

**LA “VICTIMO-DOGMA”
EN EL DERECHO ESPAÑOL**

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

1.- En el Derecho español, al menos hasta el momento, no parece que el comportamiento de la víctima haya alcanzado, ni en la legislación ni en la doctrina y jurisprudencia penal, un alcance dogmático comparable al que ha llegado a obtener en los países de lengua alemana. Desde luego, no ha tenido lugar una discusión general, global, sobre las repercusiones de determinados comportamientos de la víctima en la dogmática de la teoría del delito o de los diversos grupos de delitos. Pero es que, además, el examen de ejemplos concretos muestra cómo tampoco en ellos se igualan los niveles estudiados a propósito del caso alemán. Para mostrarlo, contemplaremos únicamente dos supuestos: el del consentimiento y el de la provocación de la víctima. En lo que al consentimiento de la víctima se refiere, mientras que en los Derechos extranjeros, verbigracia el italiano o el alemán, es lo común que exima al autor de responsabilidad criminal en los delitos de lesiones y atenúe dicha responsabilidad en los delitos contra la vida (§§ 226 a) y 216 del C.p. alemán, por ejemplo), nada de eso sucede en nuestro Derecho por el momento. En éste, y a pesar de las propuestas “de lege ferenda” contenidas en el Proyecto de Código penal de 1980 (de la UCD) y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 (del PSOE), el consentimiento de la víctima ni atenúa la responsabilidad del autor en los delitos contra la vida (aunque el tema es discutido: art. 409 c.p.) ni exime de responsabilidad en los delitos de lesiones (art. 428 c.p.). Tan sólo desde la Reforma urgente y parcial del Código penal en 1983, el art. 428 contiene un segundo párrafo en el que se expresan determinadas situaciones en las que el legislador sí atribuye eficacia eximente al consentimiento del sujeto pasivo. Algo similar sucede a propósito de la provocación de la víctima. En efecto, el Derecho penal español tradicional contenía, en el art. 9, 5º del Código, una atenuante genérica que disminuía la responsabilidad del autor de un delito siempre que hubiere “precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido” (esto es, de la víctima). Pues bien, el legislador de la reforma urgente y parcial de 1983 derogó tal atenuante, por entender, a mi juicio erróneamente, que la misma atendía a situaciones perfectamente subsumibles en el art. 9, 8º (atenuante de arrebató, obcecación u otros estados pasionales). La reforma se basó en la estimación de que la provocación de la víctima produce una disminución de la imputabilidad del autor que puede ser contemplada perfectamente como un estado pasional. Sin embargo, tal consideración ignora la posibilidad de que el autor reciba la provocación en un estado de imputabilidad intacta, de modo que lo único que disminuya, a consecuencia del comportamiento provocador, sea la exigibilidad al mismo de un comportamiento adecuado a Derecho. Algo que el art. 9,8º C.p., desde luego, no puede tomar en consideración. En suma, pues, en el Derecho penal español vigente, la única posibilidad de tener en cuenta el comportamiento provocador de la víctima para atenuar la responsabilidad del autor es el recurso a la atenuante analógica del art. 9,10º C.p., con los evidentes problemas que ello plantea.

2.- De todos modos, también es cierto que el examen de otras cuestiones particulares muestra una atención de nuestra doctrina y jurisprudencia hacia las repercusiones del

comportamiento de la víctima en la responsabilidad del autor. Uno de los ejemplos claros de la relevancia de tal comportamiento se halla, también en España, en los delitos imprudentes. En éstos la jurisprudencia ha desarrollado una teoría de la “conurrencia de culpas” (paralela a la “compensación de culpas”, de naturaleza jurídico-civil) para resolver las situaciones en que, además de la imprudencia del autor, cabe advertir también una imprudencia de la víctima. Esta imprudencia de la víctima puede, por de pronto, tener como consecuencia una *degradación* de la imprudencia del autor, que puede pasar, de imprudencia *temeraria* (art. 565,I) a imprudencia *simple*, con o sin infracción de reglamentos. Sin embargo, como en alguna ocasión ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, cabe que incluso llegue a “excluir todo rastro de imprudencia en la actuación del agente” (cfr., entre otras muchas, STS de 26 de septiembre de 1985—ponente Sr. Rodríguez López— y STS de 25 de septiembre de 1986—ponente Sr. Soto Nieto—). Por lo demás, también aquí se admite, al igual que en el marco jurídico germánico, y de modo común para los delitos dolosos e imprudentes, que un comportamiento de la víctima, *simultáneo* o *posterior* a la conducta del autor, puede producir lo que nuestra jurisprudencia impropia mente denomina una “interrupción del nexo causal”: esto es, en términos más científicos, una negación de la imputación objetiva del resultado al hecho del autor. Este, pues, sería sancionado tan sólo por tentativa o frustración, si se tratase de delitos dolosos, o quedaría impune, en el caso de los delitos imprudentes (pues éstos requieren, para ser punibles, que a la conducta del autor le sea imputable un resultado lesivo de un bien jurídico).

