

LA RELACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y BIEN JURÍDICO

Dra. Beatriz Scapusio Minvielle

Nuestro sistema normativo parte de la idea de dignidad del hombre y de autonomía del individuo sobre sí mismo. Se reconoce a cada persona una absoluta independencia de derecho sobre los actos que en forma exclusiva le conciernen. Por tanto los únicos comportamientos que pueden generar responsabilidad y por consiguiente justificar la reacción penal estatal, son aquellos que de algún modo afectan a los demás en el seno de una comunidad es decir, cuando se detecta al menos y en principio la existencia de un conflicto entre un autor y una víctima.

Será necesario deslindar con posterioridad cuando se verifican los otros supuestos que permiten establecer que este conflicto adquiere una trascendencia tal que permite incluirlo en la gama de los asuntos públicos, es decir con la relevancia estatal que justifica, -o al menos vuelve necesario-, el uso del jus puniendi. El mero conflicto intersubjetivo no parece implicar por sí sólo un motivo suficiente para el surgimiento de la reacción estatal.

En consecuencia, sólo se admite la legitimidad de las normas penales cuando están destinadas a resolver un conflicto que tiene carácter público, esto es, cuando su observancia general es irrenunciable para el mantenimiento de la configuración social básica.

Si bien esta perspectiva pública no excluye totalmente la consideración de la afectación individual de la víctima, establece una concepción del Derecho Penal en la que el control del delito es de competencia estatal, con la consiguiente neutralización del ofendido. De esta manera el Estado aparece como el titular exclusivo de la reacción penal, con la correspondiente prohibición para la víctima de castigar per se la lesión de sus intereses.

La respuesta consensuada de la doctrina afirma que la consolidación de un sistema penal basado en la neutralización de la víctima fue favorecida por el progresivo abandono de las concepciones retributivas de la pena y su sustitución por las teorías preventivas. Mientras para las teorías absolutas, -que procuran la neutralización del mal causado por el hecho punible-, la víctima debía ser considerada, pues sobre ella había recaído la conducta delictiva que justificaba el castigo a imponerse, no resulta coherente tal consideración cuando la pena se orienta hacia fines utilitarios como ocurre con las teorías relativas.

Dado que no puede concebirse una dogmática que descuide los tres niveles de análisis: teoría de la Ley, teoría del Delito y teoría de la Pena con la consideración de las interacciones entre los tres niveles, es necesario observar la evolución ocurrida en los conceptos y en los supuestos de punibilidad, verificándose entonces que el desarrollo de la teoría del delito generó consecuencias similares a las señaladas como producto de la teoría de los fines de la pena, en cuanto a la posición y trascendencia de la víctima.

Así el concepto de injusto brindado por las corrientes positivistas, entendido como una infracción normativa, fue posteriormente reemplazado por la influencia de las corrientes neokantianas, sin que ello supusiera un redimensionamiento de la atención prestada a la víctima.

Es sólo a partir de la consideración del concepto de bien jurídico que puede establecerse un nexo entre delito, damnificado e intervención estatal, “restableciendo” de esta manera, una relación trilateral o multilateral entre el delito y el conflicto social en el que se origina y cuya dimensión justifica la intervención penal.

Sin embargo, la denominada teoría del bien jurídico no fue históricamente capaz de introducir modificaciones significativas en torno a la problemática de la víctima. Tanto en las definiciones positivistas del injusto, como en las neokantianas o en aquellas que centraron la perspectiva en la dañosidad social, se entendió que lo decisivo no era la ofensa causada al titular del bien sino la afectación de un interés en cuya preservación estaba interesada la comunidad.

Sobre fundamentaciones similares a las verificadas para el Derecho sustantivo, la víctima también se vio desplazada del proceso penal.

En efecto, nuestro sistema realizativo ha sido fiel receptor del modelo inquisitivo o inquisitivo reformado, que implica no sólo un esquema procesal, sino también una forma de pensar y ejercer el poder penal, constituyendo una “cultura inquisitiva”. Así, en nuestro sistema procesal todos los intereses de la víctima son desplazados exclusivamente hacia el proceso civil, quedando entonces colocada como un mero objeto de prueba, o reducida al rol de testigo, pero desamparada frente a las consecuencias del hecho dañoso que ha padecido. Ha visto disminuida su iniciativa exclusiva en cuanto a la persecución de determinados delitos, así como el control de los otros sujetos del proceso o la resolución del conflicto.

