

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

REFLEXIONES SOBRE LA "VICTIMODOGMÁTICA" EN LA TEORÍA DEL DELITO

MANUEL CANCIO MELIÁ

SUMARIO: 1. Presupuestos y planteamiento: 1.1 Victimología y victimodogmática: 1.1.1 Victimología y sistema penal; 1.1.2 Victimodogmática; 1.1.3 Proceso penal; 1.1.4 La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática; 1.2 Victimodogmática y política criminal: 1.2.1 Distintos significados político-criminales; 1.2.2 ¿Sanciones a las víctimas?; 1.2.3 *Blaming the victim* – “*blaming the committer*”: el dilema victimológico; 1.2.4 Victimología y dogmática – 2. Dogmática y victimodogmática: 2.1 Elementos esenciales de la victimodogmática: 2.1.1 El principio victimológico; 2.1.2 Ambito de aplicación; 2.1.3 Elementos definitorios de la victimodogmática; 2.2 Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas: 2.2.1 Insuficiente conexión con la construcción dogmática global; 2.2.2 Ambito de aplicación; 2.2.3 Fundamentos; 2.2.4 Excurso: victimodogmática y “eficiencia” del sistema penal; 2.2.5 Dogmática en lugar de victimodogmática.

1. Presupuestos y planteamiento

Es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho penal moderno se genera “con la neutralización de la víctima”,¹ en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Esta-

do en la sociedad actual,² o, dicho de otro modo, el proceso de publicación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización.³ Con independencia de que esa imagen –la de una “edad de oro” originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado– sea correcta en términos histórico-socio-

⁽¹⁾ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª edición, München, 1990, p. 70.

⁽²⁾ Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main etc., 1987, p. 225 y s.; vid. sobre esto también Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992, p. 184 y ss.

⁽³⁾ Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 2.ª edición, Padova, 1988, p. 233.

lógicos,⁴ parece que existe cierto consenso en torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima,⁵ incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito."⁶ En este contexto, sin embargo -y en el marco de una evolución mucho más amplia-, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el "redescubrimiento" de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política

criminal -respecto de la cual Maier dice que existe una verdadera "nueva ola" en relación con la figura de la víctima⁷-, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente "descuidadas" con éstos. En el plano del Derecho procesal penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes.

En el contexto de esta última cuestión -la relevancia de la conducta de la víctima para la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor-, la figura de la víctima constituye el objeto de preocupación de diversas construcciones dogmáticas que últimamente se agrupan bajo el rótulo de "victimodogmática". Estas aproximaciones ocupan una posición especial en comparación con otras aportaciones doctrinales⁸, y ello por varios motivos: en

(4) Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, Mawby/Walklate, *Critical Victimology. International Perspectives*, London etc., 1994, p. 58 y ss., 62 y ss., 67 y s., para quienes un análisis de los sistemas de reacción "penal" de sociedades "primitivas" contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación "privados" (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto de lo que se puede afirmar del Derecho penal moderno. Desde otro punto de vista -la teoría de la prevención general positiva-, establece un diagnóstico similar Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 10 y ss.

(5) Torío López, en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 716 y s.

(6) Eser, en: Ulrich Immenga et al. (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, p. 1.020.

(7) En: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 183.

(8) Como pueden ser las soluciones basadas en el consentimiento de la víctima, en la distinción entre participación en una "autopuesta en peligro" impune y "heteropuesta en peligro" punible, en determinadas reformulaciones de la teoría de la causalidad ("interrupción del nexo causal", "concur-rencia de culpas"); vid. sobre estas aproximaciones sólo Walther, *Eigenverantwortli-*

primer lugar, como se verá, más que de una formulación dogmática concreta para el problema de la intervención de la víctima, se trata de una tendencia, de una aproximación, de un modo de ver la figura de la víctima. En segundo lugar, esta configuración más bien difusa y amplia de las posturas victimodogmáticas viene motivada, sobre todo, por el hecho de que éstas constituyen una reacción dentro de la dogmática a una evolución iniciada en otras disciplinas distintas de la ciencia del Derecho. Y, en tercer lugar, este carácter en cierto modo difuso de la victimodogmática -que, por otra parte, aún se halla en sus inicios- es el que probablemente también constituye la razón por la que el debate sobre estas aportaciones en gran medida se ha realizado con argumentaciones más cercanas a las reflexiones de política criminal que a la discusión dogmática. En todo caso, las especiales características de la victimodogmática aconsejan seguir un método de exposición en el que se intenten esbozar los rasgos esenciales del panorama en el que surge la victimodogmática antes de abordar sus propuestas dogmáticas.

1.1 Victimología y victimodogmática

1.1.1 Victimología y sistema penal

En la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española se hace referencia al conflicto

de intereses subyacente al hecho penal: "En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse". Salta a la vista que esta concepción de lo penal deja de tomar en consideración a otro interviniente: a la persona física que es "sujeto pasivo" del delito y que suele denominarse "víctima". Ello, como es sabido, es expresión de un sistema de control social, el penal, que en el Estado moderno compete en exclusiva al Estado, superando así la venganza privada, reduciendo la importancia del papel de la víctima.⁹ En coherencia con esto, también la ciencia dedicada al estudio empírico del fenómeno penal, la criminología, centró tradicionalmente su atención en la persona que realiza el comportamiento desviado, en el autor.¹⁰

⁽⁹⁾ Como ya se ha dicho, es ésta una afirmación que ha llegado a ser un lugar común en la bibliografía. Vid. sólo las reflexiones de García-Pablos de Molina, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3.ª edición, Valencia, 1996, p. 38 y ss. y Silva Sánchez, en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, p. 13 y s. En la ciencia penal, esta evolución es descrita ya desde hace tiempo. Cf., por ejemplo, en este sentido ya la interesante exposición de Kleinfeller (en: *Münchener Festgabe für Karl von Birkmeyer zum 27. Juni 1917*, Aalen, 1992 [reimpresión de las contribuciones aparecidas en GA 63 a 65 (1917/1918)], p. 131 y ss.), en la que muestra sobre la base del ejemplo de diversos ordenamientos de la Antigüedad y de la Edad Media la disminución de elementos de venganza, con la correspondiente pérdida de relevancia del comportamiento de la víctima en el sistema penal.