3.- Otro ejemplo de atención al comportamiento de la víctima —muy estudiado en Alemania, pero también considerado por nuestra jurisprudencia, sobre todo— es el que se suscita a propósito de los casos de estafa. A este respecto, importan, sobre todo, aquellos supuestos conocidos como “caso del estafador estafado” (por ejemplo, buen número de situaciones del llamado “timo de la estampita”), en los que la víctima contribuye directamente a la producción del hecho delictivo al pretender, a su vez, defraudar al otro (ARZT/WEBER, pág. 134-135, n° 379, 380 y 381). Además, se hallan los casos de duda. A propósito de éstos, se ha señalado que, siempre que la víctima no se encuentre en una plena situación de error, sino en una de duda, en la que habría que informarse más, y, sin embargo, pese a ello, realiza el acto de disposición sin proceder a obtener tal información, decae para ella el merecimiento de protección penal (AMELUNG, pág. 6 y 17; R. HASSEMER, pág. 166 y ss.). En Derecho español cabe llegar a la misma solución a partir de la definición de estafa del art. 528 C.p., según la cual este delito requiere, entre otros elementos, la presencia de un “engaño bastante para producir error”. El requisito relativo al carácter *bastante* del engaño es reflejo de un juicio de adecuación y muestra una coincidencia entre la perspectiva victimológica y la propia de la imputación objetiva, que parte de una contemplación *ex ante* del hecho del autor. A partir de aquí, es fácil obtener conclusiones relativas a la repercusión del comportamiento de la víctima en el referido hecho. En efecto, si un engaño aparece *ex ante* como insuficiente (no bastante) para producir error (teniendo en cuenta las circunstancias y posibilidades concretas de la víctima), nos hallamos ante un hecho atípico, ante una tentativa irreal de estafa; sentado esto, aunque, pese a todo, la víctima acabe realizando un acto de disposición que perjudique a su patrimonio, no podrá cambiar la calificación, es decir, el autor quedará impune. Por otro lado, si concurre *ex ante* un engaño bastante para producir error, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el

resultado último, podrá afirmarse la existencia de tentativa o frustración, pero no de un delito consumado de estafa.

La jurisprudencia española sigue con cierta proximidad este tipo de razonamientos. Así, y a título meramente ejemplificativo, valga recordar lo expresado en el Fundamento de Derecho Primero de la STS de 16 de julio de 1987 (ponente Sr. Díaz Palos): "... hay que partir de una eficacia objetiva innata en el engaño para que pueda surtir sus efectos defraudatorios en persona de mediana perspicacia o que sea considerado como tal en la convivencia social (SS 25 jun. 1976 y 18 en. 1983), lo que excluye aquellos supuestos en que el perjuicio se causó por la estúpida credulidad y extraordinaria indolencia de la víctima, hasta el punto de resultar fútil o absurdo dentro del normal actuar social (STS 21 mayo 1983)..."; sin embargo, "... hay que completar el módulo objetivo con el subjetivo que toma en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo, de modo que haya que apreciar también el engaño *intuitu personae*". "(...) En otras palabras, se trata de reconducir el problema a la causalidad o, si se prefiere, al más amplio campo de la imputación objetiva".

