Sin embargo, al igual que sucedía con los delitos de terrorismo en sentido propio, las víctimas no son únicamente instrumentalizadas ante la sociedad. Cada acto de violencia no obedece únicamente a la voluntad de generar un estado de terror, sino que responde al fin de obtener una concesión político-militar en el marco del conflicto⁴⁸⁹. La victimización continuada de aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades constituye una forma de comunicación⁴⁹⁰, una medida de presión sobre los líderes políticos y/o militares de la contraparte. Como concluyó la Fiscalía del TPIY en el proceso contra *Stanislav Galić*, la intención última de estos actos es socavar el apoyo popular al gobierno y la moral de los combatientes, recordando a estos últimos que, mientras continúen las hostilidades, sus familias correrán más peligro que ellos mismos⁴⁹¹. El objetivo sería, por tanto, acelerar el proceso que conduce a la rendición del enemigo⁴⁹² en tanto cabría esperar que, al verse a sí mismo o a sus familias amenazadas, el conjunto de la población combatiente y no combatiente exija al Gobierno el cese de las hostilidades.

Nótese que, el calificativo de crimen de terror o «terrorismo» designaría entonces una serie de actos que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, resultarían subsumibles bajo la categoría de los crímenes de guerra en tanto quebrantarían uno de los principios rectores del *ius in bello*⁴⁹³. Concretamente,

⁴⁸⁸ En profundidad, MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 82-87. Comparten la idea de que las víctimas directas no son en estos supuestos el destinatario último de la violencia, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., p. 160; OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., pp. 117, 141, 150; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 219.

⁴⁸⁹ En este sentido, un sector de la doctrina considera que, de hecho, solo podrá predicarse de los actos el carácter propiamente «terrorista» cuando persigan un objetivo o concesión político-militar, OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., pp. 117, 141, 150, empleando el ejemplo de la rendición de una ciudad sitiada; véase también FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 219, quien considera que el ataque directo a la población civil tiene por objeto «influir sobre terceros y obtener, de ese modo, un resultado en la esfera política». En consecuencia, como indica *Ibid.*, pp. 319-320, por terrorismo en el marco de un conflicto armado habría de entenderse el ataque a bienes jurídicos personalísimos de individuos no implicados directamente en las hostilidades, con el fin de influir sobre terceros y obtener un resultado en la esfera política.

⁴⁹⁰ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., p. 82.

⁴⁹¹ ICTY, Prosecutor v. Galić, Judgment, Trial Chamber I, cit., § 576. Del mismo modo, MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 82-87, considera que la violación o la agresión sexual a las mujeres en el marco de un conflicto armado busca hacer ver a sus familiares y al resto de la sociedad que ya no pueden defender a esa persona y que es mejor que abandonen la lucha.

⁴⁹² WALZER, M., *Guerras justas e injustas*, cit., p. 225, empleando el ejemplo de los asedios, considera que el objetivo es que la muerte de los civiles doblegue la voluntad de los líderes políticos o militares. El objetivo es la rendición, el medio empleado los civiles.

⁴⁹³ Así lo consideran, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 158-159; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 127; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 219; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Asesinatos selectivos en la «guerra punitiva» contra el terrorismo», *In-*

la idea de terrorismo quedaría asociada al quebrantamiento del principio de distinción durante la conducción de las hostilidades que rige en el DIH⁴⁹⁴. Este principio *del ius in bello* dictamina que los ataques en el marco de un conflicto armado se deben dirigir contra objetivos militares y, en el caso de que la población que no participa directamente en las hostilidades o bienes de carácter civil hayan de verse necesariamente afectados, los ataques deberán respetar el principio de proporcionalidad, es decir, los daños causados no podrán ser excesivos respecto de la ganancia militar obtenida⁴⁹⁵.

A este respecto, estoy de acuerdo con Fakhouri Gómez en que la diferencia del terrorismo como subtipo de los crímenes de guerra con otras modalidades de aquellos –como, por ejemplo, aquellos asociados con la infracción de las reglas referidas a los métodos de combate– es de especialidad en atención al sujeto pasivo⁴⁹⁶.

El «terrorismo» constituiría aquí un subtipo de los crímenes de guerra, poseyendo un desvalor que no estaría presente en los delitos de terrorismo en sentido propio. Este injusto añadido estaría relacionado con los presupuestos que determinarían la existencia de un conflicto armado interno: la ausencia de un monopolio de la fuerza militar sobre un determinado territorio.

Dret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 1, 2017, p. 9. En este sentido, algunos preceptos del derecho positivo vendrían a respaldar esta idea. Así, tanto el art. 4.d) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como el art. 3.d) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, castigan los actos de terrorismo como violaciones graves del art. 3 común y del PA II. De la misma manera, como ya he señalado anteriormente, el crimen de terror se vincula en la jurisprudencia del TPIY al delito de violación de las costumbres de la guerra.

⁴⁹⁴ MÜNKLER, H., *The New Wars*, cit., pp. 3, 74-75; OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional*, cit., pp. 152-153; KALDOR, M., *International Law*, cit., p. 14; ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo*, cit., p. 123. En un sentido similar, vinculando la noción de terrorismo en el marco de un conflicto armado al hecho de que el sujeto pasivo del ataque sea la población civil, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 159-160; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Asesinatos selectivos», cit., p. 9; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 225-230. A este respecto, véase, ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Appeals Chamber, cit., § 102, donde se afirma que el crimen de terror se trataría de un derivado de la prohibición general que rige en el DIH de atacar directamente a la población civil. Esta vinculación también aparece en algunos instrumentos de derecho positivo. A nivel internacional, el art. 2.1.b) del convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, entiende por terrorismo la comisión de cualquier acto «destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado [...]». A nivel nacional, el art. 144 del CP colombiano define el terrorismo en el contexto de un conflicto armado como realizar u ordenar llevar a cabo «ataques indiscriminados o excesivos [...]» o hacer objeto «a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia». De la misma forma, el art. 1 de la Mali Law n° 2016-008 of 17 March 2016, considera terrorismo en el marco de un conflicto armado «cualquier acto dirigido a matar o herir a un civil o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades [...]».

⁴⁹⁵ Véase el art. 57 PA I como precepto de DIH en el que se recoge este principio de distinción. Del mismo modo, en el Estatuto de Roma este principio se canaliza en el art. 8.2. b) (i), (ii) y (iv); art. 8.2.c) ER; art. 8.2. e) (i) ER.

⁴⁹⁶ FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 319.

Salvando las distancias, el fundamento de este mayor desvalor objetivo puede relacionarse con el de la llamada alevosía por desvalimiento, esto es, aquellos casos en los que el sujeto activo, por las circunstancias estructurales de la víctima, puede ejecutar el hecho sin que exista un riesgo hacia su persona procedente de la posibilidad de defensa de aquella⁴⁹⁷. La diferencia residiría en que en el terrorismo como subtipo del crimen de guerra la situación de absoluta indefensión no derivaría de condiciones personalísimas de la víctima, sino de la ausencia o fragilidad, en todo o en parte, de la estructura institucionalizada que habría de darle protección⁴⁹⁸. De este modo, cada acto individual cometido bajo dichas circunstancias albergaría un mayor injusto objetivo para los individuos y sus bienes en tanto la existencia del conflicto armado elevaría el riesgo para la víctima, facilitando que el autor alcance su propósito⁴⁹⁹. En los delitos de terrorismo en sentido propio, si bien es frecuente que se cometan de manera alevosa en atención a los medios o los modos de comisión empleados, esta dimensión no estaría presente.

IV. ¿UNA JUSTIFICACIÓN PREMIAL ALTERNATIVA? LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ABANDONO DE LA LUCHA ARMADA

Hasta este punto he analizado en qué medida resultarían trasladables a los delitos de terrorismo dos de las posibles justificaciones que subyacerían a la renuncia de la pena en los escenarios tradicionales de la justicia de transición. La primera de ellas, la referida a la potencial conexidad con el delito político, ha sido rechazada con carácter general por anacrónica, si bien en Estados autoritarios podría llegar a fundamentar una atenuación en la condena a imponer. Por otro lado, en relación con la justificación utilitaria vinculada a la necesidad de pacificación, he puesto de manifiesto que el terrorismo, aunque puede conseguir algunas victorias en un plano simbólico allí donde el Estado cede a la provocación, no supone, desde una perspectiva fáctica, una amenaza objetivamente capaz de subvertir el orden constitucional vigente.

Sin embargo, sería arriesgado afirmar que, por ello, el recurso a medidas que impliquen una reducción total o parcial de la pena quedaría completamen-

⁴⁹⁷ Véase, sobre esta clase de alevosía, PEÑARANDA RAMOS, E., «Asesinato», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal*, Francis Lefebvre, 2022, pp. 851-852.

⁴⁹⁸ WALDMANN, P., «Gesellschaften im Bürgerkrieg», cit., p. 147, indicando que en estos escenarios los individuos corren el riesgo de ser victimizados por ambos contendientes.

⁴⁹⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 143.

te limitado a las atenuantes genéricas previstas en los distintos ordenamientos penales nacionales. Que la necesidad de pacificar la sociedad sea cualitativamente inferior a la presente en el marco de un conflicto armado no implica que no exista, o que si efectivamente se alcanza tal fin –aun cuando sea por victoria policial frente a la organización– no puedan derivarse de ello, en atención a las circunstancias, determinadas consecuencias.

La finalidad de este apartado será entonces analizar en qué medida la resolución de abandonar la lucha armada puede repercutir en una pena inferior en los distintos delitos de terrorismo. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la decisión de cesar en el empleo de la violencia puede adoptarse en dos niveles diferenciados: por un lado, en el nivel individual, por quien se disocia de una organización que continúa activa; por el otro, en el nivel colectivo, cuando es la estructura organizativa en su conjunto la que resuelve poner fin al enfrentamiento armado con el Estado.

1. El abandono individual de la estructura colectiva

Tomando como punto de partida el hecho de que el terrorismo requiere necesariamente de la existencia de una estructura organizativa⁵⁰⁰, a nivel comunitario europeo⁵⁰¹, y especialmente en los ordenamientos jurídicos de aquellos países que han sufrido en mayor medida este fenómeno, pueden encontrarse determinados preceptos en los que se atenúa e incluso se exime de la pena a quien se disocia de la organización y colabore con las autoridades policiales o judiciales.

⁵⁰⁰ A este respecto, no puede decirse que la concesión de medidas premiales consistentes en la renuncia en todo o en parte a la pena a los fines de acabar con un determinado sistema de injusto sea algo novedoso. Así, véase el magnífico estudio que lleva a cabo CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 28-129, en relación con los antecedentes históricos de la atenuación de la pena en el marco de la delincuencia organizativa, de manera genérica, y de la delincuencia terrorista, de manera específica. De manera más somera, en relación con el ordenamiento jurídico italiano, DIAMANTI, F. / DUCOLI, G. / ROSSI, F., «National Reports: Italy», cit., pp. 23-24, ponen de manifiesto que la existencia de medidas premiales para alcanzar un determinado estado de pacificación en el marco de la delincuencia organizada se remonta a la edad media y es posible rastrearla en los siglos XV y siguientes; del mismo modo, ALIX, J. / DERASSE, N. / MARECHAL, J. Y. / QUENTIN, C., «National Reports: France», en DONINI, M., et al. (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, p. 183, destacan que, en el ordenamiento jurídico francés, este tipo de figuras estaban presentes en el Código Penal Napoleónico y también durante la época del terrorismo anarquista a finales del siglo XIX.

⁵⁰¹ No me voy a detener en esta investigación en el análisis del *common law*. En relación con estos ordenamientos, en especial respecto del denominado *guilty plea* o la figura del «testigo de la corona», véase, por todos, CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., pp. 129-167.

A este respecto, el art. 16 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento y el Consejo de Europa prevé que los Estados miembros podrán reducir las penas a los condenados por delitos de terrorismo si el responsable: «a) abandona la actividad terrorista; y, b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y, con ello, les ayude a: i) impedir que se cometa el delito o atenuar sus efectos, ii) identificar o procesar a los otros responsables criminales, iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos». El art. 579 bis.3 del CP⁵⁰², los párrafos 129 (7) y 129a (7) del StGB⁵⁰³, el art. 270 bis.1 del CPIT⁵⁰⁴, o los arts. 422-2 y 450-2 del CPF⁵⁰⁵ constituyen ejemplos específicos de normas en las que se plasma dicha facultad de atenuación de la pena.

Cada uno de estos preceptos lleva asociadas unas condiciones, efectos y alcance material distintos. Aunque no es el objetivo de esta investigación llevar a cabo un análisis pormenorizado de cada uno de ellos y sus diferencias⁵⁰⁶, sí creo conveniente señalar una serie de aspectos compartidos. Lo primero que debo

⁵⁰² El mencionado precepto establece respecto de los delitos de terrorismo la posibilidad de que los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, impongan la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

⁵⁰³ Así, el § 129a (7) StGB señala que respecto de los delitos en él regulados –a saber, los relacionados con la constitución, dirección o pertenencia a una organización terrorista– resultará de aplicación lo dispuesto en el § 129 (7) StGB, donde se prevé que el tribunal pueda mitigar la pena o abstenerse de imponer un castigo en virtud de estas disposiciones si el delincuente: i) se esfuerza voluntaria y seriamente por evitar la continuación de la asociación o la comisión de un delito de acuerdo con sus objetivos; o, ii) revele voluntariamente su conocimiento a una autoridad con la suficiente antelación como para poder evitar los delitos cuya planificación conoce. En aquellos casos en los que el delincuente consigue su objetivo de impedir la continuidad de la asociación o si lo consigue sin su esfuerzo, no será castigado.

⁵⁰⁴ El citado artículo prevé que para los delitos cometidos con fines de terrorismo o subversión del orden democrático, en lo que respecta al participante que, desvinculándose de los demás, actúa para evitar que la actividad delictiva tenga consecuencias ulteriores, o ayuda concretamente a las autoridades policiales y judiciales a reunir pruebas decisivas para la identificación o captura de los participantes, la cadena perpetua se sustituye por una pena de prisión de entre doce y veinte años y las demás penas se reducen entre un tercio y la mitad. Aparte del caso previsto en el cuarto párrafo del art. 56, no se castigará a la persona culpable de un delito cometido con fines terroristas o de subversión del orden democrático que impida voluntariamente el hecho y aporte pruebas decisivas para la reconstrucción exacta del mismo y para la identificación de los posibles cómplices.

⁵⁰⁵ A este respecto, el art. 422-2 del CPF establece que la pena privativa de libertad en que incurra el autor o cómplice de un acto de terrorismo se reducirá a la mitad si, habiendo avisado a las autoridades administrativas o judiciales, ha permitido poner fin a los actos incriminatorios o evitar que el delito produzca muerte o invalidez permanente e identificar, en su caso, a los demás autores. Cuando la pena sea de cadena perpetua, se reducirá a veinte años de prisión. Por otro lado, el art. 450-2 del mismo Código recoge la exención de la pena por el delito de pertenencia a organización criminal para todos aquellos individuos que, antes de cualquier acción judicial, revelan la existencia de la agrupación o el cártel a las autoridades competentes y permitan la identificación de los demás participantes.

⁵⁰⁶ Para un análisis en profundidad sobre la regulación premial de los delitos de terrorismo en los principales ordenamientos jurídicos europeos, sus diferencias y similitudes, véase DONINI, M., *et al.* (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021.

destacar es que bajo el literal de las distintas normas se agrupan conductas diferenciadas. La primera de ellas sería el abandono de la actividad armada, que se erige como condición necesaria, pero no suficiente para la atenuación o exclusión de la pena. Adicionalmente a la conducta anterior se exige o bien la colaboración para identificar al resto de miembros de la organización, o bien la evitación de algún delito en concreto o el impedimento de la continuidad de la actividad delictiva de la organización en abstracto⁵⁰⁷. Asimismo, también suele ser frecuente que la posibilidad de excluir completamente la pena se reserve a los delitos de pertenencia o colaboración, de suerte tal que en los delitos donde lo lesionado son bienes jurídicos personalísimos únicamente pueda atenuarse la pena, pero no renunciarse completamente a ella⁵⁰⁸.

A pesar de que ha sido muy frecuente calificar en la práctica a los individuos que desarrollan algunas de las conductas anteriores como arrepentidos o *pentiti*⁵⁰⁹, lo cierto es que el fundamento de este tipo de medidas poco tiene que ver con la existencia de un arrepentimiento en sentido moral o religioso que lleve al sujeto a modificar su sistema de valores y, consecuencia de ello, a convertirse en merecedor de un premio⁵¹⁰. Por el contrario, y más allá de aquella parte de los preceptos que regulan actuaciones que habrían de conducir a la impunidad por las reglas generales del desistimiento en la tentativa⁵¹¹, la re-

⁵⁰⁷ Como indica GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., pp. 10-11, no basta con que el sujeto se comprometa seriamente y haga todo lo que esté en su mano para colaborar. Los efectos premiales solo tendrán lugar si la conducta es idónea para conseguir las finalidades descritas. Así, considera la autora que, en la medida que ello se aparta del modo en el que se regula el comportamiento postdelictivo en la criminalidad común, se trataría de una lógica que se insertaría en el llamado Derecho penal del enemigo.

⁵⁰⁸ Así sucede en relación con el art. 422-2 del CP. En España, actualmente el art. 579 bis.3 CP no permite la exclusión total de la pena. Sin embargo, su antecedente legislativo, el art. 6 de la LO 9/1984 sí preveía tal posibilidad, quedando excluida para los delitos de homicidios y lesiones. De manera similar, en Alemania, la denominada *Kronzeugengesetz* preveía la posibilidad de que la fiscalía, con el consentimiento del TS alemán, renunciará al enjuiciamiento de los delitos asociativos de quien directamente o por medio de un tercero revelara información que permitiera la comisión de determinados delitos, contribuyera a la clarificación de los mismos más allá de su propia contribución, o llevara a la captura de los autores o partícipes en aquellos. Quedaban fuera de este beneficio los delitos de homicidio, si bien se preveía la posibilidad de atenuar la pena hasta los 3 años de prisión, incluida la cadena perpetua.

⁵⁰⁹ En este sentido, el que a esta práctica se le asocie el término «arrepentimiento» está directamente asociado con sus orígenes en la legislación italiana, donde, como indica FERRACUTI, F., «Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico 11, 1986, pp. 303 ss., se calificaba a los individuos que abandonaban la estructura delictiva y se beneficiaban de lo dispuesto en la ley núm 304 de 29 de mayo de 1982 como *pentiti*.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 308; de la misma manera, DONINI, M., «Introduction to a European Project for “Rewarding Measures” to Prevent Terrorism», en DONINI, M., et al. (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, p. 8.

⁵¹¹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, p. 571, en los casos en los que el terrorista impide la consumación del delito. En relación con el desistimiento en la tentativa, por todos, POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, 2003.

nuncia a la pena poseería, el mismo fundamento que subyace a aquella en los contextos transicionales tradicionales: la pacificación de la sociedad⁵¹².

A este respecto, la pacificación no debe ser entendida en un sentido positivo, como promoción de la justicia social, o restaurativo, esto es como reconciliación entre víctima, victimario y sociedad, pues es evidente que, así entendida, aquella no puede ser alcanzada solo por medio de preceptos premiales⁵¹³, sino que requiere, como ya he señalado en esta investigación, de medidas de carácter extrapenal.

