

DOCTRINA

SOBRE LA EXALTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO A COSTA DE LA VÍCTIMA*

ALBIN ESER

Alemán. Estudió Derecho en las universidades de Würzburg, Tübingen, y la Universidad Libre de Berlín, graduándose en Würzburg donde también obtuvo su doctorado en 1962. Estudió un año en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Nueva York, obteniendo su maestría en Jurisprudencia Comparada (M.C.J.); asimismo fue catedrático en la Universidad de Tübingen en las materias de Derecho penal, procesal penal y penal comparado. Fue director de la Facultad en las universidades de Hamburgo, de Mainz y de Mannheim, profesor de tiempo completo, decano y vicepresidente en la universidad de Bielefeld en 1982, para posteriormente incorporarse a la Universidad de Freiburg donde además de sus posiciones académicas fue designado director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, además de decano de la Facultad de Derecho. Fue Vicepresidente de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Fundación Alemana de Investigación) y presidente de la sección de ciencias sociales de la Sociedad de Max Planck. Profesor visitante en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA) y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Colombia. Desde octubre de 2002 se le ha distinguido con el título de Profesor Emérito de Derecho penal, procesal penal y penal comparado de la Facultad de Derecho por la Albert Ludwigs-Universität de Freiburg. A partir de febrero de 2003, es nombrado Director Emérito del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg. Fue nombrado juez auxiliar de la Suprema Corte del Estado, primero en Hamm/Westfalia y después en Stuttgart, y en junio de 2001 la Asamblea General de Naciones Unidas lo eligió como juez *ad litem*, para un término de cuatro años, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en La Haya. En la actualidad es científico experto del Consejo de Europa para el *Groupe d'Etats contre la Corruption* (GRECO) con sede en Estrasburgo y miembro del Consejo fundador de la Schering Stiftung en Berlín. Varias universidades le han conferido doctorados honorarios: la Universidad de Jagiellonon de Varsovia (1991), la Universidad Peruana Los Andes en Huancayo (1997) y la Universidad de Waseda en Tokio (2001). Es miembro de las juntas directivas del *Centro para la Ética y de la Ley en Medicina* en la Universidad de Freiburg, de la *Association Internationale de Droit Pénal/Asociación Internacional de Derecho Penal*, de la *Sociedad Internacional para la Reforma del Derecho Penal*, además de: la *Deutsch-japanischen-japanischen Juristenvereinigung* (Unión Japonesa Alemana de Juristas), la *Internationalen Juristenkommission* (Comisión Internacional de Juristas), la *Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft* (Sociedad Görres para la Promoción de la Ciencia), la *Gesellschaft für Medizinrecht* (Sociedad de la Ley Médica), la *Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (Sociedad del Derecho Comparado) y el *Deutschen Juristentages* (Día del Abogado Alemán, donde estuvo a cargo entre 1989 y 1992). Desde 1993 ha sido miembro honorario de la Academia Húngara de Ciencias en Budapest. Es editor de la serie *Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg* (Contribuciones y material del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Freiburg), así como coeditor de la serie *Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft* (Estudios Legales Comparados de la Ciencia Penal), *Strafrecht und Kriminologie* (Estudios interdisciplinarios de Derecho Penal y Criminología), *Medizin in Recht und Ethik* (Medicina en el Derecho y Ética); así como editor en jefe de la revista internacional de *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Revista de la Ciencia Penal). Asimismo, es miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, del consejo del boletín *Ethik in der Medizin* (Ética en la Medicina), del Consejo Editorial de *European Journal of Health Law*, del Consejo Consultivo de *Maastricht Journal of European and Comparative Law* y de *Law and the Human Genome Review/Derecho y Genoma Humano*, así como del Consejo Científico de *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* (Anuario de la Ciencia y la Ética) y de la Akademie für Ethik in der Medizin (Academia para la Ética en Medicina).

I. UN COMENTARIO PERSONAL PREVIO

“Si robas a otro, te robas a ti mismo”. Me enfrentaba a este pensamiento de Kant¹ justo en el

momento en el que me llegó la invitación a participar en el libro en homenaje de Ernst-Joachim Mestmäcker, con quien coincidí en la facultad de Bielefeld y quien en la actualidad es mi colega en la

sociedad Max Planck, en el Instituto de Derecho privado extranjero e internacional en Hamburgo. Puesto que en este tipo de trabajos me gusta referirme a los trabajos del homenajeado y también intento en

* Publicado originalmente en *Cuadernos de conferencias y artículos* No. 18, cuyos derechos detenta el Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia. El Dr. Eduardo Montealegre Lynett, director del Centro, así como el Dr. Albin Eser han otorgado a la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México el permiso correspondiente para reproducirlo en este número del órgano informativo. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Eser, Albin; traducción del doctor Manuel Cancio Meliá, *Cuadernos de conferencias y artículos* No. 18, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

¹ Respecto de la expresión y del contexto de dos afirmaciones de Kant en este sentido, *cf. infra* en el texto correspondiente a la nota 20.

la medida de lo posible introducir intereses científicos propios, me encontré ante una labor que mostraba dos vertientes contrapuestas: pues si era muy fácil establecer una relación entre Kant y Mestmäcker², parecía muy difícil tender además un puente hacia el Derecho penal -mi propio campo de investigación-. Pero posteriormente pude comprobar que esta posibilidad existe si se traslada correctamente al Derecho penal la exigencia de Mestmäcker -que a su vez puede reconducirse a la concepción de Kant de la sociedad de ciudadanos y su Derecho- de que los "conflictos entre ciudadanos deben ser resueltos de modo preferente en aquel lugar en el que se generan"³. Pues con la cercanía al ciudadano y la limitación de los cometidos del Estado a las que se alude de ese modo se entra en un tema que domina como prácticamente ningún otro la política criminal de la actualidad: la solución de conflictos entre los afectados por medio de una "composición entre autor y víctima". Con ello -junto con otras razones que aquí no serán examinadas-, también la víctima ha experimentado un resurgimiento⁴, cuyos rasgos novedosos, sin embargo, aún no han sido objeto de análisis en todas sus manifestaciones. En lo que sigue, intentaré ofrecer una

contribución a esta problemática respecto de la relación entre bien jurídico y víctima, y ello teniendo en cuenta el enunciado de Kant antes mencionado, enunciado que parece que aún no ha sido objeto de un cuestionamiento pleno. En todo caso, el presente estudio no puede ser más que una primera aproximación al papel de la víctima concreta y de la lesión por ella sufrida como parte del injusto jurídico-penal. En el marco de estas reflexiones ha de ocupar un puesto central un desarrollo cuyos efectos ambivalentes hasta ahora no parecen haber sido objeto de una consideración en profundidad. Este desarrollo consiste en que el establecimiento del "bien jurídico" como punto de referencia político-criminal y como objeto material del concepto de delito -un hecho que debe estimarse, en principio, positivo- ha conducido tanto a una marginación de la víctima individual como a una concepción unilateral de la pena orientada hacia el Estado: posiblemente, un desarrollo desviado que precisa de reflexiones correctoras. Con ello, quizás también se logre aportar una contribución respecto de la relación entre el Derecho al servicio del ciudadano y el Estado, que debe ser justificado en función de ello; una posición kantiana que Mestmäcker ha recordado con razón⁵.

II. EL DELITO COMO RESCISIÓN DE LA COMUNIDAD HUMANA

El surgimiento del concepto de bien jurídico en el siglo XIX y su posterior marcha victoriosa en el siglo XX -junto con sus repercusiones, consistentes en desplazar a la víctima de la concepción del delito y de su sanción- no puede comprenderse si no se tiene en cuenta lo que había antes del paradigma del bien jurídico y aquello en contra de lo que éste se dirigía. Sin que ahora sea posible retroceder demasiado en la evolución dogmática del concepto de delito y de sus contenidos esenciales⁶, las líneas maestras de una consideración retrospectiva vienen delineadas por el hecho de que el "bien jurídico" se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la "lesión del Derecho", como la había defendido, sobre todo, Feuerbach, quien a su vez se basaba en la doctrina de Kant, doctrina que debe considerarse en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas iusnaturalistas y de la Ilustración. Por ello, al principio de las siguientes consideraciones retrospectivas ha de colocarse una breve referencia a estas concepciones del Derecho penal; para ello, tanto en este punto como en los siguientes, tan sólo puede procederse -con criterio declaradamente subjetivo-

² Cfr. últimamente E. J. Mestmäcker, "Aufklärung durch Recht", en: H. F. Fulda/R. P. Horstmann (ed.), *Vernunftbegriffe der Moderne*, Stuttgart, 1994, pp. 55-72, así como el trabajo mencionado en la nota 3.

³ E. J. Mestmäcker, "Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts", en: *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft*, München, 1991, pp. 24-36. El lugar citado muestra el siguiente tenor literal (p. 34): "Los conflictos entre los ciudadanos deben ser resueltos de modo preferente en aquel lugar en el que se generan. Por ello, el Estado de Derecho comienza desde el punto de vista histórico como garantía de libertades en la relación entre los ciudadanos, y, sobre esta base, también frente al Estado. Con ello, no se pretende crear espacios libres de la intervención del Estado. Por el contrario, el punto decisivo estriba en limitar los cometidos del Estado de tal modo que sigan siendo compatibles con la libertad de los ciudadanos".

⁴ Respecto de algunos aspectos, cfr. A. Eser, "Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und Internationale Tendenzen", en: G. Dornseifer et. al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, pp. 723-747; vid. además las contribuciones contenidas en A. Eser /G. Kaiser /K. Madlener (ed.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg 1992, así como la sinopsis de la bibliografía publicada hasta el momento en D. Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin 1987, pp. 1-11. Cfr., además *infra* -especialmente respecto de la así llamada "víctimo-dogmática"- el texto correspondiente a las notas 104, 108 y 5.

