

Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena

Alicia Gil Gil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

*Abstract**

En el presente artículo se expone cómo aparece y penetra la idea de que la pena debe cumplir el fin de dar satisfacción a la víctima. Se identifica en este proceso la importancia del protagonismo de las víctimas en la política criminal y del empuje desde el Derecho penal internacional, la justicia transicional y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. Se analizan críticamente diversas teorías sobre los fines de la pena orientadas a la víctima. Y se estudia qué instintos y mecanismos se encuentran realmente en la base de tal supuesta satisfacción y cómo deben manejarse en el conjunto de los fines de la pena y del Derecho penal.

Der vorliegende Beitrag wird die Auffassung vertreten, der Strafzweck soll in der Genugtuung der Opfer bestehen. Dabei erweist sich die Rolle der Opfer in der Kriminalpolitik und der Einfluss des Völkerstrafrechts, der Übergangsjustiz sowie der menschenrechtlichen Rechtsprechung als besonders bedeutungsvoll. Anschließend werden unterschiedliche, auf das Opfer besonders orientierte Strafzwecktheorien thematisiert. Darüber hinaus wird untersucht, welche Instinkte und Mechanismen tatsächlich der angeblichen Opfergenugtuung zugrunde liegen, sowie die Frage, wie sie in dem Rahmen der gesamten Straf- und Strafrechtzwecke gehandhabt werden sollten.

The article aims at showing the emergence of the idea according to which the criminal punishment must comply with the aim of granting satisfaction to the victim. The research points out the importance for this process of both the victims' leading role in the criminal policy and the influence of International Criminal Law, Transitional Justice and the Human Rights bodies' jurisprudence. This work offers a critical analysis of different theories about the purposes of criminal punishment that are focused on victims. Besides that, it inquires which instincts and mechanisms really lie at the core of this alleged satisfaction, as well as how they should be dealt with in the purposes of the criminal punishment and Criminal Law as a whole.

Titel: Über die Genugtuung des Opfers als Strafzweck.

Title: On the Victim Satisfaction as Purpose of Criminal Punishment.

Palabras clave: víctimas, derechos humanos, Derecho penal internacional, justicia transicional, fines de la pena, retribución, prevención, satisfacción, venganza, reciprocidad.

Stichworte: Opfer, Menschenrechte, Völkerstrafrecht, Übergangsjustiz, Strafzwecke, Vergeltung, Prävention, Genugtuung, Rache, Reziprozität.

Keywords: victims, human rights, international criminal law, transitional justice, purposes of criminal punishment, retribution, deterrence, satisfaction, revenge, reciprocity.

* El presente artículo se enmarca en el proyecto "La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva" (DER2013-43760-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+i) Orientada a los Retos de la Sociedad.

Sumario

1. Introducción
2. Desarrollo de la idea del castigo penal como forma de satisfacción a la víctima
 - 2.1. El protagonismo de las víctimas en la política criminal
 - 2.2. El empuje desde el Derecho internacional
 - a) El Derecho penal internacional: la lucha contra la impunidad mediante un Derecho penal sin soberano
 - b) Justicia transicional: los derechos a la verdad, la justicia y la reparación
 - c) La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos: las obligaciones estatales de investigar, perseguir y sancionar
3. Propuestas de incorporar los intereses de la víctima como fines de la pena desde la dogmática penal
 - 3.1. La pena como necesidad moral o exigencia de justicia: teorías retribucionistas clásicas
 - 3.2. La pena como derecho de la víctima que nace del delito: la apelación a la evolución histórica
 - 3.3. La pena como medio para producir efectos beneficiosos en la víctima
 - 3.4. La pena como eliminación o cese de un daño a la víctima diferente de la lesión del bien jurídico
4. Pena, venganza, reciprocidad: instrumentos preventivos
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

La doctrina penalista continental de influencia germánica ha llegado hace tiempo a un consenso sobre los tres elementos que, solos o combinados entre sí, conforman las distintas teorías sobre el fundamento y fines de la pena¹, a saber, la retribución, la prevención general y la prevención especial. Puede decirse que en la actualidad predominan en este ámbito las teorías mixtas², centrándose las discusiones en el contenido o el peso mayor o menor de los mencionados elementos³. Al mismo tiempo, la doctrina se ha preocupado de descartar expresamente fines como los de “satisfacer los deseos de venganza” por considerarlos irracionales e impropios del Estado⁴.

¹ Véase por todos MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 84 ss.

² Así lo recoge, respecto de las doctrinas alemana y española, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 94, nm. 41; CEREZO MIR, *PG*, t. I, 6ª ed., 2003, pp. 24 ss.; ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, 2006, p. 50.

³ Ello no obsta, sin embargo, a que siga existiendo discusión doctrinal sobre la materia y muy diferentes concepciones sobre lo que deba entenderse por retribución, prevención general, o prevención especial. Véase, FEJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal, un breve recorrido por las teorías de la pena*, 2014, pp. 109 ss.

⁴ REEMTSMA, *Im Keller*, 6ª ed., 2012, pp. 215-216; EL MISMO, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, 1999, p. 26; Elio MORSELLI, «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la

De igual manera, en el mundo anglosajón predominan desde mitad del siglo XX las teorías mixtas que combinan retribución y prevención⁵, aunque subsisten con fuerza defensores de teorías retribucionistas. Esto puede resultar extraño desde nuestra perspectiva, pero probablemente tiene que ver con la ubicación de los estudios sobre este tema en la ciencia anglosajona en el ámbito de la filosofía, por lo que se busca la justificación moral del castigo y, en ocasiones, se pierde de vista un aspecto fundamental de la discusión: el de la teoría del Estado y los fines del Derecho penal como instrumento del mismo. En todo caso, también la mayoría de la doctrina retribucionista anglosajona se ha esforzado en rechazar una relación entre retribución y venganza⁶.

Sin embargo, en los últimos años asistimos a fuertes corrientes en contra de esta tradicional visión que introducen como novedad de la receta un potente y nuevo ingrediente básico: la satisfacción de la víctima. Este ingrediente no solo puede anular a todos los demás, sino, incluso, transformar radicalmente el significado de la pena. A pesar de ello, la doctrina penalista ha permanecido prácticamente ajena a la polémica⁷, evidenciando un divorcio cada día mayor entre las distintas ramas del Derecho y entre la dogmática penal y la política criminal⁸.

pena», *ADPCP*, (48), 1995, pp. 271 ss., quien afirma: “Si es verdad que el sentimiento de justicia tiene sus raíces en el deseo de venganza, es también verdad que al mismo tiempo ese lo supera y lo sublima, en el cuadro de las más profundas instancias éticas del ser humano”; GIL GIL, «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal. A la vez una confrontación de diferentes concepciones del Derecho penal, las normas penales y el fundamento y fines de la pena», *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 25 y nota 76. También en contra de asignar al Derecho penal el fin de satisfacer las necesidades psicosociales de castigo por considerarlas irracionales, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 307. En la doctrina continental se suele rechazar la venganza como un deseo o emoción irracional a la que se atribuye carga peyorativa –JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 66–, o como un sistema de control arcaico y superado –MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 101, nm. 62–.

⁵ Así lo recoge Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge, A theory of punishment*, 2013, pp. 73 ss.

⁶ Así lo recoge Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 93, con ulteriores citas. Véase como ejemplo paradigmático de este esfuerzo de distinción y rechazo de la venganza, NOZICK, *Philosophical explanations*, 1981, pp. 366 ss. Señala este autor varias supuestas diferencias: la venganza se ejerce como reacción a un daño y la retribución a una injusticia, la venganza es ilimitada y la retribución es limitada, la venganza es personal y la retribución no, la venganza tiene un componente emocional basado en el placer por el sufrimiento ajeno del que la retribución carece, o sustituye por el placer de la justicia. Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 95 ss., pone en cuestión con razón todas estas diferencias, al señalar cómo las mismas se diluyen cuando la venganza pasa de instinto a institución y se desarrolla como tal a través de la historia. Otras supuestas diferencias simplemente son difíciles de comprobar en la realidad o parten de ideas equivocadas sobre las culturas de la venganza. También FLETCHER, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, pp. 51 ss., a pesar de reivindicar un papel para las víctimas en la decisión sobre la pena, reconoce que justificarla en un supuesto fin de garantizar que aquellas cumplan su deseo de ver sufrir a quien les causó un daño reduciría el castigo a una venganza y supondría una rendición a las emociones populares.

⁷ Como excepciones merecen ser citados SILVA SÁNCHEZ, «Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», *REJ*, (11), 2009, pp. 35 ss.; WEIGEND, «„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrech?», *RW*, 2010, pp. 39 ss.; GIL GIL/MACULAN, «Responsabilidad de proteger, Derecho Penal Internacional y prevención y resolución de conflictos», en VV.AA., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, 2013, pp. 35 ss., en especial 45 ss. También FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal*, 2014, pp. 155 ss., menciona brevemente esta corriente para rechazarla de plano: “la pena estatal no tiene como fin la satisfacción de los intereses de las víctimas o la superación de sus experiencias traumáticas. Ni en el caso de víctimas con ánimo de venganza ni en el caso de víctimas que sólo quieren perdonar y olvidar”; “Sólo es posible la satisfacción de los intereses de la víctima dentro de las posibilidades que puede ofrecer una pena orientada a la restauración de la estabilización normativa”.

⁸ Sobre la expulsión de los expertos del proceso legislativo, transformado en herramienta electoral dominada por el populismo y la politización, véase Díez Ripollés, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *AFD*, (22), 2005, pp. 25 ss.

El objeto del presente estudio no es analizar y discutir todas las diferentes teorías que han tratado de explicar el fundamento y fines de la pena, sino, por el contrario, lo que nos interesa es examinar aquellas construcciones que puedan servir de base a la idea de que la pena sirve para dar satisfacción a la víctima, o, incluso, yendo un paso más lejos, que es un derecho de esta. Esta idea, que, como veremos, se ha abierto camino con fuerza tanto por el empuje de ciertos tribunales de derechos humanos, como por una utilización populista de la política criminal, supondría, de tomarse en serio, abandonar la concepción del Derecho penal como *ius puniendi*, como derecho del Estado, para convertirlo en obligación estatal, *officium puniendi*, y pasar de concebir el Derecho penal como una herramienta de control social destinada a la protección de bienes jurídicos para la coexistencia social pacífica, a verlo como un mecanismo destinado a la reparación de los derechos de las víctimas⁹.

En el presente artículo expondremos cómo aparece y penetra la idea de que la pena debe servir al fin de dar satisfacción a la víctima. Exploraremos si es compatible de alguna manera con los otros fines tradicionalmente asignados a la pena y qué consecuencias conllevaría tal asunción. Y analizaremos qué se encuentra realmente en la base de tal supuesta satisfacción y cómo debe manejarse en el conjunto de los fines de la pena y del Derecho penal¹⁰.

2. Desarrollo de la idea del castigo penal como forma de satisfacción a la víctima

A la actual configuración de los derechos de las víctimas en relación con el castigo del delincuente han contribuido una serie de factores políticos y jurídicos. En el plano político asistimos a un creciente protagonismo de las víctimas en la política criminal. En relación con los factores jurídicos vamos a recordar brevemente los siguientes: el desarrollo del Derecho penal internacional, con una serie de reglas destinadas a “impedir la impunidad” de ciertos crímenes, y la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), con su jurisdicción complementaria, que implica la obligación primaria de los Estados de perseguir y castigar dichos crímenes; la evolución de la llamada justicia transicional (en adelante JT), entre cuyos contenidos se incluyen las medidas destinadas a satisfacer las exigencias de verdad, justicia (interpretada mayoritariamente como justicia penal) y reparación; y las garantías de no repetición¹¹, y, sobre todo, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, en especial de la Corte Interamericana (en adelante Corte IDH), sobre las obligaciones estatales de reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 54; GIL GIL/MACULAN, en VV.AA., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, 2013, pp. 35 ss.

¹⁰ Sobre la distinción entre fines de la pena y fines del Derecho penal, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal*, 2001, pp. 19 ss.

¹¹ Brevemente sobre la JT y sus contenidos CHINCHÓN ÁLVAREZ, «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, pp. 465 ss.

2.1. El protagonismo de las víctimas en la política criminal

En el plano político asistimos con frecuencia a un uso populista con fines electoralistas de la política criminal que a menudo ha instrumentalizado a las víctimas. La víctima ha penetrado todo el sistema penal exigiendo mayor consideración y derechos, lo que se ha visto potenciado por la función como grupos de presión que ejercen ciertas asociaciones de víctimas y por el hecho de que los partidos políticos¹² se han percatado rápidamente del atractivo electoralista que supone la posición a favor de las víctimas¹³. Todo ello ha llevado a un creciente protagonismo de las víctimas en la política criminal. Este fenómeno y las consecuencias indeseables que puede acarrear han sido ya ampliamente denunciados y analizados¹⁴. Por otro lado, estimo que no aporta argumentos al análisis dogmático que aquí se pretende dar a la pregunta sobre la satisfacción de la víctima como posible fin de la pena, por lo que no vamos a detenernos excesivamente en él. Pero sí nos interesa destacar brevemente el efecto que este protagonismo de las asociaciones de víctimas en la política criminal tiene en la concepción social del castigo.

Desde la psicología social se ha señalado que la participación de los movimientos de víctimas ha propiciado un proceso de cambio cultural a través del cual se le ha dado mayor énfasis a los aspectos subjetivos, particularmente emocionales, en la legislación, en la aplicación del Derecho penal y en la legitimación del ejercicio del poder punitivo. Además, el hecho de llevar el tema del delito al debate público, en el que la víctima se convierte en voz autorizada, se traduce indefectiblemente en un reclamo de más y mayor castigo¹⁵, basado en una resignificación del

¹² Lamentablemente en nuestro país hemos asistido a todo un elenco de usos patológicos de la victimidad por parte de nuestros políticos y legisladores —sobre los mismos, TAMARIT SUMALLA, «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *InDret*, (1), 2013, pp. 13 ss.—, en especial la politización —en particular de algunas asociaciones de víctimas del terrorismo— y un claro abuso del pensamiento dicotómico, que construye a la víctima como antagonico conceptual del victimario. En España cualquier manifestación de apoyo o reivindicación de los derechos de ciertas categorías de delincuentes (violencia machista, terrorismo...) se manipula inmediatamente para exponerlo como una supuesta culpabilización o insulto a la víctima.

¹³ En opinión de CASTAÑO TIERNO, «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *EPC*, (34), 2014, p. 626, la opinión pública española apoya de forma mayoritaria las penas alternativas a la prisión y la orientación punitivista de las asociaciones de víctimas se debe a la manipulación de partidos y medios de comunicación. Por supuesto no todas las víctimas son iguales y no todas asumen este rol, ni tampoco el activismo victimal tiene solo consecuencias negativas, sino todo lo contrario. Sin embargo, aquí nos interesa analizar la “activación política de la víctima”, el recurso a la movilización popular mediante amplias estrategias que cuentan con ONGs, lobbies victimales, partidos políticos y medios de comunicación, y que son capaces de modificar la política criminal —HERRERA MORENO, «¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología», *RDPC*, (12), 2014, pp. 351-352—.

¹⁴ Díez RIPOLLÉS, *AFD*, (22), 2005, pp. 25 ss.; LARRAURI PIJOAN, «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», *JpD*, (55), 2006, pp. 15 ss.; CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, 2010, pp. 37 ss., 40 ss., *passim*.; PÉREZ MACHÍO, «¿Garantismo versus impunidad?», en DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.), *Terrorismo e impunidad*, 2013, pp. 39 ss.; CERRUTI, «Violencia, justicia y victimismo en la sociedad argentina contemporánea», en *IV Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*, 2007, accesible en <http://www.aacademica.org/000-024/43.pdf> (última visita 02/05/2016); TAMARIT SUMALLA, *InDret*, (1), 2013, pp. 17 ss.

