

LA VICTIMA EN EL FUTURO DE LA DOGMATICA

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

1.- Resulta difícil realizar pronósticos sobre el papel que haya de desempeñar en el futuro de la dogmática penal el análisis del comportamiento de la víctima. Mucho más difícil, desde luego, que en otros ámbitos, también aludidos al principio, como el del *proceso penal* y el de la *responsabilidad civil* derivada de delito. En éstos, en efecto, no es complicado en exceso aventurar, por un lado, la cada vez mayor importancia procesal de la víctima, y, por el otro, la generalización de la asunción por el Estado de buena parte de las funciones de resarcimiento a las víctimas. Ello, en puridad, no es más que la lógica consecuencia del modelo de Estado social, asistencial, del bienestar, que se pretende alcanzar. Así, es natural que, en el marco general de la teoría de la sanción penal, ganen cada vez mayor predicamento aquellas sanciones que, por una parte, carecen de todo efecto desocializador, y además, lo que es esencial a los efectos que aquí interesan, repercuten sobre la víctima en términos de compensación del daño recibido por ella. En el futuro, pues, habrá que contar con un mayor protagonismo de la responsabilidad civil derivada de delito, que se manifestará en tres planos: 1º) junto a la pena; 2º) dentro de la ejecución de la pena, y 3º) en lugar de la pena. La primera es la faceta que ya conocemos, cuya importancia en el marco de la política victimal se verá incrementada, no obstante, por la asunción de funciones, en este terreno, por el Estado. La segunda, por su parte, se manifiesta en la adopción de nuevas formas de sanción, o en la modificación de las tradicionales, a fin de que se cumplan fundamentalmente funciones de reparación del daño. Así, entre las nuevas formas de sanción, algunas ya extendidas en el ámbito anglosajón, puede mencionarse el trabajo en provecho de la comunidad. En lo que a la modificación de formas clásicas de sanción se refiere, puede mencionarse lo previsto en el art. 24 del Anteproyecto suizo de Ley de Asistencia a las víctimas. En tal precepto, se propone la modificación del art. 37,1 del Código penal de aquel país con el fin de añadir, a las finalidades que establece que han de cumplir las penas privativas de libertad, la de reparar el daño causado a la víctima (BOLLE,p.60). En sentido similar, señalan las recomendaciones aprobadas en 1985 por el Consejo de Europa:

“La sanción que se imponga al autor se debe orientar hacia las necesidades de la víctima. En primera línea se debe situar la reparación del daño ocasionado por el hecho punible. No sólo se le debe proporcionar a la víctima un título ejecutable contra el autor. También al autor, dispuesto a la reparación del daño, es preciso proporcionarle la posibilidad real de elaborar los medios que necesita para el cumplimiento de la obligación de indemnizar a la víctima. De esta manera, el autor tendrá la posibilidad de resocializarse él mismo. La pena privativa de libertad se debe imponer como último recurso y sólo si cualquier otra decisión pareciera insostenible. Si se suspende condicionalmente la ejecución de una pena de libertad, esta suspensión dependerá, en primer lugar, de que el condenado haya cumplido con las reparaciones. Además, deberá tener prioridad la indemnización de la víctima ante cualquier otra obligación económica que se imponga al acusado”.

