
TENSIONES EN UN DERECHO PENAL BILATERAL: DEL DELITO, LA PENA Y LAS VÍCTIMAS¹

Gabriel Hernán Di Giulio

“El que hiera de muerte a un hombre será castigado de muerte. El que hiera de muerte a un animal pagará con otro: vida por vida. El que cause alguna lesión a su prójimo, como él lo hizo, así se le hará: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se hará la misma lesión que él ha causado al otro” (Levitico, 24).

“Si unos hombres en el curso de una pelea, dan un golpe a una mujer embarazada provocándole un aborto, sin que muera la mujer, serán multados conforme a lo que imponga el marido ante los jueces. Pero si la mujer muere, pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, herida por herida, golpe por golpe... (Éxodo, 21)

I. EL DERECHO PENAL PREVIO A LA EDAD MEDIA

I. A. LA PARTICULARIDAD DE AUSENCIA DE PARTICULARIDADES

Hasta la edad media el Derecho Penal no era sino un área de conocimiento incipiente, sin llegar a constituirse como una rama jurídica. Las expresiones se veían plasmadas de modo diverso y variado, por ejemplo en la ley del Talión² o a través de concepciones místicas o de carácter religioso. En el Derecho romano desde la monarquía (que conoció la “*crimina*”) y especialmente durante la república a través de los procedimientos “*formula-*rio” y la “*acusatio*” tradujeron, el primero por diferencia y el segundo por correspondencia, la configuración clara de *crímenes* diferenciados de los asuntos de familia, del comercio, etc. El imperio Romano profundizó su escisión con el derecho privado. Otros pueblos como los germanos tuvieron que transitar un importante trecho histórico para superar la concepción privatística de las conductas que afrentaban los bienes jurídicos. En estos tiempos los intereses gestados podían ser resueltos mediante una contienda ante un tribunal (p.ej. la “*he-liea*” a partir de las reformas de Solón en el siglo V a.C.), impulsada por el interesado o en algunos casos por algún miembro de la comunidad, o generar el duelo o lucha entre los contrincantes o su sometimiento a pruebas místicas o de carácter religioso como las ordalías o los juicios de Dios.

¹ El presente trabajo fue expuesto por su autor, como panelista, en las III Jornadas sobre Problemáticas Penales organizadas por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNICEN, los días 23 y 24 de junio de 2011.

² Las frases que encabezan este trabajo han sido tomadas de pasajes bíblicos, incluyendo el antiguo testamento.

I. B. EL DERECHO PENAL DURANTE LA ALTA EDAD MEDIA

1. El rito y la simbología de los tormentos y los suplicios

La alta edad media, enseña Foucault, será el escenario en el cual se gestará el derecho penal como construcción auténtica, no sin demandar un alto costo a la humanidad.

Europa institucionalizará la tortura como método o instrumento y sacralizará los rituales y prácticas oficiales que imprimían sufrimiento como espectáculo y hasta símbolo del funcionamiento del sistema: los tormentos y los suplicios³.

Estos valían por sí mismos. Se instituían como un medio pero en verdad serían como un fin en sí mismo.

I. C. EL DERECHO PENAL DURANTE LA BAJA EDAD MEDIA

1. La infracción

Los suplicios y tormentos convivieron con la aparición de un nuevo concepto que, al decir de Foucault, modificará sensiblemente la naturaleza de los hechos juzgados: el concepto de infracción.

Infracción es una idea superlativa ya que conduce a introducir en la relación sustancial de los sujetos implicados al monarca o autoridad a los que se consideran primeros afectados o agraviados por la conducta (o mejor dicho inconducta).

La infracción introducirá más adelante el carácter público de la conducta infractora llegando no sólo a acompañar sino hasta sustituir el interés particular del titular de los bienes jurídicos afectados por aquélla.

El interés público dará lugar a la oficialización de la persecución y de la represión de las infracciones y la suplantación de los particulares en tales actividades, aun cuando fuesen víctimas. El nacimiento de la figura del Procurador de la Corona, durante la edad Moderna, como agente recaudador y encargado de velar por la confiscación de bienes, con importantes ingresos para sus arcas, acompañará el interés público que diera origen a la publicización del sistema penal.

³ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2002, de lectura completa.

Explica Foucault “Hay, por último, un descubrimiento, una invención tan diabólica como la del procurador y la infracción: el Estado, o mejor, el soberano... es no sólo la parte lesionada, sino además la que exige reparación”⁴.

I. D. EL DERECHO PENAL EN TIEMPOS MODERNOS

1. Del delito y de la pena

Paulatinamente se irán alcanzado voces contra la crueldad de los tormentos y suplicios, para dar lugar –recién con algún grado atendible de vigencia a finales del siglo XIX- a una nueva modalidad de sanción: la pena privativa de libertad.

El marqués de Beccaria en su memorable obra de rebelión humanista, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, escrita en el siglo XVIII, va a considerar al contrato social de Rousseau como la fuente de sustentación del Derecho Penal.

Sobre el contrato social sienta uno de sus pilares en la cesión del poder de castigo de los particulares a la sociedad. Otro de los pilares estará dado por el gobierno de las leyes, éstas sometidas a una serie de principios humanísticos, como el de **proporcionalidad**. Y finalmente, la exégesis como pilar contra la subjetividad y gobierno de los jueces.

El Derecho Penal integrado como expresión teórica y sistemática nació sobre una idea inmanente a la condición humana, como individualidad, autónoma y libre por antonomasia. Esa idea reposaba en la concepción, a su vez meta-penal, de conductas o acciones debidas y prohibidas.

I. E. LAS INFLUENCIAS DE KANT

1. Teoría preventiva de la coacción psicológica

Feuerbach⁵ esbozó la Teoría preventiva de la coacción psicológica⁶, en la cual el Derecho Penal actúa coactivamente sobre la colectividad y de modo especialmente preventivo como *influjo intimidatorio e inhibitorio*⁷.

⁴ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Buenos Aires, 2007, pág. 80.

⁵ Paul Anselm Von Feuerbach (1775-1833).

⁶ Mezger, pág. 66

⁷ Ob. cit.

Feuerbach señaló la necesidad de establecer de modo claro y previo los tipos penales sobre los cuales opera el Derecho punitivo, particularmente para el propósito de su Teoría, abriendo camino a la **tipicidad**.

Los aportes de Wachter⁸ y de Mittermaier⁹ fueron fundamentales para el desarrollo del derecho penal. El primero a partir de un positivismo jurídico con sustento en la historia, especialmente romana y germana. El segundo, también positivista histórico, fue defensor de ideas liberales, dando impulso, por ejemplo, al Derecho Procesal Penal.

Hasta aquí, en gran medida, tenemos la influencia de la filosofía Kantiana, de la mano de Feuerbach.

I. F. LAS INFLUENCIAS DE HEGEL

Pero a partir del siglo XIX comenzará, especial e inicialmente en la doctrina alemana, a influir la filosofía de Hegel.

Para Hegel¹⁰ la pena es una necesidad dialéctica¹¹ donde la acción del delincuente no es un acto primero o positivo del que resulte la pena como negación, sino un acto negativo, donde la pena cumple una función positiva por erigirse como negación de la negación.

Hegel se ocupa de la Teoría de Feuerbach y la critica porque entiende que la amenaza que sustenta la concepción del ilustre jurista supondría un ser humano que no fuese verdaderamente libre.

Las influencias de Hegel aparecen en Jarke en lo que será una nutrida influencia en la dogmática penal alemana del siglo XIX después de los años 40.

El Código Penal del Reich de 1871 ha tenido una injerencia superlativa en la Teoría del Delito y de la Pena y el pensamiento científico que se estaba constituyendo con una fuerza inusitada.

La sanción del digesto traerá consigo un nuevo cambio de concepción filosófica autoral, en especial, sobre la base de la *retribución* como fundamento absoluto de la pena.

⁸ Carlos Jorge Von Wachter.

⁹ Carlos José Antón Von Mittermaier.

¹⁰ Hegel.

¹¹ Pág. 72.

Carlos Binging, quien se reconociera “*unilateral representante del Derecho, y especialmente del Derecho Punitivo*”¹². Su férreo positivismo, útilmente aplicado y puesto al servicio del Derecho Penal, derivó en la relación entre el derecho del Estado a ser obedecido y del deber del súbdito de obedecer.