¹⁵ Nos recuerda TAMARIT SUMALLA, *InDret*, (1), 2013, pp. 3 ss., que el fenómeno es complejo y sus implicaciones en el plano político-criminal no son evidentes, ya que, si bien es cierto que en los Estados Unidos las leyes a favor de las víctimas, o el surgimiento de un gran número de iniciativas públicas y privadas en defensa de sus intereses, se producen en los años ochenta del siglo XX, en el contexto de una involución derivada de la crisis del modelo rehabilitador e impulsada por una nueva mayoría dispuesta a ejercitar políticas de ley y orden, por lo que estas iniciativas suelen representar un retroceso en las garantías de los acusados y un endurecimiento de la respuesta penal, también lo es que hay aspectos de las políticas relacionadas con los derechos de las víctimas que no reflejan esta vinculación con un endurecimiento de la política criminal, como el desarrollo de la justicia restaurativa, los

Derecho penal como medio privilegiado para solucionar (aparentemente) conflictos y problemas sociales complejos¹⁶.

Todo ello se explica “a partir de la comunización emocional en función de la cual un grupo o conjunto social se constituye como un todo a partir de procesos identificatorios o de semejanzas y (...) puede llegar a hablarse, para ese grupo y en relación con un aspecto determinado, de un grado de consenso semejante a una ‘conciencia colectiva o común’”; es en ese momento cuando “determinadas matrices cognitivas y emocionales devienen naturales y necesarias”. “Y, además, cuanto más predominantes son los vínculos de comunión emocional más enérgica y mecánica es la tendencia a la reacción pasional vengativa como modo de restituir la unión amenazada por el comportamiento desviado”¹⁷. Se ha denunciado por ello la introducción progresiva de contenidos emocionales en el ámbito de la justicia penal¹⁸. El ciudadano, al conectar emocionalmente¹⁹ con la imagen de las víctimas que los medios de comunicación le proporcionan²⁰, puede verse fácilmente condicionado por el dilema “ofensor o víctima”, lo que provoca actitudes menos comprensivas con el agresor, que deja de ser percibido como un miembro del propio grupo o comunidad, y ello a su vez hace olvidar el deber de intentar reintegrarle y de protegerle de una posible violencia estatal arbitraria²¹.

Con todo ello se pone en tela de juicio el tradicional Derecho penal liberal y racional propio del Estado moderno, la racionalización o ‘civilización’ del castigo, ante el avance de las formas de legitimación emocional del ejercicio del *ius puniendi*, hasta conseguir que el aspecto simbólico de la intervención punitiva desplace a su racionalidad, su eficacia instrumental o su adecuación a determinados valores, transformándose más bien en una declaración de principios cuya eficacia se mide en función de su capacidad para satisfacer los ánimos colectivos construidos como se ha explicado *supra*. Este es el camino que conduciría a una “des-civilización” penal, entendida en términos de un retorno a formas de castigo pasionales, expresivas, retributivas y excesivas que parecían superadas por los parámetros culturales y de sensibilidad típicamente modernos, y que pretende legitimarse por su apelación al fundamento emocional de sus principios²².

programas de asistencia, etc. Sin embargo, es precisamente su efecto en la concepción del castigo lo que nos interesa en este estudio. Al respecto afirma este autor que existe cierta convergencia, aunque no una vinculación necesaria, entre el protagonismo de las víctimas y el endurecimiento de la respuesta penal. En su opinión las víctimas son un “actor fragmentado”, que ha asumido un rol cada vez más complejo e incluso contradictorio en la política criminal, ya que pueden ser instrumentalizadas tanto para el castigo del ofensor como a favor de este. Pero lo cierto es que si echamos un vistazo tanto a las sucesivas reformas del CP español y sus exposiciones de motivos como a los discursos de las asociaciones de víctimas (que son las que más presión pueden realizar en el legislador) es patente la inclinación hacia el aumento y endurecimiento del castigo.

¹⁶ CERRUTI, «Procesos emocionales y respuestas punitivas: acerca del activismo penal de las víctimas del delito», *Revista Electrónica de Psicología Política*, (20), 2009, pp. 15 ss.

¹⁷ CERRUTI, *Revista Electrónica de Psicología Política*, (20), 2009, pp. 21 ss.

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, *InDret*, (1), 2013, p. 5.

¹⁹ Esta empatía con la víctima exige también de una serie de requisitos, lo que ha llevado a hablar de procesos de selección psico-social que llevan a identificarse o por el contrario a rechazar a ciertas víctimas. Sobre ello, HERRERA MORENO, *RDPC*, (12), 2014, pp. 356 ss.

²⁰ Sobre el papel distorsionador de los medios de comunicación véase CASTAÑO TIerno, *EPC*, (34), 2014, pp. 650 ss.

²¹ TAMARIT SUMALLA, *InDret*, (1), 2013, p. 5.

²² CERRUTI, *Revista Electrónica de Psicología Política*, (20), 2009, pp. 21 ss.

2.2. El empuje desde el Derecho internacional

Como hemos anunciado *supra*, el principal factor que ha contribuido a la propagación y consolidación de la idea de que el castigo penal es un mecanismo de satisfacción a la víctima lo constituye la doctrina de la “lucha contra la impunidad”²³ promovida desde el Derecho penal internacional, la Justicia transicional y, sobre todo, la jurisprudencia de los tribunales y órganos de control del cumplimiento de los Convenios sobre derechos humanos²⁴. El interesante fenómeno de la llamada “fertilización jurisprudencial cruzada” ha provocado la consolidación de ciertos principios y reglas contra la impunidad que transitan de los tribunales internacionales de derechos humanos a los tribunales penales internacionales y viceversa, y entre los ámbitos internacional y nacional, también en ambos sentidos²⁵.

a) El Derecho penal internacional: la lucha contra la impunidad mediante un Derecho penal sin soberano

En relación con el Derecho penal internacional (en adelante DPI), sus dificultades y deficiencias han sido puestas de manifiesto sobradamente por la doctrina más crítica²⁶. Aquí nos interesa simplemente recordar aquellos aspectos que han podido contribuir a generar confusión en la hasta ahora más o menos clara explicación del fundamento y fines de la pena. El primero de ellos podemos encontrarlo en la introducción del ya citado “principio de prohibición de la impunidad”²⁷. La proclamación de este lema, que aparece ya en el Preámbulo del Estatuto de la CPI, supone sin duda la colocación del castigo, y de las expectativas de las víctimas a obtener el castigo de los culpables²⁸, en la posición de fin en sí mismo, directo y principal, del DPI²⁹.

²³ Tal y como nos recuerda SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 38, el concepto de impunidad en este ámbito se entiende de manera sumamente amplia, incluyendo tanto la ausencia de toda intervención jurídico-estatal sobre los hechos (impunidad fáctica); como la limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo, incluso en virtud de leyes emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa –o legal– por acción); y la de no anulación de dichas leyes (impunidad normativa –o legal– por omisión). Véase al respecto el “Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad – Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, CHR, 61ª sesión, 2/8/2005E/CN.4/2005/102/Add.1.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, pp. 36 ss.

²⁵ Sobre la fertilización jurisprudencial cruzada (*jurisprudential cross-fertilization*) y sus efectos véase DELMAS-MARTY, «The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law», *JICL*, (1), 2003, pp. 13-25; CASSESE, «La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales», en EL MISMO/DELMAS-MARTY (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, 2004, pp. 196 ss.; MACULAN, «La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana», en GIL GIL (dir.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, 2013, pp. 69 ss.; MACULAN, «Corte Penal Internacional y Tribunales de Derechos Humanos: ensayos de diálogo y de armonización», en REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA (ed.), *Seguridad y conflictos: una perspectiva multidisciplinar*, 2013, pp. 97 ss.; GIL GIL, «La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de Derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales», *RDP*, número extraordinario, 2012, pp. 112 ss.

²⁶ Daniel PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006; EL MISMO, «Contrariedades actuales del Derecho penal internacional», en GIL GIL (dir.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*, 2013, pp. 55 ss.; EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, 2009, pp. 201 ss.

²⁷ Daniel PASTOR, en GIL GIL (dir.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*, 2013, p. 63, nota 24.

²⁸ Además de suponer el peligro de incurrir en un inadmisibles Derecho penal de excepción en el que aparece como aceptable una violación o flexibilización de los derechos y garantías del imputado proporcional a la

El tema de los fines del DPI es sin embargo mucho más complejo³⁰. Baste para resumir la cuestión recordar que tanto el Preámbulo del Estatuto de Roma (en adelante ER), como la jurisprudencia de la CPI suelen referirse simultáneamente tanto a la “lucha contra la impunidad” y la satisfacción de las pretensiones de justicia de las víctimas, como a los efectos preventivos o disuasorios de la pena. Algún autor ha visto en esta redacción una prevalencia de los fines retributivos y preventivo-negativos (intimidación)³¹. Y sin embargo, muy al contrario de esta manifestación de intenciones del Preámbulo del ER, parte de la doctrina propugna que el principal fin del DPI solo puede ser la prevención general positiva e integradora³².

El segundo fenómeno que desde el DPI contribuye a fomentar nuevas explicaciones y consideraciones en torno a la cuestión del fundamento y fines de la pena es el hecho de encontrarnos ante una “pena sin soberano”³³, es decir, ante un Derecho penal que no aparece ya como una herramienta, como un *ius*, del Estado, pues es un Derecho penal no impuesto por el Estado, sino, en teoría, por la Comunidad internacional y en ocasiones incluso contra la voluntad del Estado. Al eliminar al Estado de la ecuación nos encontramos sin duda con un importante vacío para la explicación del Derecho penal. Cuando se intenta llenar este vacío, se puede incurrir en el defecto de perder de vista el carácter eminentemente instrumental del Derecho penal. El sencillo y frecuente recurso a la apelación de valores universales como la dignidad humana para justificar el poder penal internacional³⁴ parece proclive a favorecer teorías más cercanas a la retribución kantiana que a las modernas teorías preventivas o mixtas imperantes hasta ahora en la explicación del Derecho penal nacional, pues conducen fácilmente a afirmar una “necesidad jurídica y moral de castigar”³⁵ y a derivar el *ius puniendi* directamente de las propias violaciones de derechos reconocidos universalmente³⁶, en lugar de apelar a la necesidad de mantenimiento del orden social internacional, como conjunto de bienes jurídicos³⁷.

atrocidad de su crímenes, tema que no nos ocupa en este estudio, véase Daniel PASTOR, en GIL GIL (dir.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*, 2013, pp. 63 ss.

²⁹ Sin embargo, este fin se ha rechazado por la doctrina como irrealista e ilusorio, a la vez que su exaltación solo puede generar frustración — EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional*, 2009, p. 211 —.

³⁰ Véase con detalle MACULAN, «El sistema de penas», en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, pp. 325 ss.

³¹ EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional*, 2009, pp. 113-114.

³² AMBOS/STEINER, «Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional», *RDPC*, (12), 2003, p. 212.

³³ La expresión es de GLESS, «Strafe ohne Souverän?», *Schweizer Zeitschrift für Strafrecht*, (125), 2007, p. 34.

³⁴ AMBOS, «¿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*, (68), 2013, pp. 22 ss.

³⁵ AMBOS, *Persona y Derecho*, (68), 2013, p. 36.

³⁶ AMBOS, *Persona y Derecho*, (68), 2013, p. 38. Hay que señalar, sin embargo, que a pesar de lo que pueden sugerir las frases que hemos destacado de este autor, AMBOS no defiende una teoría retribucionista del DPI, sino que, muy al contrario, ha mantenido que el mismo sirve “al propósito de crear una conciencia jurídica universal; esto en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llama a la reconciliación, con el reconocimiento de que no se renunciará a la esperanza de alcanzar un efecto de prevención general negativo, esto es, a la consecución de una disuasión general íntegra”, AMBOS/STEINER, *RDPC*, (12), 2003, p. 212.

³⁷ Algunos autores nos hemos esforzado desde sus inicios por otorgarle al DPI la función de protección de bienes jurídicos del orden internacional, incidiendo, por tanto, en su carácter instrumental y su finalidad preventiva — GIL GIL, *Derecho penal internacional, Especial consideración del delito de genocidio*, 1999, pp. 27 ss. —.

b) Justicia transicional: los derechos a la verdad, la justicia y la reparación

El auge del Derecho penal internacional corre en paralelo a la normalización de la llamada Justicia transicional³⁸. Existen múltiples definiciones de lo que deba entenderse por Justicia transicional o Justicia de transición³⁹, o, como prefieren denominarla los autores alemanes, de los mecanismos de “superación” o “elaboración del pasado” (*Vergangenheitsbewältigung*, *Vergangenheitsaufarbeitung*⁴⁰). Algunas definiciones ponen claramente el acento en su carácter instrumental para reparar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos⁴¹, mientras que otras inciden, por el contrario, en su finalidad más amplia, de superar el pasado conflictivo, conseguir la reconciliación de la sociedad y la consolidación de la paz y la democracia⁴² durante el proceso de transición desde un régimen dictatorial o una situación de conflicto bélico a un régimen democrático, o una vez realizado el cambio de sistema político. Personalmente prefiero esta segunda versión⁴³, que entiendo recoge con mayor acierto el contenido de este conjunto de herramientas y normas en formación que podemos denominar JT y permite, además, tratar los inevitables dilemas y conflictos que la justicia (penal) puede generar en relación con otros fines⁴⁴.

A medida que la JT ha ido consolidándose como disciplina autónoma, su aplicación ha ido expandiéndose a otros contextos, como por ejemplo los supuestos de conflicto vivo, en los que siguen cometiéndose violaciones de derechos humanos (el caso paradigmático es el

³⁸ TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», *HHRJ*, (16), 2003, pp. 89 ss. También BENAVIDES VANEGAS, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, 2011, p. 21, ha destacado la evolución de la justicia en épocas de transición desde un predominio inicial del perdón y el olvido hasta la actual prevalencia de la justicia penal internacional y transnacional.

³⁹ El Informe del Secretario General de NN.UU., “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616), 23.08.2004, la define como: “the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation”. Los mecanismos para lograr tales fines pueden, según el citado informe, ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

⁴⁰ Sobre las implicaciones de estos términos, SANCINETTI/FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, 1999, pp. 27 ss.

⁴¹ Así, el Centro Internacional sobre la Justicia Transicional la define como “el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales”, en <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. También defienden definiciones restrictivas ROHT-ARRIAZA, «The New Landscape of Transitional Justice», en LA MISMA/MARIEZCURRENA (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, 2006, p. 2; CHINCHÓN ÁLVAREZ, «Derecho internacional y “transformaciones del Estado”: Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas “transformaciones que afectan a la forma de gobierno” se trata», en SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián (Volumen XI)*, 2011, pp. 75 ss.

⁴² AMBOS, *El marco jurídico de la justicia transicional*, 2008, pp. 1 ss.; LEEBAW, «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», *HRQ*, 2008, pp. 95 ss.; ENGELHART, «Objetivos de la Justicia de transición», en GALAIN PALERMO (ed.), *¿Justicia de Transición?*, 2016, pp. 35 ss.

⁴³ Entiendo que en el mismo sentido se puede interpretarse la definición dada por el Informe del Secretario General “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, (S/2004/616), 23.08.2004.