⁵ Mestmäcker, en: Fulda/Horstmann (nota 2), p. 60.

⁶ Cfr., la exposición sobre el particular en C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, München, 1994, pp. 144 y ss., con ulteriores referencias.

limitando la exposición a determinados representantes de las distintas teorías.

Si se cuestiona desde la perspectiva de la víctima su papel en el concepto de delito, se observa que ya en la fundamentación iusnaturalista del Derecho penal realizada por John Locke la víctima se ve desplazada a una posición marginal, o incluso eliminada por completo de esa fundamentación. Como expone Locke en su estudio *Of Civil Government* (1689) -teniendo en cuenta el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil⁷-, el *estado de naturaleza* es dominado por la razón en cuanto ley natural⁸, que manda a todos no lesionar la vida, salud, libertad o propiedades de otros, siendo el respeto de esta ley natural en el estado de naturaleza obligación de cada individuo⁹. El derecho a castigar de tal modo que se evite la vulneración de la ley natural, derecho que surge de lo antes dicho para todos, se fundamenta en que la ley natural es un Derecho eterno -de origen divino-, basado en las ideas de razón y de igualdad, que está destinado a preservar a la humanidad de violencia y lesiones: quien infringe esa ley, comete un crimen contra toda la humanidad, contra su paz y su seguridad, garantizadas por la ley natural, y se convierte de ese modo en un peligro para los demás

seres humanos, quienes en consecuencia tienen derecho a castigarle, convirtiéndose así en ejecutores de la ley natural¹⁰. Sobre esta base, el paso a la *sociedad civil* tan sólo tiene como consecuencia que el poder punitivo de origen divino del estado de naturaleza es transmitido a la comunidad¹¹.

Ya en el punto de partida de Locke, centrado en la perspectiva del contrato social, queda insinuada la comprensión del delito como infracción -más allá de la lesión de la víctima concreta- cometida frente a la comunidad. Esta infracción encuentra finalmente una fundamentación independiente del mandato divino en las teorías marcadamente seculares del contrato social, según las cuales los seres humanos, cansados de la defensa aislada de su libertad y de sus pertenencias, renuncian en un contrato al uso individual de la violencia y encargan en vez de ello al Estado la protección de su vida, su libertad y sus pertenencias. Sin poder entrar aquí en detalles de esta concepción, defendida en particular por Rousseau y Beccaria¹², para el presente contexto ha de destacarse ante todo lo siguiente: por un lado, que se entiende que por medio del contrato social el individuo consiente también en su propia punición -posiblemente, incluyendo

la pena de muerte, extremo que, sin embargo, es afirmado por unos (como Rousseau¹³), pero rechazado decididamente por otros (como Beccaria¹⁴)-, y que, por otro lado, por la lesión del contrato social se convierte en traidor a su patria, dejando de ser considerado como miembro de ésta¹⁵. Aunque en las doctrinas acabadas de mencionar la fundamentación del Derecho penal es diversa en cada caso -considerada de origen divino o legitimada por el contrato social-, tienen un rasgo común en lo que se refiere a la concepción respecto del delito: el delito rompe el consenso social básico¹⁶ -sea éste en forma de la ley natural o en forma de contrato social-; de este modo, el delincuente no sólo ataca a la víctima individualmente afectada, sino también a los demás partícipes del ordenamiento jurídico y del contrato. De este modo, la víctima no se ve desplazada ni de modo necesario ni de manera completa fuera de la concepción del delito; pero sí que debe ya compartir su puesto (el cual es de menor rango) con la comunidad (superior).

III. EL DELITO COMO LESIÓN DE ESFERAS DE LIBERTAD Y DE DERECHOS SUBJETIVOS

Mientras que en el ámbito de las teorías del Derecho penal examinadas hasta el momento el

⁷ Cfr., sobre esto Mestmäcker (nota 3), pp. 26 y s.

⁸ Cfr. J. Locke, *Of Civil Government* (1689), Chapter II (Of the State of Nature) § 6; cita conforme a Th. Vormbaum, *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, T. I, Baden-Baden 1993, pp. 81-89.

⁹ Locke (nota 8), § 7.

¹⁰ Locke (nota 8), § 8.

¹¹ Locke (nota 8), §§ 87, 88. Sin embargo, Locke no explica cómo tiene lugar esa transmisión (en este sentido también K. Seelmann, "Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert", en: H. M. Stolleis (ed.), *Die Bedeutung der Wörter. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München*, 1991, pp. 441-459, 445; pero ello, desde su perspectiva, no es necesario, ya que el poder punitivo existía ya antes, por lo que no es necesario fundamentarlo a través del contrato social.

¹² J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762): *Livre premier. Chapitre VI. Du pacte social*, citado conforme a Vormbaum (nota 8), pp. 114 a 118; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764): § n. *Origine delle pene. Diritto di punire*; citado conforme a Vormbaum (nota 8), pp. 119-135.

¹³ Rousseau, *Du contrat social, Livre II. Chapitre V. Du droit de vie et de mort* (nota 12): "...c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie on ne songe qu'à la garantir..."

¹⁴ Cfr. Beccaria (nota 12).

¹⁵ Rousseau (nota 13), chap. V.

¹⁶ Cfr. O. Fischl, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts, Breslau 1913 (reimpresión 1976)*, p. 36.

ataque contra la comunidad ínsito en el delito aún aparece de modo más bien inespecífico y global, con Kant los elementos individuales pasan a un primer plano. Sin renunciar a una reconducción del Derecho a penar al contrato social¹⁷, la función del Derecho adquiere relevancia para la concepción del injusto: partiendo de la base de que es ajustada a Derecho cualquier acción que, en sí misma o conforme a su máxima, permite la coexistencia de la libertad de albedrío de todos con la libertad de todos conforme a una ley general¹⁸, deben evitarse en cuanto contrarias a Derecho aquellas acciones que limitan el espacio de libre actuación que es imprescindible para el libre desarrollo de una persona moral. En el marco de esta concepción, se entiende por delito -teniendo en cuenta la diferencia entre mandatos morales y jurídicos- "aquella

infracción de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano"¹⁹.

A primera vista, podría parecer que esta concepción, centrada en la protección de las esferas individuales de libertad, muestra una marcada orientación hacia la víctima. Ello si no fuera por el hecho de que se resalta como esencial el efecto del delito de afectar al autor en su capacidad para ser "ciudadano", es decir, que se alude a la relevancia estatal del delito, que (también) concurre. Aún con mayor claridad va en dirección de una concepción supraindividual del delito la manifestación de Kant citada al principio: "Si robas a otro, te robas a ti mismo". Si bien esta idea aparece en dos versiones distintas, en ambas ocasiones se refiere tan sólo a la cuestión de las características y del grado de la

pena. Concretamente, por un lado se alude al principio de igualdad (en forma del *ius talionis* retributivo)²⁰, y por otro a las pérdidas que la retribución implica para el penado²¹, por lo que ambos puntos citados sólo son sometidos a análisis -cuando lo son- en el marco de la teoría de la pena de Kant²². Pero si se intenta establecer sobre la base de esta concepción de la pena conclusiones para la concepción del delito previa, al menos el segundo de los puntos en los escritos de Kant antes citados permite la interpretación de que mediante el robo no sólo se lesiona la propiedad de la víctima concreta, sino que se produce inseguridad "respecto de la propiedad de todos", de modo que con la "seguridad de toda propiedad posible" queda cuestionada la institución de la propiedad como tal²³. Aunque esta

¹⁷ Este, sin embargo, no es tratado por Kant como evento histórico, sino como puro modelo de reflexión: *cf.* I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Akademie-Textausgabe, T. VI, Berlin, 1914/1968, p. 315: "El acto mediante el cual el pueblo se constituye a sí mismo en Estado, en realidad, sin embargo, tan sólo la idea del mismo que es la única conforme a la cual puede concebirse la legitimidad del mismo, es el contrato original..."

¹⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten* (nota 17), pp. 230 y s., especialmente p. 232.

¹⁹ Kant (nota 17), p. 331.

²⁰ El punto de la metafísica de las costumbres de Kant que se refiere al "Derecho penal y de gracia" (Akademie-Textausgabe VI, p. 332) contesta a la pregunta "¿Cuál es el carácter y el grado de la punición que toma como principio y criterio decisivo a la justicia pública?" del siguiente modo: "El principio de justicia (el estado fiel de la balanza de la justicia) de no inclinarse en mayor medida a un lado que al otro. Por lo tanto: aquel mal injustificado que cometes contra otro en el pueblo, lo cometes contra ti mismo. Si le insultas, te insultas a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le golpeas, te golpeas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo el derecho de la retribución (*ius talionis*)... puede indicar de modo determinado la calidad y la cantidad de la pena..."

²¹ Kant (nota 17), p. 333: "¿Pero qué significa: 'si le robas, te robas a ti mismo'? Quien roba produce inseguridad respecto de la propiedad de todos los demás; se priva a sí mismo, por tanto (conforme al derecho de la retribución) de la seguridad de cualquier propiedad posible; no tiene nada y nada puede adquirir, pero quiere vivir; siendo esto sólo posible de modo que otros le alimenten".