2.- Con todo, la responsabilidad civil ha de adquirir su mayor significado en el marco de los procesos de despenalización que ya hoy están comenzando y que cabe pensar que se incrementen en el futuro. Existen, así, serias perspectivas de que, en ámbitos concretos, el proceso penal formal, que hace invisible el conflicto entre autor y víctima, despersonalizando a esta última y causándole nuevos daños, sociales, psíquicos y económicos, sea sustituido por procesos de conciliación, en los que el autor intervenga en la reparación de los daños producidos a la víctima, del mismo modo que, mediante una terapia de relación, la víctima interviene en el tratamiento del autor (SCHNEIDER, pág. 380). Un ejemplo significativo de tales procesos de conciliación y compensación es el que se propone para los casos de hurtos cometidos por empleados o de hurtos cometidos en grandes almacenes o autoservicios. En este último caso, la introducción de una perspectiva victimodogmática es evidente. Así, concretamente, en las Consideraciones previas al ENTWURF EINES GESETZES GEGEN LADENDIEBSTAHL elaborado en Alemania Federal en 1974, se advierte que el hurto en grandes almacenes ha crecido hasta convertirse en un fenómeno masivo también debido a que el autoservicio supone una incitación especial al hurto (Consideración previa nº 3). Es decir, que la despenalización de estos supuestos tiene asentada una parte considerable de su fundamento en el hecho de que la víctima, exponiendo los objetos deseados al libre acceso de los clientes, provoca, favorece, el hecho delictivo. Por eso, se obliga a la víctima potencial, por medios coactivos jurídico-administrativos, “a impedir su propia posibilidad de llegar a ser víctima. Para mantener la posibilidad del hurto en supermercados lo más bajo posible se propone, por ejemplo, obligar a las posibles víctimas, grandes comercios y comercios individuales, a diagramar la organización de su negocio lo más claramente posible y tener un mínimo de personal de venta y vigilancia. Si las víctimas potenciales no cumplen estas obligaciones legales, entonces deben ser penadas” SCHNEIDER, pág. 390). Además, la víctima pasa a desempeñar un papel esencial en el control social de estos apoderamientos ilícitos. “Así, se ha propuesto, por ejemplo, que la víctima de un hurto en supermercados, que no haya sufrido un daño de más de 500 marcos, tiene derecho a exigir la entrega de la mercancía obtenida mediante el hurto y, además, junto con la indemnización en dinero, una sanción de 50 marcos como mínimo. En estos casos se excluye el control social formal por parte de la policía criminal, de la fiscalía y de los tribunales” (SCHNEIDER, pág. 390). En definitiva, se trata de que en estas situaciones el Derecho penal pase a un segundo plano, activándose en su lugar el Derecho civil (Consideración previa nº 4). El principio que inspira la modificación propuesta es claro: ya que tú, víctima, creas el problema, haz tú misma lo posible por prevenirlo y, si se produce, resuélvelo. Además, un proceso de tales características aparece como una reacción jurídica más simplificada y menos costosa que, por otro lado, no influye negativamente en la conciencia de la población, como a menudo ocurre en los casos de mera despenalización (SCHNEIDER, pág. 386).

4.- Lo anterior expresa un ejemplo relevante de política legislativa con innegables bases victimológicas. En lo que hace a las puras cuestiones dogmáticas (de la teoría del delito y de la Parte Especial), sólo puede hablarse de indicios en relación con la situación en el futuro. Así, parece innegable que el consentimiento o petición de la víctima cobra, por sí solo o en combinación con otros elementos, una creciente importancia en cuanto a la responsabilidad criminal del autor por delitos contra la vida.

Los proyectos que, en materia de eutanasia o ayuda a la muerte, están surgiendo en los últimos años por toda Europa, así como la generalización de la noción del “derecho a disponer sobre la propia vida”, hacen pensar en importantes modificaciones de la situación en un futuro. Concretamente, en una impunidad de los autores de homicidios consentidos y practicados en situación de “eutanasia”. Sin embargo, esto es sólo un aspecto y, por cierto, parcial y muy debatido. Lo que realmente importaría aclarar es si resulta posible una generalización del razonamiento victimodogmático, esto es, si es de esperar que, en el futuro, en el análisis del hecho criminal, además de los factores atribuibles al autor, hayan de integrarse los propios del comportamiento de la víctima. Y en este tema parece posible advertir la existencia de opiniones enfrentadas. Así, hay quien se siente preocupado, ante todo, por las consecuencias negativas que ello podría tener para la víctima, al añadirse a la , a veces, inevitable “autoculpabilización” y estigmatización social, un cierto “reproche jurídico”, que agravaría los daños psicológicos de la victimización secundaria (GARCIA-PABLOS, pág.197). La víctima “culpable”, “corresponsable”, sería, por así decirlo ,todavía más víctima, dado que su comportamiento sería objeto de enjuiciamiento, igual que el del autor, en el proceso penal. Todo ello, en pura lógica, generaría una desconfianza de la víctima hacia el sistema penal y una tendencia a buscar otras vías no formales de obtener satisfacción, con los evidentes riesgos que de tal actitud se desprenderían. Por ello, precisamente, ni las Naciones Unidas ni el Consejo de Europa han tomado partido todavía en una discusión que, de momento, es patrimonio exclusivo de los penalistas. Las mencionadas instituciones pretenden adoptar medidas de protección de la víctima y, en este marco, se estima que poner de manifiesto la intervención de la víctima en el hecho, con el fin de atenuar o eximir al autor, resulta perjudicial para la víctima.

