

TEORÍAS DE LA PENA ORIENTADAS A LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN Y ANGLOSAJÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES*

Juan Guillermo Rowlands Olaechea**

Resumen: ¿Es posible estructurar una teoría de la pena desde el punto de vista de la víctima del delito? En el presente artículo abordo algunas elaboraciones teóricas propias del derecho penal alemán y anglosajón que, en tiempos recientes y con cierta resonancia, han buscado dar una explicación sustancial al “castigo” y sus fines, no solo a través de la relación entre Estado e infractor penal, sino también mediante la inclusión de quien resulta directamente ofendido con la realización del hecho punible.

* El presente texto es el resultado de una investigación realizada por mí en el marco del seminario „Warum Strafe? – die neueren Straf(zweck)theorien in der deutschen und anglo-amerikanischen Rechtsphilosophie“, dirigido por el Dr. Thomas Grosse-Wilde (Universität Bonn), a quien, por su amabilidad y generosidad, le expreso mis más sinceros agradecimientos. Agradezco también al Dr. Camilo Sampedro Arrubla por compartirme sus siempre acertadas reflexiones durante la redacción de este artículo. Fecha de recepción: 8 de abril de 2024. Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2024. Para citar el artículo: Rowlands Olaechea, Juan Guillermo, “Teorías de la pena orientadas a la víctima en el derecho penal alemán y anglosajón. Algunas consideraciones”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 121 (julio-diciembre de 2025), pp. 93-124. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n121.05>.

** Abogado (Universidad Externado de Colombia). Doctorando, asistente científico (wissenschaftlicher Mitarbeiter) y LL. M. („Deutsches Recht“) de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. ORCID: 0009-0002-8214-3007. Correo electrónico: jrowland@uni-bonn.de.

Palabras clave: Estado, poder punitivo, teoría, pena, fines, víctima, infractor penal.

VICTIM-ORIENTED THEORIES OF PUNISHMENT IN GERMAN AND ANGLO-SAXON CRIMINAL LAW: SOME CONSIDERATIONS

Abstract: Is it possible to structure a theory of punishment from the point of view of the victim of the crime? In this article I address some theoretical elaborations of German and Anglo-Saxon criminal law which, in recent times and with some resonance, have tried to give a substantial explanation to “punishment” and its purposes, not only through the relationship between the State and the criminal offender, but also through the inclusion of the person who is directly offended by the commission of the punishable act.

Keywords: State, punitive power, theory, punishment, ends, victim, criminal offender.

INTRODUCCIÓN

La pregunta por la justificación de la pena ha constituido uno de los temas más discutidos a lo largo de la historia del derecho penal. En el marco de las sociedades democráticas, constituidas como triunfo de la humanidad sobre la tiranía, arroja el concepto “castigo”, como tarea del Estado y mecanismo de control social, más inquietudes que respuestas concretas.

Como consecuencia de ello, muchos autores alrededor del mundo han emprendido la labor de explicar este fenómeno a través de las teorías de la pena. Dentro de estos esfuerzos, en los que se comprenden, por un lado, la limitación del poder punitivo del Estado y, por el otro, la determinación del alcance de dicho poder, se puede advertir que la mayoría de construcciones teóricas en la materia tradicionalmente se han concentrado en el trinomio “Estado-sociedad-infractor penal”.

No obstante, en la discusión científica actual se ha integrado un cuarto factor a esta relación triangular: la víctima. En ese contexto, el propósito del presente artículo es el de investigar las teorías de la pena que tanto en el derecho penal alemán como en el modelo anglosajón han buscado justificar el castigo bajo la óptica de su orientación hacia la víctima.

Para tal fin se abordará, en primer lugar, la discusión de estas teorías al interior de la ciencia penal alemana (1), cuyo objeto de análisis será el fenómeno del “re-descubrimiento de la víctima” (*Wiederentdeckung des Opfers*) (1.A), el tránsito del

colectivismo al individualismo (I.B) y, finalmente, las distintas construcciones teóricas que al respecto han elaborado algunos autores (I.C).

En segundo lugar, y en el marco del derecho penal anglosajón (II), se realizará una breve distinción entre los conceptos de *utilitarismo* y *retribución* (II.A), pues ello permitirá un mejor entendimiento de cómo ciertos autores, en este sistema de derecho, han fundamentado la justificación de la pena desde un punto de vista orientado a la víctima (II.B).

Por último, y a modo conclusivo (III), se efectuará una comparación entre ambos modelos de derecho para hallar no solo sus semejanzas y diferencias, en lo que al objeto de estudio del presente artículo se refiere (III.A), sino también los efectos que produce la integración de la víctima al interior de las teorías de la pena (III.B).

I. LA DISCUSIÓN ALEMANA

A. El “redescubrimiento de la víctima”

Parece haber un consenso en el interior de la ciencia penal alemana en cuanto a que su objeto de estudio, tras la segunda parte del siglo XX, y que hasta entonces se había concentrado en el infractor penal, empezó a volcarse tendencialmente hacia la víctima.¹ Este cambio de paradigma tuvo lugar en dos escenarios: en el procedimiento penal² y en el ámbito de la determinación de la pena (*Strafzumessung*).³

Desde esa perspectiva, lo que en el marco del procedimiento penal se buscaba era el mejoramiento de la posición de la víctima, frente al procesado, desde la óptica de la igualdad de armas.⁴ Por su parte, en lo que a la determinación de la pena se refería, la cuestión se trataba de si la reparación (*Wiedergutmachung*) del autor frente a la víctima debía ser integrada dentro del sistema de sanciones,⁵ bien fuera como sustituto de la pena, como parte del catálogo de las penas ya existentes o bien como una sanción independiente.⁶ De allí que algunos autores denominaran a este fenómeno el “redescubrimiento de la víctima”.⁷

1 Schünemann, *NStZ* 1986, p. 193.

2 Si se quiere profundizar en ello, véase: Anders, *ZStW* 124:2 (2012), pp. 374 y ss.

3 De especial relevancia en la materia: Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, pp. 108 y ss.

4 Hirsch, Kaufmann-*Gedächtnisschrift*, p. 699 (702 y s.).

5 Para algunos autores, la reparación (*Wiedergutmachung*) representa la “tercera vía” (*die „dritte Spur”*) del derecho penal. Detalladamente al respecto: Roxin/Greco, *AT*⁵, § 3 n.º marg. 72.

6 Hirsch, Kaufmann-*Gedächtnisschrift*, p. 699 (706) (708).

7 Hirsch, Kaufmann-*Gedächtnisschrift*, pp. 699 y ss.; Jung, *ZRP* 2000, pp. 159 y ss.; Seelmann, *JZ* 1989, p. 670 (670 y ss.); Weigend, *RW* 2010, p. 39 (53).

Pues bien, en el marco de las teorías de la pena la situación no había sido distinta. En un contexto histórico, en el que primigeniamente se hablaba de un derecho penal “inter-partes”, esto es, de aquel que solo incumbía a la víctima y al ofensor, paulatinamente fueron surgiendo las instituciones del derecho penal moderno como un asunto de carácter público y de interés general. Así, durante el imperio de las teorías retributivas de la pena, valga la salvedad, formuladas en un sentido expiatorio, podría decirse que el deseo de venganza de la víctima, con ocasión del injusto (*Unrecht*) sufrido por ella, fue paso a paso “domesticado” gracias al surgimiento de la institucionalidad.⁸

Ya para la época del idealismo alemán, surgido a finales del siglo XVIII, y principalmente representado por Kant⁹ y Hegel,¹⁰ se concebiría el delito como una lesión al derecho. Desde esa perspectiva, se entendería que la sanción del autor, bajo el supuesto de infligirle dolor (*Übelzufügung*), tenía un contenido simbólico, retrospectivo y socio-ético, en tanto que esta únicamente se encontraba fundamentada en el tipo y gravedad del delito y tenía como propósito exclusivo la compensación de su culpa. En ese sentido, estas teorías de la pena serían denominadas “absolutas”.¹¹

Por su parte, las teorías de la prevención también encontrarían su lugar en la discusión jurídico penal. De acuerdo con sus lineamientos básicos, o mejor, tradicionales, lo que se busca con la imposición de la pena es que el delito no vuelva a ser cometido, bien sea por cualquier miembro de la sociedad –prevención general negativa en los términos de Feuerbach¹²– o por el autor en sí mismo –prevención especial en los términos de von Liszt¹³–. El hecho de que estas teorías no se basen en la retribución al infractor penal por el injusto (*Unrecht*), sino que más bien persigan la evitación o repetición de este último, desde una perspectiva utilitarista o consecuencialista, las llevaría a ser denominadas “relativas”.¹⁴

Ahora, la explicación anterior no puede llevar, en ningún caso, a sostener que la discusión frente a las teorías de la pena, valga la aclaración, centradas en el autor del delito, es un mero asunto del pasado. Por el contrario, tanto las posturas modernas sostenidas por un sector de la doctrina, que pueden ser clasificadas como absolutas,¹⁵

8 Schünemann, *NStZ* 1986, p. 193.

9 Kant, *Metaphysik der Sitten*, Allg. Anm. E zu den §§ 43-49.

10 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 97, 99-100.

11 Roxin/Greco, *AT*⁵, § 3 n.º marg. 2.

12 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 16.