Por el contrario, el término pacificación habría de entenderse en un sentido similar a lo que en este trabajo ha sido denominado como «paz negativa». Y digo similar porque no existiría una absoluta equivalencia. La diferencia residiría en la intensidad cualitativa de la violencia que se quiere dejar atrás. Mientras en esta investigación se ha entendido la «paz negativa» como mantenimiento de los niveles de violencia dentro de la capacidad normal del sistema, la pacificación buscada mediante este tipo de preceptos premiales habría de entenderse en un sentido preventivo-general mínimo, es decir, como la reducción de la probabilidad o la evitación de la comisión de nuevos delitos por la estructura colectiva⁵¹⁴. Así, al margen de la obtención de información con la que auxiliar a las autoridades policiales y judiciales en la clarificación del delito ya cometido, el principal objetivo de este tipo de preceptos sería el de contribuir a desmembrar la organización quebrando la cohesión del grupo⁵¹⁵.

⁵¹² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1996, p. 3, quien añade que en última instancia lo que se trata es de resolver problemas de convivencia social.

⁵¹³ En esta dirección parece ir CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., p. 315, cuando afirma que tal y como están configurados este tipo de preceptos, su finalidad no sería la de pacificar la sociedad y resocializar al victimario. En cualquier caso, como señala NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 131, en ocasiones la actuación de los victimarios puede servir para dar satisfacción al derecho a la verdad de las víctimas, esclareciendo los crímenes sin resolver.

⁵¹⁴ A este respecto, señalan que el objetivo de este tipo de preceptos es la prevención de futuros posibles atentados, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto», cit., p. 578; MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista*, cit., p. 226; DONINI, M., «Introduction to a European Project», cit., pp. 8-9; CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», en DONINI, M., et al. (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 259-297. Véase también, GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., p. 9, indicando que, concretamente, el objetivo es socavar o debilitar los elementos fácticos de disciplina y jerarquía de la organización.

⁵¹⁵ MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista*, cit., p. 227; CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., p. 319; id., «El premio por abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2004, p. 24; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, cit., p. 130; CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», cit., p. 259. En un sentido similar, SATZGER, H. / BORN, P., «National Reports: Germany», en DONINI, M., et al.

Más allá de las críticas que desde un plano sustantivo y procesal pueden efectuarse y en las que no me voy a detener⁵¹⁶, resulta necesario destacar que la eficacia de esta estrategia premial –y estas consideraciones son extensibles a los escenarios tradicionales de transición– parece condicionada a la fortaleza interna de la organización y al apoyo recibido de su entorno social. Si la organización goza de un importante apoyo popular, por haber permeado sus ideales entre un sector de la población que percibe a aquella como referente de una determinada identidad colectiva, la necesidad de pacificación puede ser mayor.

No obstante, paradójicamente, el ofrecimiento de medidas premiales puede que, en este contexto, no incentive el abandono o la colaboración⁵¹⁷. Ello en tanto durante su fase de apogeo, los efectos ya analizados que la organización desplegaría sobre el individuo se maximizan, lo que, en abstracto, eliminaría o reduciría significativamente cualquier posible contingencia en su comportamiento respecto de los patrones impuestos por el colectivo⁵¹⁸, y, en concreto, minimizaría las posibilidades de disociarse y colaborar con las autoridades.

Empero, si la organización se encuentra en sus primeros estadios de vida⁵¹⁹, o en su fase de decadencia, la predisposición de los individuos a aceptar la atenuación o renuncia a la pena ofrecida por el Estado sería mayor⁵²⁰. De hecho,

(Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, p. 214.

⁵¹⁶ Para ello, véase, por todos, CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., pp. 555-669, siendo las más relevante, a mi juicio, el que en los supuestos de delación se invierte la carga de la prueba y se vulnera la presunción de inocencia del delatado; así como la vulneración del principio de igualdad y proporcionalidad de la pena en la medida en que los máximos beneficiarios serán los líderes de la organización.

⁵¹⁷ Íd., «El premio por abandono de la organización», cit., pp. 18-19, añadiendo que en este contexto los integrantes de la estructura subversiva pueden pensar que gozan del apoyo interior y exterior suficiente como para alcanzar su propósito; de manera similar, GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., p. 14; CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», cit., p. 263, quienes, como la anterior autora, lo ejemplifican a partir del escaso éxito que tuvo en España la articulación de un sistema premial en relación con ETA militar durante los años 80 del siglo pasado. En cualquier caso, existen otros motivos que pueden explicar el relativo fracaso del modelo premial respecto del terrorismo de ETA. Como señala CUERDA ARNAU, M. L., «El premio por abandono de la organización», cit., pp. 14, 19, la ausencia o ineficacia de los mecanismos de protección de testigos pudo ser otra de las causas, así como el hecho de que en el momento de su entrada en vigor ETA aun enfrentaba estructuras e instituciones herederas del franquismo y, en este sentido, vulnerables en lo que a una perspectiva de legitimidad se refiere.

⁵¹⁸ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 186.

⁵¹⁹ A este respecto, junto a una estrategia de corte premial, satisfacer demandas agregadas entre los grupos sociales que dotan de mayor soporte a la organización o que, al menos, se encuentran en el mismo sector ideológico puede favorecer su temprana disolución. Así, REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 133, señalando que este tipo de estrategia logró en los década de 1980 en USA, en un contexto en el que existían organizaciones terroristas de izquierda en una fase emergente, que muchos de los potenciales integrantes no ingresaran en la organización y decidieran integrarse trabajando en el marco de los programas de reforma implementado.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 186.

incluso quienes discuten la eficacia de este tipo de medidas reconocen su idoneidad para, en los supuestos de organizaciones terroristas clásicas⁵²¹, dañar las bases de su estructura en momentos de crisis interna⁵²². En esta coyuntura, se aminorarían los efectos derivados de la interacción colectivo-individuo de suerte tal que la perspectiva de una pena menor puede provocar una variación en el cálculo coste-beneficio del sujeto y llevar a aquel a abandonar la organización⁵²³.

Así, en Italia la llamada *legislazione dell'emergenza*⁵²⁴ supuso todo un éxito a efectos de acelerar el fin de las organizaciones terroristas de distinto signo surgidas durante los denominados *anni di piombo*⁵²⁵. Del mismo modo, en España, las medidas premiales ofrecidas dentro de la política de reinserción

⁵²¹ Y es que, otra de las objeciones que generalmente se hace a este tipo de preceptos es el de su escaso recorrido ante el terrorismo yihadista, en el que, como indica CUERDA ARNAU, M. L., «El premio por abandono de la organización», cit., p. 9, no existe una clara estructura a la que destruir y en la que sus integrantes, muchas veces dispuestos a perder la vida en la comisión de los atentados, realizarían una aproximación menos racional al cálculo coste-beneficio. Sin ánimo de entrar en profundidad en esta crítica, considero que, por un lado, nada impide, como en relación con la experiencia italiana pone de manifiesto DI PESO, V., «Collaborators of Justice in the Context of Countering International Terrorism. Italian Cases», en DONINI, M., et al. (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 81-92, que puedan alcanzarse éxitos de carácter parcial como la desarticulación de una determinada célula o de un campo de entrenamiento. Por otro lado, respecto de la segunda objeción, considero que no puede desconocerse que la radicalización es un proceso progresivo a lo largo del cual la amenaza de la pena despliega efectos diferenciados en función del estadio temporal en que se encuentre el individuo. Así, por ejemplo, el mensaje disuasorio de la pena tendrá mayor probabilidad de ser «escuchado» por aquellos sujetos que se hallan en fases muy iniciales de su radicalización y cuyas convicciones no estén fuertemente asentadas, que por aquellos situados en estadios más avanzados y cuyas creencias se hayan vigorosamente arraigadas. Respecto del primer grupo de individuos, la potencial renuncia a la pena puede favorecer que el individuo inicie un proceso de desradicalización. Así, véase el magnífico estudio que lleva a cabo NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La colaboración con la justicia de los condenados por terrorismo yihadista: posibles enseñanzas a partir de un estudio jurisprudencial», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 23, 2021, pp. 1-25, donde pone de manifiesto como los individuos actuaban más por sus necesidades sociales que por ideología, lo que facilita la colaboración y la delación. Del mismo modo, también señala que los lazos sociales entre individuos son menores que en el terrorismo clásico, lo que también es funcional a que el individuo acepte la oferta a colaborar del Estado. A ello también ayudaría el que el entorno social más inmediato no desaprobe una conducta de colaboración con el Estado, lo que sí sucedía, por ejemplo, con ETA.

⁵²² CUERDA ARNAU, M. L., «El premio por abandono de la organización», cit., pp. 15-16, 18-19; también en esta dirección, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, cit., p. 133.

⁵²³ CUERDA ARNAU, M. L., «El premio por abandono de la organización», cit., pp. 18-19, indicando que ello puede provocar una variación en la percepción individual de los costes y reforzar los estímulos del abandono.

⁵²⁴ Bajo esta denominación habrían de incluirse, al menos, las siguientes leyes: i) ley núm. 625 de 15 de diciembre de 1979; ii) ley núm. 15 de 6 de febrero de 1980; iii) ley núm. 304 de 29 de mayo de 1982; iv) ley núm. 34 de 18 de febrero de 1987. En todas ellas se preveían, con distinto alcance y exigencias, medidas premiales en relación con los delitos de terrorismo. Un análisis en profundidad sobre ellas puede consultarse en íd., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., pp. 171-210.

⁵²⁵ Por todos, FERRACUTI, F., «Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas», cit., pp. 306, 326, señala que de 1979 a 1984 en torno a un 40 por 100 de los terroristas condenados o en prisión provisional abandonaron las distintas organizaciones.

impulsada por el Gobierno de Felipe González favorecieron la completa desaparición de la autodisuelta ETA político-militar⁵²⁶. De hecho, los beneficios asociados a la mera disociación parecen quedar limitados, precisamente, a este tipo de escenarios en los que la organización terrorista ya se encuentra muy debilitada y el Estado trata de favorecer su completa disolución. Así sucedió en Italia con la ley núm. 34 de 18 de febrero de 1987⁵²⁷ y también en los años 80 en España en el mencionado proceso de autodisolución de ETA político-militar. En este último, al margen de las previsiones del Código Penal y en el marco de una política en la que se encontraban implicados el Gobierno vasco, el Defensor del pueblo, los Ministerios de Justicia e Interior y la AN, se concedieron una serie de indultos a aquellos miembros de la organización que manifestaban su rechazo a la vía armada, sin que se les exigiera ningún tipo adicional de colaboración o delación⁵²⁸.

A este respecto, estimo relevante detenerme brevemente en la cuestión referida a si, fuera del supuesto anterior, el simple abandono de la estructura organizativa debe ser condición suficiente para la apreciación de la atenuación o no. Esta enlaza con los dos aspectos hasta aquí desarrollados: el fundamento de la renuncia a la pena y la idoneidad práctica de este tipo de estrategias. Así, desde un sector de la doctrina se ha defendido que, en la medida en que este tipo de preceptos nacen con una vocación utilitaria, habrían de ser configurados de una forma no excesivamente restrictiva, por lo que sería deseable no adicionar al re-

⁵²⁶ MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista*, cit., pp. 238-243, señalando el tipo de medidas que se adoptaron, principalmente indultos de los que quedaban excluidos aquellos que cometían delitos de sangre. Como indica el mencionado autor, la causa de atenuación de la pena contenida en el art. 6 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, antecedente histórico del actual art. 579 bis.3 CP, apenas fue aplicada, prefiriéndose bien la vía del indulto, bien la apreciación de la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo muy cualificada. En relación con las medidas asociadas a dicho proceso de autodisolución, véase también, CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., pp. 110-111, 497 ss.

⁵²⁷ El art. 2 de la mencionada ley contemplaba una reducción de la pena para quienes simplemente se disociaran, entendiéndose por disociación el abandono definitivo de la organización o del movimiento terrorista o subversivo al que el sujeto había pertenecido, exigiéndose conjuntamente: i) la admisión de las actividades efectivamente desarrolladas; ii) el desarrollo de comportamientos incompatibles con la permanencia del vínculo asociativo; iii) el repudio de la violencia como método de lucha política. Si el victimario satisfacía todas las condiciones anteriormente mencionadas, tenían lugar los siguientes efectos: a) la cadena perpetua quedaba conmutada por una pena de prisión de 30 años; b) se reducía un cuarto la pena por los delitos más graves; c) se reducía a la mitad la pena por el delito asociativo, de apología, falsedades y tenencia de armas; d) en el resto de supuesto se aminoraba la pena en un tercio.

⁵²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto», cit., p. 591, poniendo de manifiesto que se trataba de una vía menos exigente que la recogida en la LO 9/1984, en la que sí se exigía, al menos, la confesión de los hechos previos. En todo caso, debe tenerse en cuenta, que se excluía de esta posibilidad a quienes cometían delitos de sangre. Así, véase, Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S. M.*, 1985, p. 162.

quisito de la disociación otras exigencias que pudieran provocar que queden potencialmente incapacitados para alcanzar su finalidad⁵²⁹.

Aunque puedo estar de acuerdo en que exigencias demasiado onerosas llevarían a estos preceptos a la irrelevancia práctica, también considero que relajar en demasía las condiciones que el victimario debe satisfacer puede conducir a que se reconozca un efecto atenuador a comportamientos que, objetivamente, poco o nada encajen en el fundamento de la atenuación, esto es, el debilitar la estructura colectiva. Si el ente colectivo atraviesa un periodo de crisis, por estar disolviéndose o existir un cisma entre sus miembros, asociar una serie de ventajas al abandono individual favorece la debilitación progresiva de la organización. Empero, la situación es distinta si aquella disfruta de cierta fortaleza, pues en tales casos la mera disociación del individuo es insuficiente para debilitarla en atención a la fungibilidad de sus miembros⁵³⁰. Por ello, creo razonable exigir a aquel conductas, como la identificación de otros miembros u otras que no requieran un señalamiento individual –pienso aquí, por ejemplo, en el revelar la ubicación de depósitos de municiones o explosivos–, que impliquen un mayor daño logístico a la organización.

Cuestión distinta es que a la simple disociación no se le puedan asociar determinados beneficios allí donde existe una legislación que toma como referencia a la hora de fijar las consecuencias jurídico-penales de una conducta la existencia de una elevada peligrosidad en el individuo. Empero, en este caso el fundamento de los beneficios no sería de carácter utilitarista, relacionado con la pacificación de la sociedad, sino que respondería a cuestiones de necesidad de la pena desde la perspectiva preventivo-especial de inocuidad⁵³¹. Esto permite trazar un paralelismo entre el abandono individual de la violencia y el cese colectivo de la misma que analizaré a continuación.

⁵²⁹ En relación con el ordenamiento jurídico-español, como indica CUERDA ARNAU, M. L., «El premio por abandono de la organización», cit., pp. 22-25, al convertir las condiciones en cumulativas se hace prácticamente imposible acceder a los beneficios, pues generalmente quien se encuentra disociado no tiene la capacidad de evitar los efectos del delito o, puede no querer disociarse si ello conlleva delatar a quien hasta hace poco era su compañero; en la misma dirección, CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», cit., p. 262, señalan que los nuevos requisitos del art. 579 bis.3 CP hacen que la concesión de sus beneficios sea virtualmente imposible. En relación con la Directiva (UE) 2017/541, DONINI, M., «Introduction to a European Project», cit., p. 4, considera que la nueva configuración de su art. 16 lo debilita en su atractivo al imponer al colaborador condiciones muy elevadas a su contribución. Considera el mencionado autor que las consideraciones de prevención general se imponen a las de prevención especial. Sin embargo, no puedo estar de acuerdo, ya que incluso la prevención general puede verse muy afectada si se favorece la continuidad de la organización en lugar de debilitar su estructura.

⁵³⁰ Esta afirmación resulta sin duda matizable en relación con el hecho de si quienes se disocian hacen parte de la estructura de mando de la organización o no. Respecto de los primeros, muchos de los cuales además son los ideólogos del movimiento, su disociación puede suponer un *shock* para la organización, pues su fungibilidad es menor que la de los segundos individuos mencionados, cuya decisión de abandono poco o ningún daño hace a la estructura en atención a que pueden ser sustituidos con facilidad.

⁵³¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 78, defendiendo que el fundamento material de este tipo de cláusulas se encontraría en la disminución de la necesidad de una reacción penal tan dura como la prevista por la ley para este tipo de delitos; en la misma dirección, CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», cit., p. 261. Véase también, GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., p. 19, quien considera que quien abandona la organización lleva a cabo una conducta estructuralmente similar al desistimiento. De hecho, como señala NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, cit., p. 133, las conductas a las que

2. El alcance premial del cese definitivo de la violencia por parte de la organización subversiva

Junto a un primer supuesto, en el que es el individuo el que abandona la organización que continúa con su actividad armada, coexiste un segundo en el que es la organización subversiva en su conjunto la que resuelve cesar definitivamente en el uso de la violencia. Concretamente, por cese o abandono definitivo entiendo, en la línea apuntada por Cancio Meliá, «la desaparición definitiva de toda actividad armada o violenta que emana de la organización en cuestión, sin que existan organizaciones próximas que sigan activas, es decir, sin que se trate de una mera sustitución de siglas o de la posibilidad de continuación de la actividad en otra forma organizativa»⁵³².

Aunque, como ya ha sido señalado, muchos ordenamientos jurídico-penales nacionales sí reconocen un efecto atenuante a quien de manera individual renuncia a la lucha armada y colabora con las autoridades, no sucede lo mismo cuando es la organización en su conjunto la que decide cesar en su propósito subversivo. Por lo general, no existen preceptos que contengan una referencia expresa o implícita al tratamiento a otorgar en este tipo de supuestos⁵³³.

Ante la ausencia de disposiciones normativas, considero que el punto de partida en el análisis debe ser determinar en qué medida el abandono de la actividad armada produce una afección relevante en los fundamentos de la legislación antiterrorista del Estado. A este respecto, parece innegable que el cese en el empleo de la violencia implica un cambio en el contexto político y social en el que está llamado a aplicarse dicha legislación. Concretamente, el cese definitivo de la violencia puede ser interpretado como un dato que indicaría la desaparición

el art. 579 bis 3 CP asocia una menor penalidad llevan implícita una reducción de la necesidad preventivo general de la pena. La persona que confiesa y coopera con la autoridad está reafirmando la norma previamente quebrantada, al tiempo que, desde una perspectiva preventivo-especial, aparece como menos peligroso.

⁵³² Así, CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 45.

⁵³³ Sí pueden mencionarse algunos supuestos en los que se prevé una exención de la pena por el delito asociativo para el individuo que determinara la disolución de la organización. Así sucedía en Italia relación con la ley núm 304 de 29 de mayo de 1982, cuyo art. 1 preveía una causa de no punibilidad para quienes fueran responsables de diversos delitos asociativos y antes de la sentencia condenatoria disolvieran o determinaran la disolución de la banda. De la misma forma, el actual § 129 (7) StGB, prevé que el tribunal pueda renunciar a la totalidad de la pena por el delito de pertenencia a organización terrorista para el individuo que consigue impedir la continuidad de la asociación. Como puede observarse, no se trata de casos en los que es el colectivo el que decide poner fin a su actividad y en ninguno de los dos supuestos se regula qué sucede respecto del resto de miembros de la organización disuelta.

de la dimensión de especial peligrosidad que para el ordenamiento jurídico constitucional supone la existencia y permanencia de la organización⁵³⁴.