Derivarán las disputas entre dos escuelas. La considerada Escuela Clásica del Derecho Penal y la Escuela moderna. La primera, defensora de la tendencia histórica. La otra, en pos de los cambios profundos.

Comienzan a emerger ideas liberales donde la libertad individual es centro de atención de las teorías, así como los límites del Estado, que ya no es entendido como un Estado gendarme. Aparece un positivismo sociológico-naturalista, que compatibiliza con la idea de contrato social de Rousseau.

I. G. INFLUENCIAS DE LA ANTROPOLOGÍA, PSICOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA

1. Escuela Antropológica criminal

Durante fines del siglo XIX, sin embargo, aparece una nueva corriente de pensamiento de la mano del médico de Turín, César Lombroso, que diera origen a la Escuela Antropológica Criminal del Derecho Penal o *Teoría Peligrosista* en los términos de Donna. Esta corriente, seguida por Enrique Ferri y Rafael Garófalo será la piedra fundamental del *Derecho Penal de Autor*, en su aspecto centralmente criminológico con connotaciones antropológicas, biológicas (y hasta genéticas) y psicológicas.

Como contracara surge el pensamiento finalista del derecho penal de la mano de Franz v. Liszt, determinando la necesidad de una política criminal adecuada a los fines sociales. Liszt remarcó el valor de los factores sociales y hasta económicos, fundando la escuela sociológica criminal. Entre sus seguidos, debemos citar a James Goldschmidt.

II. CONSTRUCCIONES MODERNAS Y CIENCIA JURÍDICA PENAL

Con el siglo XX surge la influencia en el Derecho Penal, especialmente alemán, de la filosofía neokantiana. Expositores como Enrique Maier y Graf zu Dohna se destacarán como expresión del pensamiento científico-cultural. Son

¹² Grd., 1913, p.v.

numerosos los expositores de esta corriente conocida también como filosofía cultural del Sudoeste de Alemania, como el caso de Beling.

Los estudios y análisis del siglo XX y hasta del incipiente siglo XXI son numerosos, de variada orientación filosófica y política y de diferentes expresiones científicas, como las de Karl Binding y de Hans Welzel y su Teoría de lo ilícito personal¹³, sustitutiva del concepto causal ilícito. Mezger¹⁴ dice *“La ciencia jurídico-penal de hoy es consciente de que precisa múltiples métodos para conseguir la meta de su investigación”*. Es innegable el aporte de Roxin y la Teoría de la Imputación objetiva, y de Jescheck y el concepto social de acción, mediante el cual la acción es *“conducta humana socialmente relevante”*.

Donna desarrolla y explica con notable profundidad conceptual y sistematicidad que la base del sistema penal o su núcleo radica en la *“imputación”*¹⁵.

Con cita de Larenz, Donna dice *“la imputación... significa no otra cosa que la tentativa de delimitar un hecho causal. Cuando un sujeto es calificado como causa de un hecho, entonces se quiere decir con ello que el suceso tiene su propio acto, que es en relación a ese sujeto no una obra de la causalidad, del azar, sino de su propia voluntad, que como es sabido Kant lo llamó actio libera”*. De modo que, siguiendo a Larenz, *“el hecho sólo es imputable al autor cuando es obra de su voluntad libre y que, en el caso contrario, esto es, cuando se trata de la casualidad, del azar, el hecho no le pertenece al autor como algo propio y por ende no se puede decir que sea un acto que pueda imputársele, ya que es ajeno”*.

III. DERECHO PENAL UNILATERAL

De lo visto hasta aquí queda claro que el centro de atención fundamental, neurálgico, ha sido el de la conducta humana transgresora de la norma prohibitiva y la sanción aplicable. Dicho esto con la suficiente amplitud semántica para entender incluidas corrientes divergentes como la causalista, la finalista, como

¹³ Mediante la cual el dolo y la culpa dejan de ser concebidas como expresiones de la culpabilidad, sino de la tipicidad, a través del tipo subjetivo. Ello surge a partir del concepto de acción, como acción voluntaria y final.