⁴⁴ Así, acertadamente, UPRIIMNY YEPES *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 2006, p. 13; TEITEL, *Transitional Justice*, 2002, pp. 3 ss.; LEEBAW, *HRQ*, 2008, pp. 117 ss.; BENAVIDES VANEGAS, *Justicia en épocas de transición*, 2011, p. 81.

colombiano⁴⁵), y yendo todavía más lejos, asistimos al reclamo de la aplicación de su terminología y de sus medidas a situaciones producidas en el marco de un régimen democrático⁴⁶, como por ejemplo determinados supuestos de violencia colectiva sostenida en el tiempo, como puede ser la ejercida por organizaciones terroristas, o a las violaciones masivas de derechos humanos cometidos contra determinados colectivos o minorías (por ejemplo las sufridas por la población indígena en Canadá)⁴⁷. Todas estas situaciones tienen en común el carácter amplio o incluso masivo o sistemático de los hechos delictivos cometidos, y el carácter igualmente colectivo tanto de la víctima como del victimario. Y es precisamente esta característica, que implicará la toma de medidas generales a un macro-nivel, aplicables a amplios grupos de personas, la que propicia una serie de problemas comunes a los que las herramientas y principios de la JT tratan de dar respuesta, aun sabiendo que no existe la receta mágica, y que las soluciones que han funcionado en un determinado momento histórico para una sociedad concreta no son trasladables sin más a otro escenario diferente.

La JT sería, por tanto, en este concepto amplio por sus fines –consecución de la reconciliación social y la consolidación de la paz y del Estado de Derecho–, y expandido por las situaciones a las que se aplica –ya no referidas a épocas de transición–, el conjunto de medidas políticas y legislativas y actuaciones judiciales y administrativas tomadas en una sociedad con la finalidad de superar una situación de conflicto –generalmente intergrupal– caracterizada por un uso de la violencia colectiva.

A pesar de que quienes defendemos este fin amplio somos más proclives a recomendar el análisis de las posibles medidas en su conjunto, de manera que se admitiría, según las circunstancias, prescindir o flexibilizar algunas de ellas cuando supusieran un obstáculo más que una ayuda en la consecución del fin primordial de la consolidación de la paz y del Estado de derecho⁴⁸, lo cierto es que parecen imponerse, por el contrario, aquellas posturas que ponen el énfasis en el tratamiento penal de los crímenes del pasado como forma irrenunciable de satisfacer el contenido de justicia que la JT debe tener⁴⁹. Como ya hemos señalado, esta idea de que la investigación y persecución penal de los crímenes cometidos en el conflicto es un contenido esencial de la JT, e

⁴⁵ Se habla así de la Justicia transicional sin transición, véase UPRIMNY YEPES *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 2006, p. 14.

⁴⁶ Se ha hablado de transiciones intra-democráticas para definir los procesos de superación de la violencia política en países democráticos a los que serían aplicables también las reglas e instrumentos de la JT. Véase ALVAREZ BERAESTEGLI, *Exploring Transitional Justice in Democratic States: The Definition of Victims in Northern Ireland and the Basque Country*, Tesis doctoral, 2016.

⁴⁷ Sobre esta expansión, MACULAN, «Aproximación a la justicia de transición: Conceptos básicos y principios generales», texto todavía inédito.

⁴⁸ CROCKER, «Transitional Justice and International Civil Society», en JOKIC (ed.), *War Crimes and Collective Wrongdoing. A reader*, 2001, p. 273.; GIL GIL/MACULAN, en VV.AA., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, 2013, pp. 36 ss.; MALARINO, «Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición», *RDPC*, (9), 2013, pp. 205 ss.; BENAVIDES VANEGAS, *Justicia en épocas de transición*, 2011, p. 15; DUKIC, «Transitional justice and the International Criminal Court – in “the interests of justice”?», *International Review of the Red Cross*, (89), 2007, pp. 691 ss.

⁴⁹ El *International Center for Transitional Justice* afirma incluso, en su explicación de lo que entiende por JT, que las víctimas tienen un derecho, bien establecido, al castigo de los responsables: “*In the aftermath of massive human rights abuses, victims have well established rights to see the perpetrators punished*”, en <https://www.ictj.org/about/transitional-justice> (11/05/2016); en el mismo sentido BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, 2009, p. 109; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, 2012, p. 29.

incluso un derecho de las víctimas, pasa rápidamente a otros ámbitos de conflictos intergrupales o violencia colectiva diferentes a los tradicionalmente tratados por la JT.

No puede decirse que exista un debate profundo sobre los fines de la pena en el ámbito de la JT, más allá de la apelación a los derechos de las víctimas o la enarbolación de eslóganes del tipo “no hay paz sin justicia”⁵⁰, o, como mucho, la mención de su supuesta capacidad reconciliadora, argumentando su función de evitar la venganza privada como reacción al crimen⁵¹. Desde la doctrina penalista más crítica se ha señalado que cuando desde la JT se reclama Justicia, queriendo decir castigo, como una obligación del Estado y un derecho de las víctimas, se está evocando una teoría retributiva de la pena de estilo kantiano⁵². Pero conviene destacar los intentos de apartarse de estas explicaciones de aquellos autores que asignan a la JT fines más amplios⁵³. Así, TEITEL reivindica un fin utilitario del Derecho penal en el ámbito de la JT, que no se conecta con un supuesto derecho o satisfacción de las víctimas, pero que sin embargo trascendería, en su opinión, a los tradicionales fines de la pena, en particular los fines preventivos que suelen predominar en la explicación del Derecho penal interno. Y ello porque, en su opinión, estos fines ya vendrían garantizados en relación con el tipo de crímenes a los que nos referimos (fundamentalmente, aunque no solo, injusto estatal) por otras medidas, como la transformación de las estructuras del Estado (o, podríamos añadir, la finalización del conflicto, la desintegración de la organización criminal, etc.). TEITEL destaca que el castigo de los crímenes del pasado en situaciones de transición tiene más bien otros propósitos ligados al cambio político, como el de avanzar la reconstrucción del Estado de Derecho. Pero en este camino se encuentra con enormes dilemas y paradojas, que conducen finalmente a la necesidad de castigos limitados, procesos simbólicos, etc. El castigo tendría por tanto un rol complejo en la transformación política, un papel constructivo de la transición y condenatorio del ilícito, pero sobre todo un papel de implementación del cambio legal y de liberalización ritual del nuevo régimen de los crímenes del anterior, una liberalización del pasado que permitiría a la sociedad avanzar. En definitiva, el castigo serviría no tanto, o no solo, como un instrumento de estabilidad, sino como herramienta de cambio social⁵⁴.

Quizás esta explicación de TEITEL no sea tan ajena a los tradicionales fines de la pena. Afirma esta autora que en la transición el castigo tiene un propósito correctivo pero que va más allá del

⁵⁰ Sobre la falta de fundamentación con la que se suele realizar esta afirmación, dominante entre los movimientos de defensa de los derechos humanos, véase BRANCH, «The Role of ICC in Northern Uganda», en NAN *et al.* (eds.), *Peacemaking: From Practice to Theory*, t. 1, 2011, pp. 123 ss.

⁵¹ Sobre estos argumentos, con ulteriores citas, véase LEEBAW, *HRQ*, 2008, pp. 107 ss., quien argumenta en contra que los fines atribuidos en ocasiones a los procesos penales en el marco de la JT, como el de establecer un relato histórico de los crímenes para evitar el negacionismo, pueden ser cumplidos de mejor forma con otras medidas, mientras que otros como acabar con la impunidad o lograr la reconciliación, son irrealizables a través de la justicia penal.

⁵² Así lo destaca críticamente GONZÁLEZ ZAPATA, «La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal», *EP*, (31), 2007, p. 27.

⁵³ ENGELHART, en GALAIN PALERMO (ed.), *¿Justicia de Transición?*, 2016, pp. 53 ss., atribuye al Derecho penal de transición los mismos fines (retribución y prevención) que al Derecho penal en cualquier otra circunstancia.

⁵⁴ TEITEL, *Transitional Justice*, 2002, pp. 27 ss., y en especial 66 ss. Similar, ya antes, MALAMUD-GOTI, «Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?», *HRQ*, (12), 1990, pp. 11 ss., para quien la persecución penal serviría para una serie de fines políticos, como por ejemplo afirmar los valores democráticos y distanciarse de los crímenes del pasado.

perpetrador, hacia la sociedad completa⁵⁵. Su explicación podría conectarse con la teoría de DURKHEIM de que la pena tiene la función de mantener la cohesión social en torno a una conciencia común⁵⁶. En efecto, si se concita la opinión favorable y el castigo es visto como un castigo impuesto por la sociedad⁵⁷, se puede, sobre dicha base, reforzar o construir una nueva conciencia colectiva que cohesione a los ciudadanos en torno al rechazo de las pasadas violaciones de derechos humanos y la proclamación de los nuevos valores democráticos. La explicación no se alejaría mucho, por tanto, de la afirmación de que la pena sirve, también en estos contextos, a la prevención general positiva. Por el contrario, lo que me parece poco afortunado de la explicación de TEITEL es la apelación a esa especie de losa que la sociedad debe eliminar mediante el ritual del castigo para poder avanzar. Si esta fuera la lectura a realizar sobre su explicación del castigo, sin duda suscitara dudas de legitimidad, y, por otra parte, aunque TEITEL pretenda desligar expresamente su explicación de la idea de retribución⁵⁸, esta imagen de un peso que no deja avanzar recuerda en cierta manera a la deuda kantiana⁵⁹ que la sociedad debe saldar⁶⁰.

c) La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos: las obligaciones estatales de investigar, perseguir y sancionar

De entre todos los actores de la esfera internacional, los que más han contribuido a la “doctrina contra la impunidad” y la afirmación del castigo como un medio de satisfacción o incluso un derecho de la víctima, y en consecuencia un deber del Estado, han sido los órganos de protección de derechos humanos, y en especial la Corte IDH⁶¹.

⁵⁵ TEITEL, *Transitional Justice*, 2002, p. 67.

⁵⁶ Émile DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 4ª ed., 2001, p. 121, preconizaba en cierta manera la moderna teoría de la prevención general positiva cuando afirmaba que el poder penal serviría para mantener la conciencia común misma.

⁵⁷ No hay que perder de vista, sin embargo, que esto es difícil cuando el castigo lo impone un tribunal internacional y todavía más difícil es que ello favorezca la reconciliación, especialmente cuando se busca una justicia retributiva y estigmatizadora que contribuirá a perpetuar la exclusión de la sociedad del antiguo perpetrador, el otro, el enemigo —sobre estos peligros, EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional*, 2009, pp. 205 ss. —.

⁵⁸ TEITEL, *Transitional Justice*, 2002, 67.

⁵⁹ Como es conocido, para KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 169, la sociedad que no castiga el crimen se convierte en cómplice de esta violación pública de la justicia y recae sobre ella la “deuda de sangre”.

⁶⁰ FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, pp. 60 ss., explica directamente apelando a KANT la ideología que subyace al lema de la lucha contra la impunidad. En su opinión el sentimiento básico que subyace a la misma es la idea de que dejar impunes los crímenes repite el mal de alguna manera y el Estado y la sociedad devienen cómplices del delito cometido.

⁶¹ Este tema ha sido ampliamente desarrollado por mí y por muchos otros analistas en otros lugares, por lo que nos limitaremos en este epígrafe a recordar los datos más relevantes para la discusión que nos ocupa. Véase con mayor detalle: AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. I, 2010, en especial pp. 25 ss., 211 ss., 263 ss., 491 ss., y t. II, 2011; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, 2007, en especial pp. 235 ss., 434 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, pp. 38 ss. Sobre el derecho a interponer un recurso efectivo en la jurisprudencia internacional, con mayores detalles, CHINCHÓN ÁLVAREZ/VICENTE MÁRQUEZ, «La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional», *REEL*, (19), 2010, pp. 6 ss. También con detalle sobre los derechos de las víctimas en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, BASSIOUNI, «Victim’s Rights», en EL MISMO (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, t. I, 2010, pp. 599 ss.

Desde finales de los años 90, y a raíz, fundamentalmente, de la situación de impunidad que pervivía en relación con los crímenes cometidos por diversas dictaduras del Cono Sur, la Corte IDH, basándose en el “deber de garantía”, extraído del deber de respeto y protección de los derechos humanos establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y en la figura de los “remedios efectivos”, desarrolló la idea de que la no persecución penal de determinadas violaciones de derechos humanos constituía una violación del Convenio, cuya forma de reparación no podía ser otra que la efectiva sanción penal de aquellas conductas⁶². Además, paralelamente, elaboró la interpretación de que la falta de investigación de una muerte o desaparición de una persona constituyen una violación independiente y continuada, bien del derecho a la tutela judicial, bien de la integridad moral de los supervivientes y familiares⁶³. Con ello consiguió independizar las obligaciones de perseguir y castigar de la necesidad de la previa constatación de una violación “primaria” de la CADH, y afirmar tales deberes incluso por hechos cometidos antes de la ratificación de la Convención por el Estado demandado, operando, en realidad, una aplicación retroactiva de la Convención⁶⁴.

Y continuando con su argumentación, la Corte IDH ha desarrollado la doctrina de las obligaciones de eliminación de toda una serie de límites al *ius puniendi* (amnistía, indulto, prescripción, cosa juzgada...)⁶⁵, que pudieran impedir el efectivo castigo de los responsables. La Corte IDH ha llegado así al extremo de crear un estatuto jurídico de la víctima que se opone y neutraliza los derechos del imputado⁶⁶.

Como conclusión puede afirmarse que la Corte IDH ha llegado a concebir el castigo de los responsables de determinadas violaciones de derechos humanos como una obligación del Estado y como un derecho de la víctima⁶⁷.

⁶² Con detalle, véase la bibliografía citada en la nota anterior. En contra de que el deber de garantía exija la persecución penal, acertadamente, AMBOS, *El marco jurídico de la justicia transicional*, 2008, pp. 31 ss., con ulteriores citas; y en el mismo sentido GIL GIL, *La justicia de transición en España, De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, pp. 102-103.

⁶³ GIL GIL, «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 311 ss.

⁶⁴ En detalle, con citas jurisprudenciales y doctrinales, ORMACHEA, «Recent developments: Moiwana village: the Inter-American Court and the “continuing violation” doctrine», *HHRJ*, (19), pp. 284 ss.; Russell T. GIBSON, «True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court’s Battle with Ratione Temporis», *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.*, (29), pp. 154 ss.; GIL GIL, en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 321 ss.

⁶⁵ Sobre esta jurisprudencia con detalle, véase la nota 51.

⁶⁶ Así lo denuncia Daniel PASTOR, «La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?», en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 491 ss. Véase, muy crítico con la actuación de la Corte IDH, también MALARINO, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. I, 2010, pp. 25 ss. En el mismo sentido denuncia SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 169, que la perspectiva del castigo como un derecho de la víctima hace que esta entre en competencia con el autor a la hora de determinar el alcance de los principios político-criminales, que ya no podrían verse unilateralmente como garantías de este, sino también de aquella.

⁶⁷ GIL GIL/MACULAN, en VV.AA., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, 2013, p. 50.

Similares tendencias pueden observarse en los últimos años en las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH), influido sin duda por las resoluciones de la Corte IDH⁶⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido poco a poco incorporando la doctrina de su homónima americana, aunque sin llegar a los excesos de aquella⁶⁹. Por supuesto, ha desarrollado igualmente los deberes del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos, tanto por la vía de la obligación de recurso del art. 13 del Convenio Europeo, como a través de un apoyo directo en cada uno de los preceptos que proclaman cada uno de los derechos, afirmando una obligación procesal contenida en ellos, lo que a su vez le ha permitido una aplicación retroactiva del Convenio⁷⁰. Pero la interpretación que el TEDH viene dando a la obligación de poner recursos a disposición de las víctimas (art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos –CEDH–) no ha ido tan lejos y ha sido más respetuosa con la soberanía de los órganos legislativos nacionales que la seguida por la Corte IDH⁷¹. Así, aun cuando el TEDH ha manifestado en diversas resoluciones que el remedio apropiado que la Convención obliga a poner a disposición de las víctimas exige una investigación capaz de llevar a la identificación y el castigo de los culpables, y además dicho remedio (la investigación) debe ser “efectivo” en la práctica, así como en la legislación, en el sentido de que no debe ser injustificadamente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades, no ha llegado a prohibir toda una serie de límites tradicionales al *ius puniendi* como ha hecho la Corte IDH⁷².