5.- Lo cierto es, sin embargo, que una auténtica pacificación del conflicto entre autor y víctima, en la que la primera interesada es la propia víctima, sólo puede alcanzarse distinguiendo, para empezar, el tanto de responsabilidad que a cada parte le corresponde en el hecho. Sólo por esa vía cumple el Derecho Penal su función social, para la que está legitimado constitucionalmente: contribuir a la prevención del delito en el marco del respeto a principios fundamentales como los de proporcionalidad, humanidad, culpabilidad o resocialización. Sentado esto, parece claro que las estrategias “punitivistas” no siempre favorecen a las víctimas, sino más bien al contrario: se limitan a cumplir una función meramente simbólica (a tranquilizar al legislador y a la opinión pública) sin contribuir a una efectiva protección de la víctima. En efecto, penas elevadas, desproporcionadas en ocasiones, no favorecen a la víctima sino que, de algún modo, determinan que todo el mecanismo del sistema penal, desde la policía hasta la judicatura, adopten instintivamente una postura reticente (justificada o no) frente a la misma. Esto la perjudica mucho más que la existencia de tipos flexibles, en los que se pueda considerar la variedad de circunstancias de cada caso concreto. Las observaciones de Frommel sobre la violación son absolutamente significativas a este respecto (FROMMEL, pág. 352 ss), abonando una política de reformas legislativas orientadas en sentido victimodogmático.

6.- En el futuro, pues, será muy difícil prescindir de consideraciones victimodogmáticas al analizar las diversas conductas delictivas. Entre tanto, la “tópica” o casuística de la Victimodogmática se hace día a día más amplia. Así, hay autores que empiezan a entender que el fundamento de la exención (o, al menos, atenuación) de la responsabi-

lidad criminal en casos de “Affekt” (el equivalente alemán de los “hechos pasionales”) contemplados en la imputabilidad es, más que el dato interno psiquiátrico-psicológico, un dato social-objetivo, constituido por la relación entre el autor y la víctima (BERNSMANN, pág. 162). Los casos a los que se refiere esta consideración son, en su mayoría, los que en Alemania se designan como “Haustyrann-Fälle”. Se trata de supuestos en los que un marido/padre tiránico, agresivo y alcohólico, maltrata a los demás miembros de la familia, generando una tensión creciente que un día se desborda. Pues bien, se han podido constatar dos cosas: 1º) que son extremadamente raros los casos de reacción pasional en los que no se da un factor exógeno de provocación; y 2º) que, en la jurisprudencia alemana, la sanción es distinta, dada una misma conformación psicológica del caso, según que la reacción recaiga sobre el propio provocador o sobre un tercero (que sufre la explosión pasional sin tener que ver con su génesis) (BERNSMANN, pág. 163-164). Así, la reacción pasional se enmarca en el mismo esquema que el exceso en la legítima defensa (§ 33 C.p. alemán), el homicidio provocado (§ 213 C.p. alemán), etc. La idea es que, en estos casos, que en España se han examinado en ocasiones a propósito de la eximente de miedo insuperable (art. 8,10º C.p.), los bienes jurídicos del provocador pierden valor ante el Derecho (BERNSMANN, pág.165). Ello, ya se fundamente en una disminución del injusto o de la culpabilidad del autor, ya se afirme simplemente que al provocador le corresponde un tanto de responsabilidad en el surgimiento del conflicto.

