

**LA “VICTIMO-DOGMATICA”
EN EL DERECHO EXTRANJERO**

Jesús María Silva Sánchez
Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

1.- La hipótesis central de la “Victimodogmática” o “Dogmática orientada al comportamiento de la víctima” es que, puesto que la Victimología ha descubierto que ciertas víctimas provocan o favorecen el hecho delictivo, tal “co-responsabilidad” debe influir sobre la calificación jurídico-penal de la conducta del autor, en términos de atenuar su responsabilidad o eximirle completamente de ella. Queda, pues, fuera de las preocupaciones teóricas de esta corriente científica el estudio de las relaciones entre autor y víctima a los efectos de su repercusión agravatoria sobre la responsabilidad penal del primero (ARZT, pág. 107; HILLENKAMP, Pág. 192; W. HASSEMER, pág. 229-230). Lo polémico de la referida hipótesis se plasma en lo que Monika FROMMEL ha denominado “Dilema victimodogmático” (FROMMEL, pág. 351). En efecto, sucede que no existen sino dos posibilidades y que cualquiera de ellas lleva consigo consecuencias indeseables. Así, cabe, por un lado, que, rechazando las tesis de la Victimodogmática, se prescinda del comportamiento de la víctima al analizar la responsabilidad penal del autor. Sin embargo, ello implica sobrecargar penalmente a un sujeto (el autor) a quien no cabe imputar el hecho delictivo por completo. Imponer la pena en estos términos significaría vulnerar principios como el de fragmentariedad, necesidad o proporcionalidad de la intervención penal. Lo que, en la práctica, privaría a ésta de legitimación. Ahora bien, por otro lado, descargar de responsabilidad penal al autor a costa de la víctima, esto es, aduciendo una “co-responsabilidad” de la víctima, puede dar lugar a fenómenos muy negativos. Por ejemplo, puede propiciar estrategias de inculpação de la víctima e incluso, en el caso extremo, una inversión fáctica de los papeles de autor y víctima. Así, la insistencia en argumentos de esta índole podría favorecer sentimientos de culpabilidad en la víctima y un clima social de tensión en el que todo el mundo vea en el prójimo un agresor y en sí mismo una víctima favorecedora o provocadora. Sobre los perjuicios psicológicos y sociales que se derivarían de ello no parece necesario insistir.

2.- En consecuencia, pues, probablemente la característica más significativa de los argumentos victimodogmáticos sea su ambivalencia. Una ambivalencia que, por de pronto, abonaría soluciones matizadas. De hecho, ya hace tiempo que jurisprudencia y doctrina tienen en cuenta las repercusiones del comportamiento de la víctima en la responsabilidad del autor en algunos sectores concretos. En el ámbito de los Derechos extranjeros, que es el que ahora nos ocupa, ello ha tenido lugar sobre todo en los países de lengua alemana, y algunos de los sectores más característicos, a los que aquí aludiremos a título meramente ejemplificativo, son los de los delitos imprudentes, la teoría de la imputación objetiva y los delitos de omisión. Así, por ejemplo, en los delitos imprudentes, la concurrencia de una imprudencia en la víctima simultáneamente a la propia del autor puede conducir a negar la propia existencia de una “infracción del deber de cuidado” en la conducta del autor o, en todo caso, a rebajar el grado de tal infracción. En el mismo ámbito de los delitos imprudentes, sin embargo, lo que es evidente es que un “MITVERSCHULDEN” de la víctima puede conducir a negar la imputación obje-

tiva del resultado producido, a la conducta del autor (Peter FRISCH, pág. 155 ss. y 161; HILLENKAMP, pág. 10 ss.).