Esto es especialmente relevante en la medida en que sea esta especial peligrosidad la que subyazca, en todo o en parte, como fundamento del tratamiento más agravado que el ordenamiento jurídico-penal del Estado en cuestión otorgue a los delitos de terrorismo, pues, en tal caso, habría de ser descontada en el nuevo contexto⁵³⁵. Y es que, a pesar de que, como señala Jakobs, es difícil que el Derecho penal del enemigo aparezca en la realidad de manera pura⁵³⁶, existe cierto consenso en considerar que el ámbito de la política anti-terrorista estaría presidido por la necesidad de inocuizar al enemigo⁵³⁷. Empero, esto no significa que pueda prescindirse de la totalidad de la pena respecto de cualquiera de los distintos delitos de terrorismo, sino únicamente de aquellas consecuencias jurídicas fundadas en la idea de inocuización asociada al Derecho penal del enemigo⁵³⁸. A estos efectos, tomaré como ejemplo a partir del que desarrollar brevemente las consideraciones anteriores el ordenamiento jurídico-penal español y el abandono de la actividad armada y posterior disolución de la organización terrorista ETA⁵³⁹.

⁵³⁴ Así, CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 65; en una dirección similar, BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco», cit., p. 487. Véase también, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», en AA. VV., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012, Universidad de Deusto, 2012, p. 198, si bien difiere de los anteriores en que considera que la desaparición de la organización también implica una menor peligrosidad individual del sujeto.

⁵³⁵ Así, en relación con el ordenamiento jurídico-penal español tras la desaparición de la organización terrorista ETA, CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 65; en sentido parecido, DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», cit., p. 24, propugna que una parte importante de la legislación antiterrorista resultaría ya innecesaria, al haber desaparecido el fenómeno que le sirvió de soporte; BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco», cit., pp. 468, 485, 487, defendiendo que si la condena fue agravada en atención a circunstancias pretéritas, esta debe ser reajustada una vez dichas circunstancias desaparecen.

⁵³⁶ JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano», cit., p. 23.

⁵³⁷ *Ibid.*, pp. 39-40; CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?», cit., p. 118; TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y derecho*, cit., p. 19; *íd.*, «Terrorismo yihadista», cit., p. 20; ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., *passim*; GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 26; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 24.

⁵³⁸ Y es que, como indica LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», cit., pp. 195-201, habría de distinguirse entre, por un lado, las exigencias jurídicas que impone el mero hecho de estar tratando con delitos de terrorismo, y, por el otro, los potenciales beneficios premiales extraordinarios ligados a conductas de los victimarios en el nuevo contexto; de manera similar, CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 46.

⁵³⁹ De manera muy resumida, el 20 de octubre de 2011, ETA, que había estado operando en España y en el sur de Francia durante más de 50 años, anunció el cese definitivo de su actividad armada. Posteriormente, el 3 de mayo de 2018, la mencionada organización terrorista comunicó su autodisolución, poniendo así fin de manera definitiva a su actividad.

En el ordenamiento jurídico-penal español, la concurrencia de las características del Derecho penal del enemigo se hace especialmente patente en el ámbito penitenciario, donde el Estado no solo ha desarrollado una política de dispersión de presos con el objeto de debilitar la estructura de la organización terrorista⁵⁴⁰, sino que, a partir de 2003, endureció los requisitos para acceder al tercer grado o a la libertad condicional en los condenados por delitos de terrorismo⁵⁴¹. El abandono de la lucha armada debería entonces, como exigencia de mínimos, plasmarse en otorgar a los victimarios de naturaleza terrorista el mismo trato penitenciario que el dado a los presos comunes, eliminándose cualquier vestigio de excepcionalidad que en la legislación esté asociada al peligro que emana de la organización⁵⁴².

⁵⁴⁰ VARONA MARTÍNEZ, G., «The Meaning of Impunity», cit., pp. 219-220. Y es que, como indica REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., pp. 145-146, mantener la cohesión entre los presos y su entorno es clave para la permanencia en la organización terrorista, por lo que la dispersión en distintos centros penitenciarios aparece como una estrategia adecuada para debilitar a aquella.

⁵⁴¹ ASÍ, BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco», cit., p. 485, señala que el Derecho penitenciario del terrorismo en España representa un ejemplo paradigmático del Derecho penal del enemigo. En este sentido, basta señalar que en los delitos de terrorismo, los arts. 36, 78 y 78 bis CP dilatan en el tiempo el momento en el que es posible acceder al tercer grado cuando el delito lleve asociada una pena superior a 5 años, lo que repercute también en la posibilidad de acceder a la libertad condicional, puesto que el art. 90 CP exige como condición para acceder a esta el que el sujeto se encuentre clasificado en tercer grado. Asimismo, en el ordenamiento jurídico-penal español también se endurecen las condiciones materiales que adicionalmente habrían de satisfacerse para disfrutar de ambos beneficios penitenciarios. Tanto el art. setenta y dos LOGP, como el art. 90 CP, prevén que para acceder respectivamente al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional el preso condenado por terrorismo deberá: «mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y colaborar activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditar mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades». Además, nótese que, como pone de manifiesto GIL GIL, A., «El requisito de “petición expresa de perdón a las víctimas”», cit., pp. 2-3, no solo se llevó a cabo una aplicación retroactiva de tales exigencias a conductas anteriores a su entrada en vigor, sino que los propios tribunales están llevando a cabo una interpretación que desborda lo recogido en la legislación.

⁵⁴² ASÍ, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», cit., p. 198; también a favor de dar a los presos de la organización terrorista que abandona la violencia el trato correspondiente a los presos comunes, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 80; BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco», cit., p. 487; DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», cit., p. 27; ETXEBERRIA MAULEON, X., «Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA», cit., p. 68; GARRO CARRERA, E., «Tercer grado y libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y el derecho a no inculparse. La gestión penitenciaria del final de ETA», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, p. 53; MACULAN, E., «Encuentros restaurativos», cit., p. 103.

A mi juicio, esta exigencia de mínimos resultaría igualmente trasladable a los supuestos anteriormente analizados en los que el terrorista se disocia individualmente de una organización que permanece activa. Una vez el sujeto lleva a cabo una serie de actuaciones que objetivamente denotan que ha abandonado la estructura organizativa, no tiene sentido seguir aplicándole una política penitenciaria pensada para aquellos que integran la estructura colectiva.

Más difícil resulta determinar cuáles podrían ser las consecuencias del cese unilateral de la violencia en el plano meramente sustantivo. En este punto trataré simplemente de exponer una serie de intuiciones. Como punto de partida, estimo que tiene sentido distinguir entre los delitos de terrorismo más graves, esto es, aquellos que afectan a bienes jurídicos de carácter personalísimo –vida, integridad física y libertad–, y aquellos otros que regulan conductas que pueden ser catalogadas de periféricas en tanto alejadas de la lesión de un bien jurídico individual.

En lo que a los delitos más graves se refiere, lo primero que debe señalarse es que el injusto referido a la lesión de los bienes individuales de las víctimas no se ve afectado por el hecho de que la organización resuelva poner fin a su actividad⁵⁴³. De hecho, tampoco es completamente cierto, como parece afirmar Cancio Meliá, que desaparezca el plus de lesividad que va, por ejemplo, del homicidio/asesinato común al homicidio/asesinato de carácter terrorista⁵⁴⁴.

Como he señalado al inicio de esta investigación, los delitos de terrorismo no solo se agravan por el mayor injusto referido a la amenaza que la existencia de la organización ejerce sobre la vida en sociedad, sino por la lesión de los mecanismos que garantizan la toma de decisiones en el marco de un ordenamiento democrático⁵⁴⁵. Mientras el injusto referido a la amenaza sobre la sociedad si puede llegar a verse afectado⁵⁴⁶, el asociado al elemento «político» no lo haría. Cuestión distinta es que respecto de esta última dimensión del injusto el abandono de la actividad armada pueda entenderse, desde el plano

⁵⁴³ Como indica CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 65, «los muertos, muertos siguen»; en un sentido similar, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 77, señala que este tipo de conductas dejan poco margen para el ejercicio de la discrecionalidad.

⁵⁴⁴ CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., p. 65.

⁵⁴⁵ Así lo reconoce el propio Cancio Meliá en íd., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 141, señalando que no cualquier agravación de la pena debe reputarse ilegítima pues no siempre responde a la nuda peligrosidad, sino a la mayor gravedad objetiva de los hechos.

⁵⁴⁶ Así lo consideran, CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «Las medidas premiales en materia de delitos de terrorismo en el código penal español: elementos sustantivos y procesales», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, p. 27.

simbólico-comunicativo, como una reafirmación de la validez del sistema político y de sus procedimientos de toma de decisiones⁵⁴⁷.

Sobre cuáles habrían de ser las consecuencias respecto de los miembros de la organización, lo primero que habría que distinguir es entre quienes ya han sido condenados y quienes aún no⁵⁴⁸. En aquellos casos en los que el sujeto aun no hubiera sido condenado, la pena debería subsumirse dentro de un marco penológico más atenuado, en el que el previsto para el delito común actuara como marco suelo. Por otro lado, en relación con aquellos individuos que ya hubieran sido condenados, la consecuencia lógica sería entonces no solo permitir el acceso del reo a los beneficios penitenciarios como si de un preso de naturaleza común se tratara, sino adelantar el acceso a aquellos en atención a la pena que le hubiera correspondido de haber sido despojada de todo elemento de inocuización, tomando como límite infranqueable la asociada a la conducta en su modalidad común. A este respecto, las medidas premiales, en forma de indultos parciales pueden constituir, en caso de imposibilidad de acudir a recursos de revisión de sentencias⁵⁴⁹, una opción adecuada para baremar la pena en atención a los nuevos criterios de peligrosidad⁵⁵⁰.

No puedo, en consecuencia, compartir completamente la postura de Landa Gorostiza que reserva el adelantamiento de la libertad condicional o los indultos a que el reo cumpla con exigencias por encima del estándar como podría ser la petición sincera de perdón a las víctimas⁵⁵¹. Si se reconoce que la pérdida del elemento de peligrosidad autoriza al trato como presos comunes, debería igualmente reconocerse que la parte de la pena que descuenta ese peligro debería quedar suprimida. Solo sobre esa pena ya desposeída de aquel elemento puede predicarse que el adelantamiento de los beneficios o una mayor reducción debería ser excepcional y condicionada a determinadas acciones postdelictivas del victimario.

Mayores podrían ser las consecuencias en lo que aquí he calificado como delitos periféricos, catalogando como tal a los delitos de colaboración y pertenencia a organización terrorista. El punto de partida ha de ser, como señala Tamarit Sumalla, que se trata de tipos delictivos aplicables siempre que la or-

⁵⁴⁷ ECHANO BALDASÚA, J. I., «Justicia restaurativa y justicia transicional en los delitos de terrorismo», cit., p. 127. Véase también CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «Las medidas premiales», cit., p. 27.

⁵⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., pp. 76-77.

⁵⁴⁹ A este respecto, el art. 954 LECrim no contiene entre sus causas de revisión de sentencias, ninguna referida a la modificación de un elemento esencial en el baremo e imposición de la pena.

⁵⁵⁰ DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», cit., p. 29; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., pp. 80-82, también baraja la posibilidad de conceder indultos dentro de un programa de reinserción y reparación, si bien considera preferible una solución adoptada por consenso político y social de manera que pudiera plasmarse en una iniciativa legislativa.

⁵⁵¹ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», cit., pp. 198-199.

ganización «estuviera constituida y activa en el momento del hecho enjuiciado, de modo que el posterior cese de la actividad no cancela la conducta típica previa»⁵⁵². Cuestión distinta es que, en atención a su desvalor, el juzgador o el legislador no hayan de tener en cuenta las nuevas circunstancias que rodean a la organización, y que redundan en una menor peligrosidad, atenuando o renunciando a la pena⁵⁵³.

En cualquier caso, no puedo dejar de señalar que el delito de pertenencia y el delito de colaboración poseen un fundamento distinto y sancionan conductas diferenciadas⁵⁵⁴. En lo que al delito de colaboración se refiere, existe cierto consenso en considerarlo como una manifestación del adelantamiento de la barrera jurídico-penal en atención al especial potencial de permanencia y peligrosidad derivado de la existencia de la organización. De esta manera, se castiga al sujeto que, mediante la realización de una aportación a la organización, crea un riesgo para determinados bienes jurídicos individuales, riesgo que, aunque no se materialice de manera inmediata, es susceptible de pervivir y de ser actualizado por la propia organización⁵⁵⁵. Ello significa que, al margen de la necesidad de descontar la peligrosidad subyacente en penas desproporcionadas⁵⁵⁶, el cese de la actividad de la organización puede modular la necesidad de pena respecto de este tipo delictivo⁵⁵⁷.

⁵⁵² TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 78, señalando, acertadamente, que la ausencia de tipicidad solo sería predicable respecto de la conducta de quienes participen o colaboren una vez ha cesado completamente la actividad armada.

⁵⁵³ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 78; CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., pp. 65-66, quien se muestra favorable a aplicar medidas de gracia. Véase también, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», cit., p. 196, quien además añade que en aquellos casos en los que el individuo fue condenado por colaboración, pero la conducta en realidad era de contenido ideológico, «merecen más un trato de injusticia a reparar por el encarcelamiento que una equiparación con quienes han cometido los delitos más graves».

⁵⁵⁴ No obstante, como indica GIL GIL, A., «Derecho penal y terrorismo islamista: ¿cómo hemos llegado hasta aquí? De un Derecho penal del enemigo a un Derecho penal del posible futuro enemigo», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, pp. 96-98, en el marco del terrorismo yihadista, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional ha oscurecido la diferencia entre ambas figuras donde supuestos de hecho prácticamente iguales se tratan como delito de autoadoctrinamiento –lo que no deja de ser una forma de colaboración– o delito de pertenencia sin que exista un criterio claro de discernimiento.

⁵⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1082-1090; igualmente, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 249; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 232-234; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 346-347.

⁵⁵⁶ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 248, señalando que, pese al adelantamiento de la barrera jurídico penal, se prevén penas que exceden de las previstas en delitos en los que sí se lesionan bienes jurídicos individuales.

⁵⁵⁷ Tomando como referencia los supuestos de abandono individual de la violencia, defienden lo anterior, CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., pp. 258, 323; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto», cit., p. 579. Asimismo, considero que esta modulación habría de encontrar su acomodo, dentro del esquema de la teoría del delito, en la discutida categoría de la punibilidad. Se trata esta, como indica MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Circunstancias que condicionan la punibilidad», en *íd.*, (Coord.), *Memento penal*, Francis Lefebvre, 2022, p. 565, de una catego-

Mayor divergencia de opiniones existe en torno al delito de pertenencia. A este respecto, se ha defendido que el injusto que subyacería a esta conducta residiría en: i) un abuso del derecho fundamental de asociación; ii) el peligro de lesión que de la organización emana para los bienes jurídicos individuales; iii) la lesión de la paz o el orden públicos como bienes jurídicos de carácter colectivo; y, iv) la arrogación del monopolio de la violencia estatal⁵⁵⁸. Nótese que tanto la segunda como la tercera exégesis descuentan la existencia de una violencia actual o latente que amenazaría a una serie de bienes jurídicos de diversa índole. Y es que, como acertadamente esboza Asua Batarrita, la referencia a la lesión de una serie de bienes jurídicos colectivos resultaría indeterminada si no se conectara con los delitos-fin de la organización, es decir, con la existencia de una amenaza creíble de que aquellos pueden ser acometidos⁵⁵⁹. A este respecto, una vez desparecida la organización terrorista, la amenaza de que esos delitos-fin puedan ser perpetrados se evaporaría. En consecuencia, de seguirse cualquiera de las dos exégesis anteriores, la consecuencia no habría de diferir de la asociada al delito de colaboración.

Reconozco que mayores dudas me plantea el qué sucedería de adoptarse la exégesis defendida por Cancio Meliá, en la que el injusto de estos tipos delictivos quedaría caracterizado por la arrogación del monopolio de la violencia estatal⁵⁶⁰. A este respecto, el autor otorga a estos tipos delictivos exactamente el mismo trato que a los delitos de colaboración, siendo favorable a la adopción de medidas de gracia para aquellos condenados o pendientes de juicio por un delito de pertenencia⁵⁶¹. Ello puede deberse a dos motivos que el autor no explicita. O bien estaría descontando en esa arrogación la amenaza de lesión de bienes jurídicos individuales, o bien realiza dicho alegato desde la perspectiva de una menor necesidad de la pena por considerar que, en el plano simbólico-comunicativo, el anuncio del cese de la violencia ya supone una reafirmación del monopolio estatal de la violencia, lo que haría innecesario, en todo o en parte, imponer la pena prevista cuando la organización se encontraba activa.

De estas dos exégesis, la primera me parece la más convincente. Ya he defendido en el segundo capítulo de esta investigación que la reafirmación del monopolio de la violencia requiere de la ejecución de algo de pena, en tanto violencia institucionalizada, resultando insuficiente su reafirmación en el plano simbólico-comunicativo. En cambio, lo que sí me parece evidente es que el acto de arrogación necesita de un componente de credibilidad referido a que la violencia se seguirá ejerciendo, entrando aquí en juego la amenaza que el elemento organizativo proyecta hacia la sociedad.

ría de naturaleza heterogénea y en la que usualmente se hace referencia a motivos vinculados no tanto con el merecimiento como con la necesidad de pena en un supuesto concreto o la protección de otros intereses ajenos a los protegidos por un determinado tipo penal.

⁵⁵⁸ En profundidad sobre estas distintas teorías, por todos, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 85-133.

⁵⁵⁹ ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo», cit., pp. 264-265.

⁵⁶⁰ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., pp. 111-133.

⁵⁶¹ Íd., «Concepto jurídico-penal de terrorismo», cit., pp. 65-66.

Por último, cabe preguntarse si, en este contexto de abandono colectivo de la violencia, a los victimarios habría de exigírseles un comportamiento postdelictivo determinado o no. Aun cuando considero que la atenuación en el rigor de la pena debe operar al margen de estas consideraciones, una actitud que denote una cierta disposición a la reinserción social –y ello incluye no solo una declaración de renuncia al uso de la violencia⁵⁶² sino también, por ejemplo, el reconocimiento del daño causado⁵⁶³ y el sometimiento a encuentros restaurativos⁵⁶⁴– debe ser tenida en cuenta a los efectos de los pronósticos favorables de reinserción necesarios para acceder a determinados beneficios penitenciarios⁵⁶⁵.

Más dudoso resulta si este tipo de actos, que pueden generar algún tipo de beneficio o satisfacción a las víctimas, habrían de tener solo el efecto anteriormente señalado o podrían ameritar, por ejemplo, atenuaciones adicionales en la pena o un adelantamiento de los beneficios penitenciarios. No es, desde luego, una pregunta fácil de responder. Por un lado, considero, en la línea de lo señalado por Garro Carrera, que las distintas formas de reparar a las víctimas han de ser tenidas en cuenta como un criterio más a la hora de conceder medidas premiales

⁵⁶² LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», cit., pp. 197-198, considera que esta renuncia es lo mínimo que se puede exigir a efectos de este tipo de pronósticos. Aquello que debería quedar vedado es, como señala el mencionado autor, exigir una retractación ideológica en tanto inaceptable desde el punto de vista del contenido mínimo y esencial de los derechos fundamentales de un Estado social y democrático de derecho. También en contra de exigir una renuncia a la ideología que sustentaba la organización, ETXEBERRIA MAULEON, X., «Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA», cit., p. 68; DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», cit., p. 29.

⁵⁶³ Advértase que empleo la expresión «reconocimiento del daño», no hablo pues de un «arrepentimiento» que lleve a una petición sincera de perdón a la víctima. Y ello porque considero, en la línea desarrollada por GIL GIL, A., «El requisito de “petición expresa de perdón a las víctimas”», cit., p. 12, que una exigencia de tal calado sería excesivamente moralizante y «contraria al respeto al fuero interno que se predicaban desde hace siglos en la dogmática penal». Sin embargo, como pone de manifiesto *Ibid.*, pp. 9, 11, la jurisprudencia de la AN ha señalado que no basta con el compromiso de no volver a usar la violencia con fines políticos, ni con lamentar genéricamente el daño causado, o el dolor de las víctimas, sino que se debe incluir una petición expresa de perdón a las víctimas concretas de su delito, dejando incluso sin efecto a los informes técnicos para la progresión en grado o el acceso a la libertad condicional.