¹⁴ Studienbuch, 2da. edición, págs. 18 y 19.

¹⁵ Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 11 y sgts., especialmente 18 a 26.

las ideas de Feubeubach, Lombroso, Liszt, Mezger, Günter Jakobs¹⁶ y Hans Joachim Hirsch¹⁷. En definitiva: Del delito y de la Pena.

El hombre como sujeto de reproche o imputación en tanto es gestor de su propia conducta que oscila entre lo permitido y lo prohibido, lo bueno y lo malo. El ser individual, conductor, autor.

En este aspecto el título de la obra de César Bonesana no merece retoques ni críticas para incluir los estudios que le sucedieron.

Esta mirada o atención, necesaria para la construcción científica del Derecho Penal, aparejó una relación vertical o de poder unilateral entre el delincuente y el Estado.

Para ello ha contribuido la idea de infracción antes citada y la intervención de un sujeto en la relación sustancial representante de la corona: el procurador.

De la mano de ello la víctima se ha visto no sólo sustituida sino hasta apropiada del interés de tutela judicial efectiva a la que accedería a través del representante.

Este representante ha sido, curiosamente, mandatario de distintos sujetos en regiones diferentes. Para ello ha influido la pertenencia del Ministerio Público dentro de los distintos poderes o como órgano extra-poder, viéndose tales diferencias ya en las distintas provincias argentinas y la nación. También ha influido el sistema de juzgamiento en cuanto a las reglas de integración de los tribunales. En EEUU, por ejemplo, el Ministerio Público representa al Estado y el jurado al pueblo. En nuestra provincia de Buenos Aires el Ministerio Público representa a la sociedad (podría decirse al pueblo)¹⁸ y los tribunales al Estado; aunque ambos pertenecen al Poder Judicial¹⁹.

¹⁶ Aut., citado, *Sistemas de Imputación Jurídicopenal*, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, libro homenaje a Hans Welzel, Hammurabi, Buenos Aires, 1998

¹⁷ Aut. citado, *Derecho Penal, Obras Completas, tomo I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, especialmente sus capítulos: *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, págs. 13 y a 36 y *Acerca de la Teoría de la Imputación Objetiva*, págs. 37 a 64.

¹⁸ Reza el art. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (12061): Art. 1º - Función. El Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

¹⁹ Art. 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Art. 2º; LEY 12061 "Principios. El Ministerio Público es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de su función requirente. Su organización es jerárquica, y está regida por los principios de: unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización".

Estas vicisitudes llevaron a digestos procesales muy dispares, como el Código Procesal Penal de la Nación, Obarrio, de 1888 que instituyó las acciones penales públicas y las acciones penales privadas no conocidas por el Código Penal de Carlos Tejedor de 1886. Y hasta la posibilidad de acción popular.

El Código Procesal Penal de Córdoba de 1937, sancionado en 1939 y vigente un año después, de la mano de Soler-Vélez Mariconde, que no admitió la figura del querellante en delitos de acción pública. Y desde entonces los diferentes avancen de la legitimación, primero procesal y luego sustancial de la víctima.

Puede enumerar, a título de ejemplo:

1) La crisis del concepto de acción penal pública oficiosa, irrenunciable e indisponible en su acepción absoluta.

2) La crisis del denominado principio de oficiosidad.

3) La crisis del principio de legalidad a partir de la regla de la oportunidad.

4) El incremento de los derechos de la parte –víctima en el proceso penal como acusador privado: desde la posibilidad de promover medidas, hasta la de sostener la pretensión punitiva con independencia del Ministerio Público; la de recurrir, y en nuestra provincia, en ciertos casos, de accionar formulando requisitoria de elevación a juicio.

5) El reconocimiento de la condición de víctima con el resguardo de derechos procesales, aun cuando no se asuma el rol de parte.

6) El incremento del concepto de víctima, hasta abarcarse a la colectiva y la difusa, como una potenciación de la legitimación sustancial.

7) La aparición de mecanismos alternativos de solución de conflictos penales.

8) La mediación penal.

9) La representación oficial de las víctimas en tutela de sus derechos en el proceso penal.