La concreción de tal situación en nuestro sistema procesal penal se tradujo en la exclusión de los delitos de acción privada, estableciéndose paulatinamente, casi en exclusividad la acción pública. Se argumentó en tal sentido que la intervención de la víctima constituía un resabio de la acusación privada y de la venganza individual. Tal orientación dogmática corresponde a la influencia que las ideas de Soler y Vélez Mariconde habían desplegado en la República Argentina a la época de la sanción del Código Procesal de la Provincia de Córdoba de 1939. Correspondería aclarar a esta altura que el recorte de protagonismo del rol de la víctima aparece como más evidente en el derecho adjetivo que en el sustantivo, ya que el CIC distinguía entre delitos de acción pública y privada, reservando el ejercicio de la acción penal privada exclusivamente al ofendido,

Aparece entonces evidente el nexo doctrinario y jurisprudencial que liga a los modelos sustantivo y procesal hoy vigentes y que es la resultante de la suma de una concepción del delito de corte positivista, una teoría de la pena de

corte preventista, un sistema de medidas de seguridad basado en la peligrosidad y un sistema realizativo con las características ya reseñadas. El resultando es un modelo de Derecho Penal de obediencia junto a un Derecho Procesal sustentado en cultura y praxis de tipo inquisitivo, orientados a la consolidación y tutela de intereses básicamente estatales. Ello obviamente excluye del ámbito del sistema penal a las víctimas y sus intereses.

Corresponde entonces analizar que función cumple una determinada concepción del bien jurídico en torno al tema de la víctima.

Constituye una afirmación reiterada aquella de que “el Derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos”. Sin embargo este aparente consenso se quiebra cuando se trata de determinar qué es lo que debe entenderse por “bien jurídico”. Suele establecerse como punto histórico de partida para la consideración del tema a BIRNBAUM quien en pleno siglo XIX, fue realmente el primero en darle consistencia y nombre a este concepto básico del Derecho Penal.

A lo largo de la historia la discusión se ha centrado en torno a sí el bien jurídico posee un sustrato fáctico (concepciones idealistas o materiales del bien jurídico), acerca de quien es su titular (si el Estado o los sujetos concretos particulares), de cuál es la función que está llamado a cumplir en el Derecho Penal (funciones interpretativas o de garantía), así como su posible trascendencia para la elaboración de una teoría crítica, no legitimadora del poder punitivo estatal. Por otra parte, la negación del concepto mismo de bien jurídico propugnada en torno a planteos ideológicos extremos como los del nacional-socialismo o su reducción a la mera idea o su sustitución por otros conceptos propios del funcionalismo tecnocrático, tales como el de “equilibrio funcional del sistema”, pone hoy sobre la mesa la necesidad de profundizar los análisis en torno al tema para responder a la pregunta inicialmente formulada.

Desde ya adelantamos que en la concepción que compartimos los bienes jurídicos no existen en forma autónoma sino que son producidos, esto es, son conceptos normativos, creados artificialmente en el campo del derecho como productos de acuerdos legislativos, luego de un proceso constitutivo que se gesta en lo social y que conlleva a veces a su manipulación o perversión en sus elementos esenciales. Parece útil señalar aunque sea brevemente cuales son las ideas que dan lugar hoy a las posiciones que señalan la existencia una base material para el bien jurídico, jerarquizándolo y asignándole funciones fundamentales a la hora de delimitar el injusto y sus consecuencias jurídicas.

Más allá de las falsas oposiciones y de abstracciones es necesario establecer una definición de bien jurídico que demuestre la utilidad efectiva de una teoría que lo fundamente en el marco de un análisis estratificado del delito y corrobore la vigencia real del principio de lesividad desde el punto de vista dogmático. En síntesis, se trata de descartar la idea de que el bien jurídico es un elemento prescindible en una teoría del delito, sino por el contrario, considerarlo un elemento definitorio cuya afectación debe relevarse en lo que el juicio de imputación objetiva y subjetiva, que tiene en cuenta no sólo al autor del delito, sino también a la víctima del mismo.

En el origen bajo la influencia del Derecho Penal iluminista surge la máxima de que las prohibiciones legales sólo se extendían a “las acciones perjudiciales a la sociedad” (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789). Esto se tradujo en la teoría de FEUERBACH, quien en 1832 aludió a la lesión de un derecho subjetivo. De esta manera las teorías del contrato social se tradujeron en la consideración material del delito como una “lesión de un derecho”. El Estado legitima el uso de su poder penal respecto de conductas humanas dañosas socialmente,

En estas corrientes se propugnaba por la limitación del ius puniendi a la exclusiva protección de derechos subjetivos. Se concebía al orden jurídico como un orden racional que suponía el máximo ámbito de libertad. Desde esta perspectiva se produce una disminución del campo de lo punible. Sólo se consideraran punibles aquellas conductas que lesionen derechos subjetivos.