Para aclarar el concepto de “co-responsabilidad” (Mitverschulden) de la víctima en los delitos imprudentes, baste un ejemplo casi trivial del ámbito del Derecho penal del tráfico: que la víctima del accidente producido por la imprudencia de otro conductor no llevara ceñido el correspondiente cinturón de seguridad. En tal caso las consecuencias lesivas sufridas no se imputarán en su totalidad al autor, porque se deben también a la imprudencia (omisión de medidas de autoprotección) cometida por la víctima (STREE, § 46, número marginal 24). Ello se puede decir que constituye prácticamente un principio general, aplicable incluso a los delitos dolosos: si de modo simultáneo o posterior a la conducta del autor tiene lugar una intervención de la víctima, mediante acciones u omisiones dolosas o gravemente imprudentes, que determina una agravación del resultado previsible, dicho resultado más grave no será imputable objetivamente al autor. Naturalmente, los límites de tal principio (por ej. los aspectos relativos a la forma en que tiene que configurarse la intervención de la víctima para producir tales consecuencias) son discutidos (cfr. JAKOBS, pág. 178 núm. 59). Pero existe amplio consenso en relación con uno de los supuestos más extremos: las omisiones dolosas o gravemente imprudentes de la víctima. En favor de que las mismas rompan la relación de imputación objetiva se han pronunciado autores tan significados como Binding, Ortmann, Otto, Burgstaller o Schmidhäuser (Cfr. SILVA SANCHEZ, 1985, pág. 196 notas 8 y 9). Por último, es preciso aludir a los delitos de omisión, en los que también se ha advertido por la doctrina una repercusión del comportamiento de la víctima (la persona que habría de ser salvada) sobre el deber de actuar del autor y su eventual infracción por éste. El caso más discutido es el del suicidio, pero al mismo pueden equipararse otras conductas de la víctima dirigidas conscientemente a la lesión (así, por ejemplo, la renuncia al tratamiento o a una parte inseparable del mismo, como, por ejemplo, la transfusión de sangre, en el famoso supuesto de los Testigos de Jehová). La pregunta puede formularse así: ¿subsiste el deber de salvar, de socorrer, de tratar, cuando la propia víctima, beneficiaria del socorro, no desea ser salvada?. Y, aunque el tema continúa siendo objeto de debate, son cada vez más los autores que responden a ello negativamente, argumentando que tal conducta salvadora sería inexigible (decaimiento del deber de socorro) o que la conducta de autoinmolación de la víctima rompe la relación de garantía (con lo que no puede hablarse de responsabilidad en comisión por omisión) (NEUMAN, pág. 248 y nota 28). Lo anterior, naturalmente, sólo vale para las situaciones en que la decisión de suicidio o de renuncia al tratamiento se adopta libre y responsablemente, lo que alude a otra extensa problemática, en la que aquí no podemos entrar.

3.- Lo anterior ha permitido advertir que la dogmática alemana, en algunos casos, se orienta de modo decidido al comportamiento de la víctima a la hora de decidir sobre la responsabilidad penal del autor: y ello desde hace tiempo. Sin embargo, la década de los ochenta ha visto cómo el problema de la relevancia del comportamiento de la víctima se planteaba de modo general para los delitos dolosos, dando lugar a la formación de dos posiciones antagónicas en el seno de la doctrina de lengua alemana. La posición moderada es la defendida principalmente por HILLENKAMP, aunque también se mencionan de modo usual los nombres de ARZT (con algunas matizaciones), GÜNTHER, Winfried HASSEMER o KRATZSCH. Según este punto de vista, el comporta-

miento de la víctima puede considerarse de modo general en el ámbito de la medición judicial de la pena, produciendo una atenuación de la responsabilidad del autor, aunque siempre dentro del marco penal típico (HILLENKAMP, págs. 9, 211, 310, etc). El fundamento de tal opción radica en que, en ocasiones, el comportamiento de la víctima puede disminuir el contenido de antijuricidad (dañosidad social) del hecho del autor, o la culpabilidad (posibilidad de recibir en condiciones normales la motivación de la norma). Sin embargo, en ningún caso se admite que pueda sobrepasarse la mera atenuación, salvo que ello haya sido previsto expresamente por la ley. Precisamente con el fin de proporcionar ayuda al juez en su misión de determinar la pena en los casos que nos ocupan, Hillenkamp ha elaborado un catálogo de situaciones atenuantes, a partir de los escasos supuestos mencionados en la ley, y por el procedimiento de la analogía (HILLENKAMP, pág. 240 ss.). Más allá de esta atenuación analógica no se podría ir, según esta corriente doctrinal, salvo mediante una reforma legislativa. Esta, que llega a estimarse incluso conveniente, habría de tener lugar por la vía de la inclusión de un precepto genérico en la Parte General del Código, o del recurso general a la institución del “Absehen von Strafe” (parágrafo 60 C.p. alemán), en la que el Tribunal renuncia a imponer la pena (HILLENKAMP, pág. 315-316).