⁽¹⁰⁾ Cf. por todos García-Pablos de Molina, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988, p. 76; idem, *Criminología*³ (n. 9), p. 39, 40.

chkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken, Freiburg im Breisgau, 1991, p. 7 y ss.; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992, p. 30 y ss., y próximamente Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, en prensa, §§ 4 a 7.

Sin embargo, como acaba de decirse, viene produciéndose desde algún tiempo una evolución científica -y también en cierta medida, y en parte como consecuencia de ésta, legislativa- mediante la cual desde la perspectiva de la *criminología* tiene lugar un “redescubrimiento” de la víctima, naciendo incluso una nueva ciencia llamada “*victimología*”⁽¹¹⁾ que pretende sistematizar los conocimientos empíricos relativos a la víctima. No es muy claro cuál es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimiento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más eficaz de los comportamientos desviados y que

resaltan la experiencia negativa sufrida por la víctima, sobre todo de delitos violentos⁽¹²⁾. Como se verá, el complejo “entorno” político-criminal tanto de la victimología como de sus repercusiones en el ámbito del Derecho penal es uno de los elementos que están determinando en mayor medida la discusión dogmática⁽¹³⁾. En todo caso, hay que resaltar ya en este momento que la investigación victimológica ha sido generada sobre todo en países en los que no hay o no había posibilidades de participación de la víctima en el proceso similares a la acción penal del perjudicado que el ordenamiento español sí reconoce.⁽¹⁴⁾ Estas investigaciones criminológicas, por una parte, han empezado a repercutir dentro del ordenamiento penal sobre todo en la propuesta de determinadas medidas de atención a la víctima, y, especialmente, en el establecimiento de mecanismos de reparación.⁽¹⁵⁾ Sin embargo, ya desde el ini-

(11) Cf. por todos las exposiciones de carácter general de Kiehl/Lamnek, *Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*, München, 1986, p. 56 y ss., 207 y ss.; García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 76 y ss.; idem, *Criminología*³ (n. 9), p. 38 y ss.; Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, México, 1988, p. 14 y ss.; Kaiser, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 9.ª edición, Heidelberg, 1993, p. 309 y ss., 630 y ss.; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona, 1993, p. 9 y ss.; Larrauri Pijoan, en: op. cit., p. 78 y ss. Sobre la evolución de la victimología, vid. sólo García-Pablos de Molina, *Criminología*³ (n. 9), p. 40 y ss.; Schüler-Springorum, en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 202 y ss.; Schneider, *Jura* 1988, p. 635 y s.; idem, *Einführung in die Kriminologie*, 3.ª edición, Berlin - New York, 1993, p. 304 y ss.; Rodríguez Manzanera, *Victimología*, p. 9 y ss.; Fattah, en: idem (ed.), *Towards a Critical Victimology*, New York, 1992, p. 29 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 8 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Barcelona, 1994, p. 116 y ss.; Herrera Moreno, CPC 1995, p. 489 y ss.

(12) En este sentido, por ejemplo, Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 14 y s., quien llega a la conclusión que las causas han de encontrarse en un cambio en el “clima político-criminal”; también advierte razones de política criminal Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79 y s.; García-Pablos de Molina (*Manual de criminología* [n. 10], p. 79 y s.), en cambio, parece atribuir el surgimiento de la victimología a los impulsos producidos en la evolución científica de la propia criminología; en sentido similar, Zipf (MSchrKrim 53 [1970], p. 1), para quien la victimología sólo pudo surgir una vez que la criminología hubo dado el paso desde la biología criminal a la sociología criminal.

(13) Cf. a continuación *infra* I. B.

(14) A través de la acusación particular, art. 101 en relación con arts. 109 y 783 LECrim.

(15) Se trata de las consecuencias, como es lógico, de una victimología especialmente orientada a fortalecer los derechos de la víctima (Larrauri Pijoan [en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n.

cio de estas investigaciones empíricas, también hubo autores que resaltaron, por otra parte, de algún modo la intervención de la víctima como factor determinante de su (co)responsabilidad en lo sucedido¹⁶.

11), p. 79] denomina esta tendencia "nueva" victimología). Estas consecuencias se están concretando en intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso, en el establecimiento de medidas de compensación, etc. (cf. sólo la información sobre la cuestión en varios países recopilada por Schneider, CPC 1988, p. 359 y ss., 375 y s. y por Bueno Arús, AP 1990 [n. 27], p. 297 y ss., 302 y ss.).

En lo que se refiere a las medidas de reparación, en los tiempos más recientes viene desarrollándose una discusión que ha trascendido del ámbito de las medidas legislativas más bien colaterales acabadas de mencionar y en la que se plantea la posible inclusión de la reparación como elemento autónomo en el ordenamiento penal; cf. sobre esto últimamente, por todos, Hirsch, ZStW 102 (1990), p. 534 y ss.; Roxin, en: Gunther Arzt et al. (ed.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 243 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 198 y ss., 201 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima* (n. 11), *passim*; Schild, en: Ellen Schlüchter (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, 1995, p. 157 y ss.; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edición, Madrid, 1996, p. 251 y ss.; Gracia Martín, en: idem (coord.)/Baldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia, 1996, p. 40 y ss., respectivamente, con ulteriores referencias.

⁽¹⁶⁾ Cf. de momento sólo las exposiciones de Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, p. 389 y ss., y Schneider, CPC 1988, p. 373 y s.

1.1.2 Victimodogmática

En relación con la evolución aludida, también se advierte una mayor preocupación por la figura del sujeto que resulta lesionado por el comportamiento delictivo dentro de la dogmática jurídico-penal en sentido estricto.¹⁷ Estas aportaciones dogmáticas al problema de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de *victimodogmática*.¹⁸ La cuestión central que ocupa a las aproximaciones victimodogmáticas es la de determinar en qué medida la "corresponsabilidad" de la víctima en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.¹⁹

En el contexto de este estudio, cabe destacar de modo preliminar -junto a la vinculación, en mayor o menor medida, de las aproximaciones "victimodogmáticas" a los estudios criminológicos o vic-

⁽¹⁷⁾ Probablemente el primer estudio con componentes dogmáticos en esta dirección sea el de Schultz, ZStR 71 (1956), p. 171 y ss., 184 y ss.; cf., sin embargo, ya el poco conocido trabajo de Kleinfeller, FG Birkmeyer (n. 9), p. 131 y ss., 190 y s., a favor de la creación de un criterio general de medición de la pena en atención a la incitación a la comisión del hecho por parte de la víctima.