7.- Dado que la *tópica* de la Victimodogmática crece sin cesar, parece cada vez más acuciante la elaboración de grupos de casos que, en su día, lleguen a constituir un verdadero sistema de la dogmática de la víctima paralelo a la teoría del delito. Ello implicaría, por de pronto, y en lo que hace a los *actos anteriores* de la víctima, desarrollar la dogmática del consentimiento, incluyendo en ella los comportamientos provocadores, que, en el fondo, suponen un incremento del riesgo de producción del resultado (imprudencia o dolo eventual respecto al mismo), y elaborando las consecuencias sistemáticas de esta conducta. Asimismo, sistematizar los comportamientos de la víctima *simultáneos* o *posteriores* al hecho del autor. Ello podría configurar una “parte victimal” de la teoría de la imputación objetiva, que permitiría decidir, por un lado, si el riesgo creado por el autor era insuficiente para la producción del resultado y sólo adquirió la suficiencia al sumársele el riesgo creado por la víctima; por otro lado, si, aun siendo suficiente a priori para la producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos, la conducta, asimismo peligrosa, de la víctima, determinó que el resultado finalmente producido no fuera realización del riesgo generado por el autor, sino más bien, de el de la víctima. Y así sucesivamente. La combinación de la progresiva investigación tónica con la sistemática habrá de conducir a un “negativo” de la teoría jurídica del delito. Sólo entonces, al haberse estudiado las dos caras del hecho, será factible un adecuado (justo, en suma) enjuiciamiento del mismo.

8.- Para concluir, conviene referir dos cuestiones. En primer lugar, que la discusión en torno a la admisión o no de las consideraciones de la Victimodogmática, en el fondo, implica un debate sobre la función del Derecho Penal. En él se contraponen dos tesis discrepantes, una que subraya el aspecto de protección y la otra que, en cambio, acentúa el aspecto garantístico. Todo lo cual, en realidad, no es sino la manifestación de la tensión, consustancial al Derecho penal, entre la prevención y sus límites. Sin embargo, to-

da opción que se defina como liberal habrá de tomar muy en serio las propuestas de la Victimodogmática, que, desde luego, se cuentan entre las que tratan de fijar límites a la responsabilidad penal de los autores, sancionándolos *proporcionadamente* a lo que han realizado.

9.- Tal aspecto limitador puede acentuarse todavía más. Así, la pregunta última que cabe plantear es la de hasta qué punto dispone de legitimación para sancionar penalmente un Estado que es el producto de una sociedad provocadora, criminógena. La cuestión esencial de una filosofía del Derecho penal interpretada desde un punto de vista victimodogmático es, pues, si ese carácter criminógeno de la sociedad ha de influir sobre la responsabilidad criminal del autor en términos de disminuirla de modo general. El alcance de esta última propuesta será, probablemente, uno de los problemas que habrá de abordar en el futuro un Derecho penal orientado al comportamiento de la víctima.

BIBLIOGRAFIA

ARZT (y otros), Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD). Tübingen 1974.

BERNSMANN, Affekt und Opferverhalten, en NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT 1989, pp. 160-166.

BOLLE, Le sort de la victime des actes de violence criminelle en Droit pénal suisse: de l'enfer au paradis, en LIBRO-HOMENAJE AL PROF. BERISTAIN. San Sebastián 1989, pp. 53-64.

FROMMEL, Opferschutz durch hohe Strafdrohungen ? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus. MONATSSCHRIFT FÜR KRIMINOLOGIE UND STRAFRECHTSREFORM 1985, pp. 350-359.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, La resocialización de la víctima. Víctima, sistema legal y política criminal. LIBRO-HOMENAJE AL PROF. BERISTAIN. San Sebastián 1989, pp. 193-197.

SCHNEIDER, La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. LIBRO HOMENAJE AL PROF. BERISTAIN. San Sebastián 1989, pp. 379-394.