⁵⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 79; ETXEBERRIA MAULEON, X., «Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA», cit., p. 69, quien considera que el no asociar automáticamente una serie de beneficios, no significa que los técnicos penitenciarios no puedan tomar dichas actuaciones de carácter restaurativo en consideración a la hora de tomar las decisiones que les competen.

⁵⁶⁵ En este sentido, estoy de acuerdo con TAMARIT SUMALLA, J. M., «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo», cit., p. 80, en que la participación en los procesos restaurativos puede favorecer el acceso al tercer grado o la libertad condicional si concurren el resto de los requisitos, pero no debería implicar adelantar dicho momento. Partidario a reconocer mayores efectos, DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», cit., pp. 28-29, quien defiende que el acercamiento entre los autores de los hechos y las víctimas pueda llegar a proyectar en el ámbito penitenciario la obtención de beneficios sin que sea necesario cumplir un mínimo de años para la progresión en grado o la obtención de la libertad condicional. MACULAN, E., «Encuentros restaurativos», cit., p. 100, considera que el sometimiento a mecanismos restaurativos refleja el camino del victimario a su resocialización, por lo que debería ser tenido en cuenta a efectos de la progresión en grado o el acceso a permisos de salida.

por el comportamiento postdelictivo⁵⁶⁶. Sin embargo, también soy consciente del elevado riesgo de instrumentalización existente, en el que se lleven a cabo actuaciones que, por fingidas, sean incapaces de dar una satisfacción a las necesidades de unas víctimas escépticas⁵⁶⁷.

Por ello, probablemente lo más adecuado sería reservar dichos beneficios a actuaciones de naturaleza excepcional que coadyuven en la satisfacción de ciertos derechos de las víctimas –así, por ejemplo, la colaboración con las autoridades en el esclarecimiento de los delitos sin resolver–. E incluso en estos casos, estas medidas no habrían de implicar, respecto de los delitos más graves, una renuncia total a la pena, pues, en la línea de lo defendido en este trabajo, el mensaje que cara al futuro se transmitiría es que «la convivencia social puede construirse por medio de graves atentados a los derechos humanos»⁵⁶⁸. Y es que aunque en estos casos puede haber una menor necesidad de pena desde la perspectiva de la prevención especial, aquella sí sería necesaria en un plano preventivo-general⁵⁶⁹, prevaleciendo los intereses sociales sobre los individuales⁵⁷⁰.

V. A MODO DE CIERRE: EL «TERRORISMO DE O DESDE EL ESTADO» COMO ESCENARIO TRANSICIONAL

1. Delimitación del concepto «terrorismo de o desde el Estado»

Bajo la etiqueta de «terrorismo» se mezclan distintas realidades que jurídico-penalmente pueden merecer un trato diferenciado⁵⁷¹. Hasta ahora, el fenómeno ha sido analizado desde la perspectiva de los actos llevados a cabo «desde abajo»⁵⁷², esto es, tomando como referencia el hecho de que es una organización que se enfrenta al Estado la que emplea de manera sistemática y

⁵⁶⁶ GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., p. 20.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, pp. 21-22; CANCIO MELÍA, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», cit., p. 279.

⁵⁶⁸ ECHANO BALDASÚA, J. I., «Justicia restaurativa y justicia transicional en los delitos de terrorismo», cit., p. 129.

⁵⁶⁹ En cualquier caso, como ejemplifica, a partir de la confesión y la reparación, GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo», cit., p. 18, también existiría un menor grado de necesidad desde esta perspectiva, pues la conducta del autor contribuye a trasladar, en parte, el mensaje de la pena.

⁵⁷⁰ Esta es la argumentación empleada por CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena*, cit., p. 336, a la hora de defender por qué en los supuestos de abandono individual de la violencia la renuncia no debería llegar a ser respecto de la totalidad de la pena. Si he hecho uso de ella es porque considero que es plenamente trasladable a los casos examinados.

⁵⁷¹ Como indica PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista”», cit., pp. 163-164, aun cuando diversos grupos puedan emplear una dinámica criminológica semejante –terrorista– no por ello sus actuaciones requieren un mismo tratamiento jurídico-penal. Del mismo modo, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 27, señala que sería más correcto plantearse la existencia de diversos «terrorismos», antes que la de un fenómeno en singular. Dentro de estos distintos «terrorismos» se encuadrarían desde actuaciones violentas subversivas, hasta el ejercicio de la violencia o su amenaza por el propio poder público.

⁵⁷² Emplean esta denominación, CANCIO MELÍA, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas», cit., p. 13.

más o menos indiscriminada la violencia. Sin embargo, el empleo de la violencia con fines que pueden ser definidos como políticos encuentra su origen histórico, precisamente, en los supuestos de hecho opuestos, es decir, en aquellos casos en los que es la organización estatal la que hace uso del terror como medio de dominación social⁵⁷³. En este contexto es donde encuentra acomodo la noción de terrorismo de Estado o de terrorismo desde el Estado.

Algún autor ha defendido que la idea de terrorismo de Estado sería una suerte de *contradictio in adjecto* en tanto que, desde la perspectiva del Derecho interno, el Estado nunca puede ser terrorista, pues cuando este utiliza la fuerza se haya siempre en el uso legítimo de aquella⁵⁷⁴. Se trata entonces de una postura que vincula el terrorismo al uso de la violencia por aquel que no es su legítimo detentador. Sin embargo, es un argumento estructuralmente débil, pues una cosa es que el Estado tenga su uso atribuido o adquirido legítimamente de manera inicial y otra que los fines para los que haga uso de aquella también lo sean.

La etiqueta de «terrorismo de o desde el Estado» se emplea para hacer referencia a fenómenos diferenciados. En lo que constituiría su primera acepción, designaría el uso por parte del Gobierno en el poder de la violencia contra su propia población con la finalidad de eliminar al enemigo político, generalmente identificado con el disidente ideológico⁵⁷⁵. El calificativo de terrorista proviene del hecho de que, en estos escenarios, el terror es utilizado como un instrumento de gobernanza del Estado⁵⁷⁶, como mecanismo que permite la consolidación del poder a través de la intimidación a la sociedad⁵⁷⁷.

⁵⁷³ A este respecto, suele ser frecuente que los distintos autores –así, por todos, HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 3– mencionen la época del terror durante la revolución francesa como el momento histórico en el que encontraría su origen la idea de terrorismo empleado como forma de mantener el orden durante un periodo de gran agitación y convulsión. Sin embargo, como ponen de manifiesto, CANCIO MELÍA, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas», cit., p. 12, con referencias a la cuestión histórica, la dominación de la sociedad por medio de la violencia se remonta a la época del proto-Estado, en la que determinados grupos de la población, de forma organizada, tomaban los excedentes agrarios de los productores por medio del uso o la amenaza de la violencia.

⁵⁷⁴ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 33.

⁵⁷⁵ ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 104. Una definición similar puede encontrarse en la Sentencia de 10 de mayo de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Lariz Iriando, Jesús María s/ Solicitud de extradición. Voto de los señores ministros doctores don Juan Carlos Maqueda y don Raúl Zaffaroni, quienes hacen referencia a los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y con su cobertura, consistentes en la eliminación de opositores bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada.

⁵⁷⁶ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., p. 3; CANCIO MELÍA, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas», cit., p. 13.

⁵⁷⁷ WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 16; REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, cit., p. 23; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, cit., pp. 3-4; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 104; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., p. 37.

Por otro lado, en un segundo sentido, el término también haría referencia a los supuestos de «guerra sucia» en los que se emplea la violencia por el Estado u organizaciones dentro de este –de carácter parapolicial o paramilitar⁵⁷⁸– con el objetivo de luchar contra la delincuencia –generalmente de naturaleza terrorista, pero en ocasiones también de carácter común⁵⁷⁹– por fuera de los cauces legalmente habilitados⁵⁸⁰.

Adviértase, que en el primero de los sentidos señalados, el «terrorismo de o desde el Estado» aparece íntimamente conectado con el escenario prototípico transicional de la década de 1980 a 1990: el paso de un Estado de corte autoritario o dictatorial a una democrático. Tanto en Latinoamérica –donde el uso de los llamados «escuadrones de la muerte» fue una práctica común en países como Argentina, Chile, El Salvador o Perú– como en las antiguas repúblicas socialistas soviéticas –en las que la ciudadanía experimentó la represión asociada a los últimos coletazos de los diferentes regímenes autoritarios– el terrorismo de Estado –en su acepción referida al uso de la violencia contra el disidente ideológico con el objeto de consolidar o mantener el poder– estaba presente.

2. La necesidad en los supuestos de «terrorismo de o desde el Estado»: el elemento político de los delitos de lesa humanidad

El «terrorismo de o desde el Estado», entendido en la primera de las acepciones anteriormente expuestas, posee elementos compartidos con lo que en esta investigación ha sido denominado terrorismo en sentido propio⁵⁸¹. Tan-

⁵⁷⁸ En estos casos, se trataría más bien una criminalidad clandestina dentro del Estado que del Estado en su totalidad.

⁵⁷⁹ En este último sentido, CANCIO MELIÁ, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas», cit., p. 14.

⁵⁸⁰ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 111; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 283; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit. p. 75.

⁵⁸¹ Esto es, tomando como punto de partida la noción restringida de terrorismo aquí construida. No cabe duda de que el terrorismo de Estado puede subsumirse bajo el amplio concepto de terrorismo existente *lege lata*, por ejemplo, en atención a la finalidad de provocar el terror entre la población civil o, como sucede en el ordenamiento jurídico-penal español, a partir del fin de alterar gravemente la paz pública. De hecho, este parece ser el motivo por el que, en España, la AN –así, SAN 2193/2020, de 11 de septiembre de 2020 (ponente: Andreu Merelles), RJ 3.º a 7.º– aceptó la calificación de terrorismo de Estado respecto de la masacre de los Jesuitas perpetrada en 1989 en El Salvador. Y digo parece, porque la técnica jurídica empleada por la Audiencia es, cuanto menos, deficiente. Si bien parece argumentar el carácter de terrorismo a partir de las dos finalidades anteriores, posteriormente habla de una pretendida finalidad subversiva por considerar que el asesinato de los Jesuitas suponía una ejecución extrajudicial y, en consecuencia, se habían dejado de lado los procedimientos constitucionales y legalmente establecidos para la determinación de la comisión de un delito y la imposición de sanciones. Al mismo tiempo, en tanto el crimen fue cometido en el contexto de un conflicto armado, también se invocan los preceptos del DIH que prohíben el recurso al terror, lo que tendría que haber llevado a la Audiencia a condenar por la comisión de un crimen de guerra y no así de terrorismo. La mezcla de argumentos es tal que, a mi entender, resulta muy

to el elemento organizativo, como la lesión de bienes jurídicos personalísimos están sin duda presentes en ambos supuestos. Del mismo modo, la instrumentalización ante la sociedad a la que se ven sometidas las víctimas directas también estaría presente. En los supuestos en los que el Estado actúa como plataforma criminal, el empleo de la violencia más allá de la eliminación física del disidente político, también busca transmitir un mensaje al resto de la población referido a las potenciales consecuencias que afrontarían en caso de apartarse de los dictados de la corriente ideológica dominante que él representa.

Más controvertido es si ello sucede igualmente en los supuestos de «guerra sucia» contra organizaciones terroristas. A mi juicio, en estos casos el objetivo sería simplemente eliminar físicamente a miembros de la estructura subversiva⁵⁸², siendo muy discutible que esos actos puedan ya no mandar un determinado mensaje, sino llegar a intimidar a un sector relevante o lo suficientemente desindividualizado de la sociedad⁵⁸³.

Sin embargo, pese a los aspectos compartidos y al margen de su calificación como subversivo o no, «el terrorismo de o desde el Estado» sería, al menos en términos de necesidad de pacificación, un fenómeno distinto al terrorismo en sentido propio.

Así, de inicio, parece claro que en estos casos, al igual que en los supuestos de «guerra sucia», no estaría presente el segundo nivel de instrumentalización, pues este tipo de actos no pretenden mandar un mensaje a, o interactuar con un determinado Gobierno⁵⁸⁴. Relacionado con esta última observación se encuentra el interrogante referido a en qué medida, cuando es el propio Gobierno el que ataca de manera generalizada y sistemática a la población, estaría presente el elemento subversivo del terrorismo en sentido propio. Recuérdese que este elemento ha sido entendido como esencial a la hora de dotar de autonomía a los delitos de terrorismo respecto de otros fenómenos de delincuencia organizada. Conviene, como en el análisis anterior, diferenciar entre los dos significados aquí otorgados a la expresión «terrorismo de Estado».

complicado determinar qué lleva verdaderamente a la Audiencia a calificar dicho supuesto como un delito de terrorismo. En cualquier caso, la cuestión aparece más clara en la STS 64/2021, de 28 de enero de 2021 (ponente: Magro Servet), cuyo FJ 7.º explicita que si la conducta es subsumible en los delitos de terrorismo es por la finalidad de alterar gravemente la paz pública y de creación de terror.

⁵⁸² Así lo pone de manifiesto FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 286-287.

⁵⁸³ Y es que, a mi juicio, este tipo de actuaciones únicamente estarían, en el mejor de los casos, llamadas a intimidar a los miembros de la organización terrorista. Sin embargo, una persona ajena a dicha estructura no debería desarrollar un impacto psicológico que la llevara a limitar sensiblemente su rutina diaria.

⁵⁸⁴ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 106. Así, como acertadamente señala PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 74, no pretende imponer ninguna condición o exigencia al poder público mediante esa amenaza o violencia estratégica pues tales actuaciones provienen de ese mismo poder.

En relación con los supuestos de «guerra sucia contra el terrorismo», en España una determinada línea jurisprudencial ha defendido que no podría hablarse propiamente de terrorismo, puesto que la organización integrada en la estructura estatal no buscaría tanto subvertir el orden constitucional como conservarlo⁵⁸⁵. Junto a esta exégesis convive otra, de carácter mayoritario, que considera que también en estos casos se produce una subversión del ordenamiento constitucional vigente⁵⁸⁶.

Existen pequeñas variaciones entre la doctrina a la hora de formular la idea anterior. Por un lado, Cancio Meliá considera que, en la medida en que dichas actuaciones provengan efectivamente de una organización integrada –formal o informalmente– dentro de la estructura del Estado, el elemento subversivo se extraería de la modificación de una piedra angular de la estructura de este último: la neutralidad de la Administración pública⁵⁸⁷. En una dirección similar, Gómez Martín defiende que, en un sentido amplio, este tipo de actuaciones también poseen una naturaleza subversiva. La diferencia residiría en que mientras ETA pretendía suplantar al legislador, los GAL buscaban suplantar a los operadores jurídicos encargados de la aplicación de las leyes⁵⁸⁸. No difiere mucho de la argumentación del anterior, la empleada por Llobet Anglí, quien considera que se vulnerarían manifestaciones distintas del Estado democrático de Derecho: así mientras ETA atacaba los mecanismos de toma de decisión, los GAL lo hacían respecto de los mecanismos de ejecución del *ius puniendi*⁵⁸⁹.

Dificultades similares emanan a la hora de justificar la concurrencia de este elemento subversivo respecto del orden constitucional en aquellos casos en los que es el Gobierno el que ataca de manera generalizada y sistemática a la población. Considero que pueden distinguirse distintos supuestos de hecho diferenciados. Si el Gobierno ha sido elegido de manera democrática, y en un momento dado decide reprimir de forma continuada a la población civil para evitar celebrar nuevas elecciones y así consolidarse en el poder, difícilmente puede negarse el carácter subversivo de dichos actos respecto de la constitución vigente. Empero, el anterior razonamiento no puede extrapolarse a escenarios en los que la represión tiene lugar en un Estado de larga stirpe autoritaria, en el que no existe una constitución de carácter democrático que subvertir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ Esta es la tesis que, en España, desarrolló la AN en el denominado caso Amedo, ubicado en el contexto de los GAL. Así, SAN 30/1991, de 20 de septiembre de 1991 (ponente: Lobejón Martínez), FD 13.º En cualquier caso, nótese que esta línea jurisprudencial ha sido recientemente abandonada por la propia AN. Así, la SAN 2193/2020, de 11 de septiembre de 2020 (ponente: Andreu Merelles), RJ 3.º a 7.º, sí emplea la calificación de terrorismo de Estado para referirse a los hechos acaecidos en El Salvador respecto de la masacre de los Jesuitas.

⁵⁸⁶ De manera genérica, a favor de que subvierte el orden constitucional quien emplea el asesinato ya sea para modificar, ya para conservar el orden existente, ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo», cit., p. 85; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., p. 286.

⁵⁸⁷ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 191.

⁵⁸⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit. 48.

⁵⁸⁹ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., pp. 113-114.

⁵⁹⁰ La única opción, a mi juicio, pasaría por predicar el carácter subversivo respecto de una constitución democrática anterior. Así, por ejemplo, los actos de represión indiscriminada del Franquismo en los primeros años de la posguerra pueden ser concebidos como dirigidos a consolidar la subversión respecto de la consti-

Y es que, desde mi punto de vista, el uso del terror por parte del Estado como instrumento de dominación y control social encontraría un mejor acomodo en la categoría de los delitos de lesa humanidad⁵⁹¹, evitando así distorsionar el concepto jurídico-penal de terrorismo aquí construido⁵⁹². Tanto las limitaciones de espacio, como el riesgo de alejarme en exceso del hilo conductor de este trabajo, provocan que no vaya a detenerme en profundidad en el análisis de este tipo delictivo. Ello significa, en primer lugar, renunciar a un examen detenido de los antecedentes históricos a la regulación actual⁵⁹³, así como de los distintos subtipos que actualmente conforman el delito, bastando en este último caso con señalar que, todos ellos, protegen bienes jurídicos personalísimos⁵⁹⁴.

Por el contrario, sí considero imperioso detenerme en el análisis del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad. Ello debido, principalmente, a que permite efectuar una comparativa entre las distintas situaciones

tución de la Segunda República. Sin embargo, ello lleva a un problema evidente en el momento en el que los hechos comienzan a distanciarse progresivamente en el tiempo de la vigencia efectiva de esa última constitución respecto de la que se imputa el carácter subversivo. ¿Puede decirse que los delitos cometidos contra la población civil desde las estructuras de gobierno Franquista en la década de 1960 o 1970 continuaban sobrevirtiendo el orden constitucional republicano? La respuesta más intuitiva pasa por el no. No obstante, ello deja abierta la cuestión referida a en qué momento ha transcurrido un periodo de tiempo suficiente o el nuevo régimen se encuentra lo suficientemente consolidado como para rechazar la conexidad con la vigencia de la constitución anterior. A esta cuestión, que simplemente quiero dejar apuntada, no tengo respuesta.

⁵⁹¹ De manera genérica, LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 34; FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo?*, cit., pp. 264, 287, si bien matiza que pueden existir supuestos que no reúnan todos los requisitos y que deberían, en tal caso, castigarse como crímenes comunes agravados por el carácter público del sujeto. Referido a los supuestos en los que el Estado atenta contra la población civil, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 112; en relación con los supuestos de «guerra sucia» que adquieren una determinada intensidad, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración*, cit., p. 75.