²² *Cf.*, respecto de la teoría del Derecho penal de Kant sobre todo A. Dyroff, "Zu Kants Strafrechtstheorie", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftstheorie* 17 (1923), pp. 351 y ss.; H. Mayer, "Kant, Hegel und das Strafrecht", en: P. Bockelmann et. al., *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/Main 1969, pp. 54 a 80, especialmente pp. 56 y ss.; O. Höffe, *Immanuel Kant*, 2ª edición, München, 1988, pp. 234 y ss.; respecto de la teoría del Derecho de Kant *cf.* G. Dulckeit, *Naturrecht und positives Recht bei I. Kant*, Aalen 1987; B. Ludwing, *Kants Rechtslehre*, Marburg 1985; P. Unruh, *Die Herrschaft der Vernunft- Zur Staatsphilosophie I. Kants*, Baden-Baden 1993.

²³ El hecho de que aparentemente hasta el momento ni siquiera se haya intentado un análisis de este punto en los escritos de Kant respecto de su concepción del delito -a menos que haya pasado por alto un trabajo en ese sentido, lo que en tal caso ruego que me sea perdonado y que puede resultar comprensible respecto de un jurista en atención a la ingentes dimensiones de la bibliografía sobre Kant- quizás esté motivado porque la teoría del Derecho de Kant estaba orientada de modo primario a garantizar la posibilidad de una conducta moral. Esto, sin embargo, no tiene por qué excluir una cierta tendencia hacia una "desindividualización" del Derecho penal. Si se parte de que el imperativo categórico cumple dentro de la *filosofía moral* de Kant la función de criterio ético conforme al cual se determina la conformidad (necesaria para una actuación moralmente buena) de la acción planeada con los mandatos morales de la razón, entonces también existe la posibilidad de imaginar la actividad planeada -siguiendo el mismo esquema de comprobación- como acción susceptible de ser realizada por todos, de modo que a continuación puede ser analizada en atención a que pueda ser concebida sin contradicciones. Si existiera tal contradicción, el imperativo categórico en cuando mandato negativo de acción prohíbe la realización de la acción. Lo

interpretación supraindividual del contenido de injusto de un delito no necesariamente tenga que implicar como consecuencia el desplazamiento completo del daño individual de la víctima concreta, esta vía al menos -de modo similar a como sucedía con la concepción del delito como rescisión del contrato social- queda abierta.

Por otra parte, sin embargo, hay que decir -para evitar ya en este punto posibles malentendidos- que la concepción del delito de Kant, incluso interpretada como antes se ha expuesto, de ningún modo se enfrenta a la objeción de haber abierto -de modo similar al paradigma del bien jurídico que aparecería más tarde- la puerta jurídico-penal para la protección de cualesquiera intereses de bienestar general. Pues incluso después de ser elevada a un plano

institucional, el núcleo de la concepción kantiana del Derecho y del injusto sigue siendo la protección de la esfera de acción imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad individual moral.

En lo que se refiere a este punto de partida individual, también Feuerbach sigue plenamente vinculado a la posición de Kant²⁴ en lo que se refiere a este punto de partida individual. Tan sólo la formulación concreta recibe una versión más jurídica, al entenderse el hecho de excederse de los límites de la libertad jurídica como "lesión del Derecho" (injuria o lesión), mientras que (sólo) aquella lesión del Derecho sometida a una Ley penal y que quiebra el contrato sinalagmático entre el ciudadano y el Estado se considera un "delito"²⁵. Aunque de este modo

el delito pasa a ser posible exclusivamente *en el Estado*²⁶, ello implica que el paradigma decisivo para la ulterior discusión en el marco del injusto está configurado por una *lesión de un derecho subjetivo*. Desde la perspectiva de la víctima, naturalmente, un concepto de delito orientado en función de la lesión de un derecho subjetivo sería el mejor de los fundamentos para no ser olvidada en el Derecho penal, incluso aunque en la punición del asesinato, de las lesiones corporales, de las injurias y del hurto o robo se trate también de obtener la protección de la vida, de la integridad corporal, del honor o de la propiedad como tales. Pero ya Feuerbach fue incapaz de mantener de modo pleno su punto de partida basado en una lesión de un derecho subjetivo, al incluir más adelante

interesante en ello es -siguiendo el esbozo de Kohler (*cf. supra* nota*)- que la contradicción consiste en la mayoría de los casos en la desvaloración de un "bien" *que ya no es concreto, sino abstracto-general*, puesto que el punto de partida del enjuiciamiento es la acción realizada por todos. Demostrando lo anterior con base en el ejemplo del robo, en primer lugar se plantea la cuestión acerca de si desde la perspectiva moral puedo incrementar mi patrimonio robando a otro. En esta cuestión, sin embargo, ha de incluirse el siguiente planteamiento: ¿Qué sucedería si todos robaran a su prójimo? ¿Cabría imaginar esa situación sin contradicciones? Esta cuestión habría de ser contestada de modo negativo si el sentido de la propiedad es el de poseer, en una medida individualmente distinta, determinados objetos protegidos contra la intervención de otros y poder hacer uso de ellos al libre albedrío del propietario. Pues si todos los demás también pudieran robar y ampliar de ese modo su patrimonio, la propiedad (como tal), en el sentido de una protección asegurada de la tenencia, ya no existiría. De tal modo, en el concepto de la propiedad se generaría una contradicción irresoluble, con la consecuencia de que el robo planeado estaría (moralmente) prohibido. Por consiguiente, al menos para el ámbito de la filosofía moral, el robo conduce a una desvaloración de la propiedad en sí, y, con ello, de la institución "propiedad". Sin embargo, si este razonamiento es correcto, parece legítimo partir de que en Kant existen al menos en la metodología unos primeros puntos de partida de un proceso de abstracción de lo individual hacia lo general-objetivo. Esto puede llevarse incluso hacia la *teoría del Derecho*: aunque en este ámbito se anticiparía probablemente demasiado la evolución si se quisiera ver en Kant -que aún estaba en el marco de la teoría de la "lesión del Derecho" de la Ilustración- ya implícita la posterior "teoría del bien jurídico" de Binding, de todos modos cabe constatar unas primeras líneas de evolución hacia la abstracción del "bien jurídico". En efecto, si para Kant el Derecho tiene como cometido primario la protección y garantía del espacio de acción necesario para el libre desarrollo de la personalidad moral, también protege de modo indirecto la libertad moral del ser humano expresada en el imperativo categórico. Por lo tanto, si un autor infringe una norma jurídica, ello no sólo tiene como consecuencia la pérdida de intereses (individuales) concretos merecedores de protección (por ejemplo, en el caso del robo en una reducción patrimonial). Por el contrario, sobre la base de la antes mencionada *causa finalis* del Derecho se advierte que cualquier infracción del Derecho significa al mismo tiempo tanto una vulneración de la libertad (de acción) como de modo mediato una negación de la libertad moral en sí. Por ello, parece legítimo afirmar que en la teoría del Derecho de Kant las sanciones frente a las infracciones del Derecho quedan conectadas con la lesión de un "bien jurídico" -siendo éste, sin embargo, omnicompreensivo- en el sentido de un interés abstracto, protegido por el Derecho: la libertad. Por lo tanto, también en la teoría del Derecho de Kant cabe observar primeros puntos de partida de una *abstracción desde lo individual hacia lo general-objetivo*, sin que por ello debiera perderse de vista su ubicación histórica.

²⁴ Desde una perspectiva general sobre la influencia de Kant sobre Feuerbach, *cf.* K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1972, pp. 33 y s., y Fischl (nota 16), pp. 146 y s.

²⁵ Así la versión inicial -que, sin embargo, fue objeto de varias modificaciones en posteriores ediciones- en la primera edición de P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen 1801, § 26 (pp. 21 y s.), mientras que en la 3ª edición (1805) comete un delito "quien lesiona la libertad garantizada por el contrato ciudadano y asegurada por leyes penales" (p. 22), y finalmente en la 13ª edición (1840) se habla de la lesión de "la libertad garantizada por el contrato del Estado, asegurada en leyes penales" (p. 45).

²⁶ Feuerbach, *ibidem*.

entre los delitos en sentido amplio también meras infracciones administrativas, las cuales -desde su perspectiva- tan sólo lesionaban el derecho a la obediencia del Estado, es decir, atribuyendo de este modo incluso acciones que sólo eran inmorales o formalmente antijurídicas al grupo de las lesiones del Derecho²⁷. De este modo, su posición inicial, orientada en principio hacia la protección de la libertad individual, ofrecía un flanco desprotegido por el que pronto penetró el nuevo paradigma de una concepción más general de la protección y del injusto, que es el que domina hasta el día de hoy.

IV. DE LA LESIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO HACIA LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Con la aparición del concepto de bien jurídico se alcanza un estadio de evolución que ya por la multiplicidad de matizaciones aquí sólo podrá ser examinada en atención al papel de la víctima en el concepto de delito; ello con independencia de que además la historia de este nuevo paradigma ha sido expuesta -también en trabajos propios²⁸- ya tantas veces²⁹ que en el presente marco difícilmente puede esperarse que se añada algo esencialmente nuevo, o que incluso se produzca la

clarificación definitiva de la problemática, que a pesar de múltiples esfuerzos sigue aún sin alcanzarse³⁰. Por tanto, sin querer describir en detalle la "marcha triunfal", aún en curso, del paradigma del bien jurídico, han de enunciarse respecto de su fase de surgimiento al menos tres nombres -concretamente, los de Birnbaum, Binding y von Liszt-, para exponer a modo de ejemplo la relación con la víctima, que es lo que aquí interesa de modo principal.