4.- Consideraciones similares a las efectuadas a propósito de la estafa se han producido, tanto en el Derecho español como en el extranjero, en relación con otros delitos en los que hay una influencia psíquica del autor sobre la víctima. Así, en delitos contra la libertad, como son las coacciones y amenazas, para los que se afirma la existencia de un deber de la víctima de *no-ceder* ante agresiones "menores" (aunque, claro está, para decidir cuándo se ha infringido tal deber, han de tenerse en cuenta las concretas posibilidades de la víctima). Una conclusión que coincide con la tesis de que no toda amenaza es típica a los efectos del correspondiente delito, sino que es preciso que la misma revista una cierta seriedad (aunque, para valorarla, sea preciso tener siempre en cuenta la situación del sujeto pasivo) (MUÑOZ CONDE, pág. 134);, tesis ésta derivada de la doctrina de la imputación objetiva, que muestra, así, su capacidad para integrar postulados victimodogmáticos. De todos modos, el delito a propósito del cual se ha producido en España un estudio doctrinal más intenso, y que cabe interpretar también en términos victimodogmáticos, es la violación intimidatoria, esto es, el yacimiento carnal obtenido mediante una amenaza (art. 429 C.p.). En relación con este delito cabe registrar un significativo intento de restringir el concepto de "intimidación", dada la gravedad de la pena impuesta. Así, se parte de entender que no toda amenaza que causa en la víctima una actitud de consentimiento al yacimiento da lugar al delito del art. 429, sino sólo algunas que, desde un punto de vista objetivo-general *ex ante*, muestran la suficiente gravedad. En otras palabras, si tras una amenaza insignificante, "de poca monta", la víctima acepta yacer para que el autor no la lleve a término, dicho autor (debido a la poca entidad de su amenaza) no podrá ser hecho reo de violación intimidatoria. Se diría, en términos victimodogmáticos, que, en tal caso, el yacimiento es más imputable al comportamiento de la víctima que al del autor. Esta tesis, debida a *Gimbernát* (GIMBERNAT, pág. 232 y ss.), ha pasado a ser compartida, en sus pilares básicos, por la doctrina dominante en España. Sin embargo, comúnmente, se le ha objetado su carácter generalizante, que prescinde de la existencia de víctimas más resistentes y otras más vulnerables a determinadas amenazas. Así, se ha propuesto una corrección en términos individualizadores de tal punto de vista, de modo que, a la hora de valorar la gravedad de la intimidación, se tengan en cuenta las reales posibilidades de resistir de la víctima,

esto es, cuál era la “entidad real” de la amenaza “para ella”. Todo ello, respondiendo a la idea, en la que aquí se está insistiendo, de que lo decisivo es si la víctima, pudiendo no hacerlo y siéndole tal resistencia exigible, no obstante, contribuye conscientemente, (accediendo), a la lesión del bien jurídico. Algo válido para la violación intimidatoria del mismo modo que para las amenazas y coacciones y otros tipos en los que éstas intervienen formando un complejo.