⁵⁹² Y es que, como señala, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 112, considero que dominación por el terror y terrorismo son dos fenómenos distintos. En contra, CANCIO MELIÁ, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas», cit., pp. 13-14, quienes efectúan una distinción que no acaba de coincidir con la aquí propuesta. Por un lado distinguen entre los Estados autoritarios que emplean el terror como método de gobierno y en los que todo el Estado quedaría constituido como un sistema de injusto y, por otro, aquellos casos en los que son determinadas estructuras integradas dentro del Estado las que ejecutan actos de terror con el objetivo de acabar con la delincuencia terrorista o poner fin a la disidencia ideológica. A juicio de los mencionados autores, solo el segundo de los supuestos daría lugar a apreciar un delito autónomo de terrorismo, el primero de ellos sería reconducible a los delitos de lesa humanidad.

⁵⁹³ Para ello, véase BASSIOUNI, C., *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, 1.ª ed., Cambridge University Press, 2011.

⁵⁹⁴ Según el art. 7.1 ER serían: «a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

fácticas de necesidad existentes en el «terrorismo de o desde el Estado» y el terrorismo en sentido propio.

Este elemento contextual viene definido a partir la fórmula empleada por el art. 7 ER, donde se castiga la comisión de una serie de actos cuando estos sean cometidos «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil». El modo en el que se define el tipo de lesa humanidad evidencia una cercanía con la lógica del terrorismo, donde la violencia también se ejerce a partir de actos planeados, generalizados y sistemáticos contra la población civil⁵⁹⁵.

A las condiciones de generalidad y/o sistematicidad, el art. 7.2. ER adiciona la necesidad de que el ataque se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política». A efectos de valorar su concurrencia, la jurisprudencia de la CPI ha determinado que no sería necesaria la existencia de una política formal por parte de un Estado, sino que bastaría con que el ataque denote un carácter planeado u organizado, quedando vedada la calificación de lesa humanidad para aquellos actos meramente espontáneos o aislados⁵⁹⁶.

El elemento anterior, denominado como «factor político»⁵⁹⁷ de los delitos de lesa humanidad, estaría presente en los casos en los que el Estado hace uso de la violencia como forma de dominación social. Y ello aun cuando se optará por la exégesis más restrictiva en cuanto a las cualidades de la estructura organizativa de la que ha de proceder dicha «política», esto es, aquella que limita la posibilidad de cometer tales crímenes a los Estados u organizaciones cuasiestatales⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Esto genera, como han denunciado LANDA GOROSTIZA, J. M., «El «Nuevo» Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación», *Revista penal*, núm. 14, 2004, p. 73; LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 102, un evidente peligro de superposición entre ambos tipos penales.

⁵⁹⁶ Por todas, ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on the confirmation of charges, cit., § 396.

⁵⁹⁷ Así, METTRAUX, G., «The Definition of Crimes against Humanity and the Question of a “Policy” Element», en SADAT, L. (Ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 143, hace referencia por factor político a la existencia de un acuerdo, plan o práctica realizada por o en nombre de un Gobierno, autoridad u organismo, oficiales o no oficiales, con el propósito o la intención de ayudar o apoyar determinadas actividades criminales.

⁵⁹⁸ Y es que uno de los mayores debates que persiste en el Derecho penal internacional es el del carácter que habría de ostentar la organización para que sus actos cualifiquen como delitos de lesa humanidad. Actualmente, puede discernirse entre dos grandes perspectivas existentes, las cuales pueden clasificarse en: i) una visión amplia del concepto de organización, siendo esta la postura sostenida por la mayoría de la CPI en un número importante de sus resoluciones; y ii) un enfoque restringido del término, identificándose esta posición con la defendida por el Juez Hans-Peter Kaul en sus votos discrepantes. Según la primera de las ópticas –por todas, ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on the confirmation of charges, cit., § 396– bastaría con que la organización, con independencia de cuál fuera su naturaleza formal, tuviera la capacidad de perpetrar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. A favor de esta interpretación, véanse los argumentos de WERLE, G. / BURGHARDT, B., «Do Crimes against Humanity Require the Participation of a State or a “State-Like” Organization?», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, pp. 1160, 1167, seña-

El «terrorismo de o desde el Estado» posee un injusto adicional al «terrorismo desde abajo» que estaría vinculado con la diferencia cualitativa existente entre el uso de la violencia por los poderosos y su utilización por los relativamente impotentes⁵⁹⁹. La vinculación de cada acto individual a la estructura del Estado—o de una organización equivalente en el sentido anteriormente señalado—supone un incremento de lesividad asociada a la situación de indefensión en la que se encuentra las víctimas y a las mayores garantías de impunidad que, desde una perspectiva *ex ante*, ofrece el contexto social e institucional⁶⁰⁰. Los delitos de lesa humanidad descontarían ese plus de injusto procedente de la si-

lando que el Preámbulo del ER llevaría a advertir que el elemento caracterizador de los crímenes contra la humanidad reside en el hecho de que los mismos suponen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, amenaza que estaría presente en todas aquellas violaciones de los Derechos Humanos intencionales, sistemáticas y acontecidas en una amplia escala, con independencia de las características de la entidad que se encuentre detrás de estas. Empero, a mi juicio, esta interpretación dista de ser adecuada. Como indica, KRESS, C., «On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, núm. 4, 2010, pp. 857-860, bajo esta primera perspectiva, el concepto de organización no estatal se torna extraordinariamente difuso, lo que trae consigo la posibilidad de que cualquier modalidad de criminalidad organizada pueda llegar a constituir un crimen de lesa humanidad. En el mismo sentido del anterior, véase, GIL GIL, A., «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes», en AMBOS, K. (Coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, p. 374. La segunda exégesis se identifica con la sostenida por el Juez Hans-Peter Kaul en sus opiniones disidentes a la mayoría. Así, en Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul, Decision Pursuant to art. 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Situation in Kenya (ICC-01/09-19), Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010, § 53, pone de manifiesto que, a su juicio los crímenes de lesa humanidad únicamente podrían ser cometidos por un Estado o una «organización no estatal» cuando exista, en este último caso y como elemento esencial y necesario, una verdadera equivalencia entre dicha organización y el Estado. En la doctrina, como uno de los principales defensores de esta tesis, véase, LUBAN, D., «A Theory of Crimes against Humanity», cit., pp. 117-120. La principal crítica a esta exégesis, puede resumirse en la formulada por WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., pp. 458-459, referida a que de ella derivarían una serie de lagunas de punibilidad que, más concretamente, provocarían que el carácter de la lesa humanidad solo fuera predicable de los crímenes cometidos en el continente europeo, puesto que las violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en África fueron llevadas a cabo por grupos cuya estructura se encontraría lejos de poder ser equiparada a la de un Estado. No puedo compartir dicha crítica. Aun cuando estoy de acuerdo en que una excesiva restricción del término «organización» puede acabar convirtiendo el precepto en inaplicable, no creo que ello suceda al exigir una equivalencia al Estado. La objeción anterior toma como punto de comparación el Estado prototípico occidental en la cúspide de su poder. Empero, la equivalencia entidad-Estado no habría de proyectarse sobre el ideal de Estado occidental, sino que dicho juicio de equivalencia ha de efectuarse respecto del Estado concreto en el que dichos ataques se están perpetrando. Ello permitiría reducir la intensidad de dicha exigencia en Estados fallidos o cuasi-fallidos en los que el aparato estatal carece de capacidad suficiente ya no solo para perseguir dichos crímenes, sino, igualmente, para evitar los mismos.

⁵⁹⁹ Ponen de manifiesto que esta es la diferencia entre el terrorismo de Estado y el terrorismo subversivo, WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 17; ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht*, cit., p. 104.

⁶⁰⁰ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista», cit., pp. 36-37. De manera similar, véase MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista*, cit., p. 31, quien considera este tipo de terrorismo más grave que el subversivo en tanto elimina todo riesgo y se prevale del aparato de autoridad para perpetrar sus crímenes; WALDMANN, P., *Terrorismus*, cit., p. 16, señalando que los asesinos de un Gobierno siempre arriesgan menos que el terrorista, pues, a diferencia de este último, pueden cometer sus crímenes abiertamente y sin esconderse.

tuación de anormalidad⁶⁰¹, apareciendo entonces como el tipo más adecuado en el que subsumir el uso de la violencia por parte del Estado⁶⁰².

Reconozco que el supuesto que más dudas podría plantear acerca de la concurrencia de este injusto adicional es el referido a los escenarios de «guerra sucia» contra el terrorismo. En este tipo de casos debe tenerse en cuenta que tanto el art. 7.3 de los Elementos de los Crímenes⁶⁰³, como la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, consideran que dicha «política» estatal u organizacional puede consistir tanto en la ejecución o promoción activa de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, como en la inacción, tolerancia o aquiescencia frente a dichos actos⁶⁰⁴. Empero, en tanto esta responsabilidad por omisión sería excepcional, solo resultaría posible cualificar como crimen de lesa humanidad aquellos supuestos de «guerra sucia» en los que existe una cierta consciencia en relación con los delitos que se están cometiendo y se decide no intervenir⁶⁰⁵. No sucedería así en aquellos casos en los que esa «guerra sucia» se lleve a cabo desde organizaciones operen clandestinamente desde la estructura estatal sin conocimiento de las instancias oficiales.

⁶⁰¹ Así, GIL GIL, A., «Los crímenes contra la humanidad», cit., pp. 347-348, señalando que en los delitos de lesa humanidad existe un plus de injusto respecto de la delincuencia común constituido por el contexto en el que se realizan los delitos, lo que se concretaría, en su opinión, en un mayor desvalor de acción. En una dirección similar, LUBAN, D., «A Theory of Crimes against Humanity», cit., pp. 90, 117, esboza que este tipo de crímenes denotan un grave fallo en la estructura política del Estado, convirtiendo lo que debería ser el hogar de los ciudadanos en un campo de exterminio; véase también, LANDA GOROSTIZA, J. M., «El “Nuevo” Crimen de Lesa Humanidad», cit., p. 81, quien defiende que los delitos de lesa humanidad toman como referente que tanto el Estado como la sociedad en la que se cometen dichos se encuentran inmersos en una situación radical de crisis, de «estado de excepción».

⁶⁰² Nótese que en esta dirección parecía apuntar la SAN 16/2005, de 19 de abril de 2005 (ponente: De Prada Solaesa), FD 7.º, en la que se condenó a Adolfo Scilingo por delitos de lesa humanidad de la forma en que sigue: «resulta cierto que se dan en el caso los elementos típicos penales del delito de terrorismo [...], pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad». Más allá de las críticas, con las que debo estar de acuerdo, referidas a una potencial vulneración del principio de legalidad penal –por todos, GIL GIL, A., «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, pp. 5-10–, la mayor objeción que se le puede poner a esta sentencia es que no explicita cuáles serían esos elementos no abarcados por el injusto y que conducirían a la aplicación de un concurso de leyes a favor de la lesa humanidad. Tampoco lo hace la STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007 (ponente: Colmenero Menéndez de Luarca), que confirma la anterior, si bien su FD 11.º opta por apreciar un concurso de delitos con el terrorismo en tanto los bienes jurídicos protegidos serían diferentes.

⁶⁰³ Elementos de los Crímenes, Introducción al Artículo 7 del Estatuto, apartado 3: «Se entiende que la “política... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil...». Nótese que, sin embargo, en una nota al pie, establece que «esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización».

⁶⁰⁴ Entre otros, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 70; WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, cit., p. 460; GIL GIL, A., «Los crímenes contra la humanidad», cit., p. 375. En la jurisprudencia de la CPI, por todas, ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, § 210.

⁶⁰⁵ En este sentido, referido expresamente a los supuestos de guerra sucia, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II*, cit., p. 70.

3. Conclusiones sobre su tratamiento en un sistema penal transicional

Una vez dilucidado a qué distintos supuestos haría referencia el término «terrorismo de o desde el Estado», es momento de esbozar cuál sería su encaje en la lógica jurídico-penal de la justicia transicional. Téngase en cuenta, que la mayoría de las consideraciones que expondré a continuación ya han sido puestas de manifiesto a lo largo de esta investigación, por lo que carecería de todo sentido volver a desarrollarlas.

En la medida en que consiste en el uso generalizado y sistemático de la violencia por el Estado, su tratamiento jurídico-penal en el marco de un proceso transicional no debería ser distinto al ofrecido de manera genérica para cualquiera de estas categorías típicas. Ello quiere decir que, en principio, al tratarse cualquiera de ellos de los delitos más graves contra los derechos humanos y la comunidad internacional, estos deberían ser, en principio, castigados en tanto quedarían abarcados bajo el deber estatal de investigación, enjuiciamiento y castigo.

Empero, toda vez que los regímenes autoritarios de cuya estructura emanan los ataques contra la población civil conserven un grado relevante de poder militar, la transición habrá de sustentarse en un compromiso bilateral en el que pueden introducirse determinadas medidas de renuncia a la imposición y/o ejecución de la pena. A diferencia de lo que sucede con los delitos de terrorismo en sentido propio, en los supuestos de hecho aquí designados bajo el término «terrorismo», el fundamento premial referido a la necesidad de pacificación y reconstrucción del contrato social permanecería vigente.

En cualquier caso, dicha renuncia no podría ser, al menos respecto de los máximos responsables⁶⁰⁶, a la imposición y ejecución de la totalidad de la pena. La propia lógica de la prevención en dos tiempos aquí defendida dictaría que fuera de carácter parcial, so pena de erosionar sensiblemente la función de mantenimiento de la cooperación del Derecho penal. Precisamente por ello, la renuncia debe quedar condicionada a la contribución del victimario a la reconstrucción del contrato social, lo que vendría determinado no solo por su firme compromiso de no repetición, sino por su esfuerzo en la satisfacción del derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación.

⁶⁰⁶ Y es que, no se olvide, las limitaciones prácticas referidas al desmesurado número de victimarios provocan que, en muchos casos, la selección de a qué perpetradores se enjuicia y a cuáles no se convierta en una necesidad. Si ello es así, solo aquellos que no ocupan la categoría de máximos responsables –entendida como en esta investigación ha sido definida– podrían beneficiarse de la renuncia a la acción penal a efectos de asegurar que los distintos hechos puedan ser juzgados, y las distintas penas ejecutadas, en un periodo razonable de tiempo.

CONCLUSIONES A LA SEGUNDA PARTE

El objetivo de la segunda parte del trabajo ha sido determinar en qué medida los postulados en los que se asienta la renuncia a la pena en los escenarios tradicionales de justicia de transición pueden ser trasladados a un fenómeno concreto, el terrorismo. Para ello, la primera tarea ha consistido en precisar el concepto de terrorismo, respecto del que no existe actualmente una definición unívoca y el cual es objeto de una enorme sobreutilización en el lenguaje cotidiano. A partir de sus características sociológicas, el terrorismo ha sido definido como *la lesión o puesta en peligro, desde una estructura organizativa, de bienes jurídicos personalísimos con el objetivo de subvertir el orden constitucional vigente a partir de la generación de un estado de terror o de intimidación en la población.*

Así definido, el terrorismo comparte con los escenarios tradicionales de justicia de transición la dimensión colectiva de víctima y victimario, en tanto asociado a la existencia de un sistema de injusto desde el que se cometen delitos de manera generalizada y sistemática contra los individuos que integran la sociedad. De la misma forma, la propia entidad de los bienes jurídicos lesionados provoca, como premisa, que el Estado se encuentre obligado a castigar los delitos más graves con el objetivo de prevenir su reiteración y así mantener la cooperación en torno al sistema.

A los aspectos anteriores, ha de adicionarse la presencia de una serie de intereses legítimos a alcanzar. La especial gravedad de las violaciones acontecidas genera en las víctimas un derecho –y el correspondiente deber del Estado– a la reparación material y simbólica. Asimismo, también disfrutaría de especial importancia el derecho a la verdad, relacionado no solo con los posibles delitos pendientes de esclarecimiento, sino también con la construcción de una memoria colectiva y un relato compartido. La organización terrorista persigue la construcción de una narrativa en la que el Estado es presentado como una entidad opresora respecto del que se ejerce una violencia defensiva. Existe, por tanto, un interés de las víctimas directas y de la sociedad en que ese relato no se imponga. Del mismo modo, en la reparación del tejido social roto puede resultar útil acudir a instrumentos propios de la justicia restaurativa. El carácter colectivo de la violencia hace deseable desarrollar una estrategia que facilite la resocialización de los victimarios y otorgue a las víctimas una plataforma donde sentirse escuchadas.

Empero, que el terrorismo comparta con los escenarios tradicionales de la justicia de transición determinados rasgos, no implica que también estén

ción. Así, en primer lugar ha sido descartado que los delitos de terrorismo pueden llegar a beneficiarse del tratamiento más benigno concedido en la justicia transicional al llamado «delito político». Las causas por las que históricamente se renunciaba a la pena en la delincuencia objetivamente política estaban relacionadas con la ausencia de un bien jurídico protegido, es decir, con la no lesividad de la conducta. En la medida en que los ordenamientos absolutistas no proporcionaban un sistema que permitiera una solución pacífica de las controversias, aquellos actos de subversión –potencialmente calificables de rebelión– en los que el victimario no lesionaba bienes jurídicos individuales, tampoco lesionaban bien jurídico colectivo alguno, pues lo protegido no sería más que la seguridad de los gobernantes.

En cualquier caso, este fundamento histórico sí sería parcialmente trasladable a aquellos ordenamientos jurídicos propios de Estados autoritarios o dictatoriales. En ellos, la dimensión política del injusto de los delitos de terrorismo tampoco estaría presente, si bien persistiría aquel relacionado con la lesión de bienes jurídicos personalísimos agravados por la pertenencia a una organización. Ello implica que si bien una renuncia a la totalidad de la pena no parece justificable, sí que podría acudir a su atenuación.

En lo que al argumento referido a la necesidad de pacificación de la sociedad se refiere, se ha llevado a cabo una comparativa entre el terrorismo y las características que definirían a los escenarios de conflicto armado interno. Así, en estos últimos la necesidad ha sido asociada a la existencia de una estructura organizativa capaz de, más allá de ocasiones puntuales, enfrentar militarmente al Estado y ejercer un «control territorial en sentido negativo», lo que implicaría tanto la capacidad de resistir la ofensiva de las fuerzas armadas estatales, como la facultad de enfrentarse a aquellas de manera reiterada. La fórmula anterior serviría para concretar la abstracta referencia a la «ausencia del monopolio estatal de la violencia» referida en la primera parte de la investigación.

La guerra de guerrillas sería el fenómeno subversivo que daría satisfacción a los requisitos anteriores en un sentido mínimo. La guerrilla busca la derrota militar del enemigo a partir del cerco territorial progresivo. En este sentido, dos serían las características que le dotarían de un «control territorial negativo». En primer lugar, el apoyo de la población civil, lo que facilita a los guerrilleros el desplazarse, instalar depósitos de armas y aprovisionamientos sin ser descubiertos, o asegurar una alta rotación entre sus efectivos. En segundo lugar, una orografía que convierte en inoperativa a la tecnología militar más actual. Todo ello facilitaría la prolongación del conflicto en el tiempo, y permitiría que el recurso a las medidas premiales, para pacificar la sociedad, superara el juicio de necesidad.

El terrorismo, por el contrario, y pese a su cada vez más frecuente equiparación con la guerra, no superaría el juicio de necesidad en un sentido mínimo. En primer lugar, debido a que se trata de una estrategia comunicativa y no de una estrategia militar. La organización terrorista no dispone de la capacidad de enfrentar militarmente al Estado al que trata de subvertir, por lo que ha de recurrir al ataque sistemático e indiscriminado contra la población civil para así generar una serie de reacciones que, de manera indirecta, le lleven a alcanzar su objetivo.