13 Von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I, p. 126 (163 y ss.).

14 Roxin/Greco, *AT*⁵, § 3 n.º marg. 11.

15 Con distintas bases teóricas, por citar algunos ejemplos: Zaczyk, *Eser-Festschrift*, pp. 207 y ss.; Kindhäuser, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, 1990, pp. 35 y ss.; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 110 y ss.

como aquellas que se pueden rotular como relativas,¹⁶ y por qué no, algunas otras que sugieren una mixtura entre ambos puntos de vista (las llamadas “teorías de la unión” [*Vereinigungstheorien*]), han continuado con el desarrollo de sus antecesoras a través de distintas formulaciones teóricas de las cuales, por su variedad, complejidad y extensión, no me ocuparé en el presente escrito.¹⁷

Más bien, el propósito de este breve resumen de las teorías de la pena consiste en mostrar que también en este campo, así como en el ámbito de las cuestiones relativas a las vías (*Spuren*) del derecho penal o en el marco del derecho procesal penal, la víctima pareciera haber sido ignorada *de lege data*.¹⁸ De un análisis superficial de las teorías absolutas o relativas de la pena se puede extraer que la mayoría de ellas se basan en el colectivismo¹⁹ (sobre ello se volverá en el apartado I.B), lo cual significa que todos los asuntos estatales en materia penal, entre ellos la justificación de la pena, se encuentran orientados a los intereses de la sociedad, pues a través de la imposición de esta solo se busca la protección “de la colectividad o de un bien no asignado individualmente”,²⁰ mas no de los intereses particulares del lesionado en sentido estricto.²¹

B. Colectivismo e individualismo

Con el cambio en la concepción del Estado a mediados del siglo XX, basada ahora en los derechos fundamentales, surgiría el concepto de *individualismo normativo*. Según este, todas las metas colectivas, indispensables para el funcionamiento de la sociedad, deben tener en consideración los intereses individuales de cada una de las personas que la integran, bajo el entendido de que estas, por ser destinatarias de aquellas, no pueden ser simplemente ignoradas según el criterio de mayor satisfacción para la generalidad. Desde esa perspectiva, el castigo del autor de un determinado delito tiene como significado que el Estado, en su calidad de titular del *ius puniendi*, en nombre de la sociedad y en interés de ella, va a limitar el derecho fundamental a la libertad que este tiene, por ejemplo, a través de una pena de prisión. No obstante, ese interés general en el esclarecimiento del delito (meta colectiva) no puede, de ninguna manera, sobrepasar la garantía fundamental que el infractor penal tiene a un debido proceso (interés individual).²²

16 Principalmente, aunque con variaciones posteriores en su fundamentación teórica: Jakobs, *AT*², § 1, núms. margs. 14 y ss.

17 Detalladamente al respecto: Roxin/Greco, *AT*⁵, § 3 núms. margs. 1 y ss.

18 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (951). Muy crítico al respecto: Zaczyk, *GA* 2013, p. 362 (365). Sobre ello se volverá en el apartado final del presente artículo (D).

19 Ilustrativo al respecto, desde una óptica kantiana: Hörnle, *Penal Censure*, p. 207 (208 y ss.).

20 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (951).

21 Con fundamento en ello indicaría Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, p. 70, que el derecho penal fue edificado con el propósito de “neutralizar a la víctima”.

22 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (952).

La pregunta que de la explicación anterior surge es: ¿dónde ubicar entonces a la víctima, según esta nueva visión del individualismo normativo, en el interior de las teorías de la pena?

Tradicionalmente se había justificado la no injerencia de la víctima en el derecho penal por dos razones. La primera de ellas se basa en la distinción entre los fines que persiguen el derecho penal y el derecho civil, pues en este último, particularmente en el escenario de la responsabilidad, el delito es entendido como una fuente de obligaciones, cuyo acaecimiento trae consigo el deber de reparación en favor del afectado y le concede a este la oportunidad de tasar y valorar sus perjuicios. Por el contrario, el derecho penal se constituye como un mecanismo de control social, en el que la valoración de los perjuicios del lesionado con ocasión del delito poco o nada importa, particularmente porque lo que se busca evitar es que el escenario penal se convierta en un escenario de “venganza institucionalizada” en el que se privilegien los intereses de la víctima frente al autor.²³

Como segundo argumento, íntimamente ligado al anterior, se refiere que el derecho penal, durante su evolución histórica, sufrió un proceso de “des-emocionalización” (*Ent-Emotionalisierung*). En ese sentido, cuando de los sentimientos de la víctima se habla, a no ser que se trate de su interés en ser reparada, siempre, o casi siempre, se evocan criterios como “venganza” o “desquite”, los cuales, en el marco de un derecho penal civilizado, no pueden ser considerados, pues de lo contrario se abriría la puerta a la irracionalidad y, por qué no, a la justicia por mano propia.²⁴

Pues bien, en contra de los argumentos anteriormente explicados, sostienen algunos autores que también se ha logrado verificar empíricamente que para las víctimas de ciertos delitos, en particular de aquellos en los que estas han tenido un contacto estrecho con el sujeto agente y dicho contacto les ha generado consecuencias físicas o psicológicas de una magnitud considerable, una simple reparación económica no es suficiente.²⁵ De igual manera, en lo que a las emociones o sentimientos de las víctimas se refiere, podría decirse que el deseo de venganza podría calificarse como “natural” o “patológico” y que, por tal motivo, se les debe descartar. Sin embargo, ello no puede llevar a la conclusión de que la víctima no tenga otras necesidades, en especial, frente a la reacción estatal.²⁶

23 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (953).

24 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (954).

25 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (953).

26 Hörnle, *Straftheorien*, p. 39.

C. Interés de la víctima en el castigo del delincuente

¿Cuáles son las necesidades de la víctima frente a la reacción estatal? Realizar una enumeración exhaustiva de todas y cada una de las necesidades físicas o psíquicas que experimentan las víctimas de un hecho punible resultaría una tarea imposible. No obstante, el paradigma cambia cuando se pregunta si a la víctima le asiste un interés legítimo en el castigo de su agresor, mediante el juicio penal de desvalor (*das strafrechtliche Unwerturteil*), y si a través de ello se puede edificar una teoría de la pena que tenga en cuenta no solo a las víctimas reales,²⁷ sino también, quizás, a las presuntas o futuras.²⁸

1. No para todos los delitos

Coinciden aquellos que han intentado formular una teoría de la pena orientada a la víctima en que sus fundamentaciones teóricas no tienen una pretensión de aplicación generalizada para todos los delitos de la parte especial del Código Penal,²⁹ sino únicamente para aquellos en los que la víctima es una persona de “carne y hueso”, la cual tuvo una interacción cercana con su agresor.³⁰

Para poder analizar esta interacción cercana entre ofensor y lesionado, con ocasión del delito, algunos autores parten de un criterio victimológico.³¹ Desde este punto de vista, el delito se muestra, por un lado, como un acontecimiento traumático, esto es, como “una experiencia tan extrema, que los hechos cotidianos nunca podrían alcanzarla” (*„eine so extreme Erfahrung, dass die Instrumente des Alltäglichen es nie ganz erreichen können“*),³² o, por otro, como una ofensa que afecta la integridad física y emocional de la víctima.³³

Algunos otros autores dejan de lado las cuestiones victimológicas para sustentar sus posturas desde una óptica normativa. Por consiguiente, en el marco de la interacción cercana entre el sujeto agente y el ofendido, se entiende al delito como una “lesión gravísima al derecho” (*„gravierende Rechtsverletzung“*)³⁴ o como un atentado contra

27 Hörnle, *Penal Censure*, p. 207.

28 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 176.

29 Hörnle, *Straftheorien*, pp. 36 y ss.

30 Por todos: Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 200.

31 Günther, *Lüderssen-Festschrift*, p. 205 (208); Jerouschek, *JZ* 2000, p. 185 (187 y ss.); Reemtsma, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters*, p. 24.

32 Reemtsma, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters*, p. 24.

33 Günther, *Lüderssen-Festschrift*, p. 205 (208).

34 Hörnle, *Straftheorien*, p. 40.

una “norma penal garante de un bien jurídico individual” („*individualrechtsgutschützende Strafrechnorm*“).³⁵

En fin, independientemente de la perspectiva que se adopte, lo cierto es que los delitos que atentan contra la sociedad y el Estado quedan excluidos del objeto de estudio de estas teorías.³⁶

2. *Teorías preventivo-especiales orientadas a la víctima*

a. *Jean-Philipp Reemtsma*

De acuerdo con Reemtsma,³⁷ el derecho de la víctima al castigo del autor se encuentra fundamentado en el interés que esta tiene de recuperarse de los daños inmateriales sufridos con ocasión del delito, los cuales son entendidos como un trauma en el sentido de dolor, sufrimiento y pérdida de ganas de continuar con su vida. Este derecho, no obstante, no puede basarse en la necesidad de “desquitarse” que la víctima pueda tener frente a su agresor, en tanto que todo deseo de venganza, por ser socialmente inaceptable, debe ser excluido por la praxis jurídica.³⁸

Así, Reemtsma divide su argumentación en dos sentidos. En primer lugar, acude a los postulados de la teoría de la prevención general positiva, la cual denomina “teoría marco” (*Rahmentheorie*). De acuerdo con esta teoría, según Reemtsma, el derecho penal debe ser analizado no solo desde una perspectiva normativa o filosófica, sino también sociológica. En ese sentido, el derecho penal representa la formalización del control social, bajo el entendido de que este, con sus “instrumentos afilados” (*scharfe Instrumenten*), tiene la función de resolver los conflictos más complejos en el interior de la sociedad. Luego, se aplica la siguiente fórmula: “Cuanto mayor sea el grado de formalización, mayor será la orientación del destinatario” del derecho penal, pues de esta manera este puede saber cómo la reacción estatal se dirigirá en su contra si llega a cometer un delito.³⁹

Conforme a ello, Reemtsma sostiene que la formalización del control social, plasmada en el derecho penal, también es aplicable a la víctima, pues por esta vía la sociedad puede reconocer que el sufrimiento padecido por ella es producto de su “mala suerte”

35 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 201.