Pero la principal diferencia entre ambas jurisprudencias, en relación con el tema que aquí nos ocupa, radica en la distinta fundamentación dada a las obligaciones de investigar y en su caso perseguir la violación de derechos humanos. Ello se debe en parte a que el TEDH, si bien ha admitido, aunque limitadamente⁷³, el argumento de la lesión de los derechos de los familiares en casos de desapariciones, no puede, en cambio, calificarlo como una lesión del derecho a la tutela

⁶⁸ Con mayor detalle y citas de decisiones del CDH, véase CHINCHÓN ALVAREZ/VICENTE MÁRQUEZ, *REEL*, (19), 2010, pp. 6 ss., y nota 13.

⁶⁹ VIGANÓ, «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 320 ss.; GIL GIL, en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 311 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, pp. 6 ss.

⁷⁰ GIL GIL, en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 313 ss., con ulteriores citas jurisprudenciales y doctrinales. Sobre los límites a esta aplicación retroactiva, GIL GIL, «I limiti dell'applicazione retroattiva della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. I casi della guerra civile spagnola e del massacro dei prigionieri polacchi durante la Seconda Guerra Mondiale», *Ius17@unibo.it*, (5-2), 2012, pp. 67 ss.

⁷¹ Sobre este tema con mayor detalle, SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, 2009, pp. 118 ss.; AMBOS/BÖHM, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?», en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 55 ss.; VIGANÓ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 320 ss.; GIL GIL, en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 311 ss.

⁷² Con detalle y citas jurisprudenciales, GIL GIL, en AMBOS *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 315 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, (3), 2016, pp. 15 ss.

⁷³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, «Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmançoğlu, Balçık y otros, contra Turquía», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), 2009, p. 607.

judicial efectiva del familiar. El derecho a un proceso equitativo y a un recurso son mucho más amplios en la Convención americana que en la europea. El artículo 8 CADH regula las garantías judiciales, entre ellas el derecho de acceso a la justicia, y la Corte IDH, al contrario que el TEDH respecto del paralelo derecho europeo a un juicio justo (art. 6), lo entiende también como un derecho de las víctimas, y no solo del acusado. Además, el art. 25 CADH recoge el derecho al recurso por violación de los derechos reconocidos en la ley, la Constitución o la Convención, a diferencia del 13 CEDH, que se refiere solo a la violación de derechos reconocidos por la Convención. Ello favorece que mientras en las obligaciones de persecución penal establecidas por la Corte IDH predomina un fundamento exclusivo en los derechos de las víctimas, y el propio castigo es visto como una forma de reparación, el TEDH siga en cambio manteniendo en su argumentación el fin preventivo de la pena⁷⁴: los Estados deben perseguir y castigar las violaciones de los derechos protegidos en el convenio porque la impunidad propicia nuevas violaciones de derechos humanos. Esta explicación aleja la obligación del Estado de un supuesto derecho de la víctima particular. A la vez, la amplitud del art. 8 CIDH permite a la Corte expandir la idea de la obligación del Estado y del derecho de la víctima a la persecución penal en general, mientras que en la jurisprudencia del TEDH las obligaciones de investigación (y en su caso persecución y sanción) se ven limitadas, como se ha señalado⁷⁵, a los supuestos en que el delito afecta a alguno de los derechos reconocidos en el Convenio europeo.

3. Propuestas de incorporar los intereses de la víctima como fines de la pena desde la dogmática penal

3.1. La pena como necesidad moral o exigencia de justicia: teorías retribucionistas clásicas

Las doctrinas expuestas comparten con la teoría de la retribución kantiana la idea del castigo como un imperativo, como una obligación (de la sociedad, del Estado), y la frecuente apelación a la Justicia como fundamento. La doctrina kantiana permite, además, coincidiendo con algunas posiciones que hemos comentado, el reclamo de una pena taliónica, no atemperada por otras consideraciones⁷⁶ político-criminales o de ausencia de necesidades preventivas, y la exigencia del

⁷⁴ VIGANÓ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 320 ss.; GIL GIL/MACULAN, en VV.AA., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, 2013, p. 52.

⁷⁵ WEIGEND, RW, 2010, p. 47. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, (3), 2016, pp. 25 ss., aun reconociendo que este es el fundamento que el tribunal da a sus decisiones, relativiza la fuerza del mismo, pues opina que subyacen a esta jurisprudencia de igual manera las doctrinas de la lucha contra la impunidad y denuncia que también “en el fondo de toda esta jurisprudencia parece latir la idea del derecho de la víctima al castigo del autor” –p. 58–.

⁷⁶ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 174, rechazaba el derecho de gracia porque suponía obrar injustamente, la impunidad era en su opinión la suma injusticia contra los súbditos, y lo limitaba a aquellos delitos en los que el lesionado es única y exclusivamente el propio soberano (crímenes de lesa majestad) y solo cuando no se viera al mismo tiempo puesta en peligro la seguridad del pueblo. Recoge por su parte CERERO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, 2010, p. 81, la opinión del entonces presidente de la Asociación de Víctimas del Terrorismo, para quien “cualquier beneficio para el terrorista supone

cumplimiento íntegro de la misma⁷⁷. Sin embargo, existen notables diferencias. La teoría clásica de la retribución no concibe la pena como un derecho de la víctima, ni le atribuye la finalidad de dar satisfacción a la víctima⁷⁸. Piénsese tan solo en la enorme diferencia de perspectiva que existe entre los movimientos de “lucha contra la impunidad” y sus empeños por eliminar o “flexibilizar” los tradicionales límites al *ius puniendi* constituidos por los derechos y garantías del imputado, vistos por ellos como obstáculos al “justo” castigo que los criminales merecerían⁷⁹, con el trasfondo que alimenta históricamente el surgimiento de las teorías retribucionistas: la reacción contra la interpretación utilitarista y la defensa de la consideración del condenado como persona, la preocupación por su dignidad y su no utilización para otros fines⁸⁰.

Las teorías retribucionistas clásicas, por tanto, y muy al contrario de las corrientes que venimos estudiando, ponen su atención, a la hora de fundamentar la pena, en el delincuente, en su merecimiento de pena, y no en la víctima y su satisfacción⁸¹. La teoría del Derecho penal orientada a la víctima no centra su atención en el pasado, sino en el presente⁸². No es, por todo lo dicho, una teoría retributiva en sentido clásico.

Las teorías absolutas de la pena, tanto en sus versiones clásicas como en las más modernas, han sido ampliamente rebatidas en la doctrina. Se ha señalado, entre otras muchas críticas, que estas teorías, buscando un fundamento metafísico de la pena, olvidan su fundamentación dentro de un sistema social complejo y renuncian a su consideración como instrumento de política criminal destinado a la consecución de finalidades de utilidad social, que la concepción de la pena como un mal y un fin en sí mismo carece de racionalidad, o que la afirmación de que un mal pueda ser borrado o compensado con otro mal no deja de ser una ficción⁸³. Pero, sobre todo, las teorías absolutas carecen de una verdadera fundamentación, pues parten de aquello que deberían

un agravio para la víctima”, quien además argumentaba que su postura no se basaba en un deseo de venganza sino de justicia.

⁷⁷ DURÁN MIGLIARDI, «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual», *Revista de Filosofía*, (67), 2011, p. 127.

⁷⁸ En opinión de PRITWITZ, «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999-2000, p. 118, la única cercanía que presentan las teorías absolutas con las orientadas a la víctima radica en las similitudes entre retribución y venganza, por lo demás las teorías absolutas clásicas no ven en el delito una lesión de los intereses de la víctima, sino del Derecho, por lo que la pena tiene la función de restaurar el Derecho, no quedando ningún espacio para la víctima.

⁷⁹ Se ha llegado a argumentar que existiría un conflicto de derechos entre el derecho de la víctima al castigo y los derechos del acusado al principio de legalidad, *ne bis in idem*, etc., que se solucionaría en favor del primero y detrimento de los segundos, al estar el mismo radicado (como su parte procesal) en derechos fundamentales como la vida, la integridad física, etc. — véase MATUS ACUÑA, «Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional», *Revista Nuevo Foro Penal*, (81), 2013, pp. 139 ss.—. En mi opinión a este argumento hay que contestar, en primer lugar, que no existe un derecho de la víctima al castigo y, en segundo lugar, que la ponderación entre el derecho del Estado a castigar y los derechos y garantías del imputado ya está resuelta mediante la afirmación de estos últimos. Por ello mismo constituyen límites al *ius puniendi*.

⁸⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal*, 2014, pp. 24 ss.; DURÁN MIGLIARDI, *Revista de Filosofía*, (67), 2011, pp. 123 ss.

⁸¹ Similar FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal*, 2014, pp. 24 ss.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 56.

⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal*, 2014, pp. 29 ss.; DURÁN MIGLIARDI, *Revista de Filosofía*, (67), 2011, pp. 134 ss.; Ulrich KLUG, «Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel», en VV.AA., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 35 ss.; SCHÜNEMANN, «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía Pensamientos sobre Immanuel Kant», *InDret*, (2), 2008, pp. 3 ss.; ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 12 ss.

demostrar⁸⁴: que lo justo es someter al delincuente al mismo daño que ha producido⁸⁵, o que el principio de igualdad exige realizar un mal para compensar otro mal. Más bien parece que tras este pensamiento lo que subyace es, según algunos, “el arraigado impulso de venganza humano del que ha surgido históricamente la pena”⁸⁶, o, más bien, como trataremos de argumentar más adelante, el mecanismo de la reciprocidad, tan útil a la supervivencia como profundamente integrado en el comportamiento de los seres sociales.

3.2. La pena como derecho de la víctima que nace del delito: la apelación a la evolución histórica

Quien probablemente más se ha acercado a las posiciones de la Corte IDH en su fundamentación de la pena es HAQUE⁸⁷, quien dice defender una teoría relacional de la retribución profundamente arraigada en la intuición moral⁸⁸. Parte este autor de que la base para el castigo es la violación de un derecho de la víctima⁸⁹, de esa violación surge la legitimidad, o más bien la obligación de castigo, y el sujeto al que se debe esa obligación es la víctima⁹⁰. Rechaza, por ello, que la pena sea un deber para con el delincuente por el hecho de que este merezca la pena. Esto en su opinión no es la razón del castigo, sino solo una condición habilitadora del castigo. La retribución significa, a su juicio, que el sistema legal busca vindicar los derechos (irrenunciables, porque afectan al estatus como persona⁹¹) de la víctima⁹². La ausencia de castigo, por el contrario, supone un agravio moral personal para con la víctima, un nuevo crimen contra la misma, cometido ahora por el Estado⁹³.

Pero aparte de un sinfín de conceptos superados⁹⁴ y de contradicciones internas, lo cierto es que HAQUE no aporta ningún fundamento que saque su discurso de la circularidad. Ante las numerosas preguntas que surgen al lector, como por ejemplo, ¿por qué la infracción de un derecho concede a un tercero la autoridad para castigar? o ¿por qué el hecho de ser sujeto pasivo de un ilícito otorga un derecho —¡además irrenunciable!— al castigo, a la imposición de un mal a otro?, HAQUE no tiene argumentos. Consciente de estas carencias HAQUE afirma que frente a las teorías retribucionistas clásicas, él no pretender encontrar el fundamento de su postura en la

⁸⁴ VILAJOSANA RUBIO, *Las razones de la pena*, 2015, p. 37.

⁸⁵ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 167.

⁸⁶ ROXIN, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 14; MATERNI (2013), «Criminal Punishment and the Pursuit of Justice», *British Journal of American Legal Studies*, (2), 2013, p. 275.

⁸⁷ HAQUE, «Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law», *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, pp. 273 ss.

⁸⁸ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 278.

⁸⁹ Como es sabido esta posición ha sido superada en la moderna concepción del Derecho penal. La dogmática jurídico-penal hace tiempo que abandonó la primitiva concepción conforme a la cual el objeto de protección del Derecho penal serían los derechos subjetivos. Sobre ello con detalle, GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1993, p. 22.

⁹⁰ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, pp. 78 ss.

⁹¹ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, pp. 280, 283.

⁹² HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 280. Contra esta idea ya advertía Émile DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 4ª ed., 2001, p. 107, que si la pena fuera tan solo una satisfacción concedida a los particulares, estos serían siempre dueños de rebajarla: no se concibe un privilegio impuesto y al que el beneficiario no puede renunciar. Si únicamente la sociedad puede disponer la represión, es que es ella la afectada, aun cuando también lo sean los individuos, y el atentado dirigido contra ella es el que la pena reprime.

⁹³ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 282.

⁹⁴ Por ejemplo la apelación a la distinción delitos *mala prohibita* y delitos *mala in se* —HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 282—.

razón, sino en la “experiencia humana”. Es decir, intenta fundamentar su explicación apelando a la historia del tránsito desde la venganza privada y grupal a la pena estatal.

Esta apelación a la evolución desde la venganza a la pena ha sido utilizada también por otros autores para argumentar un supuesto derecho de la víctima al castigo y la correspondiente obligación del Estado de castigar. Se argumenta que la renuncia a la justicia privada para ceder al Estado el monopolio del castigo conlleva un compromiso de este. WEIGEND⁹⁵ contesta frente a esta argumentación que la misma supone afirmar una especie de derecho natural, no solo a la autoprotección, sino al castigo, cuya existencia es más que dudosa. Además, señala que la pena estatal después de casi un milenio ya no se puede ver como un imaginario acto de cesión por parte de la víctima, sino como fruto de la voluntad del legislador democrático.

Pero además, en mi opinión, el principal problema de estas argumentaciones reside en que la apelación a la tradición o a la evolución histórica no puede sustituir a la fundamentación que se busca. Es decir, la constatación de la evolución histórica desde la institución de la venganza hasta la pena no explica por qué y para qué se castiga, ni hoy, ni entonces. Solo serviría, por tanto, para una ineludible indagación sobre los fines de la arcaica institución de la venganza en tanto pudieran ilustrarnos de alguna manera sobre el fundamento de la pena actual. Y este paso, en la mayoría de los casos, no se da.

En opinión de HAQUE, el castigo en las sociedades arcaicas era un derecho y una obligación de los miembros de la comunidad que no solo los protegía del abuso, sino que además jugaba un papel expresivo y constitutivo marcando los contornos del grupo y las relaciones entre sus miembros⁹⁶. Pero en esta explicación, sin darse cuenta, HAQUE está introduciendo los fines preventivos del Derecho penal, pues se alude al factor protector, es decir, a la protección hacia el futuro que proporcionaba el hecho de contar con un grupo donde las afrentas se castigaban. Ello se ve reforzado por su propia mención al exilio como pena más severa pues privaba al sujeto de la protección contra futuros injustos⁹⁷, y por la explicación que aporta al paso desde la venganza privada a la pena estatal: evitar la escalada de violencia⁹⁸. En su opinión este traspaso de funciones al Estado no haría perder a la retribución su fundamento en las relaciones con la víctima. En realidad, de esta ulterior explicación debería haber extraído HAQUE, como se tratará de demostrar *infra*, que también cuando el castigo se realizaba mediante la arcaica institución de la venganza, tenía finalidades preventivas.

3.3. La pena como medio para producir efectos beneficiosos en la víctima

En la doctrina tanto alemana como anglosajona, algunos autores han destacado la finalidad de la pena de dar satisfacción a la víctima, en el sentido de que esta se sienta mejor⁹⁹. Tal finalidad se había rechazado tradicionalmente como un mero deseo emocional de venganza¹⁰⁰, pero en los

⁹⁵ WEIGEND, *RW*, 2010, p. 45.