5.- Una última cuestión, que ha dado lugar a un cierto debate en la doctrina y la jurisprudencia española, y en la que cabría detectar una atribución de relevancia a los comportamientos de la víctima, es la suscitada por la construcción jurisprudencial del “delito provocado”. Antes se aludía a que, hasta 1983, en Derecho español existía una atenuante de la responsabilidad del autor en virtud de comportamientos provocadores de la víctima. Aquí, sin embargo, se trata de analizar si tiene alguna repercusión sobre la responsabilidad del autor la circunstancia de que éste fuera incitado a la comisión del delito por un “agente provocador” (esto es, un individuo, generalmente perteneciente a la policía, que incita a otro a la comisión de un delito, con el fin de obtener pruebas para su detención y posterior sanción penal; el agente provocador pretende, además, que el proceso no se le escape de las manos, a fin de impedir que el delito llegue a consumarse). Mucho se ha discutido sobre la responsabilidad penal del agente provocador, tanto si no se produce el resultado como si pierde el control de los acontecimientos y el delito llega a consumarse. Aquí, sin embargo, interesa fundamentalmente la incidencia de la actuación del agente provocador sobre la responsabilidad penal del “sujeto provocado”. Pues bien, la doctrina jurisprudencial del “delito provocado”, sostenida durante algún tiempo de forma general, viene a concluir la impunidad tanto para el agente provocador como para el sujeto provocado (RUIZ ANTON, pág. 132). Posteriormente, sin embargo, razones político-criminales, derivadas fundamentalmente de las exigencias de la represión del tráfico de drogas, han llevado al Tribunal Supremo a sentar, como excepción a la figura del delito provocado, los casos de provocación policial. Así, se rompe la unidad antes mantenida, procediéndose a castigar al sujeto provocado y a dejar impune al agente provocador, con el argumento de que éste, el policía, no incitó al delito sino que se limitó a poner de manifiesto un ejemplo concreto de una actividad delictiva que ya venía realizándose (cfr. críticamente, RUIZ ANTON, pág. 140 y ss.). Con ello, la construcción del “delito provocado” ha perdido importancia práctica. Sin embargo, desde el punto de vista victimodógmico continúa teniendo interés la constatación de que, como en su día apuntara *Luzón Domingo*, en estos casos el autor es realmente “víctima de una maquinación insidiosa en la que se le ha envuelto” (RUIZ ANTON, pág. 126). De ahí que sea preciso buscar soluciones para tal situación. Una de las posibles —y muy interesante— es la que propone *Ruiz Antón*: que se rechacen como medios de prueba válidos en el proceso penal todos aquellos en los que intervenga un agente provocador. Esto es, que el autor, al menos en el ámbito procesal, quede libre de pena cuando la víctima (o, en los delitos contra bienes supraindividuales y algunos individuales, su representante: la policía) le ha incitado al delito con la finalidad de obtener pruebas contra él (RUIZ ANTON, pág. 143). Pero evidentemente, el tema debe seguir siendo examinado.

6.- Lo anterior es todo. Como antes se apuntó, falta en nuestro país un debate más global sobre la victimodogmática. De ahí que, para concluir esta exposición, me limite

a exponer mis puntos de vista sobre esta hipótesis teórica, con alguna crítica a la postura radical alemana. A mi juicio (cfr. sobre lo que sigue SILVA SANCHEZ, pág. 640-643), es preciso tener en cuenta que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos de modo fragmentario; esto es, sólo contra aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la intervención penal se estime ineludible, necesaria y proporcionada. Ello, por de pronto, significa que no basta con la producción de un hecho antijurídico (atentatorio contra bienes jurídicamente protegidos) para legitimar dicha intervención. Al contrario, debe valorarse si el hecho es merecedor de pena, penalmente antijurídico, para lo cual hay que ponderar los argumentos favorables (de necesidad de protección) y contrarios (de restricción de derechos individuales) a la incriminación. Dicha ponderación, cuyo resultado se expresa en la tipificación legislativa, se halla, pues, presidida por consideraciones teleológicas (materiales) relativas a los fines del Derecho penal en la sociedad. Una vez practicada la tipificación —la incriminación general de una clase de hechos— la decisión acerca de qué conductas concretas pueden ser encuadradas en el tipo y cuáles no, debe estar presidida por las mismas consideraciones teleológicas. Así, no habrá que estimar típica una conducta cuando, pese a que la misma quepa dentro del sentido literal posible del tenor legal, ello se opondría a los referidos fines del Derecho penal: evitar la hipertrofia punitiva, proteger sólo fragmentariamente los bienes jurídicos, lograr, en suma, una “intervención penal mínima”. Ahora bien, ¿cómo integrar en el esquema anterior la perspectiva “victimológica”? A mi juicio, ello exige en parte un planteamiento diferente del que suelen proponer los defensores alemanes de la Victimodogmática. De las afirmaciones de éstos parece desprenderse, en efecto, que la no adopción de medidas de protección por el sujeto pasivo determina la pérdida por el mismo de la protección penal. Esto último, sin embargo, aunque luego se corrija, limitándolo a los “delitos de relación”, no puede sino producir una cierta perplejidad. En efecto, todo lo anterior podría conducir a pensar que hay deber de oponerse a las agresiones (de hacerlo *activamente*, por muchas matizaciones que se quieran introducir aquí). Y si esto fuera realmente lo que se sostiene, asistiría la razón a las críticas que apuntan hacia una posible ruptura de la paz social y a un renacimiento de formas de justicia privada. En efecto, según entiendo, en la sociedad constituida en Estado se ha cedido a éste último la función policial y, consiguientemente, el monopolio del uso de la fuerza. En tales condiciones, no veo posible concluir que la adopción de medidas activas de autoprotección (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible (por supuesto, me expreso en términos jurídicos y no prácticos). Por todo ello, estimo que un planteamiento satisfactorio de la perspectiva victimológica debe pasar por una adecuada precisión del contenido de las mencionadas “medidas de protección”. En efecto, frente a lo señalado líneas atrás, sí puede verse como algo exigible —al menos en cierta medida— el que no se realicen actos —dolosos o imprudentes— que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros. Esto es, que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que se es titular. Quienes ni siquiera adopten esta mínima protección quedarán sin la protección penal o, al menos la verán disminuida. Este “redescubrimiento” de la víctima y de su contribución al hecho delictivo propicia, pues, una distinción entre la aportación del autor y la de la propia víctima, con la consiguiente atribución de “ámbitos de responsabilidad” a uno y a otra. Así, evita la posible imputación al autor de todos los efectos lesivos derivados (en sentido puramente casual) de su conducta. Una imputación,