36 Günther, *Lüderssen-Festschrift*, p. 205 (2008); Hörnle, *Penal Censure*, pp. 207 y ss.

37 Al respecto, cabe destacar que este autor fue víctima de uno de los secuestros más famosos en Alemania a finales del siglo xx. Si se quiere ampliar la información, puede consultarse la nota de prensa del diario El País aquí: https://elpais.com/diario/1996/04/28/internacional/830642407_850215.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado

38 Reemtsma, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters*, pp. 20 y ss.

39 Reemtsma, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters*, p. 20.

(*Unglück*) o que su sufrimiento proviene del injusto (*Unrecht*) atribuible al infractor penal. En consecuencia, cuando al autor se le impone la pena, lo que se produce es una muestra de solidaridad de la sociedad frente a la víctima, en tanto que a través de la pena se le confirma a esta, simbólicamente, que el delito fue un injusto (*Unrecht*), mas no un acontecimiento ocurrido por su “mala suerte” (*Unglück*).⁴⁰

En otras palabras: si el delito tiene lugar en el plano social, en términos de Reemtsma, lo cierto es que la tarea del derecho penal debe consistir en el restablecimiento contra-fáctico de la “seguridad orientadora de la vida en sociedad”, pues cuando el delito se materializa, no solo la sociedad pierde dicha orientación, sino también la víctima. Por consiguiente, debe entonces la pena considerar también al ofendido, en tanto el Estado está obligado a delimitar los daños (en los términos arriba explicados) generados por el delito frente a él, ya que su pretensión no es otra que la de resocializarse mediante la sanación de sus experiencias traumáticas y la evitación de nuevos o futuros daños, esto es, a través del restablecimiento de la ley por conducto del castigo al delincuente.⁴¹

b. Günther Jerouschek

En una dirección similar a la de Reemtsma, Jerouschek parte del reconocimiento de un fin “victimológico de la pena” („*viktimologischer Strafzweck*“) como fundamento, valga la redundancia, de su teoría victimológica de la pena („*viktimologische Straftheorie*“).⁴²

De acuerdo con él, la pena también debe estar instituida para ayudar a la víctima en la “disolución y superación de las experiencias traumáticas” („*Auflösung und Überwindung traumatischer Situationen*“) que esta experimenta con ocasión del delito.⁴³ En ese sentido, indica Jerouschek que el castigo del autor frente al ofendido tiene el rango de un “factor de apoyo curativo” („*supportiver heilsamer Faktor*“), afirmación a la que llega mediante el estudio de una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, relacionada con el Art. 2 de la Constitución (*Grundgesetz*),⁴⁴ en la que se indicó que la sanción del autor de un delito de considerable gravedad debía imponerse persiguiendo, en favor de este, fines terapéuticos.⁴⁵

Si la pena tiene que perseguir una finalidad terapéutica en favor del delincuente, continua Jerouschek, tiene esta también que incluir a la víctima, pues si el Estado,

40 Reemtsma, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters*, p. 21.

41 Reemtsma, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters*, pp. 26 y ss.

42 Jerouschek, JZ 2000, p. 185 (193 y ss.).

43 Jerouschek, JZ 2000, p. 185 (193).

44 BVerfGE 88, p. 203 (251 y ss.).

45 Jerouschek, JZ 2000, p. 185 (194).

quien no pudo evitar el acontecimiento delictivo, llegase a renunciar a ella sin justificación alguna, lo único que haría sería incrementar el sufrimiento del ofendido y, al mismo tiempo, menguar las chances que este podría tener para recuperarse.⁴⁶

¿Cuáles serían entonces los efectos terapéuticos de la pena en la víctima? Según Jerouschek, la pena impuesta como producto final del proceso penal debería ser entendida como un “interlocutorio de injusto” (*Unrechtsinterlokut*), esto es, como un acto de comunicación. A través de él, no solo se le aclara a la víctima, de forma detallada y precisa, el contenido del injusto (*Unrecht*) por ella sufrido, con miras a que esta pueda superar sus traumas, sino que también, simbólicamente, se produce una manifestación de solidaridad en su favor, pues la pena envuelve una muestra de lealtad de la sociedad, tanto frente al autor como a la víctima.⁴⁷

c. *Klaus Günther*

Günther menciona expresamente el concepto de “satisfacción” (*Genugtuung*) como el interés legítimo de la víctima en el castigo del autor.⁴⁸ Según él, las consecuencias materiales o palpables del delito, por ejemplo, una herida o una cicatriz, no muestran los efectos reales que este tiene frente al ofendido.⁴⁹

Por el contrario, lo que la víctima experimenta es una sensación de “humillación, menosprecio y degradación” (*„Mißachtung, Demütigung und Erniedrigung“*), pues el delito representa una ofensa que la coloca en el último rango de la sociedad. En ese sentido, lo que a la víctima le interesa, según Günther, es el “restablecimiento de su reputación social” (*„Wiederherstellung seines Ansehens“*) mediante la imposición de la pena al infractor.⁵⁰

De igual manera, Günther le adscribe a la pena un significado “simbólico-expresivo” (*„symbolisch-expressive Bedeutung“*), bajo el supuesto de que ella encarna “una declaración pública en la que se manifiesta que la lesión es un injusto de responsabilidad individual y que dicho injusto no es aceptado por la generalidad” (*„öffentliche Deklaration, daß die Verletzung ein individual zu verantwortendes Unrecht sei und daß dieses Unrecht von der Allgemeinheit nicht akzeptiert werde“*). En consecuencia, el castigo, que también se dirige al autor y a la sociedad, le muestra a la víctima que el injusto (*Unrecht*) fue el producto de un actuar imputable a un tercero, mas no el resultado de su “destino” (*Schicksal*) ni de su “mala suerte” (*Unglück*), pues

46 Jerouschek, JZ 2000, p. 185 (193).

47 Jerouschek, JZ 2000, p. 185 (194).

48 Günther, Lüderssen-Festschrift, p. 205 (207).

49 Günther, Lüderssen-Festschrift, p. 205 (210).

50 Günther, Lüderssen-Festschrift, p. 205 (208 y ss.).

a través de aquel se le confirma a la víctima que el suceso punible no fue por ella provocado o causado.⁵¹

d. *Tatjana Hörnle*

Alejándose de las teorías de la pena orientadas a la víctima anteriormente expuestas, cuyo sustento reside en las constataciones empíricas del sufrimiento de la víctima, formula Hörnle lo siguiente: Es cierto que existe una variedad infinita de necesidades psicológicas de las víctimas, pero, por otra parte, también puede haber víctimas que, con ocasión de su fortaleza psicológica, no experimentan dichas necesidades. Esto no quiere decir, sin embargo, que estas víctimas “valientes” (*mutige Opfer*) no tengan algún interés legítimo en el castigo del autor.⁵²

En ese sentido, Hörnle acude al concepto de “significado expresivo de la pena” (*„expressive Bedeutung von Strafe“*),⁵³ según el cual la pena contiene un elemento comunicativo: un juicio de desvalor (*Unwerturteil*), o, en otras palabras, un reproche (*Tadel*) que no solo se dirige al autor o a la sociedad, sino también a la víctima. Desde esa perspectiva, toda persona lesionada, con ocasión de un hecho punible de considerable gravedad, tiene un interés en que se le diga “el injusto no debió haber ocurrido” (*„dass das Unrecht nicht hätte geschehen dürfen“*), pues a través de ello se le constata a la víctima que el delito no ocurrió por su infortunio o “mala suerte” (*Unglück*).⁵⁴

Para justificar su posición, Hörnle acude a dos argumentos. En el primero de ellos, refiere la autora que la gran mayoría de las sociedades modernas no se rigen por fuertes creencias religiosas, lo cual haría más fácil explicar, por ejemplo, que el delito ocurrió por un designio superior y que era el destino de la víctima tener que experimentarlo. Como segundo argumento menciona que la humanidad, gracias a la influencia de las ciencias naturales, también comprendió que los cursos causales no son simplemente verificables, sino que también son susceptibles de modificación o que se pueden controlar. En consecuencia, lo más importante para la persona lesionada es la confirmación, mediante un acto oficial –imposición del castigo mediante sentencia–, de que la causa de la lesión de sus intereses jurídicos (*Güter*) fue el hecho antijurídico de otra persona. De esta manera, y en virtud del contenido comunicativo de la pena, se logra no solo que en el ofendido desaparezcan los sentimientos de “fue tu culpa” (*„du warst selbst schuld“*), sino también que este recupere el respeto por sí mismo.⁵⁵

51 Günther, *Lüderssen-Festschrift*, p. 205 (218).

52 Hörnle, *Straftheorien*, p. 38.

53 Si se quiere profundizar en la paulatina inserción de la víctima en el interior de las teorías expresivas de la pena, véase: Hörnle, *Penal Censure*, p. 207 (210 y ss.).

54 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (954 y s.).

55 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (955).

En estos términos, refiere Hörnle, es que se justifica el derecho de la víctima al castigo del agresor, bajo el entendido “que el juicio de desvalor (*Unwerturteil*) plasmado en la pena no sólo tiene la función de reprochar al autor, sino también la de reconocer las pérdidas que la víctima ha sufrido y la de solidarizarse con ella” („*das Unwerturteil hat nicht nur den Täter zu tadeln, sondern auch die Einbußen, die das Opfer erlitten hat, anzuerkennen und sich mit ihm zu solidarisieren*“).⁵⁶

e. Wilfried Holz.

Por su parte, Holz indica que el derecho de la víctima al castigo del autor se desprende de un “derecho de carácter subjetivo y público” que esta tiene frente a “la restitución de la norma penal que tutela un bien jurídico individual”.⁵⁷

El fundamento teórico de esta afirmación reside, según Holz, en el “interés de satisfacción plena de la víctima” („*Genugtuungsinteresse des Opfers*“) como fin de la pena. ¿En qué consiste este “interés de satisfacción” de la víctima? En la confirmación de que lo ocurrido ha sido un injusto (*Unrecht*), en el reconocimiento que tiene derecho a saber que así fue, para que pueda reaccionar de manera adecuada y en la garantía de manifestarle que algo semejante, en el futuro, no volverá a suceder.⁵⁸

De acuerdo con lo anterior, la pena tiene entonces un contenido comunicativo, entendido como la “declaración de un juicio de desvalor de contenido socio-ético” („*Ausspruch eines soziaethischen Unwerturteils*“).⁵⁹ Para llegar a esta formulación, Holz realiza una distinción entre las normas de comportamiento que tutelan un bien jurídico individual y las normas de sanción. En ese sentido, las normas de comportamiento son aquellas que se ven quebrantadas por el obrar del autor (por ejemplo, no matar). Por su parte, las normas de sanción tienen dos niveles: en el primero de ellos, se ubica el juicio de desvalor (*Unwerturteil*) como sanción verbal de carácter primario, mientras que en el otro se ubica la imposición de la pena privativa de la libertad o la multa *stricto sensu*, las cuales tienen un carácter secundario.⁶⁰

Por consiguiente, como en el ámbito primario de las normas de sanción se encuentra el juicio de desvalor y este también comprende a la víctima, lo que se produce con la pena no sólo es el reconocimiento de la victimización sufrida por ella, sino también el reconocimiento del menoscabo de su “sensación de seguridad subjetiva”

56 Hörnle, JZ 2006, p. 950 (956).

57 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 201.