⁹⁶ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 201.

⁹⁷ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 209.

⁹⁸ HAQUE, *Buff. Crim. L. R.*, (9), 2005, p. 203.

⁹⁹ Sobre los defensores de esta idea en la doctrina anglosajona véase Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 50 ss.

¹⁰⁰ WEIGEND, *RW*, 2010, p. 45.

últimos años ha ido refinándose y enriqueciéndose por algunos autores, que pretenden alejarla de esa idea. Dentro de las posturas que apelan a la “satisfacción” de la víctima, hay que distinguir aquellas teorías que interpretan este fin en el sentido de los efectos beneficiosos que la pena puede proporcionar a la víctima, de aquellas otras que, por el contrario, se centran en el daño que produce la ausencia de castigo, y que analizaremos en el epígrafe siguiente.

Entre los efectos beneficiosos de la pena suele citarse, por ejemplo, el reconocimiento a la víctima de haber sufrido un hecho injusto, con la consiguiente expresión de que lo ocurrido no ha sido un mero accidente o producto de la mala suerte o la consecuencia de los propios errores¹⁰¹, y el aseguramiento simbólico de no repetición, con sus consiguientes efectos de protección del sentimiento de seguridad de la víctima¹⁰² o de su autoestima¹⁰³, y evitación de la culpabilización¹⁰⁴ junto con la expresión de condolencia y de solidaridad de la sociedad¹⁰⁵ y consiguiente “resocialización” o reintegración de la víctima¹⁰⁶.

WEIGEND¹⁰⁷ pone en duda que la pena pueda cumplir la finalidad de reparar el sentimiento de seguridad de la víctima de cara al futuro, pues en definitiva el sentimiento de inseguridad que la víctima pueda experimentar a partir de la experiencia vivida es un dato psicológico que dependerá de una serie de factores y no solo de que el hecho concreto haya sido o no castigado.

¹⁰¹ Así, Klaus GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», *FS-Lüderssen*, 2002, p. 218; REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, 1999, p. 26. Este autor, sin embargo, va más allá en su explicación, por lo que estudiaremos su postura en el epígrafe siguiente. En efecto, el reconocimiento de que se ha sido víctima de un injusto y no de la mala suerte puede en ocasiones favorecer la superación tras el delito, pero ello depende de factores culturales y personales y de la naturaleza y las circunstancias del delito –concuera también en parte HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JZ*, 2006, p. 955–. Así, un estudio sobre los mecanismos de afrontamiento de las víctimas del 11-M demostró que aquellas personas con fuertes sentimientos religiosos y las que simplemente afrontaban en delito como fruto de la casualidad, habían desarrollado un afrontamiento de aceptación o de asimilación que les permitía recuperarse mucho mejor. PÁEZ ROVIRA *et al.*, «Afrontamiento y violencia colectiva», en PÁEZ ROVIRA *et al.* (eds.), *Superando la violencia colectiva, construyendo cultura de paz*, 2011, p. 293. HÖRNLE, *JZ*, 2006, p. 955, en cambio, afirma que este tipo de creencias o reacciones son minoritarias y extrañas, por lo que confirma la importancia para la víctima de una afirmación sobre este tema para garantizar su auto-respeto y eliminar los posibles efectos dañinos de un auto-reproche. Sin embargo, tampoco toda víctima desarrolla un mecanismo de afrontamiento de auto-reproche. Efectivamente, el afrontamiento de rumiación y autocritica es frecuente en las víctimas de violencia colectiva, y tiene consecuencias muy negativas para ellas, pero también el afrontamiento de búsqueda de información, sentido y responsabilidad, suele aparejar más efectos negativos que positivos para la víctima – PÁEZ ROVIRA *et al.*, en PÁEZ ROVIRA *et al.* (eds.), *Superando la violencia colectiva, construyendo cultura de paz*, 2011, p. 289 ss.–.

¹⁰² HOLZ, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, 2007, pp. 134 ss.

¹⁰³ GÜNTHER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 208 ss., aunque reconoce que la interpretación de ciertos delitos como una humillación es cultural y la quizás inevitable auto-atribución de indefensión o impotencia puede no guardar relación con la realidad. Explica este autor cómo históricamente se habría producido una paulatina evolución del castigo que pasa por la juridificación y estatalización de la venganza primero y la reinterpretación del delito después, negándole a este su carácter humillante, para así eliminar todo rastro de exigencia de satisfacción o compensación a la víctima en la pena. Pero en su opinión esa necesidad de satisfacción subsiste y es legítima cuando es compatible con otros fines estatales. Afirma que la pena tiene la función de restaurar la autoestima de la víctima y que este fin es beneficioso para la sociedad en su conjunto, pero admite que no queda probado que todo ello exija expresamente de la imposición de un mal, bastando una declaración de culpabilidad.

¹⁰⁴ HÖRNLE, *JZ*, 2006, p. 955

¹⁰⁵ HÖRNLE, *JZ*, 2006, p. 955.

¹⁰⁶ REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, 1999, p. 27.

¹⁰⁷ WEIGEND, *RW*, 2010, pp. 48 ss.

Igual de dudosa es la capacidad de la pena para contribuir a la superación del trauma¹⁰⁸, y más que conocidos los posibles efectos de revictimización del proceso penal. También es dudoso que quien a raíz del hecho sufrido desarrolla un mecanismo de afrontación de rumiación y autocrítica tenga garantizado salir del mismo por conseguir la condena del delincuente. En realidad, aunque verdaderamente para algunos tipos de delitos y de culturas son frecuentes los sentimientos de humillación e impotencia¹⁰⁹, lo cierto es que los efectos del delito –y del proceso penal– son diferentes en cada víctima¹¹⁰, dependiendo de gran variedad de circunstancias¹¹¹, y, por otra parte, 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 mal¹¹².

HÖRNLE¹¹³ ha querido argumentar en favor de su tesis que la solidaridad y condolencia de la sociedad con la víctima debe necesariamente expresarse mediante la imposición de un mal. En su opinión la desaprobación (al menos la grave) en nuestra cultura siempre se expresa mediante la imposición de una desventaja, de manera que si no se castiga un delito grave, sino que solo se le reprende, se está expresando un leve reproche y una escasa solidaridad con la víctima. Evidentemente, que la desaprobación exija siempre la imposición de un mal es tan falso¹¹⁴ como su ejemplo de que la felicitación conlleva necesariamente un regalo. Pero lo que no se llega a comprender en la argumentación de HÖRNLE es el salto de la solidaridad a la desvaloración. Es decir, si bien se puede entender la exigencia de proporcionalidad entre la pena y el injusto culpable como una exigencia tanto de la retribución como de la prevención, en especial de la general positiva, ya que esta, en mi opinión, tiene la misión de reforzar no solo la idea de vigencia

¹⁰⁸ WEIGEND, RW, 2010, pp. 49 ss.

¹⁰⁹ GÜNTHER, FS-Lüderssen, 2002, p. 210.

¹¹⁰ Sobre la incapacidad de la pena para “sanar” a la víctima en muchos casos, advierte también, con ulterior bibliografía, HÖRNLE, JZ, 2006, p. 955.

¹¹¹ Los efectos del delito, lo que en Victimología se conoce como “impacto de la victimización”, dependerá de la gravedad del hecho, de la personalidad de la víctima y del contexto en que se encuentre. Para una explicación escueta y clara del impacto de victimización véase el “Manual de Justicia para las Víctimas: sobre el uso y aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder”, 1999, pp. 9 ss., accesible en <http://www.worldsocietyofvictimology.org/wp-content/uploads/2014/12/Handbook-on-Justice-Sp.pdf>, que distingue los efectos psicológicos del delito, por lo general clasificados en cuatro etapas (aun reconociéndose que es imposible predecir cómo responderá un individuo a un crimen específico y que las diferencias entre una persona y otra pueden ser enormes), del trastorno postraumático, que pueden llegar a sufrir algunas víctimas. También ECHEBURÚA *et al.*, «Evaluación del daño psicológico las víctimas de delitos violentos», *Psicothema*, (14), 2002, pp. 139 ss.; y MUÑOZ GARCÍA/NAVAS COLLADO, «El daño psicológico en las víctimas del terrorismo», *Revista de Psicopatología Clínica Legal y Forense*, (7), 2007, pp. 147 ss. Desde una perspectiva psicológica, por ejemplo una fragilidad emocional previa y una mala adaptación a los cambios, así como una percepción del acontecimiento como algo extremadamente grave e irreversible, debilitan la resistencia a las frustraciones y contribuyen a generar una sensación de indefensión y desesperanza. También el tipo de delito influye en el diferente impacto psicológico en la víctima. Los estudios demuestran que lo que genera habitualmente daño psicológico suele ser la amenaza a la propia vida o a la integridad, una lesión física grave, la percepción del daño como intencionado y la pérdida violenta de un ser querido. El daño psicológico además suele ser mayor si las consecuencias del delito son múltiples, como ocurre, por ejemplo, en el caso de un atentado con secuelas físicas o en el de un secuestro finalizado con el pago de un rescate por parte de la familia de la víctima.

¹¹² Similar, PRITTWITZ, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999-2000, pp. 120-121. Así, por ejemplo, los sentimientos de desconfianza y el deterioro de los lazos con la comunidad que puede producir el trauma se pueden minimizar mediante la intervención en la persecución penal del delito, pero también mediante acciones de reparación y reconocimiento comunitario –ARNOSO *et al.*, «Violencia colectiva y creencias básicas sobre el mundo, los otros y el yo: impacto y reconstrucción», en ROVIRA *et al.* (eds.), *Superando la violencia colectiva, construyendo cultura de paz*, 2011, pp. 265 ss. –.

¹¹³ HÖRNLE, JZ, 2006, p. 957.

¹¹⁴ Similar, Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 58.

de la norma, sino también de las valoraciones jurídicas subyacentes a la misma, como mejor forma de proteger a futuro los bienes jurídicos¹¹⁵, lo que no se explica es qué tiene que ver esto con las muestras de condolencia y solidaridad. Cuando se quiere mostrar condolencia y solidaridad hacia alguien lo lógico es que las acciones se dirijan sobre esa persona a la que se quiere confortar y no sobre otra distinta. El castigo, como imposición de un mal, va más allá de la solidaridad y no se puede explicar solo por esta¹¹⁶.

Quienes ven la satisfacción de determinados intereses de la víctima como uno de los posibles fines (o efectos deseables) del Derecho penal, junto con otros, llegando a adherirse a teorías utilitarias en sentido tradicional, o a teorías mixtas o unitarias de la pena¹¹⁷, no tienen más remedio que admitir que los diferentes fines pueden entrar en conflicto unos con otros, ser ponderados e incluso ceder¹¹⁸. Por este motivo, estos autores no pueden afirmar un derecho de la víctima a la pena¹¹⁹. Esta posición, por lo tanto, no apoyaría las doctrinas que venimos comentando.

Quienes, por el contrario, lo defiendan como único fin de la pena, sí podrán reclamar un derecho al castigo, pero, por un lado, no se explica por qué ese fin (determinada forma de dar satisfacción o felicidad a la víctima) deba prevalecer sobre cualquier otro¹²⁰, y además esta postura no consigue, como ya se ha explicado, fundamentar la imposición de un mal.

Además, esta idea se enfrenta a ulteriores dificultades: Si la pena tiene el único fin de dar satisfacción a la víctima, de manifestar la condolencia y solidaridad de la sociedad y afirmar que ha sido objeto de un injusto y no de la mala suerte o de sus propios errores, entonces su medida debería ir determinada exclusivamente por esas necesidades, que son diferentes para cada víctima. Por tanto, las víctimas tendentes a estrategias de afrontamiento basadas en la autocrítica deberían ser satisfechas con mayor pena, pues es lo necesario para evitar en su caso los efectos perniciosos del delito, mientras que quienes no corrieran el riesgo de perder la autoestima y la confianza en la comunidad podrían dejar de recibir la “satisfacción” de la pena¹²¹. Desaparecería,

¹¹⁵ GIL GIL, LH-Cerezo Mir, 2002, p. 21.

¹¹⁶ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, REJ, (11), 2009, p. 56, para quien el cumplimiento de estos fines se colmaría con las respuestas expresivas-simbólicas (inmateriales): declaración de culpabilidad y condena. La imposición adicional de un “dolor penal” al autor solo se justificaría cuando, además, existieran razones preventivas.

¹¹⁷ HOLZ, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, 2007, p. 200; HÖRNLE, JZ, 2006, p. 956. En cambio, REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, 1999, p. 27, sí afirma un derecho de la víctima al castigo, y una obligación del Estado de castigar, pero porque rechaza que la pena sea la compensación por los daños inmateriales sufridos por la víctima. Por el contrario, él interpreta el castigo como la cesación de daños, como veremos en el epígrafe siguiente.

¹¹⁸ De la misma opinión Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 50 ss.

¹¹⁹ Niega este derecho HOLZ, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, 2007, p. 129, quien defiende exclusivamente un derecho de acceso al proceso penal. En realidad este autor apoya su argumentación en su interpretación de ciertas expresiones del TC alemán y también, fundamentalmente, en la jurisprudencia del TEDH. Le recuerda WEIGEND, RW, 2010, p. 46, que el TC alemán ha establecido claramente que no existe un derecho de la víctima a la persecución penal del delincuente.

¹²⁰ Así, convincentemente, Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 51.

¹²¹ No lo ve así HÖRNLE, JZ, 2006, p. 956, para quien la pena señalada en el CP para cada infracción ya basta para cumplir con la función expresiva de la solidaridad. De ello se deduce que en su construcción la pena no va dirigida a satisfacer realmente las necesidades de la víctima concreta. Se trataría exclusivamente de una función expresiva, con independencia de que fuera o no suficiente para la víctima concreta. Como ya se ha señalado, la

con ello, la seguridad jurídica en el cálculo de la pena. Por otro lado quedarían inmediatamente deslegitimadas todas las eximentes y atenuantes que no puedan ser explicadas conforme a la no necesidad o menor necesidad de condolencia y solidaridad, y por supuesto el indulto (total o parcial), salvo que se decida con base en la falta de necesidad de satisfacción afirmada por la víctima, con todos los problemas que ello comportaría. Además, estas teorías solo sirven para ciertos delitos con víctimas individuales¹²², y no para delitos con bienes colectivos y supraindividuales, con lo que habría que construir dos teorías de la pena diferentes.

Personalmente no encuentro ninguna objeción al reconocimiento de que la pena puede tener o incluso debe buscar determinados efectos positivos para la víctima, como el reconocimiento del injusto sufrido y con ello la expresión de protección y solidaridad de la comunidad, la satisfacción de su sentimiento de justicia, etc., pero siempre que esos objetivos no se erijan en los únicos o principales fines de la pena, de manera que puedan desplazar a otros fines sociales, en particular la prevención del delito.

Por todo lo expuesto estimo que no puede reclamarse con base en los posibles efectos beneficiosos para las víctimas la existencia de un derecho al castigo¹²³.