Aunque la repercusión real de Birnbaum, al no ser prácticamente percibido por sus coetáneos, probablemente fue menor de la que en muchas ocasiones se supone³¹, y el término "bien jurídico" es debido a una aportación posterior de Binding³², lo cierto es que fue Birnbaum quien contrapuso a la doctrina desarrollada por Feuerbach de la lesión de un "derecho subjetivo" -doctrina que predominaba hasta ese momento- la de la lesión de un *bien*³³. Si prescindimos de la objeción, más bien semántica, de que en todo caso es frente a un bien, y no frente a un derecho, que se puede hablar de una "lesión", la cuestión esencial estribaba ante todo en la viabilidad de una ampliación -perseguida por Birnbaum- del ámbito de protección jurídico-

penal más allá de las personas y de las cosas. Pues esta ampliación no podía alcanzarse partiendo de una limitación a los derechos subjetivos, mientras que resultaba factible con la introducción de "bienes comunes" como podían serlo las ideas morales y religiosas del pueblo³⁴. Con la posibilidad de incluir en el ámbito de lo punible acciones de carácter predominantemente inmoral o que tan sólo vulneraban normas de ordenación estatales³⁵, sin embargo, se había abierto una brecha en la separación kantiana entre Derecho y moral, aunque ésta ya se intuyera en Feuerbach, puesto que no había logrado mantener de modo coherente su propio punto de partida, que tomaba como punto de referencia la lesión de un derecho subjetivo³⁶.

En lo que se refiere a las posibles consecuencias respecto de la víctima concreta, ni siquiera la introducción por parte de Birnbaum del concepto de bien junto con su ampliación a los "bienes comunes" tendría por qué haber conducido a una "desindividualización" del concepto de delito. Esto, sin embargo, ya en aquel momento hubiera presupuesto -cosa que aún en el día de hoy no se acepta- que se abandonaran los esfuerzos -que obligan a cada vez mayores

²⁷ Cfr. Feuerbach, *Lehrbuch*, 11ª edición (1832), § 22; Amelung (nota 24), pp. 34 y s.

²⁸ Cfr. A. Eser, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, tesis, Würzburg 1961, especialmente pp. 83 y ss.; *idem*, "The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime. A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests", en: *Duquesne University Law Review* 4 (1966), pp. 345-417, especialmente pp. 357 y ss.

²⁹ Cfr., especialmente P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel 1962; Amelung (nota 24); M. Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, München, 1972; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt/Main, 1973.

³⁰ Así la constatación de H. J. Rudolph, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en: *Festschrift für Richard. M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, pp. 151-167 (151); en el mismo sentido últimamente también C. Roxin (nota 6), pp. 13 y ss.

³¹ En este sentido, Amelung (nota 24), p. 45, incluso plantea la posibilidad de que el estudio de Birnbaum hubiera desaparecido por completo de la ciencia del Derecho penal si Binding no se hubiera referido a él.

³² Cfr. *infra* en el texto correspondiente a la nota 40.

³³ Birnbaum, "Über das Erfordernisseiner Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", *Archiv des Criminalrechts*, 14 (1834), pp. 149-194, especialmente pp. 166 y ss., 175 y s.

³⁴ Birnbaum (nota 33), especialmente p. 178.

³⁵ Cfr. Birnbaum (nota 33), p. 169, en donde critica la clasificación incorrecta de Feuerbach.

³⁶ Cfr. Amelung (nota 24), pp. 35 y ss.

abstracciones- de explicar el contenido material del delito con ayuda de un concepto monista de injusto, en vez de partir de una diversidad dual entre lesiones de bienes jurídicos personales y colectivos³⁷. De hecho, parece que Birnbaum utilizó, por un lado, ese modelo de reflexión en categorías duales, y, por otro, también mantuvo el núcleo individual del concepto de delito que afecta a bienes personales. Pues no sólo la contraposición alternativa entre "personas y cosas" y "bienes" implica una cierta dualidad del objeto del delito³⁸, sino que también niega la apariencia de estar instrumentalizando la protección de la vida humana individual como medio para un fin de mayor rango consistente en el mantenimiento del Estado³⁹.

Frente a esto, en el pensamiento de Binding, el verdadero creador del concepto de "bien jurídico" ⁴⁰, las tendencias de desindividualización se advierten ya con mayor claridad. Sin detenernos tampoco aquí en las discusiones de carácter más bien semántico

acerca de la diferenciación entre bienes jurídicos en cuanto objetos de derechos individuales y estos derechos mismos y sus diversas características en cuanto a su vulnerabilidad⁴¹, y sin querer tomar postura en cuanto al carácter más o menos liberal de la posición de Binding⁴², también en este punto tan sólo se resaltaré aquello que deriva del concepto de bien jurídico de Binding para el papel de la víctima en la concepción del delito. Si se entiende, de acuerdo con Binding, el delito como la infracción culpable de una norma, estando esta infracción amenazada con pena⁴³, este concepto formal, que resulta aplicable a cualquier clase de delito, sólo puede obtener una diferenciación a través de un elemento material⁴⁴. Este elemento diferenciador según Binding ha de encontrarse en la finalidad de las normas, cuyo cometido es el de garantizar los presupuestos de una vida jurídica pacífica y sana a través de la protección de determinadas personas, cosas y situaciones. En este sentido, es un "bien jurídico" para Binding "todo aquello que para el legislador es

valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando éste protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas"⁴⁵. Si la desindividualización de los derechos subjetivos no quedara clara ya por el hecho de que un bien se convierte en cada caso en un bien de la comunidad por medio del juicio de valor de la comunidad jurídica⁴⁶, en todo caso la tajante crítica de Binding frente a cualquier individualismo en la teoría de los bienes muestra esta desindividualización de modo palmario⁴⁷. Tampoco cabría arribar a la conclusión contraria sobre la base del hecho de que los juicios de valor que subyacen a la fundamentación de los bienes jurídicos pueden ser de distinto peso, de modo que a la comunidad le parece más valor la vida que el derecho de propiedad. Pues mientras la desobediencia, en forma de la infracción de la norma amenazada de pena, es la que

³⁷ Cfr. respecto de esta cuestión *infra* en el punto relativo a las perspectivas político-criminales.

³⁸ Así, por ejemplo, al constatar -si bien de modo poco claro, como ha resaltado también Sina (nota 29, p. 21)- que "el concepto más natural de lesión parece ser aquel en el que lo referimos a una persona o a una cosa, especialmente a una cosa que pensamos como nuestra, o a algo que para nosotros es un bien, que puede sernos sustraído o disminuido por la acción de otro" (Birnbaum, nota 33, p. 150).

³⁹ Por ejemplo, cuando Birnbaum -en una formulación que probablemente tampoco hubiera podido ser más liberal de haberla realizado el propio Feuerbach, como afirma Sina (nota 29, p. 27)- constata (nota 33, p. 180): "Especialmente, la afirmación de que el *riesgo común* es el elemento esencial de cualquier delito podría conducir fácilmente a la idea de que, por ejemplo, el deber del poder público de castigar el asesinato estaría menos en su obligación de proteger la vida de los seres humanos individuales como tales que en la obligación de mantener al Estado como un todo. Podría generarse la apariencia, entonces, de que se querría decir que los seres humanos sólo existen para que exista el Estado, en vez de partir de que el Estado es necesario en interés de los seres humanos". En este sentido, también para Amelung (nota 24, p. 81), Birnbaum estaba aún próximo al pensamiento individualista de la Ilustración.

⁴⁰ Así por primera vez en su gran obra K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, T. I, 1ª edición, Leipzig, 1872, pp. 187 y ss., en la que recuerda además de la aportación de Birnbaum trabajos posteriores de Merkel y Hälschner (p. 189, nota 312). Con ocasión del ulterior desarrollo de su doctrina del bien jurídico en la segunda edición de sus *Normen* (Leipzig 1890, pp. 312 y ss.), Binding pudo ya indicar con satisfacción que el concepto de bien jurídico había penetrado con mayor profundidad en la teoría y praxis alemanas y que se había producido su recepción prácticamente completa (p. 329, nota 18). Cfr. también A. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie*, Göttingen, 1954, haciendo referencia al mérito de Binding de haber obtenido la carta de ciudadanía para el concepto de bien jurídico en la teoría del Derecho penal (p. 69).

⁴¹ Cfr. Binding, *Normen I*, 2ª edición (nota 40), pp. 327 y ss.

⁴² Sobre esto Amelung (nota 24), pp. 77 y ss.

⁴³ K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, T. I, Leipzig, 1885, p. 499.

⁴⁴ Cfr. sobre esto y también sobre lo que sigue con más detalle Amelung (nota 24), pp. 73 y s.

⁴⁵ Binding, *Normen I*, 2ª edición (nota 40), pp. 339 y ss. (353-355).

⁴⁶ Binding, *Normen I*, 2ª edición (nota 40), pp. 357 y s.

⁴⁷ Cfr. Amelung (nota 24), p. 75, refiriéndose a Binding, *Normen I*, 2ª edición (nota 40), pp. 353 y ss., 357 y s.

"constituye el elemento constante de todo injusto"⁴⁸, y la lesión de un bien jurídico cuya evitación se persigue tan sólo es considerada como motivo del legislador para establecer la prohibición de actuar⁴⁹, el rendimiento dogmático que cabe obtener de la doctrina del bien jurídico, como ya constató Amelung⁵⁰, de hecho se agota en la posibilidad de establecer distintos niveles entre los delitos. En efecto, de este modo, los delitos -equivalentes todos ellos desde la perspectiva de la desobediencia frente al mandato de la norma- pueden *graduarse* en atención al valor del bien jurídico en cada caso, y, por otro lado, cabe establecer una distinción entre delitos que *lesionan* el bien jurídico y aquellos otros que tan sólo *ponen en peligro* el objeto de protección. Por otra parte, el hecho de que los bienes sólo se convierten en bienes jurídicos en virtud de su "valor social" y en esa medida siempre son objetos de protección pertenecientes a la colectividad (en vez de concebirllos en primer lugar como bienes del ser humano) es otra circunstancia que permite concluir que estamos en presencia de un punto de partida no individualista⁵¹.