58 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 134.

59 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 195.

60 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, pp. 33 y ss.

(„subjektives Sicherheitsgefühl“), definida como “integridad de sus bienes jurídicos”, producto de la infracción a la norma de comportamiento atribuible al autor.⁶¹

Así, el “quebrantamiento de la confianza jurídica” es, en última instancia, el daño inmaterial que percibe la víctima y frente al cual el Estado,⁶² como garante constitucionalmente obligado a brindar seguridad a sus ciudadanos, debe responder.⁶³ En otras palabras, en términos de Holz, la función de la comunidad jurídica consiste en demostrarles a las víctimas que no sólo se preocupa por ellas, sino que también tiene interés en rehabilitarlas del daño sufrido para que puedan reorientarse en la sociedad.⁶⁴

3. Teoría de la restitución general positiva

De acuerdo también con Holz, el quebrantamiento de las normas de comportamiento, atribuible al autor, no solo afecta la confianza de las víctimas “reales” en su existencia en sociedad, sino también la de las “víctimas virtuales”.⁶⁵ Estas son definidas por Holz como aquellas que, “de manera previa a que se produzca un delito, conocen la existencia de normas penales que protegen bienes jurídicos individuales” (*diejenigen, die „vor Begehung einer Straftat individualrechtsgutschützende Strafrechtsnormen kennen“*).⁶⁶

En ese sentido, y retomando su construcción teórica de la ambivalencia de las normas de sanción, indica Holz que la sanción verbal primaria, esto es, el juicio de desvalor socio-ético, también se dirige a las víctimas virtuales. Lo anterior, bajo el supuesto de que cuando el Estado, en cumplimiento de su obligación constitucional de brindar seguridad a sus ciudadanos, reacciona frente a la infracción de la norma de conducta, también les envía un mensaje a estas víctimas virtuales, consistente en el restablecimiento de las expectativas de comportamiento que estas tienen en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad. En otras palabras: la esfera comunicativa de las normas de sanción les devuelve a las víctimas virtuales la sensación liberadora de seguridad subjetiva frente a sus bienes jurídicos.⁶⁷

La diferencia entre la teoría de la restitución general positiva y la teoría de la prevención general positiva radica, según Holz, en que esta última solamente persigue el “incremento de la confianza jurídica de la población” (*„die Rechtstreue der Bevölkerung*

61 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, pp. 195 y ss.

62 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 195.

63 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 61.

64 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 199.

65 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 176.

66 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 26.

67 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 176.

zu steigern“). Desde esa perspectiva, en el marco de la teoría de la prevención general positiva, el destinatario del ámbito comunicativo del castigo es únicamente el potencial o virtual infractor penal, bajo el entendido de que con ello se le muestra que, de llegar a realizar un determinado comportamiento, este será reprochado por la sociedad. Así, lo que hace la imposición de la pena (sanción secundaria –pena o multa) es reflejar el nivel de reprochabilidad que tiene el quebrantamiento de la norma de conducta desde la óptica del legislador.⁶⁸

Lo anterior no significa que Holz tenga la pretensión de ubicar a las reales o virtuales víctimas como centro absoluto de las teorías de la pena, pues él mismo es partidario de una “teoría de la unión” en la que, además de aquellas, también sean destinatarios de la pena la sociedad y los reales o virtuales infractores penales.⁶⁹ Más bien, lo que Holz busca mostrar es que la seguridad es un símbolo de valor general, el cual también amerita una respuesta simbólica del derecho penal, cuando de normas penales protectoras de bienes jurídicos individuales se trata, pues de esta manera, según él, es que la sociedad logra el ejercicio autónomo de su libertad.⁷⁰

4. Justificación de la causación de un mal al delincuente

Parece entonces que las elaboraciones teóricas anteriormente expuestas coinciden en que la pena tiene un contenido simbólico o comunicativo frente a la víctima, el cual se materializa en el juicio de desvalor (*Unwerturteil*). No obstante, cabe también preguntarse: ¿es necesario causar un mal al delincuente, bien sea en forma monetaria o a través de la privación de su libertad, desde la óptica de una teoría de la pena orientada a la víctima?

Al respecto, se pueden encontrar dos posturas bastante ejemplificativas.⁷¹ La primera de ellas es la sostenida por Günter, quien aboga por una renuncia a la causación de un mal al delincuente. Debido al significado simbólico del castigo, en el sentido que se impone como “determinación del injusto y la culpabilidad” („*Unrechts- und Schuldfeststellung*“) del infractor penal en aras de satisfacción (*Genugtuung*) de la víctima (en los términos explicados en I. C. 2. b), el mal físico debería pasar a un segundo plano, ya que, en términos de Günter, su imposición constituye una convención histórica y contingente que, sin embargo, puede ser modificada.⁷²

68 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 172.

69 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 200.

70 Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, p. 189.

71 Si se quiere consultar una postura media, puede verse Walther, ZStW 111 (1999), p. 123 (137), quien sostiene que la renuncia a la “causación de un mal” al delincuente debe verificarse caso a caso, particularmente, desde la óptica de la gravedad del delito y el alcance comunicativo de su desaprobación en el juicio de desvalor („*Unwerturteil*“).

72 Günther, *Lüderssen-Festschrift*, p. 205 (218 y s.).

En otras palabras, Günter indica que el reproche, contenido en una sentencia producto de un proceso penal público y formal, debe ser suficiente tanto para la víctima como para el autor. Si ello no llegase a ser suficiente, debería buscarse una nueva solución que no sólo persiga la simple compensación material de los daños generados en la víctima, sino que también tenga un alto contenido expresivo y comunicativo para ambos involucrados.⁷³

Por el contrario, Hörnle sostiene que la renuncia a la causación de un mal al delincuente no es posible, pues ella representa tanto el grado de reproche (*Tadel*) que merece el autor como también la graduación del sufrimiento que la víctima de un delito de considerable gravedad experimentó.⁷⁴ En ese sentido, indica Hörnle que el contenido expresivo del juicio de desvalor (*Unwerturteil*) se cuantifica en la privación de libertad o la imposición de una multa, ya que, de lo contrario, el juicio de desvalor se convertiría en una mera declaración que reconoce a la víctima, pero que no tendría ningún efecto sobre el delincuente.⁷⁵ No obstante, Hörnle se muestra contraria a un incremento exponencial de las penas,⁷⁶ ya que no le preocupa el nivel cuantitativo de la imposición del mal en el caso concreto, sino la credibilidad de la justicia penal ante los ojos de la sociedad, del delincuente y de la víctima del delito.⁷⁷

II. LA DISCUSIÓN ANGLOSAJONA

A. Utilitarismo y retribución

Antes de entrar al estudio de la discusión anglosajona sobre las teorías de la pena orientadas a la víctima, resulta necesario realizar una distinción básica entre los conceptos de “utilitarismo” y “retribución” en el interior del sistema del *common law*.

Desde el punto de vista utilitarista, se dice entonces que la imposición de la pena al delincuente se encuentra justificada cuando a través de ella se va a lograr un mayor beneficio para la generalidad. En ese sentido, el castigo se orienta a las consecuencias positivas que de él se pueden derivar, aun cuando se pueda asumir que este también tiene una connotación negativa, esto es, el sufrimiento del individuo a ser castigado.⁷⁸

Por el contrario, desde el punto de vista de la retribución se justifica la imposición de la pena por el simple acaecimiento del hecho que la motivó, es decir, que el autor

73 Günter, *Lüderssen-Festschrift*, p. 205 (219).

74 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (955 y s.).

75 Hörnle, *Straftheorien*, p. 42.

76 Postura que la autora, en la actualidad, sigue manteniendo. A título de ejemplo, puede consultarse su análisis del movimiento “#MeToo” en: Hörnle, *German Law Journal* 22 (2021), pp. 833 y ss.

77 Hörnle, *JZ* 2006, p. 950 (956).

78 Michael, *American Philosophical Quarterly* 29 (1992), pp. 173 y ss.

será castigado por el hecho de haber provocado con su actuar unas determinadas consecuencias. Luego la consecución (o no) de otros propósitos a través del castigo es irrelevante, pues el foco de la sanción se concentra en la culpabilidad y en la pena que por ello se merece (*desert*).⁷⁹

La pregunta que cabe realizarse es: ¿para qué volver a explicar estos conceptos si, aparentemente, cuando se expuso la discusión alemana en materia de las teorías de la pena orientadas a la víctima ello ya se hizo? La razón obedece puramente a la necesidad de fijar un contexto histórico. En una revisión a gran escala se puede observar que hasta los años sesenta –período en el que las teorías utilitaristas experimentaron su mayor auge– las teorías retributivas fueron consideradas “muertas” por algunos. Posteriormente, sin embargo, se produjo un resurgimiento de las corrientes retributivas, en particular debido a dos críticas fundamentales al utilitarismo: sus efectos prácticos difícilmente constatables y la falta de claridad sobre las metas por él perseguidas.⁸⁰

Con todo, la finalidad de esta corta explicación no es la de estudiar, una por una, todas y cada una de las múltiples variantes de las corrientes utilitaristas o retribucionistas en materia de teorías de la pena en el sistema anglosajón, particularmente por motivos de extensión del presente artículo. Más bien, lo que con ella se persigue es el analizar cómo y de qué manera los postulados básicos del utilitarismo y de las tesis retribucionistas han influido en los autores que han formulado teorías de la pena orientadas a la víctima en este modelo de derecho.