IV. CRISIS. EL CONFLICTO

¿Qué es lo que ha pasado?

¿A qué se deben esos cambios drásticos?

A mi modo de ver esos cambios se deben a la modificación sociocultural que va avanzando en direcciones atípicas para, en general y salvo destacadas excepciones, el ámbito de conocimiento jurídico. Esa modificación se produjo con la aparición (tentado estoy a llamarla reaparición, pero sería incorrecto) del particular afectado como eje en la relación con el delito.

Existen institutos de derecho penal que obedecen claramente a la unilateralidad (Del Delito y de la Pena), como la suspensión de juicio a prueba, en el cual no interviene la víctima o damnificado. Existen otros, por el contrario, que se edificaron sobre la consideración de aquélla, aunque de modo limitado y muy reglamentado como la instancia penal en los delitos de acción pública dependientes de ella y el avenimiento.

Aparecen situaciones harto complejas de nuestra realidad actual que han quebrado los límites de lo público y lo privado, o mejor dicho, del interés público derivado de la comisión de un delito y del interés privado originado por el conflicto que acarrea el delito, o el conflicto que acarrea su juzgamiento. Aparecen los intereses difusos, los intereses colectivos, las asociaciones y personas jurídicas intermedias, representativas de consumidores y usuarios, los derechos ambientales y a la salud pública, con alcancen o compromisos diferentes en la población de acuerdo al ámbito de injerencia o efectos. Es también muy evidente la tendencia a la criminalización de conductas o conjunto causal de conductas para punir resultados, etcétera, etcétera.

El delito es reclamado como patrimonio no sólo del delincuente y del Estado; aparece un miembro más: la víctima y de la mano de la víctima surge a la luz, se comienza a apreciar, el conflicto que apareja normalmente un delito o que se genera de su juzgamiento.

La relación penal es incorporada en un marco de bilateralidad, en gran parte de sus casos. Quiero decir con esto que existe una tendencia o tensión a partir de la inclusión tanto sustantiva como procesal de la víctima y el conflicto en el ámbito gnoseológico del Derecho Penal, que lleva a poner en crisis sus límites y horizontes conceptuales. No sé qué es lo que va a ocurrir finalmente, ni cuál será el grado último de influencia. Sólo advierto, a partir de los indicadores mencionados cuáles son las causas que están traccionándolo.

El YO delinciente, tiene un significado para la ciencia penal muy claro, que difiere de la visión vulgar o no jurídica donde el delinciente no es el YO sino el OTRO²⁰.

El YO delinciente, en la ciencia penal encuentra en esta tensión o bilateralización OTRO u OTROS víctima o damnificados que son sujetos sustanciales del delito, no como autores o cómplices, sino como integrantes de la relación sustancial que genera el conflicto. En sentido vulgar esta tensión conduce al involucramiento del YO víctima o damnificado en la relación con el OTRO delinciente.

V. ¿DERECHO PENAL BILATERAL?

El conflicto representa un serio problema para la perspectiva penal tradicional porque puede implicar la negación de sus postulados o requerir de su reformulación como por ejemplo con el *fin de la pena*.

También trae consigo, bajo el velo del derecho a peticionar, a la tutela judicial efectiva y de procurar el imperio de la legalidad, la compleja carga de intereses particulares de diversa etiología, que podrán ver en el sistema penal que logran motorizar un mecanismo efectivo para someter al otro de un modo más o menos limitante de sus libertades.

Esto está claro desde el mismo momento en que advertimos que el sistema penal no regresa a su prehistoria, donde era patrimonio de los particulares, ya que el aparato de investigación, juzgamiento y represión sigue siendo público. Por ello no era correcto sostener una “reparación” de la víctima a secas. El ejercicio de la fuerza legítima sigue en manos del Estado.

La concepción bilateral del delito no sustituye, al menos aún, los mecanismos del poder público punitivo, sólo aparece dejando en manos de otros particulares el comando, al menos, de su excitación y motorización.

Estos son los desafíos que habrá que asumir en breve, cuanto antes, so riesgo de deconstruir la vigencia e integridad de la ciencia penal.

²⁰ Sin entrar con esto en el Derecho Penal del Enemigo.