3.4. La pena como eliminación o cese de un daño a la víctima diferente de la lesión del bien jurídico

Frente (o incluso junto) a las posturas anteriores, basadas en los posibles efectos beneficiosos de la pena, encontramos aquellas otras, similares pero con un matiz distinto, que tratan de fundamentar la existencia en todo caso de un daño a la víctima cuyo origen es el delito, diferente a la concreta lesión del bien jurídico atacado por aquel, y cuya única forma de cesación o eliminación sería el castigo penal. Así, por ejemplo, se dice que la pena cumple la función de poner fin a la desorientación en la vida social que sufre la víctima a causa de la falta de confianza en el Derecho¹²⁴, o que su finalidad es liberar a la víctima de la dominación del delincuente¹²⁵, restaurando o reafirmando su valor¹²⁶, o cesar una lesión continuada de su honor que se prolonga en tanto no hay respuesta penal al delito¹²⁷. La diferencia con la posición anterior radicaría en que aquí es precisamente la ausencia de castigo lo que provoca la prosecución del daño, de donde surge el deber del Estado de penar¹²⁸ y así poner fin a ese daño. Esta argumentación recuerda sin duda a la teoría kantiana¹²⁹ de la complicidad en el delito de la sociedad que no castiga¹³⁰, o a la doctrina de los tribunales de derechos humanos, comentada *supra*, de la nueva e independiente violación por parte del Estado que no castiga una violación primaria.

función expresiva de la pena no justifica la imposición de un daño –SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 56; Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 67; GÜNTHER, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 219 –.

¹²² GÜNTHER, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 208 ss.

¹²³ La misma conclusión en WEIGEND, *RW*, 2010, p. 57.

¹²⁴ REEMTSMA, *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, 1999, p. 26.

¹²⁵ FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, pp. 51 ss.

¹²⁶ Jeffrie G. MURPHY/Jean HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988, p. 132; ulteriores citas en el mismo sentido en GERT *et al.*, «Hampton on the Expressive Power of Punishment», *Journal of Social Philosophy*, (35-1), 2004, pp. 79 ss.

¹²⁷ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 117 ss.

¹²⁸ REEMTSMA, *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, 1999, p. 27.

¹²⁹ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1989, p. 169.

¹³⁰ Expresamente, FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, pp. 60 ss.

Estas construcciones suelen presentar los mismos defectos que ya han sido denunciados en las anteriormente comentadas. Así, por ejemplo, FLETCHER, deseoso de encontrar un espacio para la víctima en la explicación de la pena, propone sustituir en la teoría hegeliana de la retribución el lugar que ocupa la norma por la víctima¹³¹. El delito establece, en su opinión, una relación especial entre el delincuente y la víctima¹³². El delincuente adquiere una especie de dominio injustificado que continúa después de la consumación del crimen, implícito en la amenaza de reincidencia¹³³. La función del castigo es terminar con este dominio y restablecer la igualdad entre la víctima y el delincuente¹³⁴. FLETCHER incurre en la misma argumentación circular que las teorías absolutas de la pena que hemos comentado *supra*. Que se deba castigar para evitar la impunidad no aporta ninguna justificación al castigo. Que se deba igualar a la víctima y al delincuente en el mal sufrido carece de explicación racional. Que la expresión de preocupación por la víctima y su sufrimiento exijan imponer un mal al delincuente no queda en absoluto demostrado. Muy al contrario, uno se pregunta cómo puede aliviar el sufrimiento de la víctima la causación de un mal a otro, y si no serían más efectivas para tal tarea las medidas reparatorias que se centraran en la propia víctima¹³⁵. Por último, la supuesta dominación del autor o humillación o sometimiento de la víctima del delito no es sino una sensación subjetiva que experimentan algunas (ni siquiera la mayoría) de las víctimas, a la que no se puede convertir normativamente en realidad y mucho menos en el fundamento de la respuesta penal.

También pretende relacionar su teoría de la pena orientada a la víctima hacia la prevención general positiva REEMTSMA¹³⁶, en el sentido de ofrecer una “resocialización de la víctima”. Pero como con razón le ha contestado PRITTWITZ¹³⁷, ni queda claro hasta qué punto y en qué delitos las víctimas sufren un trauma del tipo del descrito por REEMTSMA, ni tampoco logra explicar este autor por qué motivo la cesación de ese daño exige necesariamente la imposición de un mal. ¿Por qué la exclusión del delincuente habría de devolver a la víctima a la sociedad?¹³⁸

Al respecto ya se ha mencionado que cada víctima afronta el delito de manera diferente, y los sentimientos de humillación no son desde luego los más frecuentes, ni tampoco lo es el desarrollo de un trauma a partir de la experiencia vivida. Por ello la expectativa de la víctima en relación con las manifestaciones de solidaridad del resto de la sociedad, lo que sí que es un factor importante para la superación del trauma y para evitar el efecto de desocialización de la víctima que produce el delito, varía también según el modo de afrontación que aquella desarrolle. La víctima que reacciona frente al trauma con una estrategia de confrontación espera que la solidaridad de la sociedad se traduzca en compartir esa estrategia frente al delito. Sin embargo, la psicología social ha demostrado que ni todas las víctimas afrontan el crimen desde este tipo de

¹³¹ FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, p. 58.

¹³² FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, p. 57.

¹³³ FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, p. 58.

¹³⁴ FLETCHER, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999, p. 58.

¹³⁵ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 53.

¹³⁶ REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, 1999, p. 27.

¹³⁷ PRITTWITZ, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999-2000, pp. 124-125.

¹³⁸ Así lo defiende REEMTSMA, *Im Keller*, 6ª ed., 2012, p. 216; en contra, PRITTWITZ, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999-2000, p. 129.

estrategias, ni muy probablemente sean las mejores para superar o evitar trastornos psicológicos y sufrimiento¹³⁹.

Especial atención, por su esfuerzo en argumentar la exigencia del castigo, merece la construcción de KAUFMAN. Comienza este autor la explicación de su postura con una interesante y provocativa reivindicación de la venganza¹⁴⁰: Para KAUFMAN la única distinción entre venganza y retribución es procesal, no moral, ni conceptual: la primera se ejerce por la víctima o sus familiares, la última por la administración estatal a través de un proceso formalizado. La mala imagen de la venganza provendría de los esfuerzos por rechazarla realizados durante siglos por el Estado para conseguir un monopolio de la fuerza, pero la venganza no sería moralmente diferente de la retribución y por lo tanto no es moralmente rechazable. A continuación conecta la venganza con la defensa del honor. El proceso de institucionalización a través del cual la venganza privada se sustituye por la pena pública habría ido acompañado de una campaña de propaganda contra la idea de honor como un concepto anacrónico, con el objetivo de garantizar el monopolio de la fuerza por parte del Estado y todo ello habría hecho que se perdiera de vista la verdadera razón de la pena pública, que no sería otra que la misma de aquella venganza privada: la restauración del honor de la víctima. La venganza privada habría sido controlada, no rechazando la noción de venganza del honor, sino transfiriéndolo al soberano y ello habría implicado además una redefinición del crimen como un acto contra el soberano a quien pertenecía el derecho a castigar. Para este autor el castigo retributivo está justificado moralmente única y exclusivamente en el derecho a defender el honor o la dignidad de la víctima¹⁴¹. No concibe su teoría como utilitaria, pues rechaza como carente de justificación moral toda teoría de este tipo. Él defiende que el castigo es intrínseco a la defensa del honor. En su opinión esto explica la intuición de que el castigo es merecido y apropiado aunque no se consigan objetivos sociales futuros. Afirma que el castigo no hace desaparecer el mal causado pero se puede restaurar el honor como valor abstracto. Para ello rechaza también, equivocando la voluntariedad con la existencia de un móvil sádico, que la pena sea la causación voluntaria de un mal¹⁴². ¿Cómo se justifica entonces que la pena tenga un contenido aflictivo? KAUFMAN afirma¹⁴³ que el contenido de injusto que supone el ataque físico no consiste en una lesión del bien jurídico (el atentado contra la integridad física, la pérdida de propiedad, etc.) sino en un insulto a la dignidad, al honor, y un reto para que la víctima demuestre su valor, y solo aceptando tal reto se restaura el honor. El honor se lesiona solo por el hecho de ser atacado y la falta de respuesta constituye una continuación de la lesión del honor o una confirmación de la misma. El atacante afirma así su superioridad sobre la víctima, lanzando un reto a su honor y la no respuesta solo confirma ese juicio de superioridad. Por tanto, la base del fundamento retributivo de la pena estaría en la defensa del honor de la víctima, a lo que denomina “teoría vindicativa de la pena” y defiende que no es solo una explicación histórica de la pena, sino también el fundamento (inconsciente o implícito) de la pena en las teorías retribucionistas actuales. En su opinión el honor es la base del castigo en un sentido tanto

¹³⁹ Véase *supra* la nota 111. Por ello, como también ha señalado PRITWITZ, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999-2000, p. 128, es preferible simplemente hablar de los efectos beneficiosos que puede tener la pena para la víctima y no de “compensación”, “asistencia a la supervivencia” o “cesación de un daño”, etc.

¹⁴⁰ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 107 ss.

¹⁴¹ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 187 ss.

¹⁴² Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 117 ss., 121.

¹⁴³ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, pp. 122 ss.

psicológico-descriptivo como moral-normativo. Y, en su opinión, de la misma manera que la venganza necesariamente requiere una confrontación física porque a menos que haya un riesgo físico la confrontación no puede demostrar la valentía del defensor, la pena (venganza realizada por parte del Estado) tiene que consistir también en un mal físico¹⁴⁴. La pena sería, por tanto, una especie de legítima defensa del honor, que no tiene como esencia causar un daño, aunque efectivamente necesita causarlo. La pena es la forma de parar la ofensa al honor que causa el delito y que sigue causando la falta de respuesta¹⁴⁵.

El problema de la construcción de KAUFMAN es que ni responde a la realidad de la concepción actual del honor¹⁴⁶, ni del delito, ni de nuestro Derecho penal. Así, si fuera real, que no lo es, que con la pena no se protegen bienes jurídicos, sino el honor de la víctima, ¿cómo se justificaría la privación de derechos más importantes, como la libertad, en aras de la defensa de un bien menor como es el honor? Por ende, la concepción de KAUFMAN resulta demasiado limitada para explicar la pena en general, no sería aplicable a los delitos imprudentes, por ejemplo, y si lo es a los delitos con sujeto pasivo colectivo o supraindividual KAUFMAN, no ha conseguido aclararlo. Tampoco sería aplicable un castigo a los casos de tentativa en los que el autor no llega a consumar el hecho por la intervención física de la víctima o de un agente del Estado, ya que, una vez enfrentado físicamente el delincuente no parece necesario volver a defender el honor de la víctima, que ya ha prevalecido. Tampoco convence que la víctima no pueda renunciar al castigo, pero sí pueda hacerlo el Estado, si la pena es tan solo una restitución de su honor¹⁴⁷. Además, según la concepción de KAUFMAN¹⁴⁸ la magnitud de la pena no debe calcularse en función de la importancia del bien jurídico lesionado y la gravedad de su ataque, sino en función de la lesión al honor sufrida, en función del grado de cobardía atribuido a la no respuesta a la ofensa, sea como fuere que esto pudiera cuantificarse¹⁴⁹. Finalmente, estimo que no logra explicar KAUFMAN convincentemente que el honor deba ser reparado mediante la imposición de una pena¹⁵⁰, y no mediante una disculpa, un resarcimiento económico, o un mero restablecimiento (¿por la fuerza?) de las cosas a su estado originario.

¹⁴⁴ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 138.

¹⁴⁵ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, 2013, p. 140.

¹⁴⁶ Tampoco históricamente esta relación entre venganza y honor se muestra como necesaria. El sociólogo del Derecho Eduardo FITTIPALDI, «Vendetta della vittima v. vendetta di vergogna», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. 145 ss., distingue entre la venganza de la víctima y la venganza de vergüenza. La primera consistiría en el sufrimiento que un individuo cree tener el derecho de procurar a otro individuo del cual considera que le ha producido una lesión física irreversible o la pérdida de un ser animado; por el contrario, la venganza de vergüenza sería el sufrimiento que un individuo cree tener derecho de infligir a otro individuo del que previamente considera haber sido humillado, con la consecuente experimentación de vergüenza. Esta última sería propia de sociedades basadas en el honor — p. 159 —.

¹⁴⁷ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 188.

¹⁴⁸ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 143. También Jeffrie G. MURPH/Jean HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988, p. 134, afirman que la pena tiene que estar en proporción con la superioridad y dominación que ha expresado la conducta del delincuente.

¹⁴⁹ Sobre las dificultades y problemas que acarrea la búsqueda efectiva de la satisfacción de la víctima en cada caso en el proceso penal, como por ejemplo la ruptura del principio de igualdad ante la ley en relación con el delincuente, véase STICKELS, «The Victim Satisfaction Model of the Criminal Justice System», *Journal of Criminology And criminal Justice Research & Education*, (2-1), 2008, pp. 1-19.

¹⁵⁰ Whitley R. P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, 2013, p. 167, reconoce expresamente que no puede explicar que la restauración del honor tenga que consistir en la imposición de un mal al delincuente, el único argumento que encuentra es que así ha sido entendido tradicionalmente.

Pero sobre todo, el fallo de toda la argumentación que pretende atribuir a la pena la restauración de honor o del valor de la víctima radica en que no solo no responde, afortunadamente, a una concepción actual del honor y de la dignidad, sino que de aceptarse estaría dando un mensaje absolutamente equivocado. Si KAUFMAN quisiera referirse al sentimiento de humillación que puede sentir la víctima hay que decir que este no es sino un daño psicológico o emocional (y por cierto no el más frecuente en nuestra época) entre otros posibles (dolor, rabia, impotencia, miedo...) ¹⁵¹ que suelen causar los delitos ¹⁵², y que son tanto evitables como subsanables de diferentes maneras ¹⁵³, como lo demuestran las diferentes estrategias de afrontamiento estudiadas por la psicología ¹⁵⁴. Si por el contrario, como parece indicar más bien su explicación, quiere referirse a una consideración social del agredido, hay que contestar que el concepto de honor es una construcción social, cultural, que varía históricamente y desde luego hoy no predomina la que KAUFMAN defiende. Su concepción de la relación entre la venganza privada y la defensa del honor no es, en todo caso, trasladable a una venganza institucionalizada, donde uno no tiene que demostrar personalmente su valor contra el enemigo. Es más, si históricamente en el ámbito de la venganza privada la ausencia de respuesta física al delito era sancionada socialmente con la pérdida del honor, ello se debía a que en un sistema de control no institucionalizado no existían muchos más medios de obligar a cumplir la llamada norma secundaria ¹⁵⁵ cuyo destinatario eran todos los miembros de la comunidad ¹⁵⁶. Pero sobre todo, el problema de la explicación de

¹⁵¹ MUÑOZ GARCÍA/NAVAS COLLADO, «El daño psicológico en las víctimas del terrorismo», *Revista de Psicopatología Clínica Legal y Forense*, (7), 2007, pp. 150 ss.; ECHEBURÚA *et al.*, *Psicothema*, (14), 2002, p. 140.

¹⁵² ECHEBURÚA *et al.*, *Psicothema*, (14), 2002, p. 140.

¹⁵³ Hay que reconocer, sin embargo, que, como ha puesto de manifiesto la psicología, la falta de respuesta a una injusticia percibida puede en ocasiones disminuir la consideración de la víctima, tanto a los ojos de los demás, como en su propia percepción. Pero también se ha demostrado que incluso cuando esto ocurre, en algunos casos, la mera expresión de la ira moralista, sin la compañía de la acción, puede ayudar a restaurar la propia imagen privada y pública, porque la ira no constituye simplemente una respuesta a un trato degradante, sino también un desafío a la misma. De esta manera, la ira tiene una función de auto-presentación. Se establece la identidad de uno como una persona fuerte y decidida que exige respeto y no tolera el tratamiento injusto por otros. Sobre todo ello con ulteriores citas, Dale T. MILLER, «Disrespect and the Experience of Injustice», *Annual Review of Psychology*, (52), 2001, p. 541.