B. Justificaciones de una teoría de la pena orientada a la víctima

1. La teoría expresivo-retributiva de Jean Hampton

Para justificar su elaboración teórica, Hampton parte de la separación entre los conceptos de daño (*harm*) y perjuicio (*loss*), propios del derecho de daños (*tort law*), y el delito (*wrong*), propio del derecho penal. Según la autora en comento, por regla general suelen mezclarse estos conceptos, bajo la creencia que el delito *per se* envuelve la causación de una suerte de daño o perjuicio a una persona. No obstante, también refiere Hampton que existen algunos casos, como, por ejemplo, en un asesinato tentado (*attempt at murder*), en los que, a pesar de no haberse producido ninguna lesión a la víctima, el comportamiento del autor si constituyó un delito.⁸¹

En ese sentido, indica Hampton que los daños o perjuicios se definen como toda “perturbación o menoscabo del bienestar de una persona [...]” (“*A harm or loss is a disruption of or interference in a person’s well-being [...]*”). Estas afectaciones

79 Michael, *American Philosophical Quarterly* 29 (1992), p. 173 (174).

80 Michael, *American Philosophical Quarterly* 29 (1992), p. 173 (174 y s.).

81 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1661 y s.).

de la persona pueden provenir, incluso, de fuentes “inocentes”, como un desastre natural o un encuentro infortunado con algún animal salvaje, pero también pueden provenir de la conducta antijurídica de un sujeto considerado culpable (*wrongful harm*). Cuando lo que se produce es este último supuesto, se activa la justicia correctiva propia del derecho de daños, bajo el entendido de que su propósito no es otro que hacer que se anulen las consecuencias del daño y se repare a la persona afectada a costa de quien generó la situación dañina.⁸²

¿De qué se ocupa, entonces, el derecho penal? En términos de Hampton, este se ocupa única y exclusivamente de las conductas humanas que constituyen un delito, independientemente de si ellas pueden producir un daño (o no) en los términos anteriormente explicados. Estas conductas son todas aquellas que no provienen de una causa de justificación, de una culpa no punible o de un ataque contra sí mismo y que, al mismo tiempo, constituyen una lesión moral, pues su ejecución implica una ofensa al valor humano o a la dignidad de la persona contra la cual se dirigen.⁸³ En ese sentido, de lo que se encarga la justicia retributiva del derecho penal, a través del castigo, es de “enderezar el mal” (“*to right the wrong*”).⁸⁴

Para desarrollar su idea normativa de lesión moral, basada en el valor del individuo y el deber de respeto hacia él por parte de sus semejantes, Hampton se apoya en la teoría de igualdad formulada por Kant, según la cual el ser humano, gracias a los criterios de racionalidad y autonomía, es un fin en sí mismo.⁸⁵ Lo anterior, refiere la autora, no significa que el delincuente tenga menos valor humano que las “buenas personas”, pues la estructuración kantiana no se basa en una jerarquía moral. Más bien, lo que con el punto de vista kantiano se pretende analizar es el contenido expresivo del comportamiento del delincuente como una muestra de desprecio hacia el destinatario de su conducta, esto es, la víctima, en la medida en que conviven en una sociedad que los reconoce como iguales.⁸⁶

Ahora bien, ese contenido despectivo del comportamiento del delincuente conduce a la lesión moral de la víctima, mas no es la lesión moral en sí misma. En términos de Hampton, la lesión moral no puede determinarse por el sufrimiento o las consecuencias físicas que la víctima experimenta con ocasión del delito, sino que esta se manifiesta en dos sentidos: en el reconocimiento de su valor como persona (*recognition of his value*) y en la realización de su valor como persona (*realization of his value*).⁸⁷ En ese sentido, la ejecución del comportamiento delictivo conduce

82 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1662).

83 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1665 y s.).

84 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1663).

85 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1667).

86 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1668 y ss.).

87 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1672).

a una reducción objetiva del valor humano de la víctima frente a sus semejantes, en tanto el sujeto agente la ha rechazado como igual y, con su conducta, ha pretendido situarse por encima de ella.⁸⁸

¿Cómo recuperar entonces el valor humano disminuido de la víctima a través de la pena estatal como acto retributivo? A través de dos mecanismos. El primero de ellos está orientado a la reubicación tanto del delincuente como de la víctima en la posición social que ambos ocupaban antes de la comisión del delito. Por consiguiente, lo que se produce con la imposición de la pena no es solo la anulación de la posición de superioridad creada por el autor frente a la víctima, sino también la anulación de la posición de inferioridad de esta frente a aquel. Lo anterior lleva, en términos de Hampton, al restablecimiento del reconocimiento del valor humano de la víctima (*recognition of his value*), pues mediante el castigo se logra situar, nuevamente, a ofensor y ofendido en el plano de los iguales.⁸⁹

Al respecto, cabe aclarar que Hampton rechaza un retorno a la aplicación de la *lex talionis*, bajo el supuesto de que al ofensor no se le puede causar el mismo mal que este ha generado, ya que él también es un fin en sí mismo. De allí que el significado de la imposición del castigo, como acto retributivo, no necesariamente implica tener que infligir un mal al delincuente, pues también existen otras formas, valga la redundancia, retributivas, de reaccionar frente al delito, que no ostentan ese carácter doloroso.⁹⁰ Un ejemplo de ello se puede apreciar, según Hampton, en algunos ejercicios dirigidos por terapeutas en prisiones de Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido, donde los condenados por delitos sexuales asumen el papel de las mujeres por ellos agredidas, para así experimentar las consecuencias psicológicas de sus delitos. Sin embargo, esto no se hace para lograr su rehabilitación, sino para que estos puedan sentir lo que sus víctimas padecieron.⁹¹

Finalmente, el segundo mecanismo a través del cual se recupera el valor disminuido de la víctima, a través del castigo como acto retributivo, consiste en una compensación en su favor, no en el sentido del derecho de daños (*tort law*), es decir, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, sino desde la óptica de la igualdad en términos sociales. Ello, bajo el precepto de que en cuanto el perjudicado se da cuenta de que no es inferior al delincuente, ni a ningún otro miembro de la sociedad, recupera su valor interior como ser humano (autoestima), pues entiende que está ubicado en el mismo nivel social que sus semejantes (plano de igualdad) y puede disfrutar así de su vida, como uno más de ellos (*realization of his value*).⁹²

88 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1673) (1684).

89 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1686 y ss.).

90 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1690 y s.).

91 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1689 y s.).

92 Hampton, *UCLA Law Review* 39 (1992), p. 1959 (1695).

2. *La postura hegeliana de Farnham*

Farnham, quien realiza grandes esfuerzos por defender los postulados de Hampton desde una óptica hegeliana, para así edificar su teoría propia, parte de un nuevo análisis de la relación surgida entre autor y víctima con ocasión del delito.⁹³

De acuerdo con su postura, el error de Hampton consistió en no haber distinguido concretamente entre los aspectos epistemológico y metafísico de su teoría de la pena. En ese sentido, refiere Farnham que la argumentación teórica de Hampton es convincente en el plano metafísico por su alto nivel de abstracción. No obstante, la supuesta verificación de que el delito hace a la víctima inferior al autor es absolutamente arriesgada en el plano epistemológico, ya que la distinción entre la afirmación de que esta es inferior y su tratamiento activo como tal sólo conduce a perjudicarle aún más.⁹⁴

Para “corregir” la falla en la teoría de la pena de Hampton, Farnham examina la superioridad creada por el autor frente a la víctima, con ocasión del delito (*wrong*), desde el punto de vista del “dominio” (*mastery*).⁹⁵ En ese contexto, Farnham parte del concepto de “reconocimiento” (*acknowledgement*), según el cual todas las personas interactúan entre sí mediante relaciones recíprocas, en las que cada sujeto es igual al otro y todos tienen derecho a disfrutar de su vida como deseen, ya que es deber entre semejantes “respetar” (*honor*) y conocer (*know*) este designio individual. El resultado de la reciprocidad entre semejantes deriva en la realización del valor de la persona (*“realization of the person’s value”*), que se manifiesta en el hecho que cualquier individuo puede alcanzar el bienestar, material o inmaterial, a partir de su propia actividad en el marco de una libertad de acción reconocida y respetada por terceros.⁹⁶

Conforme a lo anterior, se tiene entonces que cuando se produce el delito (*wrong*) se afecta no solo el reconocimiento (*acknowledgement*) sino también la realización (*realization*) del valor de la persona afectada, pues el agresor adopta una posición de “esclavista” frente a ella. ¿Qué quiere decir ello? Que el agresor se cree con autoridad para determinar cómo esa persona libre debe organizar su mundo, esto es, la convierte en un medio para conseguir un fin: quiere demostrarle, a través del establecimiento de una relación de dominio, que sus intereses propios tienen, en términos comunicativo-objetivos, una mayor prelación valorativa.⁹⁷

¿Cuál es, entonces, el fin perseguido con la imposición del castigo retributivo? La abolición de la relación de dominio entre víctima y victimario, en términos hegelianos.

