

# ÍNDICE

	Páginas
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. <b>Una visión holística de la justicia transicional</b> .....	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. <b>El dilema jurídico-penal en la justicia de transición</b> .....	49
III. <b>Las limitaciones en el derecho positivo a la discrecionalidad punitiva estatal</b> .....	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
<b>IV. Conclusiones parciales .....</b>	<b>104</b>
<b>CAPÍTULO II. HACIA UNA INTEGRACIÓN ENTRE TEORÍA DE LA PENA Y JUSTICIA DE TRANSICIÓN .....</b>	<b>107</b>
<b>I. Introducción .....</b>	<b>107</b>
<b>II. La justicia de transición como proceso de restauración de la cooperación social .....</b>	<b>109</b>
1. Justicia de transición y reconstrucción del contrato social .....	109
2. Reconstrucción del contrato social y derecho penal internacional ...	118
<b>III. La retribución en la justicia de transición .....</b>	<b>123</b>
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
<b>IV. ¿Tienen las víctimas un derecho al castigo del autor? Sobre la pena como satisfacción a la víctima del delito .....</b>	<b>137</b>
<b>V. La restauración de la cooperación por medio del Derecho penal ...</b>	<b>146</b>
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.	<b>Otros fines de la pena en la justicia de transición .....</b>	<b>218</b>
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
<b>I. El concepto de terrorismo .....</b>	<b>248</b>
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
<b>II. Los potenciales privilegios del delito político en la justicia de transición y su relación con el terrorismo .....</b>	<b>278</b>
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
<b>III. Necesidad de pacificación y renuncia a la pena ordinariamente establecida. Una comparativa entre el conflicto armado interno y el terrorismo subversivo .....</b>	<b>296</b>
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
<b>IV ¿Una justificación premial alternativa? Las consecuencias jurídicas del abandono de la lucha armada .....</b>	<b>343</b>
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
<b>V. A modo de cierre: el «terrorismo de o desde el Estado» como escenario transicional .....</b>	<b>360</b>
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