¹⁵⁴ Véase el Inventario de Estrategias de Afrontamiento (CSI), diseñado por TOBIN *et al.*, «The hierarchical factor structure of the Coping Strategies Inventory», *Cognitive Therapy Resesearch*, (13-4), 1989, ampliamente utilizado; también CANO GARCÍA *et al.*, *Spanish version of the Coping Strategies Inventory*, en [http://personal.us.es/fjcano/drupal/files/AEDP%2007%20\(eng\).pdf](http://personal.us.es/fjcano/drupal/files/AEDP%2007%20(eng).pdf) (último acceso 04/06/2016)

¹⁵⁵ Utilizo aquí esta expresión con el significado que le da MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, pp. 67 ss. La norma secundaria es la norma que obliga a sancionar la violación de una norma primaria (castiga con la muerte a quien mate) y la norma primaria es la que expresa el mandato o prohibición de actuar de determinada manera (no mates). La infracción de la norma primaria llevaba consigo la pena de muerte; la infracción de la norma secundaria conllevaba la pena del deshonor.

¹⁵⁶ Así, según relata GLAZEL, «La semántica nomotrofica della vendetta», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, p.175, el deber de vengar la ofensa recibida se prescribe en el artículo uno del código Barbaricino (una recopilación, realizada por el jurista y filósofo italiano Antonio PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, 1959, de las normas consuetudinarias que regulaban la venganza en Barbagia, y que constituía un verdadero ordenamiento jurídico) y se apoya en la afirmación “no es un hombre de honor el que se sustrae al deber de la venganza”. Este artículo imponía a cada barbaricino el deber de la venganza, y quien renunciara a la venganza no era considerado un hombre de honor. GLAZEL opina que junto al componente nomotrópico en la semántica de la acción vindicatoria barbaricina existe un componente que propone llamar egotrófico dirigido a restaurar el estatus de hombre de honor de aquel que ha sufrido la ofensa. Pero en mi opinión esta amenaza del deshonor es precisamente la sanción social impuesta a aquel que no contribuye al cumplimiento de las normas mediante el ejercicio obligado de la venganza, en una sociedad en la que el castigo todavía no ha sido monopolizado y en la que todos se convierten en jueces ejecutores de la pena. Por lo tanto, en el fondo todo el sistema estaría dirigido a la prevención, primero amenazando con la venganza a quien infringe la

KAUFMAN radica en que este tipo de construcciones que afirman que la restauración del honor, del valor o de la dignidad de la víctima depende de la imposición de una pena, solo funcionan si se parte de la afirmación de que la demostración de poder coactivo evidencia un mayor valor o su ausencia implica un deshonor, lo que no está demostrado. La derrota inicial de la víctima podría proporcionar evidencia de la superioridad de los malhechores solo en lo que respecta a su capacidad de ejercer el poder coercitivo, pero no proporciona ninguna evidencia de que la víctima es inferior en el sentido moral de que se trata, ni tampoco evidencia su cobardía o su deshonor, y por tanto, si no hay ninguna conexión entre el ejercicio coactivo de la fuerza y el valor o el honor de una persona, tampoco la posterior derrota del criminal a través de la pena demuestra en absoluto que el valor de víctima y agresor sea el mismo o que la víctima recupere el honor perdido. Finalmente, en lugar de corregir juicios morales o atribuciones de significados erróneos, lo que conllevarían estas teorías sería el refuerzo de una reclamación falsa: que existe una correlación entre poder y valor u honor del ser humano¹⁵⁷.

4. Pena, venganza, reciprocidad: instrumentos preventivos

De todas las teorías expuestas hasta ahora me parece destacable la idea de que el ser humano por lo general posee un, llamémoslo de momento, “sentimiento de justicia”, que le lleva a reclamar un castigo cuando se ha sentido ilegítimamente lesionado. También hemos visto que las diversas teorías que han intentado ofrecer una explicación de la pena orientada a la víctima han fracasado, por lo general atrapadas entre un rechazo moral a la venganza y la falta de justificación de la imposición de un mal cuando se trataba de sustituir aquella, como base de la exigencia de satisfacción, por otras explicaciones “racionalizadas”.

Pero, ¿qué ocurriría si, al contrario de lo que se ha afirmado mayoritariamente en el ámbito de la discusión sobre el fundamento y los fines de la pena, la venganza no fuera un mero instinto irracional, y por tanto claramente insuficiente para una justificación moral y jurídica del castigo? Reivindicando la venganza en lugar de tratar de disfrazarla¹⁵⁸, podremos dar un paso más y explorar su verdadera finalidad para evitar situar como fin lo que no es sino un medio para los verdaderos objetivos del castigo. Nos interesa en este apartado, por tanto, explorar la tesis, ya expuesta por DURKHEIM hace más de un siglo, de que el castigo no deja de ser venganza institucionalizada, pero lejos de contaminar con ello de irracionalidad y sadismo a la pena estatal, lo que vamos a intentar demostrar, en la línea de lo que también defendía DURKHEIM¹⁵⁹, es que la

norma primaria y segundo amenazando con el deshonor a quien desobedece la norma secundaria: el deber de imponer una sanción por incumplimiento de la norma primaria.

¹⁵⁷ GERT *et al.*, *Journal of Social Philosophy*, (35-1), 2004, p. 84.

¹⁵⁸ Señala Susan JACOBY, *Wild Justice. The evolution of Revenge*, 1985, pp. 12-13, p. 330, que el tabú sobre la venganza ha traído consecuencias negativas y ha llevado a negar el componente de venganza que existe también en la justicia, aun cuando se le atribuya correctamente un fin preventivo.

¹⁵⁹ Émile DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 4ª ed., 2001, pp. 103 ss., afirma que con nuestra actual explicación racional de los fines de la pena hemos ocultado (que no eliminado) su naturaleza pasional y de venganza, que subsiste. Pero en su opinión es un error creer que la venganza es solo una crueldad inútil. Aunque pueda parecer una reacción mecánica y sin finalidad, un mero movimiento pasional, el instinto de venganza no es sino instinto de conservación. Recuerda además que la venganza, en la historia de la humanidad, no ha tenido en absoluto el

venganza ha sido históricamente algo más que un instinto, para convertirse en una institución con fines preventivos, animada, a su vez, por el mecanismo de la reciprocidad y determinados instintos (agresividad) y emociones (ira¹⁶⁰, inhibición de la empatía¹⁶¹) que colaboran a la conservación del individuo y de la sociedad, es decir, que actúan como instrumentos preventivos.

Desmontando visiones literarias de la venganza, modernos estudios pluridisciplinares sobre la misma han demostrado que la venganza constituía en las sociedades arcaicas un verdadero ordenamiento jurídico, con normas no escritas, que regía la comunidad¹⁶². Antropólogos, juristas e historiadores han puesto de manifiesto que la venganza, aunque surge de una reacción instintiva contra una agresión, no es solo instinto, es también institución en tanto que la forma y normas de la venganza mutan a lo largo del tiempo y de una sociedad a otra, aun permaneciendo el mismo instinto agresivo. Así, de la universalidad del instinto agresivo ante la ofensa se pasa a la pluralidad de instituciones de la venganza que pueden considerarse funcionales en relación a estructuras y formas de vida de la comunidad correspondiente¹⁶³.

Que la venganza tiene fines preventivos ha sido puesto de manifiesto por psicólogos sociales, filósofos del Derecho¹⁶⁴ y antropólogos. Por ejemplo, la antropología ha demostrado las ventajas de la venganza tanto para los individuos como para los grupos. Un estudio sobre los comportamientos de tribus primitivas demostró que los individuos que habían utilizado la venganza y matado a otros tenían mayor éxito social y reproductivo. Al mismo tiempo, los grupos que no ejercían la venganza, por ejemplo para vengar la muerte de un líder, eran considerados vulnerables y disminuían o se extinguían, pues sus miembros debían abandonarlos buscando la protección de los grupos vecinos, que experimentaban un crecimiento proporcional a la merma sufrida por el grupo que no se venga¹⁶⁵.

También estudios psicológicos han demostrado que la mayoría de las víctimas no obtienen satisfacción por el mero hecho de ver sufrir a su agresor, por ejemplo por una desgracia fortuita, sino que lo que aporta satisfacción es que el delincuente sepa que está recibiendo un daño por su comportamiento injusto¹⁶⁶. Para la víctima es más importante en la acción de venganza el fin de

papel negativo y estéril que se le atribuye. Defiende que es un arma defensiva que tiene su valor; solo que es un arma grosera, al ejercerse de una manera inconsciente de los servicios que automáticamente presta. Por ello es importante conocer el fin que se quiere alcanzar con el castigo (sea venganza, sea pena), porque ello nos permite racionalizar el medio (la imposición de un mal a otro) en atención a los fines ahora ya puestos al descubierto.

¹⁶⁰ Sobre la relación entre el sentimiento de injusticia por el trato recibido de otro, la emoción de la ira y el deseo de venganza véase Dale T. MILLER, *Annual Review of Psychology*, (52), 2001, p. 534.

¹⁶¹ Se ha comprobado experimentalmente que el hecho de ver sufrir a quien se ha comportado mal no activa una reacción empática de la misma forma que cuando vemos sufrir a otro ser humano. Es decir, se produce una cierta supresión de la empatía que puede jugar un rol fundamental y terrible en el mecanismo de la venganza — CATERINA, «La reciprocità: alle origini della vendetta e dello scambio», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, p. 213 —.

¹⁶² Gaetano RICCARDO, «Olter la giuridicita: la vendetta come fatto sociale totale», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. 257 ss.; CUGUSI, «La vendetta barbaricina nelle riflessioni di due penalisti sardi», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. 117 ss.

¹⁶³ LORINI/MASIA, «La vendetta: istinto o istituzione? Introduzione», en LOS MISMOS (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. X ss.

¹⁶⁴ GLAZEL, en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. 169 ss., 171.

¹⁶⁵ CHAGNON, «Life Histories, Blood Revenge, and Warfare in a Tribal Population», *Science*, (4843), 1988, pp. 985 ss.

¹⁶⁶ GOLLWITZER/DENZLER, «What makes revenge sweet: Seeing the offender suffer or delivering a message?», *Journal of Experimental Social Psychology*, (45), 2009, p. 843.

enviar un mensaje al agresor que el hecho de causarle un sufrimiento¹⁶⁷. Es decir, la venganza no es un fin en sí mismo, sino que busca conseguir un fin superior. Aunque el mensaje puede ser complejo, e incluir aspectos sobre la imagen de la víctima, se dirige sin duda a “educar al ofensor”, sobre el valor de la víctima, sobre lo inaceptable de su hecho¹⁶⁸. El contenido final del mensaje sería, por tanto, del tipo “no vuelvas a hacerlo”, y su objetivo consistiría en la modificación de comportamientos a futuro para evitar la repetición de la ofensa¹⁶⁹.

Pero probablemente el más interesante descubrimiento en favor del efecto preventivo de la venganza haya sido el comprobar que no solo el ser humano, sino también otros animales con comportamientos sociales han desarrollado en sus relaciones el mecanismo de la “reciprocidad”, que subyace a la institución de la venganza¹⁷⁰.

Diversos estudios etológicos han testimoniado episodios de intervenciones agresivas basadas en la reciprocidad en algunas especies de primates. Estas reacciones violentas contra una agresión previa pueden ser tanto directas (especialmente cuando son especies que desarrollan sociedades más igualitarias, como los chimpancés, pero también en sociedades jerárquicas, como las de los macacos, cuando no existe una gran diferencia jerárquica entre agresor y víctima) como indirectas: en especies cuya estructura social se basa en alianzas familiares y fuerte jerarquía, se observó que un sujeto agredido, si existía amplia diferencia jerárquica con el agresor, tendía a agredir a los parientes más jóvenes y de menor nivel dentro de la familia del agresor, y lo hacía además, la mayoría de las veces, a la vista de este¹⁷¹. Los etólogos han llegado a la conclusión de que estos comportamientos bien podrían formar parte de un “sistema de venganza”¹⁷². Y la hipótesis que sugieren es que con este sistema se busca una disminución de las agresiones a largo plazo contra aquellos individuos que practican la retaliación, de manera que finalmente tales comportamientos podrían tener como finalidad modificar el comportamiento del agresor primigenio para con la víctima¹⁷³.

Señala CATERINA¹⁷⁴ que quizás los etólogos no están hablando de venganza en el mismo sentido que lo hacen los antropólogos, pero sí recogen la existencia en los primates del mecanismo de la “reciprocidad”. Distingue este autor la reciprocidad actitudinal de la reciprocidad calculada. Esta última exige un recuento mental de los favores dados y recibidos, se basa en un sentido de regularidad que genera expectativas de ser restituido por los favores hechos y al mismo tiempo impulsa a restituir aquellos recibidos. Refiere este autor estudios que han atribuido a chimpancés y orangutanes comportamientos compatibles con una forma de reciprocidad calculada¹⁷⁵. La venganza propiamente dicha nace, por tanto, con la reciprocidad calculada, que implica la verdadera y propia restitución de la ofensa recibida. Este autor avanza la hipótesis, muy

¹⁶⁷ GOLLWITZER/DENZLER, *Journal of Experimental Social Psychology*, (45), 2009, p. 843.

¹⁶⁸ Dale T. MILLER, *Annual Review of Psychology*, (52), 2001, p. 541.

¹⁶⁹ GOLLWITZER/DENZLER, *Journal of Experimental Social Psychology*, (45), 2009, p. 843.

¹⁷⁰ Sobre la relación entre la venganza y el principio de reciprocidad véase LODDO, «Reciprocità aspettative e aspettative di reciprocità nella vendetta», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. 217 ss.

¹⁷¹ AURELI et al., «Kin-oriented redirection among Japanese macaques: an expression of a revenge system?», *Animal Behaviour*, (44-2), 1992, pp. 283-291

¹⁷² AURELI et al., *Animal Behaviour*, (44-2), 1992, pp. 289 ss.

¹⁷³ AURELI et al., *Animal Behaviour*, (44-2), 1992, p. 290.

¹⁷⁴ CATERINA, en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, pp. 209 ss.

¹⁷⁵ CATERINA, en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, p. 212.

interesante para el tema que aquí tratamos, de que el sistema de venganza es, al menos en parte, un producto colateral de la interiorización de aquel sentido de regularidad que da vida a un sistema de reciprocidad calculada, del gusto por el equilibrio que quiere que favores y ofensas sean siempre restituidos¹⁷⁶.

Siguiendo con esta idea explica LODDO¹⁷⁷ el efecto disuasorio de la reciprocidad que se puede encontrar en el fenómeno de la venganza. Según esta autora, la reciprocidad de las expectativas de venganza caracteriza un momento fisiológico de la vida de una comunidad y significa que el sujeto A, miembro de la comunidad, espera que en el caso de que alguien realice un acto X ofensivo contra el sujeto B, el sujeto B o un miembro de su familia vengarán la ofensa. Simétricamente (recíprocamente), el sujeto B, miembro de la misma comunidad, espera que en el caso de que alguien cometa el acto X contra el sujeto A, el sujeto A o un miembro de su familia se vengará. De esta manera, es posible que en la comunidad no se cometa el acto X, precisamente porque la reciprocidad de las expectativas de venganza disuade de realizar aquellos hechos considerados en la comunidad como ofensa. A no ofenderá a B porque espera que B se vengará contra el ofensor y por el mismo motivo B no ofenderá a A. Así concluye LODDO¹⁷⁸ que la venganza parece ser un instituto idóneo para la conservación de la paz social, porque representa un instrumento preventivo que disuade a aquellos que tuvieran la intención de realizar la acción ofensiva.