Estas ideas de FEUERBACH, resultaron difícilmente compatibles con los movimientos de restauración monárquica verificados en Alemania y que tuvieron gran incidencia en las posturas de los penalistas entre 1820 y 1840. De esta manera la Escuela Histórica iba a comenzar a oponer al Derecho Natural propio del iluminismo, un Derecho Positivo. A la concepción de la ciencia del derecho como ciencia especulativa, se le contrapondrá ahora la idea del derecho como ciencia constructiva formal, forjando las orientaciones positivistas. De esta manera en 1834 ya BIRNBAUM señalaba que lo que resultaba “lesionado con el delito no eran derechos sino bienes”.

Se discute si con este traspaso desde el derecho subjetivo hacia los bienes se produce realmente un quiebre en las pretensiones limitadoras del iluminismo. Sin embargo si se analiza el momento histórico en que se produce (restauración en Europa de los Estados monárquicos y fortalecimiento de los Estados nacionales), parece difícil sostener que el concepto de bien jurídico fuera concebible como algo más que un objeto valorado y que la valoración que interesa al poder penal es aquella que el propio Estado verifica. Con ello adquiere un papel cada vez más preponderante en la selección de las conductas prohibidas y se orienta más hacia su propia protección como institución y forma de organización social, que como instrumento de defensa de los intereses de sus ciudadanos.

Esta tendencia se concreta claramente en las teorías positivistas que hoy siguen en auge en nuestro medio. Así para BINDING el delito es la contravención de la norma, pero lo entiende como una lesión de un derecho subjetivo **del Estado**. El desvío de una tutela de los intereses concretos de los ciudadanos hacia la de los intereses estatales, con el consiguiente desplazamiento de los concretos ofendidos queda en evidencia de las propias afirmaciones del autor: **“La lesión de este derecho subjetivo de mandar es la única llamada lesión de un derecho que es esencial a todos los delitos. (1916)**. En consonancia el bien jurídico es definido como “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que con los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica y que es asegurado por el Estado a través de sus normas.

En este sistema el bien jurídico se desvincula absolutamente del interés de las víctimas concretas, a la par que agota su función a la de ser una mera inferencia de las normas, con valor aglutinador de los tipos penales, pero sin base material o nexos con la sociedad civil. El bien jurídico es sólo una creación del legislador y lo que es relevante es que el delito infringe el deber de obediencia que el ciudadano tiene frente al Estado. Este detenta el derecho subjetivo público de exigir tal obediencia. La consecuencia lógica de esta concepción estriba en que toda desobediencia o delito, amerita el castigo estatal, porque con la mera trasgresión, el Estado se ve lesionado en su derecho a exigir obediencia. En esta concepción no existe ninguna posibilidad de que entren en consideración valoraciones relativas a los concretos ofendidos, o a la lesión concreta sufrida por los damnificados. La pena por lo tanto, se transforma en la respuesta siempre necesaria más allá de cualquier consideración de la lesividad o dañosidad de la conducta del responsable.

Similares consecuencias tienen las concepciones aparentemente diferentes como la de VON LISZT. Este autor distinguió claramente entre ciencia normativa, cuyo método es el dogmático y las otras ciencias penales, entre las que destaca la política criminal, considerando bajo la influencia italiana, como escindibles el plano de la realidad social y el plano de lo normativo. Concibió al bien jurídico como un concepto más vinculado a lo social que a lo estrictamente normativo. Llegó a expresar con coherencia que el bien jurídico es un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, reconocidas e integradas al Derecho. Separa los conceptos de norma y de bien jurídico y fundamenta la distinción entre una antijuridicidad formal y material. El bien jurídico en su posición sintetiza por una parte la materialidad del delito: “el bien de los hombres” y “el bien del derecho”, expresando el fin del ordenamiento jurídico.

Pero a pesar de que en este planteo podría suponerse un cierto protagonismo de las víctimas concretas partícipes del conflicto de base social cuya existencia se reconoce, ello no llega a verificarse en todas sus consecuencias. Al punto que concluirá en que toda norma jurídica tiene un bien jurídico, pero si no lo tiene igualmente es válida y desplegará su eficacia. Con ello vuelve a aproximarse en su concepción a las conclusiones a las que por otra vía llegaba BINDING. La legitimación del Derecho más allá de la tutela concreta de los intereses de los particulares y asentado en el reclamo de obediencia estatal.

Desde esta perspectiva resulta claro que la referencia que los tipos penales o la doctrina hacen al bien jurídico no cumplen una verdadera función de límite punitivo, sino más bien de legitimación de prohibiciones y mandatos como forma de control social punitivo.