⁽¹⁸⁾ Los estudios "victimodogmáticos" vienen elaborándose sobre todo en los países de lengua alemana. En cuanto a la situación en España, tiene razón Silva Sánchez al afirmar (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología*, San Sebastián, 1990, p. 197) que "...no ha tenido lugar una discusión general, global" sobre la problemática, con la excepción notable, sobre todo, de los trabajos del propio Silva Sánchez.

⁽¹⁹⁾ Así Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrehenslehre*, 2.ª edición, München, 1994, 14/15.

timológicos²⁰- como elementos característicos de este grupo de elaboraciones doctrinales dos rasgos externos comunes:

en primer lugar, se trata de aproximaciones que en comparación con otras posturas dogmáticas tienen un carácter más específico respecto del problema a tratar. Es decir, se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de la valoración de la posible incidencia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. En este sentido, se ha dicho con razón que la discusión "victimodogmática" no puede ser entendida como un mero desarrollo de los elementos legales de toma en consideración de la víctima que existían con anterioridad,²¹ sino que constituyen una nueva fase, o, al menos, significan la adopción de una nueva perspectiva en la discusión doctrinal.

En segundo lugar, se trata de posturas que se enmarcan -a diferencia de lo que sucede con otras aproximaciones, generadas dentro de la discusión específica de la dogmática jurídico-penal- en un fenómeno cuya amplitud excede con mucho del campo de la dogmática de la Parte General del Derecho penal material: se refiere también a la Parte Especial del Derecho penal, a los planteamientos criminológicos, a la concepción del proceso penal. Sobre la amplitud del fenómeno ha dicho Schünemann que el hecho de que la víctima esté "de moda" en tan variados campos es el

"fenómeno más extraordinariamente sorprendente en la evolución de la discusión científica y de política legislativa relativa al comportamiento desviado en los últimos 15 años".²²

1.1.3 Proceso penal

Ha de decirse de entrada que la evolución en el campo del Derecho penal material, por un lado, y en el del Derecho penal procesal,²³ por otro, parece discurrir por derroteros distintos que sólo tienen en común el *topos* de la víctima.²⁴ Incluso se ha llegado a afirmar que desde la perspectiva de ésta, las tendencias que se pueden observar en el Derecho penal material y en el procesal son contrapuestas: dentro del Derecho penal material, conllevan un "debilitamiento" de la

(22) NStZ 1986, p. 194; para García-Pablos de Molina (en: José Luis de la Cuesta *et al.* [comp.], *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 193) "asistimos... a un irreversible proceso histórico" en este ámbito; cf. también Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 13 y ss.

(23) Sobre la discusión en cuanto al proceso penal, cf., por todos, Jung, ZStW 93 (1981), p. 1147 y ss.; Weigend, ZStW 96 (1984), p. 761 y ss., exhaustivamente, idem, *Deliktsoffer und Strafverfahren* (n. 16), *passim*; Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 79 y ss.; Correra/Riponti, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990, p. 42 y ss., 97 y ss.; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 43 y ss.; Larrauri Pijoan, op. cit., p. 102 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 129 y s., 135 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 214 y ss.

(24) En este sentido se pronuncia W. Hassemer, en: Günter Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, tomo II, Köln, 1983, p. 231.

(20) También desde el otro lado, es decir, por parte de los victimólogos, se afirma que la victimología debe repercutir en el Derecho penal. Sin embargo, no se han formulado desde la victimología propuestas más concretas acerca de cómo ha de influir esta disciplina en el Derecho penal material (cf. la crítica en este sentido de Arzt, MSchrKrim 67 [1984], p. 108).

(21) Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 227.

posición de la víctima, mientras que en el ámbito procesal más bien están dirigidas a fortalecer a la víctima²⁵. Desde luego, parece precipitado identificar toda valoración del comportamiento de la víctima en el ámbito penal material con un "debilitamiento" de su posición, al igual que no toda participación de la víctima en el proceso penal equivale a un fortalecimiento de sus intereses (sacrificando los del autor). Pero sí es cierto que existe una desconexión muy notable entre la discusión en el ámbito del Derecho procesal y la de la dogmática del Derecho penal material.

De hecho, sólo así -aún teniendo en cuenta las diferencias entre los ámbitos procesal y material- puede explicarse que quien quizás puede ser considerado el más destacado defensor de la relevancia de la figura de la víctima en el Derecho penal material desde la perspectiva de la victimodogmática,²⁶ Schünemann, sea extremadamente crítico con los intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso penal. En este sentido, puede que sea de interés examinar con cierto detenimiento los argumentos de Schünemann. Pues a modo de ejemplo quizás este examen -dado el peso de este autor en el tratamiento de la cuestión en el ámbito de la dogmática del Derecho penal material- resulte revelador de las "pasiones" político-criminales que la irrupción de la victimología ha despertado en la doctrina jurídica²⁷. En efecto, la decidida crítica de Schünemann a ciertos intentos desarrollados en Alemania para introducir algunos derechos (sobre todo, de información sobre el procedimiento, de peticiones de prueba y de asistencia letrada) de la víctima en el proceso (afir-

ma Schünemann que podría producirse un claro desequilibrio a favor de los intereses de retribución de la víctima, por lo que deben ser rechazados los mencionados derechos procesales de ésta como "retroceso atávico",²⁸ "punto de partida reaccionario"²⁹) puede parecer algo incoherente. De hecho, estos intentos no se aproximan ni con mucho a la situación de *lege lata* en el ordenamiento penal español, que conoce, como es sabido, amplias posibilidades de participación de los ciudadanos (ofendidos o no) en el proceso penal.³⁰ En efecto, la contunden-

(28) NStZ 1986, p. 196.

(29) NStZ 1986, p. 197.