En una primera dimensión, se buscaría generar entre los miembros de la sociedad identificados con el Estado enemigo una sensación de indefensión capaz de paralizar la vida en sociedad de manera que el conjunto de la población acabe presionando al Estado a ceder a las pretensiones de la organización. En una segunda dimensión, los actos de violencia de la organización también estarían dirigidos a movilizar a la lucha armada a la parte de la población que simpatiza con su causa.

Sin embargo, históricamente ha quedado demostrado que pese a ser una estrategia dotada de cierta racionalidad, no es, sin embargo, una estrategia suficiente. En relación con el primer efecto, la violencia terrorista solo es capaz de modificar puntualmente determinados hábitos, pero no de paralizar el desarrollo de la vida cotidiana. Por otro lado, que se logre la escalada de la violencia dependerá, en último término, de una respuesta estatal indiscriminada que logre presentar al Estado como un ente represor y a los actos de la organización como constitutivos de violencia defensiva. El terrorismo es, desde esta perspectiva, una «provocación al poder».

De este modo, en tanto que la mayor amenaza que el terrorismo representa para el Estado proviene, precisamente, del propio Estado, no existe una necesidad que amerite una renuncia extraordinaria a la pena. Una reacción moderada de los gobernantes, sin acudir a un «Derecho penal del enemigo», así como el satisfacer demandas agregadas de los grupos que dan soporte ideológico a la organización, evitaría que la lógica terrorista avanzase al siguiente nivel.

Que el terrorismo no presente una necesidad de pacificación equivalente a la de un conflicto armado no implica que no exista. Así, existen muchas disposiciones jurídico-penales a nivel estatal en las que se prevé la atenuación de la pena cuando el victimario lleve a cabo determinadas actividades relacionadas con una reducción de la probabilidad de comisión de nuevos delitos por parte de la organización.

Del mismo modo, también pueden ser derivadas una serie de consecuencias del posible empleo, por parte del Estado, de un Derecho penal de excepción para combatir el terrorismo, principalmente en aquellos casos en

los que la organización o el individuo deciden abandonar voluntariamente su actividad delictiva. En particular, deberían removerse todas las disposiciones y medidas que, en un nivel sustantivo y/o penitenciario, tomen como premisa la peligrosidad, del autor y/o la organización. En este contexto, el desarrollo, adicionalmente y por parte de los victimarios, de conductas de carácter restaurativo o reparador, ha de ser tenido en cuenta a efectos de la obtención de beneficios penitenciarios. Empero, estas últimas difícilmente podrían justificar –salvo que ostenten una especial entidad– una reducción extraordinaria en la pena impuesta.

Por último, también han recibido la calificación de «terrorismo» determinados actos en los que la violencia se emplea desde el Estado como medio de dominación respecto del disidente político. A diferencia de los supuestos de terrorismo subversivo aquí analizados, estos supuestos no constituirían delitos de terrorismo «en sentido propio», sino que encontrarían su acomodo en la categoría de los delitos de lesa humanidad. Toda vez los regímenes autoritarios conserven un grado relevante de poder coercitivo, podrá, bajo determinadas condiciones, renunciarse a la pena con el objetivo de pacificar la sociedad. La renuncia deberá quedar condicionada a la satisfacción por el victimario de otros requisitos necesarios para la reconstrucción del contrato social, y, al menos respecto de los máximos responsables, no podrá serlo a la totalidad del castigo, so pena de erosionar sensiblemente la función de mantenimiento de la cooperación del Derecho penal.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Desplazamiento forzado en La Comuna 13: la huella invisible de la guerra*, Taurus, 2011.
- ACOSTA ARCARAZO, D. / BUCHAN, R. / URUEÑA, R., «Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the Interests of Justice, and the Limits of International Criminal Law», *Criminal Law Forum*, Vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 291-318.
- ADALVE ORZAIZ, A., *La guerra global contra el terrorismo. Un análisis de la crisis del Derecho Internacional antes y después del 11-S*, Tirant lo Blanch, 2018.
- AKHAVAN, P., «Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?», *The American Journal of International Law*, Vol. 95, núm. 1, 2001, pp. 7-31.
- «Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism», *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, núm. 3, 2009, pp. 624-654.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LI, 1998, pp. 365-587.
- ALIX, J. / DERASSE, N. / MARECHAL, J-Y. / QUENTIN, C., «National Reports: France», en DONINI, M., *et al.* (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 181-211.
- ÁLVAREZ BERASATEGUI, A., «Transitional Justice in Settled Democracies: Northern Ireland and the Basque Country in Comparative Perspective», *Critical Studies on Terrorism*, 2017, pp. 1-20.
- AMBOS, K., *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- *El marco jurídico de la justicia de transición*, Temis S. A., 2008.
- «Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon. Is There a Crime of Terrorism under International Law?», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 655-675.

- AMBOS, K., «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pp. 1-47.
- «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, núm. 68, 2013, pp. 5-38.
- *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part*, 1.ª ed., Oxford University Press, 2013.
- *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, 1.ª ed., Oxford University Press, 2014.
- AMBOS, K. / STEINER, C., «Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, pp. 191-211.
- ANGERMAIER, C., «Case Selection and Prioritization Criteria in the Work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», en BERGSMO, M. (Dir.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2.ª ed., Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, pp. 27-43.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.ª ed., Akal, 1986.
- AÑAÑOS MEZA, M. C., «La “Responsabilidad de Proteger” en Naciones Unidas y la Doctrina de la “Responsabilidad de Proteger”», *Revista UNISCI*, núm. 21, 2009, pp. 164-192.
- APONTE CARDONA, A., *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Ibáñez, 2009.
- «Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. Aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición», en AMBOS, K., *et al.* (Eds.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, pp. 167-199.
- ARCHER, R. / CASTINO, R. / ZILLMER, E., «Rorschach Records of Nazi War Criminals: A Reanalysis Using Current Scoring and Interpretation Practices», *Journal of Personality Assessment*, Vol. 53, núm. 1, 1989, pp. 85-99.
- ARENDT, H., *La condición humana* (traducción de Ramón Gil Novales), 1.ª ed., Seix Barral, 1974.
- *Eichmann en Jerusalén* (Traducción de Carlos Ribalta), 5.ª ed., 2.ª reimpresión, Debolsillo, 2017.
- ARROYO ZAPATERO, L., «Terrorismo y sistema penal», en *Reforma Política y Derecho. Actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, pp. 155-210.
- ARTHUR, P., «How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, Volume 31, núm. 2, 2009, pp. 321-367.
- ASHWORTH, J., «Rehabilitation», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 1-10.

- ASUA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en ECHANO BALDASÚA, J. I. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, pp. 41-85.
- «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ JARA, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer y B de F, 2006, pp. 239-276.
- AUKERMAN, M., «Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 39-97.
- BASSIOUNI, C., «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, núm. 4, 1996, pp. 9-28.
- «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 36, núm. 2, 2004, pp. 299-306.
- *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, 1.ª ed., Cambridge University Press, 2011.
- BASSIOUNI, M. C., «International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, núm. 4, 1996, pp. 63-74.
- BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, 2019.
- BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto* (traducción de Ana Mendoza), 1.ª ed., 1.ª reimpresión, Sequitur, 1998.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas* (Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente), 1.ª ed., 4.ª reimpresión, Aguilar, 1982.
- BENAVIDES VANEGAS, F. S., *Justicia en Épocas de Transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Institut Català Internacional per la Pau, 2011.
- BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Hart, H. L. A / Burns, J. H (Eds.)), Methuen, 1982.
- BOTERO MARINO, C. / RESTREPO SALDARRIAGA, E., «Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia», en UPRIMNY YEPES, R., *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 45-107.
- BOTTICI, C., «The Domestic Analogy and the Kantian Project of *Perpetual Peace*», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, núm. 4, pp. 392-410.
- BOTTOMS, A. / BROWNSWORD, R., «The Dangerousness Debate after the Floud Report», *British Journal of Criminology*, Vol. 22, núm. 3, 1982, pp. 229-254.
- BULLAIN LÓPEZ, I., «Aproximación a la Violencia Política en el País Vasco y Perspectivas de una Justicia Restaurativa para Euskadi», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 3, 2014, pp. 465-506.
- CÁMARA ARROYO, S., *La Justicia Transicional y Derecho penal internacional: Alianzas y Desencuentros*, Bosch, 2020.

- CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2.^a ed., Civitas, 2006, pp. 85-152.
- *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010.
- «Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law», *New Criminal Review*, Vol. 14, núm. 1, 2011, pp. 108-122.
- «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, 2016, pp. 45-66
- «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, BOE, 2019, pp. 112-116.
- CANCIO MELIÁ, M. / OLLÉ SESÉ, M., «Caso Jesuitas: justicia universal, coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, terrorismo desde el Estado y prueba», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 146, 2020, pp. 1-27.
- CANCIO MELIÁ, M. / OUBIÑA BARBOLLA, S., «National Reports: Spain», en DONINI, M., et al. (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 259-297.
- «Las medidas premiales en materia de delitos de terrorismo en el código penal español: elementos sustantivos y procesales», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, pp. 25-60.
- CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, 2009, pp. 1-30.
- CAPELLÀ I ROIG, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 28, 2014, pp. 1-43.
- CARRACEDO CARRASCO, E., *Pena e indulto: una aproximación holística*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal. Parte Especial*, Vol. VII, 4.^a ed., Temis, 1989.
- *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Vol. II (traducción de José Ortega torres y José Guerrero), Temis, 1991.
- CARTER, LINDA E. / ELLIS, MARK S. / JALLOH, CHARLES C., *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, 3.^aed., Oxford University Press, 2013.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, Tomo I.*, 6.^a ed., Tecnos, 2006.
- CHAN, K., «Atrocity Prevention in Areas of Limited Statehood: Legal and Political Dilemmas», en HAMID, L. / WOUTERS, J. (Eds.), *Rule of Law and Areas of Limited Statehood. Domestic and International Dimensions*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 233-259.
- CHEHTMAN, A., *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, 2010.

- CHIESA APONTE, L., «Taking Victims Seriously: A Dworkinian Theory of Punishment», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 76, 2007, pp. 117-128.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Margus contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 909-947.
- «En busca del efecto útil de las normas internacionales: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición ante contextos de violencia colectiva», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Ministerio de Economía y Competitividad y Dykinson, 2017, pp. 3-22.
- «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson S. L., 2019, pp. 523-547.
- COTTIER, M., «Article 8. Part I: Introduction/General Remarks. V. Existence of an Armed Conflict», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.ª ed., C. H. Beck, 2016, pp. 312-314.
- CRONIN-FURMAN, K., «Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity», *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, núm. 3, 2013, pp. 434-454.
- CUELLO CALÓN, E., «Delincuencia política», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 3, 1940, pp. 16-24.
- CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- «El premio por abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 3-68.
- CULLEN, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010.
- CULLEN, T. / GILBERT, K., «Reaffirming Rehabilitation», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 28-32.
- DE GUZMAN, M., «Proportionate Sentencing at the ICC», en STAHN, C. (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, pp. 932-962.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 559-602.
- DE PRADA SOLAESA, J. R., «La Justicia Penal ante el final de ETA», *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria*, núm. 42, 2012, pp. 22-30.

- DE SOUZA DIAS, T., «“Interests of Justice”: Defining the Scope of Prosecutorial Discretion in Article 53(1)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, núm. 3, 2017, pp. 731-751.
- DI PESO, V., «Collaborators of Justice in the Context of Countering International Terrorism. Italian Cases», en DONINI, M., *et al.* (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 81-92.
- DIAMANTI, F. / DUCOLI, G. / ROSSI, F., «National Reports: Italy», en DONINI, M., *et al.* (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 23-63.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A., «La participación de la víctima en el indulto», *La ley penal*, núm. 113, 2015, pp. 1-13.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del “arrepentido”», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1996, pp. 1463-1467.
- DONINI, M., «Introduction to a European Project for “Rewarding Measures” to Prevent Terrorism», en DONINI, M., *et al.* (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 1-19.
- DORADO PORRAS, J., «Justicia transicional, persecución penal y amnistías», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 28, 2013, pp. 81-114.
- «Justicia Transicional», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, 2015, pp. 192-204.
- DRUMBL, M., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, 2007.
- DUFF, A., «Punishment, Retribution and Communication», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.^a ed., Hart Publishing, 2009, pp. 126-134.
- «Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?», en BRUDHOLM, T. / CUSHMAN, T. (Eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-104.
- «Process, not Punishment: The Importance of Criminal Trials for Transitional and Transnational Justice», *Minnesota Legal Studies Research Paper*, núm. 14-03, 2014, pp. 1-21.
- DUFF, A. / GARLAND, D., «Introduction: Thinking about Punishment», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 1-43.
- DURKHEIM, E., «Normalidad del crimen», en MARX, K., *Elogio del Crimen* (traducción y compilación de Javier Eraso Ceballos), 2.^a ed., Sequitur, 2010, pp. 59-68.
- *La división del trabajo social* (traducción de Carlos Posada), Biblioteca Nueva / Minerva, 2012.

- ECHANO BALDASÚA, J. I., «Justicia restaurativa y justicia transicional en los delitos de terrorismo: algunas reflexiones», en AA. VV., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012, Universidad de Deusto, 2012, pp. 125-129.
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., *et al.*, «Evaluación de la eficacia de un tratamiento cognitivo-conductual para hombres violentos contra la pareja en un marco comunitario: una experiencia de 10 años (1997-2007)», *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 9, núm. 2, 2009, pp. 199-217.
- EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- ESER, A., «Justicia transicional: acerca del acuerdo de paz colombiano a la luz de Ulfrid Neumann» (Traducción de Daniel Ariza Zapata), en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 35-61.
- ESER, A. / ARNOLD, J., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Teilband 14: Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Duncker & Humboldt, 2012.
- ETXEBERRIA MAULEON, X., «Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA», *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria*, núm. 42, 2012, pp. 66-72.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*, Ibáñez, Universidad de los Andes, 2014.
- «¿Justicia transicional en Colombia? Análisis del acuerdo de paz con las FARC a la luz del Derecho internacional», en CANCIO MELIÁ, M., *et al.* (Eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM Ediciones, 2019, pp. 133-145.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, B de F, 2014.
- FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 73-91.
- FELIP I SABORIT, D., *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, 2000.
- FERRACUTI, F., «Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico 11, 1986, pp. 303-311.
- FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, núm. 69, 2006, pp. 13-31.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10.^a ed., 3.^a reimpresión, Trotta, 2018.
- «La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz internacional», *Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, pp. 146-161.

- FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (traducción al castellano de la 14.^a edición alemana por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Hammurabi, 1989.
- FLETCHER, G. P., «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, num. 1, 1999, pp. 51–63.
- FLETCHER, L. / WEINSTEIN, H., «Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation», *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, núm. 3, 2002, pp. 573-639.
- «Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective», *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, núm. 1, 2009, pp. 163-220.
- FLÓREZ PINILLA, K. / VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Análisis cualitativo de factores determinantes del desistimiento del delito en mujeres El caso de las guerrilleras colombianas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2020, pp. 343-374.
- FRANKE, D., *Politische Delikt und Asylrecht*, Athenäum, 1979.
- FREEMAN, M., *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, 2009.
- FREUD, S., *Group Psychology and the Analysis of the Ego* (translated by James Strachey), 5.^a impresión, The Hogarth Press Ltd., 1949.
- FULLER, L. L., «Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, Vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672.
- GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2016, pp. 95-138.
- GALLEGO ARRIBAS, D., «El colectivo policial como sujeto pasivo del crimen de guerra: a propósito del ataque del Ejército de Liberación Nacional en Bogotá», *Diario La Ley*, núm. 9457, 2019.
- «Justicia de transición y medidas premiales en Colombia. Análisis de su legalidad internacional y breve excursión sobre el problema agrario como una de las causas del conflicto armado», en REYES ALVARADO, Y. / GALLEGU ARRIBAS, D., *Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado Colombiano y la guerrilla de las FARC-EP*, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 149-236.
- GALTUNG, J., *Theories of Peace. A Synthetic Approach to Peace Thinking*, International Peace Research Institute, 1967.
- «Violence, Peace and Peace Research», *Journal of Peace Research*, Vol. 6, núm. 3, 1969, pp. 167-191.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007», *Estudios de Derecho*, Vol. LXIV, núm. 144, 2007, pp. 96-122.
- GARCÍA CASAS, M., *El Derecho internacional de la justicia transicional*, Wolters Kluwer, 2022.

- GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1990.
- «La tipificación “europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 4, 2005, pp. 1-27.
 - «Rebelión (Delito de)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 18, 2020, pp. 285-310.
- GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, Cuadernos para el Diálogo, núm. 69, 1976.
- GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa: Claves para una reelaboración», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, pp. 1-31.
- «Tercer grado y libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y el derecho a no inculparse. La gestión penitenciaria del final de ETA», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 1-63.
- GAVRON, J., «Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court», *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, núm. 1, 2002, pp. 91-117.
- GEIß, R., «Asymmetric Conflict Structures», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, núm. 864, 2006, pp. 757-777.
- GIBSON, J., «Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation?», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, núm. 1, 2006, pp. 82-110.
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999.
- «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes», en AMBOS, K. (Coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 65-104.
 - «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., et al. (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pp. 9-35.
 - «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-18.
 - *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, 2009.
 - «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, pp. 1-40.
 - «El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. / DE SOUSA FERREIRA, A. (Coords.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2017, pp. 21-52.

- GIL GIL, A., «El requisito de “petición expresa de perdón a las víctimas” ¿signo de la progresión personal en el proceso de resocialización?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1-32.
- «Derecho penal y terrorismo islamista: ¿cómo hemos llegado hasta aquí? De un Derecho penal del enemigo a un Derecho penal del posible futuro enemigo», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, pp. 83-114.
- GIL GIL, A. / MACULAN, E., «Responsabilidad de proteger, Derecho Penal Internacional y prevención y resolución de conflictos», en ALDA MEJÍAS, S., *et al.* (Coords.), *La seguridad. Un concepto amplio y dinámico*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2013, pp. 35-64.
- «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», *Revista UNISCI*, núm. 51, 2019, pp. 227-252.
- «The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, núm. 1, 2020, pp. 132-157.
- GOLDHAGEN, D., *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, 4.^a reimpresión, Alfred A. Knopf, 1996.
- GOLDSTONE, R. / FRITZ, N., «“In the Interests of Justice” and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, 2000, pp. 655-667.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, 2010, pp. 25-52.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 57-127.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008, pp. 34-58.
- GRECO, L., «Amnestien und Völkerstrafrecht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 159, núm. 11, 2012, pp. 670-687.
- *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, 2015.
- «Por que inexistem deveres absolutos de punir», en AMBOS, K., *et al.* (Eds.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, pp. 89-104.
- «Strafjurist mit gutem Gewissen-Kritik der opferorientierten Straftheorie», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 167, núm. 4, 2020, pp. 258-265.
- GROPENIEßER, H. / MEIßNER, J., «Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court», *International Criminal Law Review*, Vol. 5, núm. 2, 2005, pp. 267-300.
- GUEVARA, E., *La guerra de guerrillas*, Txalaparta, 3.^a ed., 1998.