Tal desatención al aspecto de la víctima, aparentemente está ausente del punto de vista del gran oponente político-criminal de

Binding, Franz von Liszt. En efecto, no sólo convirtió al bien jurídico en el concepto central de su teoría del delito⁵², sino que lo dotó -partiendo de la "orientación sociológico-funcional del Derecho" de Ihering-, en cuanto "interés jurídicamente protegido", incluso de una base previa al juicio de valor jurídico, correspondiendo para ello un papel esencial a las necesidades de los seres humanos⁵³. V. Liszt por ejemplo, postula que "todo Derecho existe por los seres humanos, todo Derecho protege intereses vitales humanos. La existencia humana, por lo tanto, es el bien jurídico; de las distintas configuraciones de esta existencia se obtiene la clasificación de los bienes jurídicos"⁵⁴, siendo estos intereses generados no por el ordenamiento jurídico, sino por la vida⁵⁵. De este modo, los bienes jurídicos no son bienes del Derecho, sino del ser humano⁵⁶. Parecería, entonces, que la lesión de la víctima concreta de un delito también ha de manifestarse en el concepto de injusto. Pero el propio V. Liszt se construyó -por descuido o conscientemente- una barrera que le impedía dar ese paso, introduciendo una diferenciación adicional. Se trata de una distinción que, desde luego, tiene su justificación, y por ello ha tenido entrada de modo permanente en la dogmática jurídico-penal; sin embargo, en la poco afortunada

presentación hecha por V. Liszt, ha contribuido a una ulterior desmaterialización del concepto de bien jurídico: la diferenciación entre éste y el *objeto de ataque*. A pesar de lo acertado y de la importancia de tal distinción⁵⁷, ya los reiterados cambios de V. Liszt en lo que se refiere a la terminología⁵⁸ no sólo dificultaron la comprensión de la misma, sino que la separación entre un concepto de acción extremadamente físico -junto con un correspondiente objeto de ataque físico-, por un lado, y un interés de protección desplazado al ámbito de lo espiritual, por otro, necesariamente había de favorecer la impresión de que el bien jurídico, y de modo correspondiente el injusto de los delitos de homicidio, no se refieren (también) a la vida del ser humano concretamente afectado, sino (sólo) a la protección de la vida en general⁵⁹. En este sentido, también en V. Liszt -recogiendo aquí una afortunada propuesta de denominación de Haeusermann⁶⁰- cabe observar una evolución del delito "desde la lesión individual hacia la lesión institucional".

V. SOBRE LOS PROCESOS DE ELEVACIÓN DEL OBJETIVO DEL DELITO HACIA LO GENERAL

No puede resultar sorprendente que esta tendencia de

⁴⁸ Binding, *Normen I*, 1ª edición (nota 40), p. 205; en el mismo sentido en la 2ª edición, pp. 410 y s.

⁴⁹ Binding, *Normen I*, 2ª edición (nota 40), p. 365, nota 1; *cf.* también Sina (nota 29), p. 43.

⁵⁰ Amelung (nota 24), p. 76.

⁵¹ Amelung (nota 24), p. 81.

⁵² Fundamental F. v. Liszt, "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche", *ZStW* 6 (1886), pp. 663-698, especialmente p. 673; *idem*, "Der Begriff der Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft", *ZStW* 8 (1888), pp. 133-156, especialmente pp. 136 y ss.; *idem*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3ª edición, Berlin, 1888, pp. 19 y ss.

⁵³ *Cfr.* Amelung (nota 24), pp. 82 y ss., 94; Sina (nota 29), pp. 47 y ss.

⁵⁴ *ZStW* 8 (1888), pp. 141 y s.

⁵⁵ *Lehrbuch*, 3ª edición, p. 20.

⁵⁶ *Lehrbuch*, 6ª edición (Berlin, 1894), p. 49.

⁵⁷ *Cfr.* con más detalle acerca de la historia del desarrollo de la misma Sina (nota 29), pp. 54 y ss.; Amelung (nota 24), pp. 85 y ss., 102 y ss.; Hassemer, *Theorie* (nota 29), pp. 17 y s.; respecto de mi propia posición -que, sin embargo, posiblemente necesite de revisión en función de una nueva reflexión sobre la cuestión- *cf.* Eser, *Harm* (nota 28), pp. 381 y ss.

⁵⁸ *Cfr.* respecto de los detalles Amelung (nota 24), p. 91.

⁵⁹ *Cfr.* en el mismo sentido también la crítica de Amelung (nota 24), pp. 91 y ss.

⁶⁰ *Cfr. supra* nota*.

espiritualización no pudiera ser detenida por aquellas doctrinas jurídicas que a su vez estaban caracterizadas en su propia raíz por un cierto ímpetu hacia lo general y abstracto.

En lo que se refiere a la época de gestación del pensamiento del bien jurídico en el siglo XIX, este es el caso, especialmente, de la teoría del Derecho y del delito que partía de Hegel. Si se concibe el delito como rebelión consciente contra la voluntad general⁶¹, ello necesariamente debía redundar en un rechazo, como resulta comprensible -y como de hecho sucedió al ignorarse durante un tiempo prolongado la doctrina del bien jurídico de Birnbaum-, de un pensamiento organizado en específicas categorías de bienes jurídicos. Dentro de la escuela hegeliana, que en aquel momento predominaba en la teoría del delito, fue sobre todo Köstlin quien consideraba que el carácter peculiar del delito -en contraposición de cualquier otra clase de injusto- consiste en "que no se dirige contra una determinada forma de aparición del Derecho, sino contra su *esencia*"⁶². E incluso partiendo de que tratándose de Hegel y de sus discípulos siempre ha de tenerse en cuenta que en lo general en todo caso debe tomarse en

consideración también la correlativa forma de aparición en lo particular, en opinión de Köstlin sigue siendo, aun en el marco de esa particularización y especificación, "precisamente sólo la sustancia misma del Derecho la que constituye el objeto de ataque esencial del delito"⁶³. Partiendo de esto, ya no quedaba lejos el punto -aunque superando ya con ello a Hegel- en el que con Bekker ya "no se ve en el delito aquello que a primera vista parece ser una lesión del sujeto directamente afectado, sino [...] una perturbación del *ordenamiento jurídico invisible*, [...] una vulneración del orden estatal"⁶⁴.

Incluso en aquellos casos en los que se recogieron dentro de la escuela hegeliana las sugerencias de Birnbaum en torno a una doctrina del bien jurídico, como especialmente por parte de Hälschner, en la especial forma y configuración del Derecho en cuanto objeto próximo del delito se ve "tan sólo el medio en el que toman apariencia aquellos impulsos de voluntad que contravienen el Derecho en sí"⁶⁵.

También en el presente siglo -conectando ahora con la ulterior evolución después de V. Liszt⁶⁶-, aun con menor razón cabía esperar una materialización de tendencia

individual del paradigma de bien jurídico -que ahora ya había logrado imponerse- de aquellas teorías del delito que (de modo similar a la teoría del delito hegeliana en cuanto a sus conclusiones, aunque no en lo que se refiere a su motivación y fundamentación) tomaban como punto de referencia la protección de la comunidad popular: por ejemplo, la teoría nacional socialista del delito. Aunque ésta presentaba una discusión interna en cuanto al dogma de la lesión de un bien jurídico, ya que existía la sospecha de que el pensamiento del bien jurídico contenía bastiones liberales que debían ser sometidos a asalto⁶⁷, ni de la escuela "teleológica" de Marburgo -representada, siguiendo sobre todo a Honig⁶⁸, especialmente por Schwinge y Zimmerl⁶⁹- ni de la "Escuela de Kiel", de orientación marcadamente nacionalsocialista y representada sobre todo por Dahm y Schaffstein⁷⁰, cabía esperar un fortalecimiento del elemento individual-concreto en el concepto de delito. La primera de las escuelas mencionadas no podía ir en esa dirección porque el bien jurídico en el fondo ya sólo se entendía como "el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su formulación más breve", es decir, se concebía no como algo real y concreto, sino

⁶¹ Cfr. G. F. W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), 4ª edición (edición Hoffmeister), Marburg 1955, §§ 85 y ss., especialmente § 95.

⁶² R. Köstlin, *System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Theil*, Tübingen 1855, § 6. Con más detalle respecto de la cuestión Sina (nota 29), pp. 28 y ss.

⁶³ Köstlin (nota 62), § 36.

⁶⁴ E. J. Bekker, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, T. I, Leipzig 1859, p. 45; cita conforme a Sina (nota 29), pp. 32 y s.

⁶⁵ H. Hälschner, *System des preußischen Strafrechts, Theil I*, Bonn, 1858, p. 3; cita conforme a Sina (nota 29), p. 32; cfr. también Amelung (nota 24), p. 52.

⁶⁶ Cfr. respecto de ulteriores detalles de esta fase Amelung (nota 24), pp. 96-123; Sina (nota 29), pp. 54-69.

⁶⁷ Cfr. *infra* texto correspondiente a la nota 87.

⁶⁸ R. M. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1919.

⁶⁹ E. Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930; *idem*, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930; E. Schwinge/L. Zimmerl, *Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937.

⁷⁰ Cfr. especialmente G. Dahm, "Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft", *ZStW* 57 (1938), pp. 225 y ss.; *idem*, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940; F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, *idem*, "Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?", *Deutsches Strafrecht* 2 (1935), pp. 97 y ss.; *idem*, "Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma", *Deutsches Strafrecht* 3 (1937), pp. 335 y ss.

como un elemento meramente categorial⁷¹, de modo que quedó reducido a un mero "principio rector de la configuración conceptual"⁷². Por otro lado, tampoco cabía esperar tal fortalecimiento de la concepción de Kiel, que se entendía a sí misma como "sustancial", ya que con la referencia a la sustancia tan sólo se quería aludir en el fondo a poco más que a los valores y bienes vitales protegidos en cada caso, y, especialmente, a "valores populares" como pueblo, raza y germanidad⁷³.