que con la correspondiente pena, contradiría el principio de fragmentariedad, al representar la sanción de hechos que en sí no son especialmente graves y que sólo adquieren virtualidad lesiva (o más lesiva) a partir de la interacción de la víctima.

7.- La adopción del principio victimológico resulta perfectamente compatible y coherente con una concepción de lo injusto *ex ante*, y no tanto con la perspectiva causalista *ex post*. Ello, porque es precisamente al volver la atención sobre el comportamiento de la víctima cuando se advierte que la conducta del autor, en sí, o no era cualitativamente relevante (por falta de "cantidad" de riesgo), o no era cualitativamente relevante (por falta de significación típica: ej. era un riesgo permitido, consentido...) o era, sí, típica, pero aparecía justificada. Así, cabe perfectamente concluir que un riesgo que *ex ante* (esto es, en todo caso, antes de haber podido acceder a la esfera de la víctima) se muestra como perfectamente inocuo para el ciudadano en cuestión (teniendo en cuenta las posibilidades de éste) es un riesgo típicamente irrelevante, un riesgo que no debe prohibirse bajo pena. Y ello, aunque el referido hecho peligroso cause efectivamente (perspectiva *ex post*) la lesión del bien jurídico. Con esta conclusión se advierte claramente la oposición existente entre la perspectiva victimológica (interaccionista) y el enfoque tradicional (causalista) de la teoría del delito, que lo entiende como un fenómeno lineal con un autor y una víctima pasiva a la que se causa un daño. Pero, a la vez, se comprueba cómo los modernos desarrollos de la teoría del delito concuerdan con las observaciones de la "Victimodogmática". Así, la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento *ex ante* (creación de un riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo, precisamente, en el resultado producido) constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas. El análisis del comportamiento de la víctima puede revelar la inexistencia de un injusto típico (de la conducta) o la imposibilidad de imputar el resultado concretamente producido a esa conducta antijurídica, también en los delitos dolosos.

8.- Aparte queda el tema de la provocación de la víctima, en el que es difícil estimar algo más que una atenuante para el autor. Y, en todo caso, manifestar la convicción de que, más que una "teoría" de la co-responsabilidad de la víctima, lo pertinente (al menos como primer paso) sería una "tópica", esto es, la elaboración de grupos de casos a partir del estudio de los diversos delitos en particular: un método inductivo, pues, más que el deductivo propuesto por *Schünemann*.

BIBLIOGRAFIA

AMELUNG, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, en GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT 1977, pp. 1-17.

ARZT/WEBER, Strafrecht BT (LH 3) Vermögensdelikte (Kernbereich), Bielefeld 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria, en ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, 2ª ed., Madrid 1980, pp. 227-248.

HASSEMER, R., Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Berlin 1981.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal PE, 7ª ed., Valencia 1988.

RUIZ ANTON, El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES 1982, pp. 119-143.

SILVA SANCHEZ, ¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la *Victimodogmática*, en LIBRO HOMENAJE AL PROF. BERISTAIN, San Sebastián 1989, pp. 633-646.