4.- Algunos autores no se han dado por satisfechos con las tesis de la postura moderada. Así se ha configurado una postura radical, cuyo principal representante es SCHÜNEMANN, aunque también se cuentan entre sus defensores nombres como el de Amelung o Raimund Hassemer. La idea básica de este sector es que el “enfoque victimológico”, puesto en contacto con los principios generales que fundamentan y limitan el “ius puniendi” del Estado, puede conducir no sólo a una atenuación sino también, en ciertos casos, a una total exención de responsabilidad criminal para el autor (SCHÜNEMANN, 1984, pág. 371; ARZT, pág. 110). Con otras palabras, que dicha exención es, como se verá, consecuencia directa de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad o “última ratio”. En otro orden de cosas, se estima que abandonar las consideraciones “victimodogmáticas” al ámbito de la medición de la pena, en el que, no se olvide, el arbitrio judicial desempeña un papel decisivo, conduciría a la práctica inoperancia de las mismas (SCHÜNEMANN, 1982, pág. 409; en contra HILLENKAMP, pág. 215 ss.). Así, este sector doctrinal se ha dedicado a la elaboración de un “principio de autorresponsabilidad” (SELBSTVERANTWORTUNGSPRINZIP), al que se atribuye una doble función. Por un lado, inspirar futuras reformas legislativas que provoquen una atención expresa en la ley al comportamiento de la víctima (perspectiva de lege ferenda). Por el otro, presidir la tarea interpretativa de los tipos, propiciando restricciones teleológicas de los mismos (perspectiva de lege lata) (SCHÜNEMANN, 1982, pág. 413). La idea es que la conducta del autor deje de ser penalmente relevante (quede fuera del tipo) cuando la víctima no se ha comportado de modo conforme al referido “principio de autorresponsabilidad”. En lo que sigue, tratará de exponerse cómo se concreta tal pensamiento central.

5.- La posición moderada se ha convertido pronto en dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas. Estas, en efecto, han entendido que el comportamiento de la víctima resulta perfectamente encuadrable entre los “principios de la determinación de la pena” que recoge el párrafo 46 del C.p. alemán, dado que éstos no constituyen un catálogo cerrado (STREE, parágrafo 46, número marginal 24). Así, es convicción generali-

zada la de que debe atenuarse la pena del autor cuando la comisión del hecho se ha visto favorecida por la falta de control sobre el sujeto activo o por haberle estimulado a cometerlo; y se citan como ejemplos la violación provocada por la víctima o la apropiación indebida facilitada por la falta de vigilancia sobre un empleado.

6.- Frente a lo anterior, la tesis radical se ha visto expuesta a un rechazo casi generalizado. Antes de exponer las bases argumentales de tal rechazo, conviene, sin embargo, desarrollar algo más los fundamentos de dicho punto de vista. En la base de esta opción dogmática se halla una concepción político-criminal liberal que trata de reducir al máximo la intervención del Derecho penal. De conformidad con esto, se sostiene de que la naturaleza subsidiaria del Derecho penal implica su carácter secundario o accesorio no sólo respecto a otros medios de la política jurídica o social del Estado, sino también respecto a posibles medidas de autoprotección a adoptar por la víctima (SCHÜNE-MANN, 1982, pág. 411-412; R. HASSEMER, págs. 35, 51, 89 y 98). Los partidarios de esta tesis entienden, pues, que la víctima tiene un “deber de autoprotección”. Este, ciertamente, no alcanza niveles desmedidos, se refiere únicamente a la adopción de medidas posibles, razonables, usuales y exigibles. Sin embargo, la infracción de tal deber implicaría para la víctima la pérdida de la necesidad de protección jurídico-penal. En definitiva, pues, si la víctima, pudiendo y debiendo (en los términos antes señalados) autoprotgerse, no lo hace, el autor puede llegar a quedar exento de pena por el hecho, que, en tales condiciones, se atribuiría preferentemente a la víctima.