5. Conclusiones

En los últimos años hemos asistido a un avance de la idea de que el castigo penal debe ser entendido como un mecanismo para dar satisfacción a la víctima o incluso como un derecho de esta. Esta idea ha venido potenciada por el creciente protagonismo de las asociaciones de víctimas en la política criminal y el incremento del peso de los aspectos emocionales en la legislación y la aplicación del Derecho penal. También desde el Derecho internacional se ha potenciado esta idea con lemas como la “lucha contra la impunidad” y la afirmación de los derechos de las víctimas, entre los que se ha situado un derecho a la Justicia, interpretado, con un débil y cuestionable apoyo en los tratados sobre protección de derechos humanos y ninguna reflexión sobre el fundamento y fines del Derecho penal, como derecho al castigo.

También en la ciencia del Derecho penal y en la filosofía se ha intentado ofrecer teorías sobre los fines de la pena orientadas a la víctima. Del análisis de diversas posturas podemos concluir, sin embargo, que la afirmación de que la pena es la imposición de un mal solo tiene una explicación racional en el deseo de su efecto preventivo. Por ello se ha denunciado con razón que las diversas teorías que pretenden defender la exigencia de la imposición de un mal al ofensor con base en los posibles efectos beneficiosos o de cesación de un daño que ello tendría para la víctima no son sino un intento de racionalizar el deseo de venganza o reciprocidad de la víctima¹⁷⁹.

¹⁷⁶ CATERINA, en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, p. 214.

¹⁷⁷ LODDO, en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, p. 222.

¹⁷⁸ LODDO, en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, 2015, p. 225.

¹⁷⁹ PRITTWITZ, *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999-2000, p. 129; SILVA SÁNCHEZ, *REJ*, (11), 2009, p. 56.

Ahora bien, un correcto análisis del problema exige, en mi opinión, tanto no demonizar el natural instinto de venganza como tampoco erigirlo en un fin en sí mismo. El análisis antropológico, histórico, psicológico-social e incluso etológico de la venganza demuestra que esta institución, el mecanismo de la reciprocidad que está en su base, y las emociones e impulsos que la animan tienen, en realidad, efectos fundamentalmente disuasorios. Descubierta el fin utilitario de la venganza, los fines preventivos de la pena reaparecen, junto con su fundamento retributivo, con toda legitimidad.

La pena puede tener indudables efectos beneficiosos para la víctima, el primero manifestar la injusticia sufrida y ofrecer cierta garantía de no repetición, calmando así su necesidad de justicia, devolviendo la confianza de la víctima en el ordenamiento y en la sociedad y favoreciendo su no desocialización. Pero no hay que olvidar que esos sentimientos responden al mecanismo de la reciprocidad que en última instancia sirve a la conservación del grupo y del individuo como ser social. En definitiva, aun cuando efectivamente la pena sirva para satisfacer las necesidades de reciprocidad tan inherentes a nuestro sistema de interrelacionarnos socialmente, este fin, a su vez (incluso de manera inconsciente) es instrumental a otro, y por ello no puede nunca ser extrapolado y colocado como fin en sí mismo o superior a los fines preventivos clásicos, de manera que los “derechos de las víctimas” eclipsen o sustituyan a la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos.

El Estado, por tanto, a través del monopolio de la violencia, puede controlar los comprensibles y legítimos instintos y deseos de reciprocidad de las víctimas y someterlos a unos límites racionales, intentar darles satisfacción mediante otros mecanismos y ponderarlos con otros fines sociales, en la búsqueda del mejor medio posible para garantizar el fin último del mantenimiento del orden social.

6. Bibliografía

ABEL SOUTO (2006), *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid.

ALCÁCER GUIRAO (2001), *Los fines del Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

ALVAREZ BERASTEGI (2016), *Exploring Transitional Justice in Democratic States: The Definition of Victims in Northern Ireland and the Basque Country*, Tesis doctoral, Transitional Justice Institute, School of Law, Faculty of Social Science Ulster University, accesible en https://www.academia.edu/25225315/Exploring_Transitional_Justice_in_Democratic_States_The_Definition_of_Victims_in_Northern_Ireland_and_the_Basque_Country

AMBOS (2013), «¿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: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (68), pp. 5 ss.

——— (2008), *El marco jurídico de la justicia transicional*, Themis, Bogotá.

AMBOS/BÖHM (2011), «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, KAS, Montevideo, pp. 43 ss.

AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.) (2011), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, KAS, Montevideo.

——— (eds.) (2010), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. I, KAS, Montevideo,

AMBOS/STEINER (2003), «Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), pp. 191 ss.

ARNOSO *et al.* (2011), «Violencia colectiva y creencias básicas sobre el mundo, los otros y el yo: impacto y reconstrucción», en ROVIRA *et al.* (eds.), *Superando la violencia colectiva, construyendo cultura de paz*, Fundamentos, Madrid, pp. 247 ss.

AURELI/COZZOLINO/CORDISCHI/SCUCCHI (1992), «Kin-oriented redirection among Japanese macaques: an expression of a revenge system?», *Animal Behaviour*, (44-2), pp. 283 ss.

BASSIOUNI (2010), «Victim's Rights», en EL MISMO (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, t. I, Intersentia, Cambridge, pp. 575 ss.

BENAVIDES VANEGAS (2011), *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona.

BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ (2009), *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao.

Adam BRANCH (2011), «The Role of ICC in Northern Uganda», en NAN/MAMPILLY/BARTOLI (eds.), *Peacemaking: From Practice to Theory*, t. 1, Praeger, Santa Bárbara, pp. 122 ss.

CANO GARCÍA *et al.* (2007), *Spanish version of the Coping Strategies Inventory*, en [http://personal.us.es/fjcano/drupal/files/AEDP%2007%20\(eng\).pdf](http://personal.us.es/fjcano/drupal/files/AEDP%2007%20(eng).pdf) (último acceso 04/06/2016)

CASSESE (2004), «La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales», en EL MISMO/DELMAS-MARTY (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Norma, Bogotá, pp. 195 ss.

CASTAÑO TIERNO (2014), «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *Estudios Penales y Criminológicos*, (34), pp. 561 ss.

CATERINA (2015), «La reciprocità: alle origini della vendetta e dello scambio», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 205 ss.

CEREZO DOMÍNGUEZ (2010), *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CEREZO MIR (2003), *Curso de Derecho penal, Parte General*, t. I, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CERRUTI (2016), «Violencia, justicia y victimismo en la sociedad argentina contemporánea», en *IV Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007*, accesible en <http://www.aacademica.org/000-024/43.pdf> (última visita 02/05/2016).

——— (2009), «Procesos emocionales y respuestas punitivas: acerca del activismo penal de las víctimas del delito», *Revista Electrónica de Psicología Política*, (7), pp. 15 ss.

CHAGNON (1988), «Life Histories, Blood Revenge, and Warfare in a Tribal Population», *Science*, (4843), pp. 985 ss.

CHINCHÓN ÁLVAREZ (2016), «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, pp. 465 ss.

——— (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Universidad de Deusto, Bilbao.

——— (2011), «Derecho internacional y “transformaciones del Estado”: Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas “transformaciones que afectan a la forma de gobierno” se trata», en SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián (Volumen XI)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 75 ss.

——— (2009), «Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmanoğlu, Balçık y otros, contra Turquía», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), pp. 591 ss.

——— (2007), *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Sevilla.

CHINCHÓN ÁLVAREZ/VICENTE MÁRQUEZ (2010), «La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (19).

CUGUSI (2015), «La vendetta barbaricina nelle riflessioni di due penalisti sardi», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 117 ss.

David A. CROCKER (2001), «Transitional Justice and International Civil Society», en JOKIC (ed.), *War Crimes and Collective Wrongdoing. A reader*, Blackwell Publishers, Oxford, pp. 270 ss.

DELMAS-MARTY (2003), «The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, (1), pp. 13 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2005), «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (22), pp. 13 ss.

DUKIC (2007), «Transitional justice and the International Criminal Court - in "the interests of justice"?, *International Review of the Red Cross*, (89), pp. 691 ss.

DURÁN MIGLIARDI (2011), «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual», *Revista de Filosofía*, (67), pp. 123 ss.

Émile DURKHEIM (2001), *La división del trabajo social*, 4ª ed., Akal, Madrid.

ECHEBURÚA *et al.* (2002), «Evaluación del daño psicológico las víctimas de delitos violentos», *Psicothema*, (14), pp. 139 ss.

EIROA (2009), *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

ENGELHART (2016), «Objetivos de la Justicia de transición», en GALAIN PALERMO (ed.), *¿Justicia de Transición?*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 35 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (2014), *La legitimidad de la pena estatal, un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid.

Eduardo FITTIPALDI (2015), «Vendetta della vittima v. vendetta di vergogna», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 143 ss.

FLETCHER (1999), «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review* (3), pp. 51 ss.

Russell T. GIBSON (2007), «True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court's Battle with Ratione Temporis», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, (29), pp. 153 ss.

GIL GIL (2012), «La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de Derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales», *Revista de Derecho Penal*, Número extraordinario, pp. 112 ss.

——— (2012), «I limiti dell'applicazione retroattiva della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. I casi della guerra civile spagnola e del massacro dei prigionieri polacchi

durante la Segunda Guerra Mundial», *Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, (5-2), pp. 67 ss.

——— (2011), «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, KAS, Montevideo, pp. 311 ss.

——— (2009), *La justicia de transición en España, de la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona.

——— (2002), «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal. A la vez una confrontación de diferentes concepciones del Derecho penal, las normas penales y el fundamento y fines de la pena», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 9 ss.

——— (1999), *Derecho penal internacional, Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid.

GIL GIL/MACULAN (2013), «Responsabilidad de proteger, Derecho Penal Internacional y prevención y resolución de conflictos», en VV.AA., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, IUGM, Madrid, pp. 35 ss.

GLAZEL (2015), «La semántica nomotrofica della vendetta», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 169 ss.

Sabine GLESS (2007), «Strafe ohne Souverän?», *Schweizer Zeitschrift für Strafrecht*, (125), pp. 24 ss.

GOLLWITZER/DENZLER (2009), «What makes revenge sweet: Seeing the offender suffer or delivering a message?», *Journal of Experimental Social Psychology*, (45), pp. 840 ss.

GONZÁLEZ ZAPATA (2007), «La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal», *Estudios Políticos*, (31), pp. 23 ss.

GRACIA MARTÍN (1993), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Klaus GÜNTHER (2002), «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden Baden, pp. 205 ss.

HAQUE (2005), «Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law», *Buffalo Criminal Law Review*, (9), pp. 273 ss.

GERT/RADZIK/HAND (2004), «Hampton on the Expressive Power of Punishment», *Journal of Social Philosophy*, (35-1), pp. 79 ss.

HERRERA MORENO (2014), «¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (12), pp. 351 ss.

HOLZ (2007), *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Duncker & Humblot, Berlín.

HÖRNLE (2006), «Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, pp. 950 ss.

Susan JACOBY (1985), *Wild Justice. The evolution of Revenge*, Collins, Londres.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

KANT (1989), *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid.

Whitley R. P. KAUFMAN (2013), *Honor and Revenge, A theory of punishment*, Springer, Dordrecht.

Ulrich KLUG (1970), «Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel», en VV.AA., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires.

LARRAURI PIJOAN (2006), «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», *Jueces para la democracia*, (55), pp. 15 ss.

LEEBAW (2008), «The Irreconcilable Goals of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, pp. 95 ss.

LODDO (2015), «Reciprocità aspettative e aspettative di reciprocità nella vendetta», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 217 ss.

LORINI/MASIA (2015), «La vendetta: istinto o istituzione? Introduzione», en LOS MISMOS (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. IX ss.

MACULAN (todavía inédito), «Aproximación a la justicia de transición. Conceptos básicos y principios generales».

——— (2016), «El sistema de penas», en GIL GIL/MACULAN (dirs), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, pp. 323 ss.

——— (2013), «Corte Penal Internacional y Tribunales de Derechos Humanos: ensayos de diálogo y de armonización», en REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA (ed.), *Seguridad y conflictos: una perspectiva multidisciplinar*, IUGM, Madrid, pp. 97 ss.

——— (2013), «La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana», en GIL GIL (dir.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, pp. 69 ss.

MALAMUD-GOTI (1990), «Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?», *Human Rights Quarterly*, (12), pp. 1 ss.

MALARINO (2013), «Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (9), pp. 205 ss.

——— (2010), «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. I, KAS, Montevideo, pp. 25 ss.

MATERNI (2013), «Criminal Punishment and the Pursuit of Justice», *British Journal of American Legal Studies*, (2), pp. 263 ss.

MATUS ACUÑA (2013), «Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional», *Revista Nuevo Foro Penal*, (81), pp. 139 ss.

Dale T. MILLER (2001), «Disrespect and the Experience of Injustice», *Annual Review of Psychology*, (52), pp. 527 ss.

MIR PUIG (2016), *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

Elio MORSELLI (1995), «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (48), pp. 265 ss.

MUÑOZ GARCÍA/NAVAS COLLADO (2007), «El daño psicológico en las víctimas del terrorismo», *Revista de Psicopatología Clínica Legal y Forense*, (7), pp. 147 ss.

Jeffrie G. MURPH/Jean HAMPTON (1988), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, New York.

NOZICK (1981), *Philosophical explanations*, Harvard University Press.

ORMACHEA (2008), «Recent developments: Moiwana village: the Inter-American Court and the “continuing violation” doctrine», *Harvard Human Rights Journal*, (19), pp. 283 ss.

PÁEZ ROVIRA *et al.* (2011), «Afrontamiento y violencia colectiva», en PÁEZ ROVIRA *et al.* (eds.), *Superando la violencia colectiva, construyendo cultura de paz*, Fundamentos, Madrid, pp. 279 ss.

Daniel PASTOR (2013), «Contrariedades actuales del Derecho penal internacional», en GIL GIL (dir.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional, Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, pp. 55 ss.

——— (2011), «La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, KAS, Montevideo, pp. 491 ss.

——— (2006), *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona.

PÉREZ MACHÍO (2013), «¿Garantismo versus impunidad?», en DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.), *Terrorismo e impunidad*, Dilex, Madrid, pp. 39 ss.

PIGLIARU (1959), *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milán.

PRITTWITZ (1999-2000), «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buffalo Criminal Law Review*, (3), pp. 109 ss.

REEMTSMA (2012), *Im Keller*, 6ª ed., Rohwohlt, Hamburgo.

——— (1999), *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, C. H. Beck, Múnich.

Gaetano RICCARDO (2015), «Olter la giuridicita: la vendetta come fatto sociale totale», en LORINI/MASIA (eds.), *Antropologia della vendetta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 257 ss.

ROHT-ARRIAZA (2006), «The New Landscape of Transitional Justice», en LA MISMA/MARIEZCURRENA (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, pp. 1 ss.

ROXIN (1976), «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid.

SANCINETTI/FERRANTE (1999), *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN (2008), «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).

SEIBERT-FOHR (2009), *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford University Press, Oxford.

SILVA SÁNCHEZ (2009), «Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», *Revista de Estudios de la Justicia*, (11), pp. 35 ss.

——— (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosh, Barcelona.

STICKELS (2008), «The Victim Satisfaction Model of the Criminal Justice System», *Journal of Criminology And criminal Justice Research & Education*, (2-1), pp. 1 ss.

TAMARIT SUMALLA (2013), «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

TEITEL (2003), «Transitional Justice Genealogy», *Harvard Human Rights Journal*, (16), pp. 69 ss.

——— (2002), *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford.

TOBIN *et al.* (1989), «The hierarchical factor structure of the Coping Strategies Inventory», *Cognitive Therapy Resesearch*, (13-4), pp. 343 ss.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2016), «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

UPRIMNY YEPES/SAFFÓN SANÍN/BOTERO MARINO/RESTREPO SALDARRIAGA (2006), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, DeJusticia, Bogotá.

VIGANÓ (2012), «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 311 ss.

VILAJOSANA RUBIO (2015), *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia.

WEIGEND (2010), «„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrech? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrech», *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, pp. 39 ss.