93 Farnham, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), p. 606.

94 Farnham, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), p. 606 (609).

95 Farnham, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), p. 606 (613).

96 Farnham, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), p. 606 (611 y s.).

97 Farnham, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), p. 606 (613 y s.).

Así, en virtud de la reacción estatal, materializada en el castigo, lo que se hace no es una ficción de que el delito no ocurrió. Por el contrario, con la imposición de la pena se le reconoce ahora a la víctima una posición de dominio frente al agresor, lo cual conduce al resultado final: la estabilización de la posición de igualdad, no solo entre los sujetos involucrados, sino también entre ellos y los demás miembros de la sociedad.⁹⁸

3. *Tadros: La visión del castigo como un sistema de cargas* (“*duty view of punishment*”)

Tadros parte de la dificultad que han tenido tanto los partidarios de la retribución, como del consecuencialismo, al tratar de justificar el castigo como la causación de un mal al delincuente. De acuerdo con su visión, la justificación retributiva, en la que se pretende indicar que infligir dolor al autor de un delito es “intrínsecamente bueno”, puesto que no se le instrumentaliza para lograr su bienestar ni el de los demás, es difícilmente creíble. Por su parte, en lo que a la justificación consecuencialista se refiere, la crítica principal es que esta concepción permite que se castigue a un inocente, o de forma desproporcionada a un culpable, si con ello se van a prevenir males mayores, en tanto la finalidad perseguida con el castigo es lograr una mayor condición de bienestar.⁹⁹

Desde esa perspectiva, Tadros propone una alternativa a la justificación de la causación de un mal al delincuente, la cual se basa en lo que él denomina “beneficios instrumentales” (“*instrumental benefits*”). Esta propuesta, indica Tadros, no puede ser analizada desde una óptica consecuencialista relacionada con la punición de un inocente, sino a través del criterio de permisibilidad –excepcionalidad– de sancionar al agresor, como mecanismo para generar bienestar a lo demás, a través de lo que él denomina un “sistema de cargas” (“*duty view of punishment*”).¹⁰⁰

En ese sentido, el infligir un mal al autor del delito mediante el castigo está justificado en tanto este, al incumplir su deber primario de no lesionar antijurídicamente a los demás, asume ciertas obligaciones no sólo frente a la víctima, sino también frente a la sociedad. La pregunta es: ¿a qué se obliga el infractor penal? A brindar seguridad en términos de protección.¹⁰¹

Para llegar a dicha conclusión, Tadros acude a la distinción entre los conceptos de “responsabilidad” (*responsibility*) y “débito” (*liability*). Desde esa perspectiva, la imposición del castigo, en términos de “débito” (*liability*), hace que el autor asuma

98 Farnham, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), p. 606 (614) (620).

99 Tadros, *The Ends of Harm*, p. 265.

100 Tadros, *The Ends of Harm*, p. 266.

101 Tadros, *The Ends of Harm*, p. 267.

la obligación *inter-partes* de garantizarle a la víctima que la amenaza que este ha creado no volverá a ser ejecutada, en contra de ella, por él mismo. Por otro lado, en términos de responsabilidad (*responsibility*), el castigo hace que el autor asuma la obligación de aceptarlo, bajo el entendido de que con ello se logrará evitar que la amenaza por él creada sea emulada o imitada por cualquier otra persona en contra de cualquier otro miembro de la sociedad (incluyendo a la víctima).¹⁰²

Ahora, puede ocurrir que el infractor penal, en una situación concreta, no pueda cumplir con su obligación de prestar seguridad. No obstante, eso no impide que otro lo pueda hacer por él. Parafraseando a Tadros, en tanto que en el interior de una sociedad hay una multiplicidad de personas que han cometido un delito y que para cada uno de ellos surge esta obligación de garantía, se puede formular el siguiente ejemplo:

A lesionó a B y C lesionó a D. Si la sanción de A no provee la suficiente seguridad a B y la sanción de C no provee seguridad a D, pero el castigo de A si provee de seguridad a D y el castigo de C si provee seguridad a B, entonces A y C deben aceptar sus respectivos castigos, pues en este ejercicio, tanto A como C cumplen con sus deberes de prestar seguridad frente a sus víctimas y frente a los miembros de la sociedad. De igual manera, también es posible que el derecho de seguridad que tienen las víctimas, en este caso, B y D, sea intercambiable entre ellas, pues el contenido de este derecho, para ambas, tiene una misma naturaleza, esto es, de protección.¹⁰³

Con fundamento en lo anterior, Tadros procede a formular su teoría de “prevención general” (“*general deterrence*”) mediante una comparación entre los eventos propios de la legítima defensa y del castigo como tal. En ese sentido, hace referencia a los conceptos de “eliminación” y “manipulación”, bajo el supuesto de que en la legítima defensa, cuando se mata al agresor, se elimina la amenaza que este reviste. Por el contrario, cuando el perpetrador ya ha conseguido el resultado por él buscado, esto es, la muerte de la víctima, no merece ser eliminado, sino que debe sufrir a través del castigo, pues con ello se desincentiva –en términos manipulativos– a los demás a cometer un homicidio.¹⁰⁴

En síntesis, Tadros indica que el castigo produce dos beneficios. El primero de ellos se basa en la carga de rectificación (*rectification*) que tiene el autor con ocasión del delito, en tanto que mediante el castigo se logra la eliminación de la corrupción moral de la sociedad, esto es, el deseo de cometer un delito dentro de ella y, al mismo tiempo, a los potenciales infractores se les asegura la evitación de sus consecuencias –ser lastimados–.¹⁰⁵ El segundo de ellos consiste en la compensación de la víctima

102 Tadros, *The Ends of Harm*, pp. 274 y ss.

103 Tadros, *The Ends of Harm*, pp. 280 y s.

104 Tadros, *The Ends of Harm*, pp. 266 y s.

105 Tadros, *The Ends of Harm*, pp. 282 y s.

(*compensation*), no en términos de restitución de la situación en la que esta se encontraba de manera previa al delito, sino con una connotación hacia el futuro, en tanto el castigo es entendido como mecanismo de protección y garantía de no repetición de este ni ningún otro suceso lesivo.¹⁰⁶

4. *Un puente entre dos mundos: el planteamiento de Andreas von Hirsch*

Partiendo de un ejercicio propio del derecho comparado, en materia de teorías de la pena, von Hirsch indica que la justificación de la sanción penal a través de las teorías “absolutas y relativas” (lo que en el mundo anglosajón se traduciría en “retribución y consecuencialismo”, respectivamente), propia del derecho alemán, resulta incorrecta para lograr tal fin. En su sentir, dicha “dicotomía” conduce a una minimización de la pregunta por la finalidad y la razón de ser de la pena, pues esta tiene que estar (únicamente) orientada a fines preventivos o bien (solo) puede edificarse sobre la base de la apelación a una moral general y abstracta.¹⁰⁷

Para superar estas “dificultades”, von Hirsch indica que es necesario estructurar una teoría “mixta” sobre la justificación de la pena en la que no solo se incluyan juicios de contenido ético-retrospectivo, sino también una valoración de las consecuencias que del castigo se producen y la consideración del autor, en términos deontológicos, como una persona que actúa moralmente. En ese sentido, von Hirsch propone la combinación de dos elementos en el interior de la pena (entendida como la “causación de un mal al delincuente”):¹⁰⁸ desaprobación (*censure*, en inglés;¹⁰⁹ *Tadel*, en alemán) y prevención.¹¹⁰

En cuanto al concepto de “desaprobación”, von Hirsch le adscribe una función moral y de comunicación, bajo el entendido de que mediante ella se le indica al autor que su comportamiento, desde la óptica de una “crítica normativa”, es reprochable por haberle causado un mal (injusto), culpablemente, a otra persona.¹¹¹ Sin embargo,

106 Tadros, *The Ends of Harm*, pp. 289 y ss.

107 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43.

108 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43 (49).

109 Una explicación sencilla al respecto se encuentra en: v. Hirsch, *Social Research* 74 (2007), p. 413 (414 y ss.).

110 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43 (44). Con mayor profundidad al texto aquí tratado: Simester/v. Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs*, pp. 3 y ss.

111 En cuanto a la razón de ser de la prohibición penal y su fundamentación, mediante un ejercicio (también) de derecho comparado entre la “teoría del bien jurídico” (Europa continental) y el “principio del daño” (“harm principle”, del mundo anglosajón), véase: Hörnle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, pp. 679 y ss.; Simester/v. Hirsch, *Criminal Law and Philosophy* 10 (2016), pp. 367 y ss.

la “desaprobación” contenida en la pena frente al autor solo actúa de forma externa en él, es decir, realmente no importa si el autor reflexiona (o no) sobre su comportamiento, pues a través del reproche que a este se le realiza se le reconoce como un “agente moral” (“*moral agent*”),¹¹² esto es, como una persona que posee la capacidad y la competencia para obrar moralmente (en términos de no lesionar a otros).¹¹³

Ahora bien, continua von Hirsch, la “desaprobación” contenida en la pena también se dirige a la víctima y a la sociedad. Frente a la víctima, el reproche que se le hace al autor (como persona cualificada para ser moralmente responsable por sus actos) tiene, de igual manera, un efecto comunicativo, pues a través de él se le manifiesta a ella no solo que ha sido lesionada (si ello fuera únicamente así, según von Hirsch, no habría ninguna diferencia entre las consecuencias del delito y una catástrofe natural), sino que dicha lesión provino de un comportamiento injusto y culpable de otra persona.¹¹⁴

Por su parte, en lo que a la sociedad respecta, la “desaprobación” del comportamiento del autor cumple la función de transmitirle un mensaje de abstenerse o de continuar absteniéndose de realizar conductas definidas como delito. Lo anterior, no bajo el supuesto de que los miembros de la sociedad o una gran parte de ellos ignoren el carácter “incorrecto” de dichas conductas (pues también son, según von Hirsch, “agentes morales”); más bien se trata de apelar a la consciencia que ellos ya tienen del contenido injusto (valor negativo) de los comportamientos penalmente relevantes para que los sigan viendo de la misma manera.¹¹⁵ A partir de este razonamiento es que, finalmente, von Hirsch justifica el efecto preventivo de la causación de un mal al delincuente, como segundo elemento en su teoría de la pena, pues a través de él se le ofrecen a la sociedad razones suficientemente desincentivadoras para la comisión del delito (“*prudential reasons*”): evitar el sufrimiento que comporta el castigo.¹¹⁶

III. CONCLUSIONES

Habiendo examinado algunas de las teorías de la pena orientadas a la víctima, tanto en el derecho penal alemán como anglosajón, resulta válido realizar un pequeño análisis comparativo de estas elaboraciones teóricas, en lo que a la definición del concepto de delito y a la justificación del castigo se refiere (A), para, finalmente, proceder a una toma de postura (B).