7.- Las críticas dirigidas a esta postura doctrinal parten de la premisa de que ningún comportamiento de la víctima puede tener entidad suficiente para dejar a ésta privada de toda protección penal. En consecuencia, se rechaza la conveniencia de abrir “espacios de libertad” (exenciones de responsabilidad) al autor a costa de la víctima. Los argumentos centrales de refutación son dos. El primero, de índole metodológica. Mediante él se ha señalado que no es posible, sin base legal, restringir los tipos para excluir de ellos la conducta del autor en los casos de comportamiento “favorecedor” de la víctima. El Código penal, se ha llegado a decir, no es sólo la “Magna Charta” del delincuente, sino también la de la víctima. La tesis criticada, por su parte, al restringir el tenor de los tipos en base a consideraciones victimológicas, priva a la víctima de seguridad jurídica, la deja sin saber si en el caso concreto continúa siendo protegida o no (HILLENKAMP, pág. 130 ss. y 145 ss.). El segundo argumento, el más insistentemente repetido, es de naturaleza político-criminal. Con base en él, se ha apuntado que la tesis radical de llegar a imponerse, daría lugar a un clima social de desconfianza hacia el Derecho y a un retorno a formas de justicia privada (HILLENKAMP, pág. 205 ss.). En efecto, se objeta que dicha tesis se asienta en una errónea concepción del principio de subsidiariedad y de la noción de “última ratio”. Ello, porque ignora que una de las funciones legítimas del Derecho penal es la función de pacificación, la consistente en evitar un clima social general en el que todos se vean como enemigos potenciales y sientan la necesidad de protegerse al margen del Derecho (LENCKNER, núm. 70 b previo al párrafo 13).

8.- El examen de las críticas opuestas a la tesis que hemos denominado “radical” nos vuelve a situar en el dilema inicial. Porque, desde luego, no cabe duda de que tales objeciones tienen un serio fundamento. Sin embargo, a ellas podría oponerse la siguiente

réplica: ¿Acaso puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no contiene un peligro relevante de lesión de bienes jurídicos, sino que adquiere dicho carácter peligroso sólo a consecuencia de su interacción con determinados comportamientos de la víctima? (SCHÜNEMANN, 1986, pág. 442). Respondida esta pregunta en sentido negativo, como parece obligado, también es cierto que, desde la perspectiva de la tesis “radical” podría defenderse tanto el método mediante el cual se lleva a la práctica aquella consideración como las consecuencias político-criminales de la misma. El método, porque las restricciones teleológicas de algunos tipos que conlleva no afectan al “núcleo conceptual” de los términos legales, sino a su “campo conceptual”, zona cuyo alcance es discutible desde perspectivas gramaticales (SCHÜNEMANN, 1986, pág. 442). Las consecuencias político-criminales, porque la función de protección de los individuos y de pacificación social no le corresponde sólo al Derecho penal, sino más bien a todo el Ordenamiento Jurídico. Así pues, una “retirada” del Derecho penal ante un caso concreto no implica necesariamente que en el mismo la víctima quede privada de toda protección jurídica (AMELUNG, pág. 581). Precisamente lo normal habría de ser que la regulación y resolución de los conflictos sociales tuviera lugar al margen del Derecho penal, por la vía del Derecho civil o administrativo. De este modo, nuestra disciplina quedaría reservada para las situaciones de conflicto más graves, aquéllas en las que su intervención podría calificarse de necesaria y proporcionada (SCHÜNEMANN, 1984, pág. 358).