- GÜNTHER, K., «Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ, C. *et al.* (Eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos Baden Baden, 2002, pp. 205-219.
- «Warum Transitional Justice auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist-Zwölf Thesen», en NEUMANN, U., *et al.* (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, pp. 271-285.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La reparación del daño causado por el delito y sus efectos sobre la pena. Especial referencia a los delitos de terrorismo»; en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022, pp. 153-174.
- HAMBER, B. / VAN DER MERWE, H., «What is this Thing Called Reconciliation?», *Paper presented at the Goedgedacht Forum After the Truth and Reconciliation Commission Goedgedacht Farm, Cape Town, 28 March 1998*. Disponible en: <<https://brandonhamber.blogspot.com/1998/03/what-is-this-thing-called-reconciliation.html>>.
- HAMID, L. / WOUTERS, J., «Rule of Law and Areas of Limited Statehood: Introduction and Perspective», en HAMID, L. / WOUTERS, J. (Eds.), *Rule of Law and Areas of Limited Statehood. Domestic and International Dimensions*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 2-22.
- HAQUE, A., «Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 273-328.
- HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, Vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 593-629.
- HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, 2016.
- HAYNER, P., «Fifteen Truth Commissions-1974 to 1994: A Comparative Study», *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, núm. 4, 1994, pp. 597-655.
- HEGEL, G. W. F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado* (traducción de Eduardo Vásquez), Biblioteca Nueva, 2000.
- HERZOG, F., «How to Find the Proportionate Criminal Sentence for Crimes against Humanity», *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 269-279.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., «Sobre el indulto. Razones y sinrazones», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, pp. 1-61.
- HOBBS, T., *De Cive* (traducción de Carlos Mellizo), Alianza Editorial, 2000.
- HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, Revised and expanded edition, Columbia University Press, 2006.

- HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, Vol. 19, 2006, pp. 950-958.
- *Teorías de la pena* (traducción de Nuria Pastor Muñoz), Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015.
- JACKSON, M., «Amnesties in Strasbourg», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, núm. 3 2018, pp. 451-474.
- JACKSON, R., *Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials*, USA Department of State, 1949.
- JÄGER, H., *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, 1989.
- «Ist Politik kriminalisierbar?», en LÜDERSEN, K. (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Baden-Baden, 1998, pp. 121-138.
- JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, 1997, pp. 293-324.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991.
- «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho penal tras una fractura del régimen político», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Mes 2, 1994, pp. 137-158.
- «La pena como reparación del daño», en REYES ALVARADO, A. (Ed.), *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, 2005, pp. 339-351.
- *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo), Civitas, 2006.
- «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2.^a ed., Civitas, 2006, pp. 23-56.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Tomo II. Filosofía y ley penal*, 4.^a ed., Losada, 1963.
- *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El delito*, 4.^a ed., Losada, 1963.
- JUNOD, S., «Part I-Scope of this Protocol», en SANDOZ, Y., et al. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 1343-1346.
- «Article I-Material Field of Application», en SANDOZ, Y., et al. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 1346-1356.
- «Article 6-Penal prosecutions», en Sandoz, Y., et al. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 1395-1402.

- KAHAN, D. M., «Signaling or Reciprocating? A Response to Eric Posner's Law and Social Norms», *University of Richmond Law Review*, Vol. 36, 2002, pp. 367-385.
- KALDOR, M., *International Law and New Wars*, Cambridge University Press, 2017.
- KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 4.ª ed., Tecnos, 2005.
- *Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico* (Traducción e introducción de Roberto Aramayo), Alamanda, 2018.
- KAUFMAN, W. R. P., *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Springer, 2013.
- KELLEY, D., «Preliminary Studies of the Rorschach Records of the Nazi War Criminals», *Rorschach Research Exchange*, Vol. 10, núm. 2, 1946, pp. 45-48.
- KELLER, L., «Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms», *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, núm. 2, 2008, pp. 209-279.
- KELSEN, H., *La paz por medio del derecho* (traducción de Luis Echavarrí), Trotta, 2003.
- KITTICHAISAREE, K., *The Obligation to Extradite or Prosecute*, Oxford University Press, 2018.
- KLABBERS, J., «Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law», *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 249-267.
- KLEINIG, J., «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, Vol. 25, 1991, pp. 401-421.
- KNUST, N., «Pena, pena atenuada e impunidad. El papel del derecho penal en sociedades de posconflicto» (Traducción de Daniel Ariza Zapata), en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 135-190.
- KRESS, C., «On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, núm. 4, 2010, pp. 855-873.
- KRITZ, N., «The Dilemmas of Transitional Justice», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, pp. xix-xxx.
- LACEY, N. / PICKARD, H., «To Blame or to Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, núm. 4, 2015, pp. 665-696.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985.
- LAMBOURNE, W., «Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence», *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, pp. 28-48.
- LAMPE, E. J., «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 106, núm. 4, 1994, pp. 683-745.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «El «Nuevo» Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación», *Revista penal*, núm. 14, 2004, pp. 70-90.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Presos: exigencias éticas y jurídicas», en AA. VV., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012, Universidad de Deusto, 2012, pp. 195-201.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (sobre los límites de la amnistía)», *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 5, 2013, pp. 227-263.
- LE BON, G., *The Crowd. A Study of the Popular Mind*, Dover Publications, 2002.
- LEEBAW, B. A., «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, núm. 1, 2008, pp. 95-118.
- LIPPKE, R., «Victim-Centered Retributivism», *Pacific Philosophical Quarterly*, Vol. 84, núm. 2, 2003, pp. 127-145.
- LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley: Grupo Wolters Kluwer, 2010.
- «Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un Derecho penal de autor», en VV. AA, *Nuevas Amenazas y desafíos permanente. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015,
- LOPERA VIÑÉ, R., «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en CANCIO MELIÁ, M., et al. (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Volumen II*, Ediciones UAM, 2019, pp. 1443-1459.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza editorial, 1987.
- LUBAN, D., «A Theory of Crimes against Humanity», *The Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, pp. 85-167.
- LUBAN, D., «Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law», en BESSON, S. / TASIOLAS, J., *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 569-588.
- MACKEY, J. L., «Morality and the Retributive Emotions», *Criminal Justice Ethics*, Vol. 1, núm. 1, 1982, pp. 3-10.
- MACULAN, E., «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson S. L., Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, pp. 187-205.
- «Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición», *Revista Penal*, núm. 41, 2018, p. 117-135.
- «La corte penal internacional», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson S. L., 2019, pp. 83-113.
- «El sistema de penas», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson S. L., 2019, pp. 371-392.

- MACULAN, E., «El crimen de agresión», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., Dykinson, 2019, pp. 473-488.
- *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, 2019.
- «Encuentros restaurativos, petición de perdón y resocialización: replanteando los mecanismos restaurativos con condenados por delitos de terrorismo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, 2021, pp. 77-120.
- «Tras el fin de ETA: crímenes sin resolver, imprescriptibilidad y caminos alternativos», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La ejecución de las penas por delitos de terrorismo*, Dykinson, 2022.
- MALAMUD-GOTI, J., «Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?», *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, núm. 1, 1990, pp. 1-16.
- MALARINO, E., «Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, pp. 205-222.
- «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, K. / ELSNER, G. / MALARINO, E. (Coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Vol. I*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 25-62.
- MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart, 2008.
- «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 208-230.
- MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, 1.ª ed., 2.ª reimpresión, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?», *Revista de Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, pp. 245-258.
- *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes Indiano, 2010.
- MARIGHELLA, C., *Mini-Manual of the Urban Guerrilla*, Abraham Guillen Press & Arm The Spirit, 2002.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en ARROYO ZAPATERO, L. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / PÉREZ MANZANO, M. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 139-162.
- MARTINSON, R., «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», *The Public Interest*, Vol. 35, 1974, pp. 22-54.
- «New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform», *Hofstra Law Review*, Vol. 7, núm. 2, 1978, pp. 243-258.

- MARX, K., «Elogio del crimen», en MARX, K., *Elogio del Crimen* (traducción y compilación de Javier Eraso Ceballos), 2.^a ed., Sequitur, 2010, pp. 29-32.
- MATSUNAGA, J., «Two Faces of Transitional Justice: Theorizing the Incommensurability of Transitional Justice and Decolonization in Canada», *Decolonization: Indigeneity, Education & Society*, Vol. 5, núm. 1, 2016, pp. 24-44.
- MATUS ACUÑA, J. P., «Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, núm. 81, 2013, pp. 139-145.
- MCEVOY, K., «Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice», *Journal of Law and Society*, Vol. 34, num. 4, 2007, pp. 411-440.
- MÉNDEZ, J., «Accountability for Past Abuses», *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, núm. 2, 1997, pp. 255-282.
- MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987.
- METTRAUX, G., «The Definition of Crimes against Humanity and the Question of a “Policy Element”», en SADAT, L. (Ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, pp. 142-176.
- MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, Tavistock Publications, 1974.
- MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, 1998.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, 2016.
- MIRÓ LLINARES, F. / BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1-53.
- MOLANO BRAVO, A., «La justicia guerrillera», en DE SOUSA SANTOS, B. / GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico. Tomo II*, Siglo del Hombre, 2001, pp. 331-388.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Proyecto docente presentado a la primera prueba del Concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Universidad convocado por Resolución de la Universidad Autónoma de Madrid de 26 de marzo de 2001*, 2001.
- «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal» en AA. VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.
- «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, pp. 251-332.
- «Concursos de leyes y de delitos», en íd. (Coord.), *Memento Penal*, Francis Lefebvre, 2022, pp. 463-478.
- «Circunstancias que condicionan la punibilidad», en íd. (Coord.), *Memento penal*, Francis Lefebvre, 2022, pp. 565-576.
- MOORE, M., «Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, núm. 1, 1999, pp. 65-89.
- MÜNKLER, H., *The New Wars*, Polity Press, 2002.

- MURPHY, J. G., «Getting Even: The Role of the Victim», *Social Philosophy & Policy*, Vol. 7, núm. 2, 1990, pp. 209-225.
- «Marxism and Retribution», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 47-70.
- NAGIN, D., «Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century», *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 23, núm. 1, 1998, pp. 1-42.
- NEIER, A., «What Should be Done about the Guilty?», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 172-183.
- NEUMANN, U., «Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“», en NEUMANN, U., et al. (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, pp. 39-52.
- «Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición» (Traducción de Franceline Delgado Ariza), en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 99-134.
- NEWMAN, M., *Transitional Justice*, Polity, 2019.
- NINO, C., «The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina», *The Yale Law Journal*, Vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2619-2640.
- *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en caso de violaciones masivas de los derechos humanos?* (Traducción de Martin Böhrmer), Siglo veintiuno, 2015.
- NOZICK, R., *Philosophical Explanations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1981.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La colaboración con la justicia de los condenados por terrorismo yihadista: posibles enseñanzas a partir de un estudio jurisprudencial», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 23, 2021, pp. 1-38.
- ODIO BENITO, E., «Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición», en ALMQVIST, J. / ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2009, pp. 241-254.
- OHLIN, J. D., «On the Very Idea of Transitional Justice», *Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 51-68.
- «Peace, Security, and Prosecutorial Discretion», en STAHN, C. / SLUITER, G. (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 185-208.
- OLÁSULO ALONSO, H., «The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-judicial or a Political Body?», *International Criminal Law Review*, Vol. 3, núm. 2, 2003, pp. 87-150.

- OLÁSOLO ALONSO, H. / PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, 2008.
- OLLÉ SESÉ, M., «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2.^a ed., Dykinson, 2019, pp. 287-329.
- ORENTLICHER, D., «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», *The Yale Law Journal*, Vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2537-2615.
- «“Settling Accounts” Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 10-22.
- «Immunities and Amnesties», en SADAT, LEILA N. (Ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, pp. 202-222.
- OSIEL, M., «Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity», *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, núm. 1, 2000, pp. 118-147.
- PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid. Tomo I*, Boix, 1840.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «El “terrorista” ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural», en SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, 2010, pp. 137-225.
- «Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares», en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 179-207.
- «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», en ALONSO RIMO, A. / CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 63-93.
- PASTOR, D., *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, 2006.
- «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ JARA, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Edisofer y B de F, 2006, pp. 475-523.
- PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, BOE, 2020.
- PAULUS, A. / VASHAKMADZE, M., «Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict – a Tentative Conceptualization», *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, núm. 873, 2009, pp. 95-125.
- PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, C. H. Beck München, 2008.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Asesinato», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal*, Francis Lefebvre, 2021 pp. 842-871.
- PEÑARANDA RAMOS, E. / BASSO, G., «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Ed.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 161-190.

- PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- PESCHKE, K., «The ICC Investigation into the Conflict in Northern Uganda: Beyond the Dichotomy of Peace versus Justice», en BROWN, BARTRAM S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 178-205.
- PFANNER, T., «Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action», *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, 2005, pp. 149-174.
- PLATÓN, *Protágoras* (traducción de Julián Velarde), Ediciones Pentalfa, 1980.
- POSADA MAYA, R., «Aproximación al concepto jurídico del delito político», en POSADA MAYA, R. (Coord.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Uniandes, 2010, pp. 3-94.
- POSNER, E. / VERMEULE, A., «Transitional Justice as Ordinary Justice», *Harvard Law Review*, Vol. 117, núm. 3, 2004, pp. 762-825.
- POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, 2003.
- PRIMORATZ, I., «Punishment as Language», *Philosophy*, Vol. 64, núm. 248, 1989, pp. 187-205.
- PRITTWITZ, C., «Einleitung», en LÜDERSEN, K. (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Baden-Baden, 1998, pp. 7-26.
- «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, num. 1, 1999, pp. 109-129.
- «Verantwortung als Schlüsselbegriff strafrechtlicher Versuche der Vergangenheitsbewältigung. „Individuelle vs. kollektive Verantwortung” und „Verantwortung für Vergangenheit und Zukunft”», en NEUMANN, U., et al. (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, pp. 255-270.
- «¿Para qué sirve el derecho penal en la lucha contra el terrorismo?», en AMBOS, K., et al. (Eds.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, pp. 105-115.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?», en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) / RUIZ ARIAS, M. (Coord.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis Ediciones, Salamanca, 2017, pp. 143-160.
- *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, 2021.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo II, Instituto Francisco de Vitoria, 1957.

- QUINTERO OLIVARES, G., «La revisión del delito político: islamismo y otros problemas», en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ JARA, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Edisofer y B de F, 2006, pp. 687-712.
- RADBRUCH, G., «El delincuente por convicción (Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-5.
- REBOLLO VARGAS, R., «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018, pp. 139-178
- REEMSTMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters-als Problem*, C. H. Beck München, 1999.
- REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, Paidós, 1.^a ed., 1998.
- REYES ALVARADO, Y., «Amnistías, indultos y principio de legalidad» en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, 2019, pp. 421-450.
- «Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson S. L., Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, pp. 187-205.
- «¿Es injusta la Justicia Transicional? A manera de estudio preliminar», en REYES ALVARADO, Y. (Ed.) *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 13-33.
- «La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso colombiano. A manera de estudio preliminar», en REYES ALVARADO, Y. (Ed.), *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 13-25.
- REYES ALVARADO, Y., «¿Por qué y para qué se creó en Colombia un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición?», en REYES ALVARADO, Y. / GALLEGU ARRIBAS, D., *Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado Colombiano y la guerrilla de las FARC-EP*, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 17-147.
- ROBERTS, J. / ASHWORTH, A., «Deterrence», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.^a ed., Hart Publishing, 2009, pp. 39-48.
- ROBINSON, D., «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European Journal of International Law*, Vol. 14, núm. 3, 2003, pp. 481-505.
- «The Identity Crisis of International Criminal Law», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2008, núm. 4, pp. 925-963.
- RODMAN, K., «Darfur and the Limits of Legal Deterrence», *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, núm. 3, 2008, pp. 529-560.

- RODMAN, K., «Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, núm. 1, 2009, pp. 99-126.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, 2016.
- «Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?», en MIRÓ LLINARES, F. / FUENTES OSORIO, J. L. (Dirs.), *El Derecho penal ante lo «empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, 2022, pp. 73-96.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, 1978.
- ROHT-ARRIAZA, N., «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review*, Vol. 78, núm. 2, 1990, pp. 449-513.
- ROHT-ARRIAZA, N. / POPKIN, M., «Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America», *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, núm. 1, 1995, pp. 79-116.
- RÖSSNER, D., «Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle», en SCHÜNEMANN, B., et al. (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, 2001, pp. 977-988.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social* (Traducción del Dr. Doppelheim), 4.ª ed., Ediciones Mestas, 2010.
- ROXIN, C., «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde), 1.ª ed., Reus, 1981.
- «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde), 1.ª ed., Reus, 1981, pp. 93-113.
- «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde), 1.ª ed., Reus, 1981, pp. 147-186.
- ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C. H. Beck, 2020.
- SATZGER, H. / BORN, P., «National Reports: Germany», en DONINI, M., et al. (Eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Jovene Editores, 2021, pp. 213-250.
- SCHABAS, W., «National Amnesties, Truth Commissions and International Criminal Tribunals», en BROWN, BARTRAM S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 373-390.
- *An Introduction to the International Criminal Court*, 5.ª ed., Cambridge University Press, 2017.
- SCHARF, M., «Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?», *Texas International Law Journal*, Vol. 31, 1996, pp. 1-41.

- «The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, núm. 3, 1999, pp. 507-527.
- SCHWARTZ, H., «Lustration in Eastern Europe», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 461-483.
- SEIBERT-FOHR, A., «The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, 553-590.
- *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford University Press, 2009.
- «Transitional Justice in Post-Conflict Situations», *Max Planck Encyclopedia of International Criminal Law*, 2019, pp. 1-13.
- SEILS, P., «La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional», en ALMQVIST, J. / ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2009, pp. 21-40.
- «La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz», *International Center for Transitional Justice*, 2015, pp. 1-16.
- SHAW, R., «Linking Justice with Reintegration? Ex-Combatants and the Sierra Leone Experiment», en SHAW, R. / WALDORF, L. (Eds.), *Localizing Transitional Justice*, Stanford University Press, 2010, pp. 111-131.
- SHAW, R. / WALDORF, L., «Introduction: Localizing Transitional Justice», en SHAW, R. / WALDORF, L. (Eds.), *Localizing Transitional Justice*, Stanford University Press, 2010, pp. 3-26.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XLIX, 1996, pp. 93-127.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1082-1090.
- «Del Derecho abstracto al Derecho “real”», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2006, pp. 1-6.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, 2.^a ed., 2008.
- «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, 2008, pp. 149-171.
- «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2017, pp. 1-19.
- *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, 2018.
- SLYE, R., «The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, núm. 1, 2002, pp. 173-247.

- STAHN, C., «Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 695-720.
- «The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design», *Leiden Journal of International Law*, Volume 18, núm. 3, 2005, pp. 425-466.
- STEENKEN, C., *Desarme, desmovilización y reintegración (DDR): Descripción general práctica*, Instituto para Formación en Operaciones de Paz, 2017.
- STEWART, J., «El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia», *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín*, Bogotá y Medellín, 30-31 de mayo 2018.
- «El artículo 28 del Estatuto de Roma», *Conferencia dictada en la Cámara de Comercio de Bogotá*, Bogotá, 1 de noviembre de 2018.
- STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J., «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», en íd. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, 2009, pp. 45-72.
- «Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente», en AA. VV., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012, Universidad de Deusto, 2012, pp. 69-84.
- TEITEL, R., *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, 1988.
- «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, núm. 87, 2016, pp. 18-59.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, pp. 1-72.
- TONRY, M., «Individualizing Punishments», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.^a ed., Hart Publishing, 2009, pp. 354-358.
- «Learning from the Limitations of Deterrence Research», *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 37, núm. 1, 2008, pp. 279-311.
- TSE-TUNG, M., *On Guerrilla Warfare*, Pickle Partners Publishing, 2014.
- UPRIMNY YEPES, R., «Introducción», en UPRIMNY YEPES, R., et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 13-16.