VI. ULTERIOR ESPIRITUALIZACIÓN: HACIA LA "PRETENSIÓN DE RESPETO"

Aunque el paradigma del bien jurídico había superado también los ataques nacional-socialistas⁷⁴, estando tan incorporado, al menos en cuanto a las cuestiones de principio, que apenas podía ser imaginado el Derecho penal alemán sin él⁷⁵, su contenido expresivo siguió siendo poco claro y discutido⁷⁶. En este punto, Schmidhäuser creyó poder ofrecer una ulterior aclaración introduciendo el concepto de la "pretensión de respeto" en la dogmática del bien jurídico y diferenciando entre "bien jurídico", "objeto de bien jurídico" y "objeto del hecho"⁷⁷: puesto que, en su

opinión, de los bienes jurídicos emana una pretensión *erga omnes* de que sean respetados, en el sentido de no menoscabar tales elementos valiosos, la lesión del bien jurídico consiste en la vulneración de esa pretensión de respeto que emana del bien jurídico. Por consiguiente, la lesión de un bien jurídico se refiere a un fenómeno intelectual, por lo que no cabría hablar de una lesión del bien jurídico cuando de lo que se trata es del objeto tangible que ha sido causalmente lesionado (la vida concreta, la salud de un ser humano, etc.). Por el contrario, desde su punto de vista esa lesión es la del objeto del bien jurídico o del hecho⁷⁸. Desde el punto de vista material, se refiere a lo mismo Jescheck cuando hace uso del concepto de "pretensión de vigencia"⁷⁹.

Aunque la objeción de que su clarificación es de carácter meramente terminológico⁸⁰ -objeción esperada por el propio Schmidhäuser⁸¹- sea acertada, lo cierto es que con esta perspectiva el bien jurídico sufre un ulterior proceso de espiritualización, y la víctima concreta es desplazada aun en mayor medida fuera del campo de atención. Pues mientras que haciendo uso de un concepto de bien jurídico que sigue siendo

"material, pleno de contenido y vinculado a la realidad social", la norma de conducta (y correspondientemente también el injusto) mantiene aún un núcleo material⁸², al tomarse como punto de referencia la "pretensión de respeto" es ésta la que se convierte en el objeto principal -ya sólo relacional-formal- de la lesión, estando el bien jurídico afectado ya sólo de modo secundario e intercambiable. Y si el bien jurídico, a su vez, ya es una abstracción institucional -como la vida en sí o la propiedad como institución-, de la lesión del ser humano concretamente afectado en cuanto elemento del injusto no queda ya nada. Partiendo de tal "volatilización" del bien jurídico ya no puede resultar sorprendente que el individuo en cuanto víctima sólo sea aprehendido, incluso con ocasión de la configuración de los bienes jurídicos, en todo caso de modo conjunto entre los "bienes de la vida comunitaria" que demandan respeto⁸³.

VII. SOBRE EL REQUISITO DEL BIEN JURÍDICO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL

A la discusión relativa a la dogmática de la teoría del delito en el ámbito del bien jurídico

⁷¹ Honig, *Einwilligung* (nota 68), p. 94.

⁷² Asi Schwinge, *Begriffsbildung* (nota 69), p. 27.

⁷³ Cfr. en detalle Sina (nota 29), pp. 79 y ss.; Amelung (nota 24), pp. 216 y ss., especialmente p. 226 y ss., 251 y ss.

⁷⁴ Cfr. *infra* texto correspondiente a la nota 87.

⁷⁵ Cfr. por ejemplo, H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª edición, Berlin, 1988, pp. 6 y ss.; Roxin, *Strafrecht* (nota 6), pp. 11 y ss.; R. Maurach/H. Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 8ª edición, Heidelberg, 1992, pp. 266 y ss.

⁷⁶ Cfr. Rudolphi (nota 30), p. 151; cfr. también Th. Lenckner, en: A. Schönke/H. Schröder, *StGB*, 25ª edición, München, 1996, números marginales 8 y ss. previos al § 13, con ulteriores referencias.

⁷⁷ E. Schmidhäuser, "Der Unrechtstatbestand", en: *Festschrift für Karl Engisch* (nota 22), pp. 433-455, especialmente pp. 445 y s., aunque la separación entre objeto del bien jurídico y del hecho al principio tan sólo se insinuó, siendo desarrollada más tarde en su Parte General (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen 1970, pp. 24 y ss.).

⁷⁸ Schmidhäuser (nota 77), pp. 444 y s.

⁷⁹ Jescheck, *Strafrecht* (nota 75), p. 7.

⁸⁰ Cfr., por ejemplo, Lenckner, en: Schönke/Schröder, *StGB*, 24ª edición, München, 1991, número marginal 9 previo al § 13 (con menor claridad en la 25ª edición, *supra* nota 76).

⁸¹ *Unrechtstatbestand* (nota 77), p. 445.

⁸² Asi Lenckner, en: Schönke/Schröder, *StGB* (nota 80), números marginales 9 y 10 previos al § 13.

⁸³ Cfr. Schmidhäuser, *Strafrecht* (nota 77), p. 169. Por otro lado, en "Unrechtstatbestand" (nota 77, pp. 443 y s.) al menos aún se habla de los bienes vitales del individuo y de la existencia próspera del individuo o de la comunidad (de modo similar en *Strafrecht* nota 77, p. 25). Cfr. por 10 demás *infra* el texto correspondiente a la nota 103.

siempre ha estado vinculada una confrontación político-criminal⁸⁴: en parte, con menor claridad, como en el caso de Binding o en el contexto de la "Escuela de Marburgo", porque para ellos el bien jurídico, en una aproximación legal-positivista, tan sólo servía como *ratio cognoscendi* instrumental respecto de los intereses de protección del legislador⁸⁵; en parte, con mayor virulencia, como en el caso de V. Liszt, para quien los bienes jurídicos no son creados por el legislador, sino que ya deben estar presentes en cuanto "intereses" de los seres humanos, de modo que su ausencia -como, por ejemplo, en el caso de meras infracciones morales- puede ser un obstáculo, desde una perspectiva liberal, a la criminalización⁸⁶; finalmente, por algunos incluso la confrontación fue abordada de modo consciente desde una perspectiva política, como por ejemplo por Schaffstein, precisamente para contrarrestar las aludidas tendencias liberales del bien jurídico desenmascarando su contenido "ilustrado-individualista"⁸⁷.

Bajo la influencia de la Ley Fundamental de Bonn, este

potencial político del requisito del bien jurídico adquirió relevancia, con miras a la reforma del Derecho penal, en un doble sentido: por un lado, bajo la bandera de la *lesividad social* del delito se trataba de descriminalizar todas aquellas modalidades de conducta que al no implicar la lesión de un bien jurídico no pueden ser consideradas socialmente lesivas⁸⁸. Bajo esta bandera, lo que se discutía sobre todo -aunque no exclusivamente, sí de modo predominante- era la descriminalización en el ámbito de los -entonces aún así llamados- delitos contra la honestidad en cuanto meras infracciones morales⁸⁹. Por otro lado, existía la esperanza de que esta función limitadora del concepto de bien jurídico se viera potenciada por su *anclaje jurídico-constitucional*, al entrar en consideración en cuanto bienes o derechos susceptibles de constituir un bien jurídico protegido por sanción penal exclusivamente aquellos que cabe inferir de la Constitución o que al menos se ubican en el marco protegido por la Constitución⁹⁰.

Pero por muy acertados e importantes que sean estos

postulados, no cabe esperar de ellos un efecto limitador demasiado importante. Pues mientras la lesividad social se equipare a la lesión de un bien jurídico, o bien la lesividad social depende de lo que en primera instancia se haya definido como bien jurídico, o bien, a la inversa, resultará necesario -para siquiera poder alcanzar algún efecto de descriminalización- partir de una definición prejurídica de la lesividad social, respecto de la cual, a su vez, habrían de determinarse los criterios materiales decisivos. En este contexto, tampoco cabe esperar que el Derecho constitucional ofrezca unas limitaciones de especial relevancia. Pues aun limitando la criminalización a aquellas conductas que deben considerarse socialmente lesivas, por menoscabar intereses individuales o generales socialmente reconocidos, y que deben valorarse como lesivas de bienes jurídicos, por afectar al ámbito de protección jurídico-constitucional⁹¹, el ámbito susceptible de ser abarcado por el Derecho penal sigue siendo muy amplio⁹². Ni siquiera los bienes jurídicos

⁸⁴ Fundamental sobre las teorías del bien jurídico en atención a aspectos dogmáticos y político-criminales, Hassemer, *Theorie* (nota 29), pp. 57 y ss.

⁸⁵ Por lo que Amelung (nota 24, p. 78) pudo reprochar a Binding haber consumado bajo la etiqueta de la protección de bienes jurídicos la traición del iuspositivismo frente a los ideales de la Ilustración; en el mismo sentido, también para Hassemer (nota 29, p. 47) Binding sucumbió a la miopía de un positivismo legal estricto.

⁸⁶ Esta idea aparece más adelante también en Marx (nota 29, pp. 62 y 84 y ss.), quien emprende un intento en ese sentido con un concepto previo al Derecho penal y antropocéntrico de bien jurídico. Que, sin embargo, tal coherencia liberal no es en absoluto obligada fue demostrado ya por Birnbaum, al servirle la superación de la lesión del derecho de Feuerbach por medio de la lesión del bien precisamente para poder aprehender penalmente la lesión de "bienes comunitarios", como las ideas religiosas y morales del pueblo (cfr. *Bupra* texto correspondiente a la nota 34).