(30) Cf., por ejemplo, Moreno Catena, en: Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez: *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Valencia, 1993, p. 153 y ss.; Muerza Esparza, en: De la Oliva Santos/Aragoneses Martínez/Hinojosa Segovia/Muerza Esparza/Tomé García, *Derecho procesal penal*, 1.ª reimpresión, Madrid, 1994, p. 132 y ss. En cuanto a la regulación portuguesa, en la que la víctima tiene una notable influencia sobre el desarrollo de los procedimientos seguidos por determinados delitos y puede intervenir, además, como "asistente procesal" del Ministerio Público, vid. sólo la información ofrecida por Crucho de Almeida, RPCC 3/1 (1993), p. 110 y ss., 114 y ss. Sobre la situación en Alemania, en donde entretanto han sido trasladados los intentos de reforma mencionados en el texto al ordenamiento jurídico vigente mediante la Primera Ley para la Mejora de la Posición del Ofendido en el Proceso Penal o Ley de Protección a la Víctima (*Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren* = *Opferschutzgesetz*, de 18 de diciembre de 1986) informan, por ejemplo, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24.ª edición, München, 1995, p. 446 y ss.; Jung, JuS 1987, p. 157 y ss.; Schneider, CPC 1988, p. 362 y ss. e idem, ÖJZ 1990, p. 15 y s.; Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n. 18, p. 87 y ss.; sobre los cambios -muy similares a los adoptados en Alemania- operados en el Derecho procesal penal italiano por medio del Código de

(25) Neumann, en: W. Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 226.

(26) Cf. *infra* II. A.

(27) Cf. sobre esto *infra* I. B.

te crítica de Schünemann a estas propuestas crea un fuerte contraste con su apoyo, igualmente contundente, al recorte de la intervención penal mediante la "victimodogmática", apoyo que se extiende también a las voces favorables a introducir un procedimiento de conciliación sustitutivo del proceso penal³¹ o a la ampliación de los delitos perseguibles a instancia de parte³².

Está claro que de este modo se obtiene una propuesta de conjunto gravemente desequilibrada: por un lado, se pretende que el comportamiento de la víctima decida sobre la intervención penal, bien en Derecho penal material mediante la victimodogmática, o bien mediante facultades de disposición procesales más amplias. Pero por otra parte, se descalifica a la presencia (mínima, por otra parte, en las propuestas criticadas por Schünemann) de esta misma víctima en el proceso como principio del fin del sistema penal, como "atávica" y "reaccionaria".³³ Dicho

sea de paso que estas afirmaciones, desde la perspectiva del Derecho procesal vigente en España, no pueden más que parecer algo extrañas, pues del carácter público de la acción penal en nuestro ordenamiento se ha dicho que es "uno de los mayores logros de nuestra Ley, incluso superior a países de nuestro entorno cultural".³⁴ Y si bien esta apreciación, como es lógico, es discutible, desde luego no parece razonable pensar que las instituciones jurídico-procesales españolas en cuestión formen parte de un sistema "atávico".

La incoherencia es palmaria: si debe valorarse el comportamiento de la víctima para poder determinar si siquiera hay un comportamiento punible, como sostienen los partidarios de la victimodogmática, ¿por qué esta víctima no puede estar presente en el proceso en el que ha de producirse esta valoración de su comportamiento?; si se propone que la víctima disponga (mediata o directamente, a través de su participación en un procedimiento de conciliación o en el ejercicio de la instancia de parte) sobre la iniciación del proceso, ¿por qué razón esta víctima no debe participar de ningún modo en el proceso?³⁵

1.1.4 La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática

Si se toma en consideración la repercusión que puede tener sobre los pilares

procedimiento penal de 1988, cf. la exposición de Corraja/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 97 y ss. y anexo n. 6.

(31) Sobre las distintas posibilidades que se proponen en este campo, así como de las experiencias ya llevadas a la práctica en distintos países, informan, por ejemplo, Neumann, en: W. Hassemer, *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 241 y ss.; Roxin, *RuP* 1988, p. 76; Schneider, *ÖJZ* 1990, p. 16 y ss. y Jung, *MSchrKrim* 76 (1993), p. 50 y ss.

(32) Schünemann, *NSStZ* 1986, p. 196.

(33) En contra de la postura de Schünemann, desde la perspectiva jurídico-procesal, Schneider, *CPC* 1988, p. 366. Ya se había pronunciado con anterioridad en favor de la ampliación de la intervención de la víctima en el proceso penal -destacando la perspectiva del control de la actividad de la fiscalía, órgano que, como es sabido, tiene un protagonismo muy superior en la fase instructoria en el ordenamiento alemán que en el español- Jung, *ZStW* 97 (1981), p.

1165 y s.; manifiesta, sin embargo, temores similares a los formulados por Schünemann, si bien de modo más matizado, Roxin, *Strafverfahrensrecht*²⁴ (n. 30), p. 446 y s., 461.

(34) Gutiérrez-Alviz y Conradi, *PJ* n. 18, p. 80.

(35) También señala que no puede desvincularse la evolución en el campo jurídico-procesal de la situación en el ámbito del Derecho penal material Jung, *ZStW* 97 (1981), p. 1175 y s.

básicos del sistema penal una redefinición del papel de la víctima, no es extraño que aquellas construcciones que quieran modificar de manera global el peso de la víctima produzcan verdaderas conmociones en ámbitos tan variados como los reseñados en las páginas anteriores. Pues de hecho -por ejemplo, situando la cuestión en el ámbito sistemático de los fines del Derecho penal-, en el moderno sistema del Derecho penal, centrado en fines bien preventivo-especiales y/o preventivo-generales, la contraposición de intereses tiene lugar en lo fundamental, como expresa la frase antes transcrita de la Exposición de Motivos de la LECrim, entre sociedad (interés de prevención-integración)³⁶ y sujeto infractor (interés en minimizar los efectos desocializadores de la pena). Los posibles intereses de la víctima en el castigo del autor se hallan disueltos en la protección de bienes jurídicos.³⁷ Este papel marginal parece

congeniar de modo especial con una determinada concepción "unilateral" del injusto y de la norma jurídico-penales, concepción centrada exclusivamente en la relación entre sujeto activo y ordenamiento jurídico.³⁸ Por ello, parece que el impulso dado por la victimología al mostrar que la víctima de hecho "no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que 'casualmente' recae el delito, sino que en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma"³⁹, necesariamente ha de producir algún efecto sobre los fundamentos mismos del sistema penal en su conjunto.