9.- A todo esto, debe añadirse que los partidarios radicales de las tesis de la “Victimodogmática” no estiman aplicables sus conclusiones a toda clase de delitos. Su punto de partida es, por el contrario, la distinción de dos grupos de hechos delictivos: Los *Beziehungsdelikte* (delitos de relación) y los *Zugriffsdelikte* (delitos de acometimiento) (R.HASSEMER, pág. 54-55). Lo que les diferencia a ambos es que los primeros requieren para su consumación una determinada contribución de la víctima, mediante actos de disposición, consentimiento, etc; el ejemplo más característico es el delito de estafa. Tal requisito, en cambio, no es preciso en los segundos, que podrían ejemplificarse en el homicidio. Pues bien, los partidarios de las tesis que comentamos aplican sus principios (concretamente el relativo a la reducción del ámbito de lo penalmente típico) sólo a los “delitos de relación” y, desde luego, no en el caso de delitos violentos. En conclusión, si en delitos como la estafa la víctima contribuye al hecho criminal infringiendo deberes usuales y exigibles de autoprotección, el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal. Para los demás delitos, también los radicales parecen compartir la tesis dominante relativa a la mera atenuación del autor.

10.- Pese a la rápida cristalización de una doctrina dominante, el debate sobre las tesis de la Victimodogmática no ha disminuido en Alemania. Eso sí, parece haber ido ganando terreno la convicción de que se trata de problemas que, más que en la Parte General, deben analizarse y resolverse en la dogmática de cada delito en particular, atendiendo además a la configuración de cada situación en concreto. En primer plano, aparecen aquí los tipos que requieren una influencia psíquica sobre la víctima (y se trata de analizar si ésta ha resistido como debía); tipos de bagatela en materia de protección de la intimidad o de los secretos; ciertos delitos sexuales; etc. En los últimos tiempos, el argumento victimodogmático ha desempeñado incluso un papel importante en la discusión sobre la responsabilidad penal de los sujetos que transmiten la enfermedad del SIDA.

Y aunque también aquí parece haberse rechazado su eficacia, al menos su eficacia máxima, ello no es más que una muestra de que el debate sobre la incidencia del comportamiento de la víctima se halla aún en sus albores en la dogmática alemana.

BIBLIOGRAFIA

- AMELUNG, Recensión a la obra de Hillenkamp "Vorsatztat und Opferverhalten" .
GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT 1984, pp. 579-583.
- ARZT, Viktimologie und Strafrecht. MONATSSCHRIFT FÜR KRIMINOLOGIE UND STRAFRECHTSREFORM 1984, pp. 105-124.
- FRISCH, Peter, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten. Berlin 1973.
- FROMMEL, Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus. MONATSSCHRIFT FÜR KRIMINOLOGIE UND STRAFRECHTSREFORM 1985, pp. 350-359.
- HASSEMER, R. Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Berlin 1981.
- HASSEMER, W. Rücksichten auf das Verbrechensopfer. FESTSCHRIFT FÜR U. KLUG ZUM 70 GEBURTSTAG. Band II. Köln 1983, pp 217-234.
- HILLENKAMP, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen 1981.
- JAKOBS, Strafrecht AT. Lehrbuch. Berlin 1983.
- LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 23^a ed. München 1988.
- NEUMAN, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER 1987, pp. 243-256.
- SCHÜNEMANN (1982), Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik, en DAS VERBRECHENSOPFER IM SYSTEM DER STRAFRECHTSPFLEGE (ed. Schneider) Berlin 1982, pp. 407-421.
- SCHÜNEMANN (1984), Die Zukunft der Viktimodogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht. FESTSCHRIFT FÜR H.J. FALLER. München 1984, pp. 357-372.
- SCHÜNEMANN (1986), Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege (II) NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT 1986, pp. 439-443).
- SILVA SANCHEZ, Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva Jurisprudencia del TS, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES 1985, pp. 194-205.
- STREE, en *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 23^a ed. München 1988.