⁸⁷ Así el planteamiento de Schaffstein (nota 70), *DSiR* 2 (1935), pp. 97, 101. Más en detalle al respecto Sina (nota 29), pp. 80 y ss. y Amelung (nota 24), pp. 231 y ss., 235 y ss.

⁸⁸ Es mérito particularmente de Amelung (nota 24, especialmente pp. 330 y ss.) el de haber ofrecido una contribución fundamental a esta "doctrina de la 'lesividad social' del delito"; cfr. además C. Roxin, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", *JuS*, 1966, pp. 377 y ss., así como Rudolphi (nota 30), pp. 154 y ss.

⁸⁹ Cfr. especialmente H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957; además, C. Roxin, "Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs", *ZStW* 81 (1969), pp. 613 y ss., 622 y ss.

⁹⁰ Cfr. sobre esto, por ejemplo, Roxin, *Strafrecht* (nota 6), p. 14, partiendo de Rudolphi (nota 30), pp. 158 y ss., quien tomaba como punto de referencia el principio de la constitución en Estado de Derecho.

⁹¹ Cfr. con más detenimiento acerca de tal concepto de bien jurídico, basado en un interés fáctico en cuanto substrato valorativo, reconocido por ciertas normas sociales y que se encuadra en el ámbito de la Constitución, Eser, *Harm* (nota 28), pp. 376 y ss.

⁹² También de acuerdo con O. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, pp. 139 y s., 424 y ss., desde la perspectiva jurídico-constitucional en todo caso cabe esperar una delimitación negativa de contornos muy amplios de aquellas lesiones de bienes jurídicos no susceptibles de ser sancionadas jurídico-penalmente.

colectivos⁹³ -que se encuentran en un proceso de constante expansión, sobre todo en el ámbito del Derecho penal de la economía y del medio ambiente- podrán ser excluidos de este modo, a menos que se quiera limitar por vía de una decisión legislativa al Derecho penal por principio a los bienes jurídicos individuales, como ha sido propuesto -en contra de la tendencia general de la legislación- con especial insistencia en el entorno de una así llamada "Escuela de Frankfurt"⁹⁴.

Corresponde especial importancia en relación con la víctima, que es aquí el objeto primordial de interés, a la cuestión acerca de qué es lo que podría ganarse para la posición de la misma en el concepto de delito con ayuda de la función limitadora del requisito de bien jurídico. Por decirlo sin rodeos: prácticamente nada. Al contrario: cuanto más fuerte la orientación hacia la víctima del concepto de bien jurídico, tanto más sus limitaciones pueden conducir a la pérdida de ámbitos de protección para la víctima. Por ello, no resulta sorprendente que dentro de los estudios que persiguen una limitación del Derecho penal, como, por ejemplo, en los trabajos de Rudolphi, no se discuta el papel

de la víctima concreta⁹⁵, o que en el estudio de Hassemer la víctima u ofendido no merezca figurar como voz en el índice de materias⁹⁶.

VIII. BALANCE PROVISIONAL PARA LA VÍCTIMA

Aunque la recapitulación selectiva que acaba de hacerse de ningún modo pretende dar la impresión de que constituye una imagen completa del desarrollo producido, lo cierto es que las pocas estaciones de este desarrollo que aquí se han seleccionado ya hacen ver que se ha producido una desatención evidente hacia la víctima. Para evitar la impresión de que ello pudiera estar relacionado de modo exclusivo con la historia del bien jurídico, intentaré introducir en la consideración -antes de llegar a una síntesis final- algunos otros factores que han contribuido a hacer de la víctima del delito también una víctima de la dogmática de la teoría del delito.

Es uno de esos factores, por un lado, la fijación primordial en el *autor* que se ha constituido en línea rectora de la evolución reciente del Derecho penal y de los esfuerzos en materia de reforma. Esta fijación comenzó ya en la época de la República de Weimar, entre otras

cosas, mediante la introducción de la Ley de Tribunales de Menores, y se prolongó -si bien con una intención opuesta- bajo el nacionalsocialismo. En efecto, mientras en la época de la República de Weimar los esfuerzos se dirigían a la obtención de mejoras para el delincuente, especialmente en el ámbito penitenciario⁹⁷, el nacionalsocialismo puso en el punto de mira al autor desde la perspectiva del "perturbador de la paz" que debía ser combatido⁹⁸. El punto álgido de la orientación hacia el autor se alcanzó más adelante sobre todo en la discusión de reforma de los años sesenta, cuando (especialmente con el proyecto alternativo, en cuyos "principios" el mandato de resocialización se ubicó con igual rango junto a la protección de bienes jurídicos como fin de la pena⁹⁹) las consecuencias del hecho para el autor ocuparon una posición central en la discusión¹⁰⁰. Esta fijación de los fines de la pena en el autor cuadra perfectamente el hecho de que la valoración de la culpabilidad, en la medida en que le corresponde aún un espacio legítimo en el marco de la medición de la pena¹⁰¹, no se considere tanto un problema de la relación individual de culpabilidad frente al sujeto lesionado directamente, sino más

⁹³ Cfr. al respecto, por ejemplo, F. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, especialmente pp. 109 y ss.

⁹⁴ Cfr. al respecto ya Hassemer, *Theorie* (nota 29), pp. 68-86; *idem*, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP* 1992, pp. 378-383; además, Herzog (nota 93); W. Naucke, "Schwerpunktverlagerung im Strafrecht", *KritV*, 1993, pp. 135-162; P. A. Albrecht, "Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts", *KritV* 1993, pp. 163-182.

⁹⁵ Aparte del trabajo mencionado en la nota 30, lo dicho es aplicable a H. J. Rudolphi, "Der Zweck des staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen", en: B. Schönemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, pp. 69-84.

⁹⁶ Cuando Hassemer, *Theorie* (nota 29), habla de "lesión", ello sucede en cada caso en relación con la lesión del derecho, cosa que no aporta nada a la cuestión que ahora interesa. Cfr. sin embargo, respecto de una valoración más positiva por parte de Hassemer del papel de la víctima en el desarrollo del concepto de bien jurídico *infra* nota 107.

⁹⁷ Más en detalle al respecto R. Seidl, *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, Frankfurt, 1974, pp. 186 y s.; H. H. Jescheck, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Berlin, 1972, p. 75.

⁹⁸ Cfr. por ejemplo, R. Freisler, "Willensstrafrecht"; "Versuch und Vollendung", en: F. Gürtner (ed.), *Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1934, pp. 9-36, especialmente p. 12.

⁹⁹ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Tübingen, 1969, § 2, párrafo 1º.

¹⁰⁰ También la criminología -que fue posteriormente la primera en ocuparse de la víctima- en aquel momento aún mostraba una orientación puramente dirigida hacia el autor. Cfr. G. Kajser, *Kriminologie*, 2ª edición, Heidelberg, 1988, pp. 406 y ss.

¹⁰¹ Fundamental al respecto *BGHSt* 24, pp. 40 y ss., especialmente p. 42.

bien se vea, en relación con la lesión del bien jurídico, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico en general.

Frente a este contexto, difícilmente puede resultar sorprendente que incluso a la hora de describir el fenómeno de la punición, la víctima no entre en el ámbito de consideración. Expondré esta situación tomando como ejemplo el manual de Schmidhäuser, en el apartado acerca de "las vivencias individuales en el proceso de punición": se habla allí del legislador, de los órganos de persecución penal, del juez penal, de los funcionarios penitenciarios, del penado (es decir, del autor) y, finalmente, de la sociedad, pero no de la víctima, como si ésta nada tuviera que ver con la imposición de la pena¹⁰². Tan sólo en la monografía de Schmidhäuser *Vom Sinn der Strafe*, que tiene un planteamiento más exhaustivo, se encuentra una mención a la persona lesionada, aunque también en este caso únicamente al final en cuanto subsumido de la sociedad; aun así, se la menciona en el mismo contexto que la familia del autor¹⁰³.

Frente a tales perspectivas unilaterales a favor del autor¹⁰⁴, desde luego que al fin de la pena de la protección de bienes jurídicos le podría corresponder el cometido de introducir también, en igualdad de condiciones, los intereses de la víctima. Ello, sin embargo, tendría como presupuesto que la víctima se halla imbricada de algún modo en el bien jurídico. Pero como ha podido observarse en la recapitulación antes realizada, precisamente la doctrina se ha ido alejando de esta perspectiva en cuanto más se abandonó el punto de partida individual del delito como lesión de un derecho subjetivo en favor de una ampliación a un bien jurídico no necesariamente subjetivo, en un progresivo proceso de abstracción de la víctima individual. Al concebirse la vida o la propiedad de la víctima concreta tan sólo como objeto de acción, entendiendo el bien jurídico "vida" o "propiedad" de modo meramente abstraído e institucionalizado respecto de la víctima concreta, el bien jurídico ya no era algo que pudiera corresponder al individuo. Se convirtió en un principio global,

que conjuntaba los distintos bienes jurídicos considerados como valiosos de los individuos en una mera abstracción transindividual. Con la correspondiente espiritualización del concepto de injusto, partiendo de una lesión individual y llegando a una lesión institucional¹⁰⁵, defendida en la manualística más moderna sin tan siquiera un atisbo de conciencia de su carácter problemático¹⁰⁶, en efecto, se ha llegado en la relación entre bien jurídico y víctima a una exaltación de aquél a costa de ésta. Por ello, prácticamente nada hay que cambiar en la constatación hecha por Sessar hace casi 15 años: "La víctima (la persona lesionada, perjudicada) ha desaparecido de modo prácticamente completo detrás del bien jurídico"¹⁰⁷.