Dentro del abanico de movimientos doctrinales aludido, en el campo concreto de la dogmática penal, la tendencia teórica agrupada bajo la denominación de "victimodogmática", en palabras de Silva Sánchez, "trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia -en algunos supuestos delictivos- de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -

(36) Claro está que la cuestión podría formularse de otro modo: estableciendo una contraposición entre "víctima(s) potencial(es)" (= sociedad) y "víctima actual" o "concreta"; en este sentido, Seelmann, JZ 1989, p. 670 y ss. Neumann (en: W. Hassemer [ed.], *Strafrechtspolitik* [n. 2], p. 226) afirma incluso que en el desarrollo histórico del sistema penal la marginación de la víctima (concreta) se produjo al asumir el Estado la posición de "víctima" de todo delito; cf. también Herrera Moreno, CPC 1995, p. 485 y s.

(37) En el pensamiento del bien jurídico, la víctima es una "construcción" sin sustancia; pues este pensamiento no persigue la protección de la víctima, sino -como concepto crítico- la protección de la libertad general de actuación frente a un control penal ilegítimo (así en la concepción de Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 221); cf. también las consideraciones de Jung, ZStW 93 (1981), p. 1151; Schünemann, NSTZ 1986, p. 193 y ss.; Seelmann, JZ 1989, p. 670; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 21; Herrera Moreno, CPC 1995, p. 486 y ss., y, de modo exhaustivo, Eser, FS Mestmäcker

(n. 6), p. 1005 y ss., 1011 y ss. Cf. también *infra* II. B. En este contexto, la víctima es, en palabras de García-Pablos de Molina, una figura marginal, una "abstracción jurídica" (García-Pablos de Molina, LH Beristain [n. 22], p. 193; idem, *Criminología* [n. 9], p. 40), "ha perdido su caso, [asumiéndolo] el Estado" (Christie, BritCrim 17 [1977], p. 3), está "'cosificada'... [como] una mera parte de la realidad objetiva" (Correra/Riponti, *La vittima* [n. 23], p. 6) y recibe tan sólo una "tutela despersonalizada" (Mantovani, PG [n. 3], p. 233).

(38) Así lo señala Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 79.

(39) Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 16; cf. también García-Pablos de Molina, LH Beristain (n. 22), p. 195.

en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor".⁴⁰

1.2 *Victimodogmática y política criminal*

1.2.1 Distintos significados político-criminales

Sin embargo, antes de pasar a la exposición y análisis de las propuestas victimodogmáticas, es inexcusable una breve referencia a las *muchas vertientes político-criminales* que el fenómeno más amplio y general de las "*aproximaciones victimológicas*" presenta. Pues sin tener en cuenta este carácter proteico, del que participan las elaboraciones de la victimodogmática en lo que se refiere a sus repercusiones político-criminales, difícilmente podrán valorarse correctamente los frentes -y, a veces, enfrentamientos- que se han producido en la discusión dogmática. En este sentido, hay que señalar que la discusión político-criminal sobre la posición de la víctima se ha disparado con la aparición de la perspectiva que se autodenomina "victimodogmática". De hecho, como se verá, gran parte de los argumentos que se emplean a favor o en contra de las aproximaciones victimodogmáticas no son estrictamente dogmático-sistemáticos, sino claramente político-criminales. Llama la atención que esta viva discusión no se haya producido -al menos con tal protagonismo como es aquí el caso- respecto de los instrumentos dogmáticos utilizados antes del surgimiento de la victimodogmática, instrumentos que existían y existen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁴¹

Y quizás la explicación de esta diferencia esté en que en el caso de los instrumentos "tradicionales", la cuestión se planteaba en cierto grado de modo encubierto, bajo la apariencia de su integración en el sistema técnico-jurídico. Frente a ello, la victimodogmática se presenta de modo abierto, pone las cartas encima de la mesa y pretende aportar algo nuevo: una solución específica al problema de la intervención de la víctima, y ello en compañía del estruendo político causado por algunos de los movimientos de protección a las víctimas. En todo caso, el hecho de que la discusión político-criminal haya surgido sobre todo en este ámbito de la victimodogmática hace aconsejable referirse a ella de modo especial en este lugar.

En particular, hay que señalar ya ahora respecto de esta discusión que resulta difícil desentrañar cuando los argumentos en cuestión se refieren a las repercusiones político-criminales de determinada construcción dogmática referida a la *lex lata* -siendo así como se conciben las aportaciones que aquí serán objeto de examen- y cuando se trata de argumentos y contraargumentos relacionadas ya con una modificación del *status quo* normativo. Muestra de ello es que uno de los argumentos que se manejan en la discusión es precisamente la afirmación de que tal o cual propuesta dogmática ya abandona los límites del Derecho positivo. En todo caso, lo cierto es que las reflexiones introducidas en la discusión que a continuación se aborda de modo sucinto, si bien -como antes se ha dicho- se han presentado de modo prácticamente exclusivo en relación con la victimodogmática, también pueden estar presentes de modo subyacente en otras aproximaciones dogmáticas que parecen más impermeables a la argumentación político-criminal que la victimodogmática.

⁽⁴⁰⁾ LH Beristain (n. 22), p. 634 y s. (= CGPJ [ed.], *Victimología* [n. 9], p. 18); cf. también idem, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 81.

⁽⁴¹⁾ Cf. las referencias en n. 8.

La reivindicación de una mayor atención a la víctima en el sistema penal puede tener varias vertientes político-criminales, dependiendo del ángulo que se adopte. Puede decirse a grandes rasgos que en el campo de la victimología convergen valoraciones contrapuestas, que pueden sintetizarse en dos grandes direcciones: exigir responsabilidad a la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión (posiblemente, disminuyendo la del autor) o resaltar la figura de la víctima, sus intereses olvidados (posiblemente, aumentando la punición del autor).⁽⁴²⁾ En este sentido -desde la perspectiva del tratamiento penal propuesto para el autor-, se ha dicho con razón que en este ámbito es "llamativa la convergencia de consideraciones liberales y represivo-autoritarias".⁽⁴³⁾ De hecho, parece que muchas aportaciones victimológicas recientes están más orientadas a alcanzar objetivos prácticos de política criminal que a profundizar en aspectos cognoscitivos. En este contexto, es frecuente ver en ciertos medios de comunicación descripciones terroríficas de víctimas destrozadas y escarnecidas por los autores de infracciones criminales, en contraste con esos mismos autores sonrientes que no sufren castigo alguno. Estas corrientes con razón han sido denominadas "victimagógicas".⁽⁴⁴⁾ Antes de volver a esta problemática, pueden enumerarse las siguientes perspectivas político-criminales:

La primera consecuencia de política criminal puede estar, en el ámbito previo

a la intervención del sistema penal propiamente dicho, en propugnar medidas de autoprotección de la víctima para evitar su "victimización".⁽⁴⁵⁾ Ante esto cabe preguntarse, llevando la cuestión al extremo, si no supone un fracaso anticipado del sistema penal el que los ciudadanos vean coartadas sus libertades por medidas de autoprotección: en última instancia la victimización se evita con mayor seguridad convirtiendo la morada en una fortaleza y evitando todo contacto social.⁽⁴⁶⁾ En este sentido, puede llegarse a una situación en la que en vez de estigmatizar el abuso de confianza que -dicho en términos amplios- el delito implica por medio de la pena, se suprima esta confianza misma imponiendo medidas de seguridad preventivas a la víctima.⁽⁴⁷⁾ De hecho, desde la perspectiva empírica de la victimología se ha señalado que los miedos existentes frente a la posibilidad de convertirse en víctima de un delito con frecuencia no se corresponden con la realidad estadística,

(45) Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 18; sobre la "victimización" (primaria) desde la perspectiva criminológico-victimológica, cf. Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 170 y ss.

(46) Cf. sobre estos riesgos, por ejemplo, el extremadamente sombrío panorama trazado por Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, p. 206 y ss.; vid. también en sentido similar las consideraciones de Arzt, *MSchrKrim* 67 (1984), p. 122 y ss.; ahora también Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª edición, Berlin, 1996, § 25 v. 2.

(47) Así lo teme Ebert, *JZ* 1983, p. 643; cf. también las consideraciones en similar dirección de W. Hassemer, *FS Klug II* (n. 24), p. 232; Roxin, *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona, 1992, p. 69 y s.; vid. ahora -a partir de la quinta edición de esta obra- también Jescheck/Weigend, *AT*⁵ (n. 46), § 25 V. 2.

(42) Cf. Schüler-Springorum, *FS Honig* (n. 11), p. 209.

(43) Weigend, *ZStW* 96 (1984), p. 763, nota 13.

(44) Así Dünkler, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 179.

sino que son superiores al riesgo realmente existente.⁴⁸

Si esta reivindicación, en *segundo lugar* y ya en el campo de la política criminal relativa al sistema penal, se produce como reacción a un sistema penal centrado en cuanto a los fines de la pena exclusivamente en la atención al autor, en su resocialización, tendrá el sentido de reclamar una mayor satisfacción al daño producido a la víctima: a un incremento del ámbito de lo punible⁴⁹, enlazando por tanto con los en esta cuestión tan socorridos -al menos para determinados sectores políticos- planteamientos de *ley y orden*⁵⁰. Así, se ha dicho con razón⁵¹ que la vinculación de los intereses de la víctima con las concepciones de *law and order* forma parte de las "interpretaciones erróneas casi 'clásicas' en política criminal".⁵²

Ha de tenerse en cuenta ya en un plano interno de esta argumentación - además de las evidentes objeciones que pueden plantearse de principio a estas posturas- que la legislación "a golpe de telediarlo", en este caso, incrementando las penas por la "impresión social" producida por la asunción emocional de la perspectiva de la víctima, puede producir efectos exactamente contrapuestos a los perseguidos: el establecimiento de marcos penales elevados puede conducir a que en la práctica los órganos de la Administración de Justicia establezcan mecanismos especialmente selectivos de persecución penal,⁵³ es decir, que en realidad estas posturas pueden producir una mayor desprotección real de la víctima.⁵⁴ Y también debe advertirse que una atención unilateral a la víctima, a la lesión que ha sufrido, puede generar "tendencias (político-criminales) utópicas de individualización",⁵⁵ al pensarse por parte de algunos victimólogos que en el marco del sistema jurídico-penal resulta posible adecuar la respuesta penal al daño generado en cada caso concreto. Otra de las vertientes que ha de tenerse en cuenta en esta cuestión es que la imposición -con garantía penal- de amplios deberes de velar por la seguridad de otros (de las potenciales víctimas) puede implicar una actitud de tutela paternalista hacia la víctima, contraria su desarrollo e incompatible con la con-

(48) Cf. sólo Fattah, en idem: (ed.), *Towards a Critical Victimology* (n. 11), p. 42 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 23 y ss.

(49) Así W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 228 y ss.; idem, *Grundlagen* (n. 1), p. 71 y s.

(50) En este sentido, por ejemplo, Sessar, en: Theo Vogler et al. (ed.), *Festschrift für HansHeinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin, 1985, p. 1150; Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 79 y s.

(51) Jung, ZStW 93 (1981), p. 1176, nota 101.

(52) Desde la perspectiva de la criminología, cf. sobre esta cuestión, por todos, García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 97 y ss. y Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 321 y s. Cf., además, las referencias de Fattah (en: idem [ed.], *Towards a Critical Victimology* [n. 11], p. 5 y ss., 8 y ss., 11 y s.) sobre ciertos efectos producidos en el sistema penal estadounidense por medio de la instrumentalización de los intereses de las víctimas por sectores políticos conservadores (reducción de la posibilidad de conceder libertad bajo fianza o condena condicional,

elevación de los marcos penales, supresión de beneficios penitenciarios, incremento de los supuestos de imposición y ejecución de la pena de muerte, etc.).

(53) Cf. el análisis de Frommel (MSchrKrim 68 [1985], p. 353 y ss., 358, 359) de esta cuestión.

(54) Cf. Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 233.

(55) Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 120 y s.

sideración de la víctima como sujeto responsable.⁵⁶

Si la introducción de la figura de la víctima, por el contrario y en *tercer lugar*, tiene lugar resaltando el carácter responsable de ésta, la valoración dogmática de su contribución al hecho tendrá el sentido político-criminal de reducir el ámbito de lo punible.⁵⁷

Esta valoración dogmática podrá ser tildada, por un lado, de formar parte de las “tendencias de privatización”⁵⁸ si va

acompañada de un planteamiento conforme al cual la víctima “responsable” debe poder decidir en alguna medida acerca de la relevancia jurídico-penal del suceso, en atención a qué valoración le merece la lesión que ha sufrido. Está claro que esta “restitución del conflicto” a los sujetos inmediatamente afectados (utilizando la conocida formulación de Christie⁵⁹), acabaría por significar un abandono del concepto de víctima propio del Derecho penal, al no tener éste ya el poder de definición, sino la propia persona afectada por el hecho delictivo.⁶⁰ Y si es la propia víctima quien puede decidir si se considera a sí misma “víctima” en el sentido jurídico-penal, correlativamente dispone también sobre la definición de “delito”. Visto desde la perspectiva del autor, puede pensarse que al confiar éste en escapar a la persecución penal llegando a un “arreglo” con la víctima, desaparecería todo efecto preventivo del ordenamiento penal:⁶¹ en suma, se generaría un panorama muy distinto del que conocemos en la actualidad. Claro está también

constituye también el fundamento último de los programas de compensación-reparación (cf. en el mismo sentido también Gracia Martín, en: idem [coord.]/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito* [n. 15], p. 45). Llama la atención, por otro lado, sobre el hecho de que la reprivatización puede significar también un debilitamiento de las garantías pensadas para el autor Silva Sánchez, AP 1996, p. 250. Sobre las tendencias abolicionistas en general, cf. sólo la exposición de Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 18 y ss.