112 Si se quiere ahondar en el concepto, puede consultarse: Hörnle/v. Hirsch, GA 1995, 261 (270).

113 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43 (50 y ss.).

114 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43 (50).

115 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43 (52).

116 V. Hirsch, *Strafe – Warum?*, p. 43 (55 y ss.).

A. Análisis comparativo

1. *¿Qué es el delito y cómo se concibe en las teorías de la pena orientadas a la víctima?*

En el derecho penal alemán, el delito se presenta de dos maneras. En la primera de ellas este es entendido como un acontecimiento traumático, esto es, como una ofensa que afecta la integridad física o mental de la persona sobre la cual recae (acepción victimológica). En la segunda de ellas el delito es entendido como un supuesto de hecho cuyo acaecimiento terminó generando una “lesión gravísima” a un bien jurídico de naturaleza individual del que la víctima era titular (acepción normativa).

Por su parte, en el derecho penal anglosajón también el delito se explica de dos maneras. La primera de ellas hace referencia a que el delito es un hecho que produce una alteración del plano de igualdad imperante en la sociedad. Dicha alteración se deriva del comportamiento del infractor penal, quien, al momento de ejecutar su conducta frente a una determinada persona, decidió enviar un mensaje de superioridad de sus intereses personales, bien desde la óptica del rechazo de esta como semejante (acepción de inferioridad) o bien bajo la premisa del sometimiento de la libertad de esta a su voluntad (acepción de dominio).

La segunda forma en la que se explica al delito en el sistema anglosajón se basa únicamente en el quebrantamiento de la obligación genérica que les asiste a todos los miembros de la colectividad de no lesionar antijurídicamente a los demás. Desde esa perspectiva, el delito es una infracción a un deber, en virtud del cual se produce una afectación, contraria a derecho, de una persona por parte de otra, la cual tiene la capacidad y la competencia suficiente para no proceder en dicho sentido (acepción de moralidad, en los términos de von Hirsch). No obstante, de la desatención al deber genérico de no lesionar se pueden desprender ciertas cargas para el sujeto infractor, pues este tendrá que cumplir con algunas prestaciones en favor no solo del directamente afectado, sino también de la generalidad (acepción de *responsabilidad*, en los términos de Tadros).

De una lectura detenida de las explicaciones anglosajonas y alemanas, en cuanto al concepto de *delito* como base estructural de una teoría de la pena orientada a la víctima, se puede establecer que en el derecho penal alemán el delito es definido desde el punto de vista aislado, personalísimo y exclusivo de la víctima. En otras palabras, lo que se hace es “mirar a través de sus ojos” cómo en ella se produce la valoración del acontecer delictivo, en términos físicos o psíquicos (dolor, humillación o sufrimiento) o en términos de afectación de sus bienes jurídicos individuales.

Por el contrario, la definición de *delito* en el sistema anglosajón, como fuente primaria de la elaboración de una teoría de la pena que también incluya a la víctima, se muestra íntimamente ligada a las repercusiones de su acaecimiento en el plano de lo

social. En ese sentido, las sensaciones sentimentales que experimentan las víctimas y sus valoraciones subjetivas al respecto, aun cuando mencionadas, no constituyen en ningún caso un sustento teórico del concepto de *delito*. En consecuencia, el delito es presentado como un acontecer fáctico (objetivo), proveniente de un actuar humano (subjetivo), que conlleva una mengua de la posición de igualdad que tiene la víctima frente a sus semejantes (en términos objetivos), o bien como una infracción subjetiva (a cargo del sujeto agente) de un deber objetivo, general y superior (no lesionar antijurídicamente a los demás), el cual también rige el día a día de las interacciones sociales y que, por ende, comprende tanto a agresor como a agredido.

2. ¿Cómo se justifica el castigo y cuál es su finalidad?

En el interior de las teorías de la pena orientadas a la víctima en el derecho penal alemán, se advierte que la justificación del castigo se basa en un derecho o interés que le asiste a la víctima en que su agresor sea sancionado. ¿En qué consiste dicho interés? En que a ella se le comunique, mediante un acto estatal simbólico, solidario y de desvalor socio-ético (*Unwerturteil*), que lo ocurrido no tuvo lugar con ocasión de su mala suerte o fue un simple infortunio (*Unglück*), sino que ello fue producto de un comportamiento injusto, en términos penales (*Unrecht*), atribuible a un tercero (sujeto agente).

En ese sentido, cabe preguntarse: ¿Cuál es la finalidad del castigo según las teorías alemanas? La rehabilitación de la víctima, esto es, su reorientación en la vida en sociedad. Desde esa perspectiva, con la sanción del autor no solo se logra una muestra de solidaridad de la sociedad frente a la víctima por el hecho ocurrido y se eliminan los sentimientos de reproche que esta tiene consigo misma (“fue tu culpa”). También se produce un efecto curativo o recuperatorio en ella, ya que con la imposición del castigo al autor se le devuelve a la víctima (o a las futuras víctimas, en los términos expuestos por Holz con su teoría de la restitución general positiva) la sensación de seguridad frente a sus bienes jurídicos individuales o personalísimos.

Por su parte, en el derecho penal anglosajón se pueden encontrar dos posturas distintas en cuanto a la justificación del castigo. En la primera de ellas (Hampton y Farnham) se dice entonces que el castigo se encuentra justificado en tanto que el autor, con su comportamiento frente a la víctima, ha alterado las condiciones de igualdad imperantes en la sociedad, bien por haberla considerado inferior o bien porque quiso someterla a su voluntad mediante la coacción de su libertad. En consecuencia, la finalidad perseguida con la pena no es otra que restablecer el orden alterado en el siguiente orden lógico: al autor se le arrastra, de forma descendente, desde su posición de superioridad y a la víctima se le extrae, de forma ascendente, de su posición de inferioridad. En ambos casos existe un límite único de ascenso o de descenso: el plano de igualdad frente a los demás miembros de la sociedad.

En cuanto a la segunda justificación del castigo, esto es, aquella que se basa en el delito como quebrantamiento del deber genérico de no lesionar antijurídicamente a los demás, cabe preguntarse: ¿Cuál es el fin perseguido con la imposición de la pena? Desde la óptica de von Hirsch, quien tuvo gran influencia, principalmente, en el pensamiento de Hörnle,¹¹⁷ con la pena se cumplen tres finalidades: reprochar al autor por su obrar contrario a derecho, comunicarle a la víctima que el daño por ella sufrido fue producto de dicho actuar antijurídico (posturas que, como puede advertirse, hasta este punto guardan consonancia con las formulaciones teóricas germanas) y, finalmente, desincentivar, en términos de prevención general, a los demás miembros de la sociedad a cometer un delito, so pena de tener que soportar el sufrimiento proveniente del castigo (argumento, este último, que difiere del propósito de rehabilitación de la víctima expuesto por los teóricos alemanes).

Por su parte, desde la perspectiva de Tadros, la pena tiene como fin el desincentivar, en términos manipulativos, la comisión de un delito en el futuro a costa de cualquier miembro de la colectividad, finalidad que se logra a través de lo que él denomina “beneficios instrumentales” (causación excepcional de un mal al delincuente, para así generar un mayor bienestar en la sociedad). Luego la pregunta es: ¿En qué consiste dicho bienestar? En que, por un lado, se eliminará en el interior de la sociedad el deseo de cometer un delito, pues a los futuros infractores les quedará claro que, en caso de cometerlo, tendrán que soportar el sufrimiento que implica la pena. Por otro lado, frente a quien fue víctima del hecho del cual se derivó el castigo ejemplificante del autor, así como también frente a todos los demás miembros de la sociedad, el bienestar se traduce en la sensación de protección que el castigo les brinda, en tanto su imposición implica *per se* la garantía de que el delito no se repetirá.

En ese orden de ideas, se puede establecer que las teorías de la pena orientadas a la víctima en el derecho penal alemán, así como la formulación teórica de Tadros, se amparan en la “extrapolación” de los criterios de prevención general y especial, dirigidos al infractor penal, propios de las teorías de la pena tradicionalmente denominadas “relativas”, en Alemania, o “utilitaristas”, en el mundo anglosajón. En consecuencia, el castigo del autor, desde la perspectiva de la víctima, persigue tanto la resocialización de esta última (criterio propio de la prevención especial), en términos de seguridad frente a sus bienes jurídicos individuales, como la prestación de una sensación de protección y bienestar, a ella y a la generalidad (criterio utilitarista), en términos de garantía de no repetición. Por lo demás, frente a las teorías formuladas por Hampton y Farnham, no resulta necesario agotar alguna explicación adicional a lo ya expuesto, en sus respectivos acápites, del porqué de su carácter retributivo y su

117 Situación que la autora, en múltiples obras, ha reconocido abiertamente. A modo de ejemplo, puede consultarse el prefacio („Vorwort”) de su tesis doctoral “*Tatproportionale Strafzumessung*” o también el capítulo del libro “Strafe - Warum?” denominado “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion”, p. 11 (24).

consecuente caracterización de las que en Alemania se denominan “teorías absolutas de la pena”, así como tampoco frente a la postura de von Hirsch, quien abiertamente sostiene una teoría mixta o “de la unión”.

B. Toma de postura

¿Debe entonces nuestro derecho penal ordinario¹¹⁸ justificar el castigo del infractor penal desde la óptica de la víctima? La respuesta tiene que ser negativa, por las siguientes razones:

1. No puede tomarse como verdad absoluta que las distintas justificaciones teóricas tradicionales del castigo hayan ignorado de *lege data* a la víctima.