- UPRIMNY YEPES, R., «Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano», en UPRIMNY YEPES, R., *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 17-44.
- UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M. P., «Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades», en UPRIMNY YEPES, R., *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 109-138.
- VAN DEN WIJNGAERT, C., *The Political Offence Exception to Extradition. The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order*, Kluwer, 1980.
- VARONA MARTÍNEZ, G., «The Meaning of Impunity: What do Victims, Offenders and Society Think of Restorative Encounters in the Context of ETA Terrorism in Spain?», *Restorative Justice: An International Journal*, Vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 215-243.
- «El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional», en GIL GIL, A. / MACULAN, E. (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson S. L., Ministerio de Economía y Competitividad, 2017, pp. 145-183.
- VARONA MARTÍNEZ, G. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. / ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., «Victims of Terrorism in the Basque Country: Paradoxes of their Expectations and Demands in the End of ETA», *Journal of Victimology*, núm. 3, 2016, pp. 65-84.
- VIGANÒ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, pp. 311-328.
- VON HIRSCH, A., «Utilitarian Sentencing Resuscitated: The American Bar Association's Second Report on Criminal Sentencing», *Rutgers Law Review*, Vol. 33, 1981, pp. 772-789.
- *Censurar y castigar* (traducción de Elena Larrauri), Trotta, 1998.
- «Incapacitation», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 75-82.
- «Proportionate Sentences: A Desert Perspective», en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. / ROBERTS, J. (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.ª ed., Hart Publishing, 2009, pp. 115-125.
- VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. / BURNEY, A. / WIKSTRÖM, P., *Criminal Deterrence and Sentence Severity. An Analysis of Recent Research*, Hart Publishing, 1999.
- VON LISZT, F., *La Idea del Fin en el Derecho Penal* (introducción de José Miguel Zugaldía Espinar; traducción de Carlos Pérez del Valle), Editorial Comares, 1995.
- WALDMANN, P., «Terrorismo y guerrilla: la violencia organizada contra el Estado en Europa y América Latina. Un análisis comparativo», *Estudios Internacionales*, núm. 98, 1992, pp. 275-313.

- WALDMANN, P., *Terrorismus: Provokation der Macht*, Gerling Akademie, 1998.
- «Gesellschaften im Bürgerkrieg. Zur Eigendynamik entfesselter Gewalt», en LÜDERSSEN, K. (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Baden-Baden, 1998, pp. 139-169.
- *Terrorismus und Bürgerkrieg*, Gerling Akademie, 2003.
- WALKER, N., «Reductivism and Deterrence», en DUFF, A. / GARLAND, D. (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, pp. 212-217.
- WALLER, J., *Becoming Evil. How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, 2002.
- WALZER, M., *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Paidós, 2001.
- *Terrorismo y guerra justa*, CCCB, 2008.
- WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, 2020.
- WERLE, G. / BURGHARDT, B., «Do Crimes against Humanity Require the Participation of a State or a 'State-Like' Organization?», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, pp. 1151-1170.
- WERLE, G. / VORMBAUM, M., *Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Springer, 2018.
- «Mauerfall und Transitional Justice. Wege der juristischen Aufarbeitung von Diktaturen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, pp. 3282-3286.
- WILLS OBREGÓN, M. E., «Los tres nudos de la guerra colombiana», en *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, febrero de 2015, pp. 1-45.
- ZABILDE, J. L., *Bases teóricas de la guerra revolucionaria. Ponencia aprobada en la IV Asamblea de ETA*, Fondo documental Euskal Herriko Komunistak, 1965.
- ZACZYK, R., «“Ha matado, entonces debe morir”. Kant y el derecho penal» (traducción de Miguel Polaino-Orts), en ZACZYK, R., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena* (compiladores Eduardo Montealegre Lynett, Natalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John, Miguel Polaino-Orts), Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 109-133.
- ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, 2006.
- ZAIBERT, L., *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press, 2018.
- ZALAQUETT, J., «Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations», *Hastings Law Journal*, Vol. 43, núm. 6, 1992, pp. 1425-1438.
- «Confronting Human Rights Violations committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints», en KRITZ, N. (Ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. I. General Considerations*, United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 3-31.

- ZIMMERMANN, A. / GEISS, T., «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War Crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. III. Violations of Article 3 Common to the Four Geneva Conventions», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2016, pp. 542-555.
- «Article 8. Part II: Analysis and Interpretation of Elements. C. Article 8 para. 2 (c)-(f) and para. 3: War crimes committed in an Armed Conflict not of an International Character. VI. Article 8 para. 2 (f): Scope of Application of Article 8 para. 2 (e)», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2016, pp. 574-577.
- ZÖLLER, M. A., *Terrorismusstrafrecht. Ein Handbuch*, C. F. Müller, 2009.
- ZOLO, D., «Peace through Criminal Law?», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, núm. 3, 2004, pp. 727-734.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Argentina

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de 14 de junio de 2005 (Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa núm. 17.768).

Chile

Sentencia de 13 de diciembre de 2006 la Corte Suprema de Chile. Caso Molco. Rollo núm. 559-2004. Considerandos 2.º y 20.º

Sentencia de 13 de noviembre de 2007 de la Corte Suprema de Chile. Caso de Secuestro Calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje. Recurso de Casación. Rollo núm. 6186-2006.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370/06, de 18 de mayo de 2006 (ponente: Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579/13, de 28 de agosto de 2013 (ponente: Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-007/18, de 1 de marzo de 2018 (ponente: Fajardo Rivera).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080/18, de 15 de agosto de 2018 (ponente: Lizarazo Ocampo).

Corte IDH

Sentencia de la Corte IDH de 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*).
Sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2000 (*Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*).

Sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001 (*Caso Barrios Altos c. Perú*).

Sentencia de la Corte IDH de 6 de diciembre de 2001 (*Caso Las Palmeras c. Colombia*).

Sentencia de la Corte IDH de 6 de abril de 2006 (*caso Baldeón García c. Perú*).

Sentencia de la Corte IDH de 22 de septiembre de 2006 (*Caso Goiburú y otros c. Paraguay*) Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*).

Sentencia de la Corte IDH de 11 de mayo de 2007 (*Caso Masacre La Rochela c. Colombia*). Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de la Corte IDH de 26 de mayo de 2010 (*Caso Cepeda Vargas c. Colombia*). Excepciones. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2010 (*Caso Gomes Lund y otros c. Brasil*).

Sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Caso Gelman c. Uruguay*).

Sentencia de la Corte IDH de 25 de octubre de 2012 (*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*).

Sentencia de la Corte IDH de 31 de agosto de 2017 (*Caso Vereda La Esperanza c. Colombia*).

Sentencia de la Corte IDH de 30 de mayo de 2018 (*Caso Barrios Altos y La Cantuta c. Perú*). Supervisión de cumplimiento de la sentencia.

CPI/ICC

ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 10 February 2006.

ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', Appeals Chamber, ICC-01/04, 13 July 2006.

ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007.

ICC, Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009.

- ICC, Prosecutor v. Katanga and Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 September 2009.
- ICC, Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, «Decision on the confirmation of charges», Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05- 02/09, 8 February 2010.
- ICC, Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II; ICC-01/09, 31 March 2010.
- ICC, Prosecutor v. Ruto *et al.*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute», Appeals Chamber, ICC-01/09-01/11 (OA), 30 August 2011.
- ICC, Situation in the Republic of Cote d'Ivoire, «Corrigendum to 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire'», Pre-Trial Chamber III, ICC-02/11, 3 October 2011.
- ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.
- ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 10 July 2012.
- ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 31 May 2013.
- ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 23 May 2014.
- ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr. Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi'», Appeals Chamber, ICC-01/11-01/11OA6, 24 July 2014.
- ICC, Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled «Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo», Appeals Chamber, ICC-02/11-01/12 OA, 27 May 2015.
- ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08, 21 June 2016.
- ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, Trial Chamber VIII, ICC-01/12-01/15, 27 September 2016.
- ICC, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's «Judgment pursuant to Article 74 of the Statute», Appeals Chamber, ICC-01/05-01/08 A, 8 June 2018.
- ICC, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, Trial Chamber VI, ICC-01/04-02/06, 7 November 2019.

España

SAN 30/1991, de 20 de septiembre de 1991 (ponente: Lobejón Martínez).
SAN 16/2005, de 19 de abril de 2005 (ponente: De Prada Solaesa).
SAN 36/2005, de 26 de septiembre de 2005 (ponente: Murillo Bordallo).
SAN 6/2007, de 7 de febrero de 2007 (ponente: Bayarri García).
SAN 31/2009, de 30 de abril de 2009 (ponente: De Prada Solaesa).
SAN 2193/2020, de 11 de septiembre de 2020 (ponente: Andreu Merelles).
SAP Guadalajara 20/2018, de 23 de mayo de 2018 (ponente: Mayor Rodrigo).
SAP Almería 379/2019, de 30 de septiembre de 2019 (ponente: Dodero Martínez).
STS 1321/1999, de 27 de septiembre de 1999 (ponente: Marañón Chavarri).
STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007 (ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar).
STS 503/2008, de 17 de julio de 2008 (ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar).
STS 987/2009, de 13 de octubre de 2009 (ponente: Giménez García).
STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012 (ponente: Martínez Arrieta).
STS 459/2019, de 14 de octubre de 2019 (ponente: Marchena Gómez).
STS 64/2021, de 28 de enero de 2021 (ponente: Magro Servet).

Honduras

Corte Suprema de Justicia de la Republica de Honduras. Recurso de Inconstitucionalidad 20-99-Inconstitucionalidad del Decreto Número 199-87 y del Decreto Número 87-91, 27 de junio de 2000, motivo de la inconstitucionalidad por razón de fondo.

Perú

Sentencia de 2 de marzo de 2007 del Tribunal Constitucional de Perú (*Caso Santiago Martín Rivas*. Recurso de agravio constitucional. Expediente núm. 679-2005-PA/TC).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, Exp. núm. 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, Control de Convencionalidad Alberto Fujimori o Kenya Fujimori, 13 de febrero de 2019.

TEDH

Sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1985 (*Caso X e Y c. Países Bajos*).

Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 1991 (*Caso Dujardin c. France*).

STEDH de 18 de diciembre de 1996 (*Caso Aksoy c. Turquía*).

STEDH de 28 de octubre de 1998 (*Caso Osman c. UK*).

STEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic c. Turquía*).

STEDH de 17 de enero de 2002 (*Caso Calvelli y Ciglio c. Italia*).

STEDH de 4 de diciembre de 2003 (*Caso M. C c. Bulgaria*).

STEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Caso Abdulsamet Yaman c. Turquía*).

STEDH de 30 de noviembre de 2004 (*Caso Öneriyildiz c. Turquía*).

STEDH de 26 de julio de 2005 (*Caso Siliadin c. Francia*).

STEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Caso Nikolova and Velichkova c. Bulgaria*).

STEDH de 8 de abril de 2008 (*Ali and Ayse Duran c. Turquía*).

STEDH de 3 de junio de 2010 (*Caso Gäfgen c. Alemania*).

STEDH de 15 de noviembre de 2011 (*Caso MP y otros c. Bulgaria*).

STEDH de 11 de diciembre de 2012 (*Caso Tarbuk c. Croacia*).

STEDH de 27 de mayo de 2014 (*Caso Margus c. Croacia*).

STEDH de 12 de abril de 2016 (*Asociación «21 de diciembre de 1989» y otros c. Rumanía*).

STEDH de 7 de junio de 2018 (*Mocanu y otros c. Rumania*).

STEDH de 14 de enero de 2021 (*Caso Sabalić c. Croacia*).

TESL/SCSL

SCSL, Prosecutor v. Kallon and Bazy Kamara, Appeals Chamber, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 13 March 2004.

SCSL, Prosecutor v. Sesai, Kallon and Gbao, Sentencing Judgement, Trial Chamber I, SCSL-04-15-T, 8 April 2009.

TPIR/ICTR

ICTR, Prosecutor v. Akayesu, Judgement, Trial Chamber I, ICTR-96-4-T, 2 September 1998.

ICTR, Prosecutor v. Serushago, Sentence, Trial Chamber I, ICTR-98-39-S, 5 February 1999.

ICTR, Prosecutor v. Kayishema *et al.*, Judgement, Trial Chamber II, ICTR-95-1-T, 21 May 1999.

ICTR, Prosecutor v. Rutaganda, Judgement and Sentence, Trial Chamber I, ICTR-96-3-T, 6 December 1999.

ICTR, Prosecutor v. Musema, Judgement, and Sentence, Trial Chamber I, ICTR-96-13-T, 27 January 2000.

TPIY/ICTY

ICTY, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, IT-94-1-AR71, 2 October 1995.

ICTY, Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment, Trial Chamber, IT-94-1-T, 7 May 1997.

ICTY, Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Appeals Chamber, IT-96-22-A, 7 October 1997.

ICTY, Prosecutor v. Furundžija, Judgment, Trial Chamber, IT-95-17/1-T, 10 December 1998.

ICTY, Prosecutor v. Tadic, Sentencing Judgment, Trial Chamber, IT-94-1-Tbis-R117, 11 November 1999.

ICTY, Prosecutor v. Kunarac, Judgment, Trial Chamber, IT-96-23-T, 22 February 2001.

ICTY, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Judgement, Appeals Chamber, 12 June 2002.

ICTY, Prosecutor v. Galić, Judgment, Trial Chamber I, IT-98-29-T, 5 December 2003.

ICTY, *Prosecutor v. Mrdja*, Trial Chamber, IT-02-59-S, 31 March 2004

ICTY, Prosecutor v. Slobodan Milošević, Decision on motion for judgment of acquittal, Trial Chamber, IT-02-54-T, 16 June 2004.

ICTY, Prosecutor v. Babić, Judgement on Sentencing Appeal, Appeals Chamber, IT-03-72-A, 18 July 2005.

ICTY, Prosecutor v. Limaj, Judgement, Trial Chamber II, IT-03-66-T, 30 November 2005.

ICTY, Prosecutor v. Galić, Judgment, Appeals Chamber, IT-98-29-A, 30 November 2006.

ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, Judgment, Trial Chamber, IT-98-29/1-T, 12 December 2007.

ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, Judgement, Trial Chamber I, IT-04-84-T, 3 April 2008.

Uruguay

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, núm. 365/2009 de 19 de octubre de 2009.

**OTRAS RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS EMITIDOS
POR O EN EL MARCO DE ORGANIZACIONES
REGIONALES O INTERNACIONALES**

CIDH

CIDH. Informe Anual de 1985-86.

CIDH. Informe núm. 28/92. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina.

CIDH. Informe Anual de 1993.

CIDH. Informe núm. 36/96. Caso 10.843. Chile.

CIDH. Informe núm. 55/97. Caso 11.137. Argentina.

CIDH. Informe núm. 1/99. Caso 10.480. El Salvador.

CIDH. Informe núm. 133/99. Caso 11.725. Chile.

CIDH. Informe núm. 61/01. Caso 11.711. Chile.

CIDH. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 2004.

ONU

Acta resumida de la 28.^a sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 66.º periodo de sesiones. Doc. ONU. A/C.6/66/SR.28.

DE GREIFF, P., *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. Doc. ONU. A/HRC/21/46.

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Doc. ONU. S/2004/616.

- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Doc. ONU. S/2011/634.
- JOINET, L., *Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights*, United Nations Economic and Social Council, 1985, Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/1985/16.
- JOINET, L., «Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)», Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 26 de junio de 1997, Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/1997/20.
- ORENTLICHER, D., *Independent study on best practices, including recommendations, to assist states in strengthening their domestic capacity to combat all aspects of impunity*, 2004. Doc. ONU. E/CN.4/2004/88.
- ORENTLICHER, D., «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, Doc. ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1.
- Report of the Secretary-General on the Situation of Democracy and Human Rights in Haití* (Doc. ONU. A/47/975-S/26063).
- Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone*. Doc. ONU. S/2000/915.
- Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de la ONU. Doc. ONU. S/RES/1315 (2000).
- Resolución 1534 (2004) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Doc. ONU. S/RES/1534 (2004).
- Resolución 1566 (2004). Doc. ONU. S/RES/1566 (2004).
- Resolución 2002/79, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 25 de abril de 2002. Doc. ONU. E/CN.4/RES/2005/81.
- Resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 7272.^a sesión, Doc. ONU. S/RES/2178 (2014).
- Resolución 32/28 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 1 de julio de 2016. Declaración sobre el Derecho a la Paz (Doc. ONU. A/HRC/RES/32/28).
- Resolución 49/60, de 9 de diciembre de 1994. Doc. ONU A/RES/49/60.
- Resolución 57/27 de 15 de enero de 2003, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 57.º periodo de sesiones. Doc. ONU. A/RES/57/27; Resolución 63/129 de 11 de diciembre de 2008, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 63 periodo de sesiones. Doc. ONU. A/RES/63/129.
- Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Doc. ONU. A/RES/60/147.

Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU. Doc. ONU. S/RES/955 (1994).
TLADI, D., «Primer informe sobre el *ius cogens*», Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional. Doc. ONU. A/CN.4/693.

OTP

OTP, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003.
OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003.
OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, 2007.
OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, November 2013.
OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15 September 2016.

David Gallego Arribas

Es Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas (con mención internacional) por la Universidad Autónoma de Madrid, donde ha ejercido como contratado predoctoral FPU (2017-2021) y donde, actualmente, trabaja como Profesor Ayudante. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad Externado de Colombia y en la Ludwig-Maximilians-Universität München. Su actividad investigadora se ha centrado en la justicia transicional, el Derecho penal internacional y el Derecho penal del terrorismo.

Colección

Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

14. Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional
Coordinadores: Laura Pozuelo Pérez y Daniel Rodríguez Horcajo
15. Estudios sobre el Código penal de 1822 en su bicentenario
Coordinadores: Gregorio M^a Callejo Hernanz, Víctor Martínez Patón
16. Códigos penales españoles, dos volúmenes
**Jacobo Barja de Quiroga
Luis Rodríguez Ramos
Lourdes Ruiz de Gordejuela López**
17. Minería de ADN en la investigación criminal
Fernando Ruiz Domínguez
18. Responsabilidad penal y negocios estándar: los casos del asesor fiscal y del abogado, dos volúmenes
Mónica de la Cuerda Martín
19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España
Cristian Sánchez Benítez
20. El principio de responsabilidad penal por el hecho
Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín
Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez
21. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela
Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares

El conflicto entre la necesidad de pacificación de la sociedad y las exigencias de castigo y de satisfacción de los derechos de las víctimas de un pasado de graves violaciones de derechos humanos ha sido, es y será una constante en la historia de la humanidad. Esta tensión entre lo pretérito y lo venidero en el marco de la denominada justicia transicional provoca que, en ocasiones, los Estados renuncien o flexibilicen la principal consecuencia jurídica del delito –esto es, la pena– respecto de los distintos perpetradores. Desde el derecho internacional, se mantiene la existencia de un deber estatal de castigo que vendría a limitar sensiblemente la discrecionalidad punitiva estatal y, más concretamente, la posibilidad de emplear medidas premiales –amnistías, indultos u otras similares–. No obstante, no queda claro cuál es el fundamento de dicho deber, ni en qué medida puede flexibilizarse en supuestos de colisión de intereses. Esta obra aborda el estudio de dicho deber no solo desde el derecho positivo, sino también desde la óptica de la teoría de la pena, algo tradicionalmente olvidado. Si de lo que se trata es de saber si o cuánto es posible renunciar a la pena, necesariamente habrán de examinarse sus fines.

Del mismo modo, ante las voces que en los últimos tiempos especulan con la posibilidad de trasladar la lógica premial transicional al terrorismo doméstico, la obra analiza la necesidad inmanente en este último tipo de violencia. Su caracterización como estrategia de comunicación que en última instancia busca provocar al poder marca una evidente distinción con los escenarios transicionales clásicos, si bien no se cierra la puerta a que medidas como los indultos puedan compensar una suerte de Derecho penal del enemigo.