(59) En BritJCrIm 17 (1977), p. 1 y ss., 10 y ss. Cf. sobre la evolución en EEUU en esta dirección, críticamente, Weigend, ZStW 96 (1984), p. 772 y ss.; cf. también Jung, MSchrKrim 76 (1993), p. 50 y ss.

(60) Así lo señala Seelmann, JZ 1989, p. 673.

(61) Cf. Roxin, RuP 1988, p. 70.

(56) En este sentido, por ejemplo, ya Exner, en: August Hegler et al. (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, p. 590; Naucke, en: Lüderssen/Sack (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität I*, Frankfurt am Main, 1975, p. 340 y s. [respecto de la cuestión de la relación entre engaño y error en la estafa]; también en este sentido Puppe, en: Ulfrid Neumann/Heike Jung (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1.ª edición, Baden-Baden, 1995, n.m. 178 previo a los §§ 13 y ss.

(57) En este sentido dice Eser que “no cabe evitar la impresión de que la víctimodogmática en su conjunto es una especie de programa de exoneración del autor” (FS Mestmäcker [n. 6], p. 1022, nota 112).

(58) Vid. sobre esto, desde distintas perspectivas, sólo W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 226; idem, *Grundlagen* (n. 1), p. 77 y s.; Neumann, en: W. Hassemer, *Strafrechtspolitik* (n. 2), p. 249 y ss.; Maier, en: idem (comp.) y Bovino/Pastor (ed.), *De los delitos y de las víctimas* (n. 2), p. 195 y ss.; Bovino, *ibidem*, p. 262 y ss.; Eschweiler, *Beteiligung an fremder Selbstgefährdung*, Bonn, 1990, p. 125; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 21; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 27; Gössel, GA 1995, p. 382. En opinión de Tamarit Sumalla (*La reparación a la víctima* [n. 11], p. 119 y s.), esta tendencia reprivatizadora so sólo está en la base de las corrientes víctimodogmáticas, sino que

que esta visión que propugna una de-estatalización de los mecanismos de solución de conflictos admite una versión algo distinta del programa de Christie (quien parece estar sobre todo preocupado por la ineficacia del aparato burocrático de la Administración de Justicia). En efecto, quizás puede establecerse cierta conexión entre las posturas que sostienen que el hecho penal es esencialmente un "conflicto privado" y que como tal debe ser resuelto por medio de procedimientos más cercanos a las "bases" sociales y la idea de que en todo caso se trata de un conflicto sin responsable, es decir, de que "la sociedad es la culpable".⁶² Esto quizás sea exagerar las perspectivas del punto de vista "reprivatizador" en este ámbito, pues, de hecho, como dice con razón Silva Sánchez,⁶³ este argumento *ad absurdum* podría aplicarse con igual razón a otras muchas construcciones dogmáticas fundadas de algún modo en la atribución de "responsabilidad" al "medio" (a la sociedad) en vez de al autor del hecho. Dicho de modo sintético en lo que se refiere al campo dogmático: no todo intento de introducir a la víctima en el sistema esconde una intención abolicionista.

El punto de partida en el carácter "responsable" de la víctima, por otro lado, también puede constituir la base de un planteamiento en el que la figura de

la víctima aparece como uno de los sujetos a los que debe atribuirse el suceso. A este punto de vista se le reprochará que favorece la política de *blaming the victim*⁶⁴ (consecuencia: "victimización secundaria"⁶⁵), se le acusará de preparar el retorno al derecho del más fuerte,⁶⁶ a la moral del "salvaje oeste".⁶⁷

1.2.2 ¿Sanciones a las víctimas?

Llevando esta última reflexión a su último extremo -y, ahora sí, ya claramente en el plano de la política legislativa-, podría pensarse en que no sólo hay que privar a la víctima de protección *ex post* -recortando en alguna medida la sanción penal a quien la ha lesionado-, sino

⁽⁶⁴⁾ Sobre ello Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 19 y ss., 33 y ss. Específicamente desde la perspectiva criminológica sobre este fenómeno en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, Henry/Beyer, MSchrKrim 68 (1985), p. 340 y ss., 344 y ss.; cf. también el acertado análisis y crítica de Landrove Díaz (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 189 y ss.) de la tristemente famosa SAP Pontevedra 27.02.1989, que constituye un caso paradigmático -y verdaderamente odioso- de culpabilización de la víctima; vid., por lo demás, las exhaustivas referencias en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 199 y ss.

⁽⁶⁵⁾ Cf., entre otros muchos, Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 239 y ss.; Schneider, Jura 1988, p. 638 y s.; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 187 y s.; Corraera/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 62 y ss.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 32 y ss., 37 y ss.

⁽⁶⁶⁾ Así muy señaladamente Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 17 y s.

⁽⁶⁷⁾ En este sentido respecto de la idea de la autoprotección de la víctima como criterio determinante en el caso del delito de estafa Frommel, Streit 1/1988, p. 38.

⁽⁶²⁾ Así las consideraciones críticas de Hillenkamp, *Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat - einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik*, (Juristische Studiengesellschaft Hannover Heft 9), Bielefeld, 1983, p. 15, y, en sentido similar, Ebert, JZ 1983, p. 641; Mantovani, PG [n. 3], p. 233 y s.; sobre la postura abolicionista desde una perspectiva general, cf. sólo Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 18 y ss., 20 y ss.