IX. PERSPECTIVAS POLÍTICO CRIMINALES

¿Han de quedarse las cosas como están? Ciertamente, no cabe negar que, como ha constatado Hassemer, el Derecho penal estatal va acompañado de una neutralización de la víctima, de modo que no es casual que el

¹⁰² Cfr. E. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2ª edición, Tübingen, 1984, pp. 21 y s.

¹⁰³ E. Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª edición, Göttingen, 1971, p. 101: "La pena estatal no es sólo asunto de la comunidad..., sino de cada uno de los individuos, que lo viven desde la distancia, o con un especial interés en un determinado proceso penal y en su desenlace (como lo tienen, por ejemplo, quien ha sido lesionado por el delito o la familia del autor)".

¹⁰⁴ Respecto de los perjuicios para la víctima que ello conlleva cfr. Frehsee (nota 4), quien incluso habla de un "desprecio de la víctima como sujeto" (p. 121), o H. J. Hirsch, "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", *ZStW* 102 (1990), p. 534, para quien la necesidad de justicia de la víctima no ha sido tenida en cuenta mientras la política criminal estuvo orientada de modo unilateral hacia la resocialización del autor.

¹⁰⁵ Cfr. *supra* el texto correspondiente a la nota 60.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, al sostener Jakobs (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Berlin, 1991, pp. 8 y s.) que en el ámbito del hurto la protección penal de la propiedad tiene lugar "sin tener en cuenta al titular... principalmente por la orientación de la protección en atención a la relevancia de la propiedad para el conjunto de la sociedad".

¹⁰⁷ K. Sessar, "Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren", *Bewährungshilfe* 27 (1980), pp. 328-339 (329). Este efecto de desplazamiento de la víctima producido por el pensamiento del bien jurídico, por lo demás, no necesariamente entra en contradicción con la afirmación de Hassemer en el sentido de que con la máxima "la conducta humana sólo puede constituir un injusto jurídico-penal cuando lesiona un bien jurídico", "la víctima (ha vuelto) a entrar en la actualidad, después de haber desaparecido durante siglos detrás de los principios de la reprochabilidad, de la infracción de la norma, del actuar criminal" (Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edición, München, 1990, p. 24). Pues si bien, por un lado, esta afirmación resultaba correcta, siguiendo a Feuerbach, respecto de la época del nacimiento del pensamiento del bien jurídico a principios del siglo XIX, con la finalidad de reducir un Derecho criminal hipertrófico y que incluía (también) meras infracciones morales, también es claro que, por otro lado, no cabe desconocer la tendencia de desindividualización insita en el concepto de bien jurídico.

Derecho penal remueva a la víctima de su posición polar frente al autor, asumiendo él mismo esa posición¹⁰⁸. Pero de todos modos hay que plantear si el desplazamiento de la víctima del Derecho penal y procesal que ello implica no ha ido ya demasiado lejos. De hecho, ya desde finales de los años setenta cabe observar una tendencia hacia el redescubrimiento de la víctima del delito¹⁰⁹, acompañado de tal aluvión de publicaciones¹¹⁰ que hay quien piensa que se trata -de modo ligeramente despectivo- de un "nuevo tema de moda"¹¹¹. Ahora bien, no hay que caer en la errónea suposición de que esta reciente bibliografía referida a la víctima persigue en su conjunto mejorar la situación de la víctima. Pues igual que la reparación y la composición entre autor y víctima pueden favorecer en cuanto sustitutivos (plenos o sólo parciales) de la pena también al autor, la así llamada "víctima-dogmática" -en contra de la apariencia terminológica- mucho más que mejoras para la víctima, persigue limitaciones de la punibilidad y/o de las sanciones para el autor¹¹². Esta reserva crítica no debe entenderse ni como rechazo de sanciones o procedimientos que posiblemente (también) favorezcan al autor, ni debería generarse la impresión de que la finalidad de la presente contribución está en obtener

sencillamente mejoras para la víctima a costa de posiciones jurídicas del inculpado cuya consecución ha sido trabajosa. Por el contrario, el objetivo de las presentes consideraciones es el de volver a alcanzar un equilibrio adecuado en la relación entre el lesionado concreto y los intereses generales representados por el Estado, eliminando ciertos desequilibrios a favor de éstos que existen a costa de aquél. Quizás ello contribuiría a que determinadas medidas de reforma en favor de la víctima que se han producido recientemente -y respecto de las cuales no puede evitarse la impresión de que se trata de meros parches- pudieran ser fundamentadas con menos contradicciones y de modo más coherente.

Sin poder desarrollar lo acabado de decir de modo pleno en el presente marco, tan sólo expondré a modo de tesis tres líneas directrices:

Primera: en lo que se refiere al *concepto de delito*, y con ello también a la *concepción del injusto*, debe detenerse la progresiva espiritualización y abstracción que conduce al entendimiento de éstos como ataques al ordenamiento jurídico como tal y a la correspondiente desindividualización del concepto de bien jurídico. Pues si bien

resulta acertado ver en el delito algo más que una lesión individual, e imprescindible por ello la vulneración general del Derecho como elemento del injusto, a pesar de ello la lesión de intereses individuales no puede quedar consumida en esta vulneración general. Al igual que el autor está presente en el concepto de delito a través de su acción antijurídica y culpable, junto a la lesión general de un bien jurídico que queda expresada en la antijuridicidad debe estar contenida en el concepto de delito la lesión individual de intereses de la víctima afectada: sólo de ese modo, por lo demás, podrá explicarse por qué y en qué medida la corresponsabilidad de la víctima puede conducir a una disminución o exclusión del injusto. Cual sea la vía para alcanzar esa inclusión de la lesión individual -por ejemplo, a través de un concepto de bien jurídico que abarque tanto el interés general como el individual, o completando la lesión institucional del bien jurídico con un elemento de injusto individual- es de relevancia secundaria, al tratarse de una cuestión meramente de construcción sistemática. Tampoco el hecho de que puedan existir delitos en los que no hay víctima individual, por tratarse de la lesión de un bien jurídico meramente colectivo, constituye una razón para privar a la lesión individual de intereses -cuando ésta

¹⁰⁸ Hasserner, *Einführung* (nota 107), pp. 70 y ss.

¹⁰⁹ Junto a la bibliografía mencionada en la nota 4, *cf.* últimamente también S. Bien, *Täter-Opfer-Ausgleich: Ansatz einer kriminalpolitischen Reform im Strafrecht*, Bern, 1994; R. D. Hering/D. Rössner, *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht*, Bonn, 1993; St. Kunz, *Probleme der Opferentschädigung im deutschen Recht*, Baden-Baden, 1995, así como los estudios colectivos de G. Kaiser /H. Kury /H. J. Albrecht (ed.), *Victims and Criminal Justice*, tres tomos, Freiburg, 1991.

¹¹⁰ *Cfr.* F. Dünkel/D. Rössner, "Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz", ZStW99 (1987), en cuya opinión la bibliografía sobre el tema era ya en aquella fecha (1987) prácticamente inabarcable.

¹¹¹ Hirsch (nota 104), ZStW 102 (1990), p. 534.

¹¹² En este sentido, para Roxin (nota 6, pp. 487 y ss.) -por citar una de las últimas manifestaciones de conjunto sobre este *topos*- "el centro de atención lo ocupa la cuestión acerca de cómo una corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido repercute en el injusto, especialmente, si puede conducir a una exclusión del tipo o de la antijuridicidad", de modo que no cabe evitar la impresión de que la víctima-dogmática en su conjunto es una especie de programa de exoneración del autor. *Cfr.* sin embargo, la sinopsis en G. Kaiser, *Kriminologie*, 9ª edición, Heidelberg, 1993, pp. 630 y ss., respecto de otras perspectivas respecto de la victimología.

concorre- de la atención que le corresponde en cuanto elemento del injusto. También en este ámbito ha de regir la máxima de que la perfección y abstracción en la sistemática del delito no deben alcanzarse a costa de necesidades materiales.

Segunda: tal concepción dual -institucional-individual- del delito es relevante también para el *concepto de pena*. Especialmente, esta perspectiva permite explicar con facilidad la reparación como parte de la sanción: pues si el injusto debe entenderse de modo dual como lesión general del Derecho e individual de intereses concretos, igualmente la

correspondiente sanción necesita más allá de finalidades general-estatales también de la reparación individual. En este sentido, la reparación no sólo no es un cuerpo extraño en el Derecho penal, sino que debe entenderse, incluso, como parte esencial de la sanción penal.

Tercera: este anclaje de la víctima en la concepción del delito y de la pena también implica consecuencias para el *proceso penal*. Si (también) en el proceso penal se trata de obtener la reparación de un injusto individual, una adecuada participación de la víctima en el proceso no debe entenderse como una mera

concesión, sino como un derecho originario, configurándose de modo correspondiente a esta comprensión.

Naturalmente, soy consciente de que se oponen a la ejecución de las directrices antes enunciadas ciertas concepciones asentadas y también algunas delimitaciones de materia internas del ordenamiento jurídico. Pero no deben tenerse tales rectificaciones del rumbo si de lo que se trata es de alcanzar frente al delito tanto el restablecimiento de la paz jurídica como el resarcimiento a la víctima de un modo primariamente "humano" en ambos casos¹¹³.

¹¹³ Cfr. primeras reflexiones en esta dirección en A. Eser, "Vision of a 'Humane' Criminal Justice", *Prestige Lecture No. 1*, University of Pretoria, 1995.