En el pensamiento ilustrado la teoría pretendió cumplir un papel limitador al reducir el objeto del ilícito a la lesión de un derecho subjetivo, natural de una persona (vida integridad física, libertad). Sin embargo como vimos este concepto degeneró orientándose hacia funciones legitimadoras del poder

punitivo del Estado. En ese sentido, FERRAJOLI alude a la “parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico: de la tutela de los derechos subjetivos a la tutela del Estado”. Su significado no sólo se amplía sino que se aleja de cualquier componente material o empírico. Así el concepto de bien jurídico se aleja desde los intereses individuales de los afectados, al interés del Estado concebido, al principio como interés en la protección de lo que éste considera que debe protegerse y luego simplemente como interés en la obediencia o en la finalidad (propio de la filosofía hegeliana).

Progresivamente entonces el concepto de bien jurídico se transforma en derecho del Estado a imponer las acciones u omisiones bajo amenaza de pena (LISZT BELING), culminando en la afirmación de una norma básica de obediencia al Estado: “todo delito es en definitiva un delito de lesión a la majestad”. Pierde así su significado social y su base empírica, se espiritualiza y simultáneamente en lugar de cumplir una función limitadora se transforma en un instrumento positivo de legitimación de las acciones estatales.

Es evidente que por estos carriles no se puede rescatar a la víctima del hecho punible. Lo que interesa no es ya la vida de Juan, sino “la vida” como abstracción, tampoco el patrimonio de Pedro, sino el patrimonio y la distribución de bienes establecida por el Estado como concepto.

Cabe preguntarse entonces si es posible conceptuar al bien jurídico de tal manera que pueda cumplir una función limitadora del ejercicio del poder estatal y tutelar de alguna manera real y eficaz los intereses concretos de las víctimas. En la línea de pensamiento garantista puede ofrecerse un ámbito real para el rescate de la víctima como ser humano responsable que cumple también un papel social, con sus atributos relativos a la personalidad y reconociendo sus derechos a la autodeterminación en el sistema penal.

Aparece como imprescindible entonces trabajar en el sentido de fundamentar, aunque no legitimar un derecho penal con base material. Si bien se ha reprochado a WELZEL, la exclusión del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal y su reemplazo por la protección de valores de acto, es en sus formulaciones donde encontramos una reapertura en torno a la discusión sobre la antijuridicidad material como fundamentadora del desvalor de resultado. Ello permite desarrollar hoy una base político-criminal orientada hacia la significación social de las conductas como sustento de la teoría del delito. En tal sentido adherimos a aquellos desarrollos que destacan la idea de que el bien jurídico surge del sistema de relaciones sociales concreto, en el marco del Estado democrático. En tanto que producto social constituye un producto histórico.

El concepto de bien jurídico surgido de la profundización en la idea de la antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal, se ha configurado en los últimos tiempos como instrumento técnico jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social.

Concebido de esta manera, el bien jurídico es la vida humana en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad, el sustrato de ese bien jurídico es la vida humana como realidad social preexistente y las formas concretas de manifestación de ese sustrato son los procesos existenciales individuales de los que son titulares las víctimas. En idéntico sentido, respecto del bien jurídico propiedad puede sostenerse que lo es en la medida en que la posesión de bienes materiales es valorada positivamente por la sociedad, mientras su sustrato será el patrimonio individual como realidad social preexistente. Así las formas concretas de su manifestación son las capacidades de disposición que respecto de los bienes concretos detentan las víctimas.

Debe abdicarse de cualquier pretensión de que el Derecho Penal por sí, brinde una reparación integral a la víctima, ello por cuanto se trata de un derecho fragmentario y ulteriormente sancionador. La norma penal que se deduce del tipo sólo anuncia el castigo para esa forma particular de lesión al bien jurídico cuya tutela real aparece en la Constitución y en las otras ramas de la legislación. Es entonces necesario considerar que en un Estado democrático el bien jurídico es producto de la “sociedad civil” y surge de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que se verifican en la base social. En tal sentido y, como se verá, entendemos que puede entenderse el bien jurídico como el conjunto de relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal, que nacen en el seno de la propia relación social democrática donde se construyen como superación de los procesos dialécticos que se verifican en su seno.

Veremos que concebido en este sentido el bien jurídico tendrá repercusiones en el rol protagónico que debe recuperar la víctima en el sistema penal, pues siempre que se pretenda separar al bien jurídico de su titular no se hace otra cosa que destruir o negar el concepto mismo de bien jurídico.