De una revisión histórica, en lo que al entendimiento del concepto de *delito* y la justificación del castigo se refiere, se puede advertir que las formulaciones teóricas del concepto de *delito*, a partir de la etapa final del siglo XVIII y con mayor claridad en el siglo XIX, se basan en el criterio de “lesión al derecho” de otro. En ese sentido, para que haya delito tiene que haber por lo menos una víctima (una persona, la sociedad o el Estado), pues esa es la razón de su existencia y el motivo por el cual se sanciona a quien lo realiza.¹¹⁹

Ahora bien, como no se puede explicar el castigo sin tener en cuenta el concepto de *delito* (sería un absurdo), resultaría desacertado, cuando no desproporcionado e injusto, justificar (también) el castigo del autor añadiendo los intereses de la víctima, pues su sanción se fundamenta *per se* en el hecho de haber lesionado, en términos jurídicos, a otro sujeto.¹²⁰

2. Quienes sostienen una teoría de la pena orientada a la víctima parten de la base fundamental de que sus propuestas no tienen una pretensión de generalidad frente a todos los delitos de la parte especial del Código Penal, pues sus formulaciones teóricas se ciñen única y estrictamente a personas de carne y hueso que han tenido una interacción cercana con quien ha lesionado sus bienes jurídicos personalísimos.

Al respecto, cabe destacar que el derecho penal, no solo por tradición, sino por argumentos que obedecen a la lógica necesaria para la elaboración de una estructura

118 Con el uso de la expresión “derecho penal ordinario” me refiero a aquel que impera en tiempos de normalidad y no de excepcionalidad o transición, así como tampoco al derecho penal internacional, pues, aunque hacen parte del “derecho penal”, son ámbitos que tienen sus reglas propias en virtud de los distintos propósitos que persiguen.

119 Zaczyk, GA 2013, pp. 364 y s.

120 Zaczyk, GA 2013, p. 362 (365).

sistemática garantista, no puede, ni debe, fraccionar la justificación del castigo “delito a delito”, “perpetrador por perpetrador” o “víctima a víctima”.¹²¹

Además de ser una tarea imposible, en virtud de la constante evolución que experimenta el derecho penal (piénsese en los grandes retos que este afronta en la actualidad con los fenómenos de la llamada “cibercriminalidad”), ello derivaría en un quebrantamiento del principio de igualdad, pues habría entonces que clasificar, en el interior de la redacción básica de los tipos penales, por un lado, autores “absolutamente crueles y no tan crueles” y, por otro, víctimas “que sufren más que otras”. Si bien es cierto que el legislador, al momento de tipificar una conducta, le adscribe a esta una valoración negativa (de lo contrario no sería delito), e incluso en algunos casos se atreve a fijarle circunstancias de agravación punitiva, lo cierto es que ello lo hace en atención al hecho que dicha conducta produce, mas no en atención a las cualidades personales de los involucrados (evento que conduciría, en particular desde el punto de vista del infractor penal, a un retorno al derecho penal de autor y no de acto).

Se es autor o víctima, independientemente del delito ocurrido, pues la regla general, salvo en delitos que por su especialidad requieren de un sujeto activo o pasivo cualificado, es que cualquier persona pueda cometerlos y cualquiera pueda ser objeto de ellos. La medición de la gravedad de las condiciones en que este ocurrió es, no obstante, una tarea judicial basada en pruebas y no en sentimientos.

3. Otra pregunta que surge del planteamiento de estas teorías es ¿Qué debe entenderse por “bienes jurídicos personalísimos” de la víctima? La respuesta podría parecer obvia, pues dentro de esta categoría entrarían los delitos contra la vida y la integridad personal o la libertad individual, por dar algunos ejemplos. Pero ¿qué hay con los delitos contra el patrimonio económico?¹²² ¿Acaso no es este, también, un bien jurídico personalísimo, cuya afectación podría crear en la víctima una necesidad, un interés o un derecho frente a la reacción penal del Estado en contra de quien la lesionó?

Piénsese en el caso de una persona de recursos modestos que, con un arduo esfuerzo, ha trabajado día y noche en cualesquiera oficios informales para poder ahorrar el dinero necesario para matricular a uno de sus hijos en la universidad y que luego, siendo víctima de una estafa, lo pierde todo y cae en una profunda depresión. En este evento, es claro que esta persona tiene un interés en “que se haga justicia”. Pero ¿debe ello ser la base de la justificación de la imposición de la pena estatal al infractor?

Realmente no. El castigo se justifica frente al infractor penal por la realización anti-jurídica y culpable de un tipo penal, esto es, por la trasgresión objetiva y subjetiva del

121 Greco, GA 2020, p. 258 (261).

122 En una referencia reciente al patrimonio económico como bien jurídico “personalísimo” de la víctima: Hörnle, *Penal Censure*, p. 207.

ordenamiento jurídico que rige el ámbito social. En otras palabras: el autor responde, en términos estrictamente penales, a la sociedad por haberla defraudado y esta es la justificación de su castigo. Esta es la esencia del derecho penal público y no privado.

4. Por último, y como reflexión final, en ningún caso puede justificarse que la imposición de un mal al delincuente tenga un contenido positivo, sanador, resocializador o de satisfacción a la víctima concreta, ni mucho menos que este dote de seguridad o protección a “futuras víctimas”.

Frente a la víctima concreta, debería calificarse como positivo el hecho que la justicia opere de manera eficaz, en el esclarecimiento de la verdad, sin sobrepasar las garantías fundamentales previstas para tal fin. Positivo para la víctima debe ser que, una vez determinado el castigo del autor, este proceda, en el marco de lo civil, a repararla, bien de manera simbólica (en su infinidad de variedades), de forma monetaria o mediante la realización de acciones tendientes a la superación de su dolor. Pero calificar como positivo el hecho de causar un mal al delincuente mediante la pena, so pretexto de sanación de la víctima, solo podría ser el reflejo de una sociedad que ha perdido todo sentido humano (algo equiparable a la alegría por el dolor ajeno).

Ahora, hablar de víctimas futuras y de la sensación de seguridad y protección que debe producir la causación de un mal a un infractor penal, individualmente considerado, en favor de la generalidad, es un discurso que se ajusta al ejercicio político populista que actualmente experimentan nuestras civilizaciones, pero no a nuestro derecho penal. ¿Es acaso la persona que va a ser castigada el culpable de todos los males de la sociedad, particularmente, de la “sensación generalizada de inseguridad”? ¿Son el derecho penal y el castigo las herramientas principales para conjurarla? Fielmente creo que no, o no por lo menos en un derecho penal de acto y estrictamente respetuoso del principio de culpabilidad. La solución a los clamores de seguridad y protección por parte de la sociedad se encuentra en la formulación de políticas públicas que tengan como finalidad única la equidad social, mas no el aumento de miembros de la policía en las calles, ni mucho menos el incremento de penas para atiborrar prisiones.

BIBLIOGRAFÍA

Anders, Ralf Peter, *Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren*, ZStW 124 (2012), pp. 374 y ss.

Farnham, Daniel, *A Hegelian Theory of Retribution*, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), 606.

Greco, Luís, *Strafjurist mit gutem Gewissen – Kritik der opferorientierten Strafrechttheorie*, GA 2020, pp. 258 y ss.

Günther, Klaus, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 205 y ss.

Hampton, Jean, Correction Harms versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution, *UCLA Law Review* 39 (1992), pp. 1659 y ss.

Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl. München, 1990.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821.

Hirsch, Hans Joachim, Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp. 699 y ss.

Holz, Wilfried, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, Berlin, 2007.

Hörnle, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.

Hörnle, Tatjana, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, *JZ* 2006, pp. 950 y ss.

Hörnle, Tatjana, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion, en Neumann, Ulfrid u.a. (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden, 2011, pp. 11 y ss.

Hörnle, Tatjana, Theories of Criminalization, en Dubber, Markus & Hörnle, Tatjana (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014, pp. 679 y ss.

Hörnle, Tatjana, *Straftheorien*, Tübingen 2017.

Hörnle, Tatjana, The Role of Victims' Rights in Punishment Theory, en Du Bois-Pendain, Antje & Bottoms, Anthony (eds.), *Penal Censure: Engagements Within and Beyond Desert Theory*, Oxford 2019, pp. 207 y ss.

Hörnle, Tatjana, Evaluating #MeToo: The Perspective of Criminal Law Theory, *German Law Journal* 22 (2021), pp. 833 y ss.

Hörnle, Tatjana/von Hirsch, Andrew, Positive Generalprävention und Tadel, *GA* 1995, pp. 261 y ss.

Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin/New York, 1991.

Jerouschek, Günter, Straftat und Traumatisierung: Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive, *JZ* 2000, 185 y ss.

Jung, Heike, Zur Renaissance des Opfers — ein Lehrstück kriminalpolitischer Zeitgeschichte, *ZRP* 2000, pp. 159 y ss.

Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. Königsberg, 1798.

Kindhäuser, Urs, Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, en Lüderssen, Klaus u.a. (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a.M., 1990, pp. 29 y ss.

Michael, Mark, Utilitarianism and Retributivism: What's the Difference?, *American Philosophical Quarterly* 29 (1992), pp. 173 y ss.

Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012.

Reemtsma, Jan Philipp, *Das Rechts des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, München, 1999.

Roxin, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 5. Aufl. München, 2020.

Schünemann, Bernd, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, *NStZ* 1986, pp. 193 y ss.

Seelmann, Kurt, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, *JZ* 1989, 670 y ss.

Simester, Andrew/von Hirsch, Andreas, *Crimes, Harms, and Wrongs*, Oxford, 2011.

Simester, Andrew/von Hirsch, Andreas, On the Legitimate Objectives of Criminalisation, *Criminal Law and Philosophy* 10 (2016), pp. 367 y ss.

Tadros, Victor, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.

Von Feuerbach, Paul Johan Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11 Auflage, Gießen, 1832.

Von Hirsch, Andrew, The “Desert” Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives, *Social Research* 74 (2007), p. 413.

Von Hirsch, Andreas, Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, en Neumann, Ulfrid u.a. (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden, 2011, pp. 43 y ss.

Von Liszt, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I, Berlin/Boston, 2021.

Walther, Susanne, Was soll „Strafe“? *ZStW* 111 (1999), pp. 123 y ss.

Weigend, Thomas, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens, *RW* 2010, pp. 39 y ss.

Zaczyk, Rainer, Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, GA, 2013, pp. 362 y ss.

Zaczyk, Rainer, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, en *Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, pp. 207 y ss.