⁽⁶³⁾ En: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 34 y s.

incluso amenazarla de pena a efectos preventivos: existen de hecho en la doctrina ciertas reflexiones que podrían considerarse como pertenecientes a una “victimo-política (criminal)”⁶⁸ y que se ocupan no ya sólo de la conveniencia de reducir la punibilidad de los autores en supuestos en los que la víctima hubiese podido tomar medidas de autoprotección, sino de la posibilidad -que puede parecer absurda a primera vista- de utilizar una *sanción* a la víctima como medida político-criminal para evitar la comisión de delitos,⁶⁹ pudiendo consistir esta sanción en una retirada significativa de la protección penal o incluso en una “sanción” en sentido estricto. En este sentido, por ejemplo, Arzt⁷⁰ ha afirmado que es “...más sincero amenazar con una pena de bagatela a la ‘víctima’ del hurto de su coche cuando no había tomado medidas de seguridad respecto de su vehículo, que gravarla de manera mucho más fuerte retirándole la protección del seguro”. Puede que este planteamiento sea más “sincero”, o más coherente desde el punto

de vista meramente económico: pero también está claro que esta idea no cuadra con el modelo establecido de Derecho penal. Pues es evidente que -con independencia de que fueran adecuadas tales medidas de “punición de la víctima” desde el punto de vista político-criminal (exclusivamente en el sentido funcional de la efectividad para la prevención de delitos)⁷¹- en todo caso servirán a la protección de *otros* intereses distintos a los de la víctima⁷², es decir, se obligaría a la víctima a la autoprotección (bajo pena) en interés de futuras-potenciales víctimas, instrumentalizando a la víctima “descuidada” como refuerzo a la prevención. Así se expresa abiertamente cuando se le atribuye a la víctima una misión de prevención:

“...es injusto dejar de tener en cuenta la conducta de la víctima en los procedimientos penales, pues teniendo en cuenta la mayor probabilidad de que las víctimas descuidadas (en relación con las precavidas) se conviertan realmente en víctimas de hechos delictivos, los costes de la protección de víctimas descuidadas son superiores a los de la protección de víctimas cuidadosas. Por lo tanto, en el sistema actual, las víctimas precavidas son explotadas para proteger a las descuidadas”.⁷³

Esta problemática muestra, en todo caso, hasta qué punto en el ámbito general de los conceptos de “víctima” y “autor” se produce una enorme con-

(68) La expresión es de Ebert, JZ 1983, p. 633.

(69) Cf. el incisivo estudio de Harel (CaLR 82 [1994], p. 1181 y ss.), en el que desde la perspectiva del Derecho anglosajón -especialmente, el de los EEUU- se extraen las consecuencias últimas de esta perspectiva en cuanto a la fundamentación del Derecho penal: el sistema penal como mecanismo de protección a las potenciales víctimas (loc. cit., p. 1182 y *passim*), estando, por lo tanto, dirigido tanto a las víctimas como a los autores (loc. cit., p. 1185 y *passim*; cf. la crítica de este planteamiento aquí *infra* II. B. 4.). Cf. también, por todos, la exposición de Ebert (JZ 1983, p. 634 y s.) sobre la cuestión de los hurtos en grandes superficies de venta y sobre la de las detenciones ilegales con petición de rescate, exposición que demuestra que no es tan absurda la idea como pudiera parecer a primera vista, o, al menos, que encuentra defensores.

(70) MSchrKrim 67 (1984), p. 116 y s., nota 53.

(71) Parece claro que desde tal ángulo exclusivamente funcional “...a veces es más realista intentar cambiar el comportamiento de la víctima” que el del autor (Pittaro, IP 1977, p. 594); cf. también la acertada crítica de Ebert, JZ 1983, p. 643.

(72) Ebert, JZ 1983, p. 642 y s.

(73) Harel, CaLR 82 (1994), p. 1183; sobre el punto de vista de Harel cf. también *infra* II. B. 4.

fusión⁷⁴ y también la necesidad de una reflexión acerca de la incardinación de la figura de la víctima no sólo en instituciones dogmáticas concretas, sino en los fundamentos mismos del Derecho penal.

1.2.3 Blaming the victim — “blaming the committer”: *el dilema victimológico*

Sin embargo, es evidente que si no se tiene en cuenta una intervención relevante de la víctima en el acontecer que conduce a la lesión de sus bienes jurídicos, se estará incrementando automáticamente la punibilidad del autor por encima del nivel adecuado, pues parece que la perspectiva exclusiva del interés de protección de los bienes jurídicos conlleva una tendencia expansiva en cuanto al ámbito de lo punible. Es decir, que se produciría un correlativo, valga la expresión, “*blaming the committer*” (excesivo).⁷⁵ Se plantea, entonces, un verdadero “dilema de los argumentos victimológicos” o “*dilema victimológico*”: si la intervención del titular del bien jurídico afectado no es tenida en cuenta, se producirá un castigo en exceso al autor; si la relevancia atribuida a esa aportación es exagerada, se estará culpabilizando injustificadamente a la víctima.⁷⁶

1.2.4 Victimología y dogmática

En atención a esta proteccidat político-criminal de la cuestión parece evidente — así puede anticiparse — que el punto de arranque contextual de las aproximaciones victimodogmáticas, esto es, el redescubrimiento de la víctima en las investigaciones empíricas de la victimología, por sí mismo no aporta mucho a la resolución de los problemas jurídicos que la materia plantea: pues por un lado, son precisamente los victimólogos los que temen que la victimología acabe convirtiendo en autores a las víctimas; el hecho de que la victimología como ciencia se ocupe de las víctimas no significa, desde luego, que quiera culparlas.⁷⁷ Por otro lado, en el momento actual los objetos de investigación de la victimología son completamente distintos de las preocupaciones dogmáticas de la victimodogmática.⁷⁸ De hecho, se puede decir que en muchos casos la vinculación entre victimodogmática y victimología se agota en una mera coincidencia terminológica, en la utilización de la victimología como etiqueta.⁷⁹

ambivalencia es “probablemente la característica más significativa de los argumentos victimodogmáticos”; cf. también en sentido similar Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 26 y ss.

⁽⁷⁴⁾ Cf. sobre esto *infra* II. B.

⁽⁷⁵⁾ Así lo señalan con razón W. Hassemmer, FS Klug II (n. 24), p. 232, nota 73 y Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 33; pues está claro, por otro lado, que la aplicación de la represión penal convierte a su vez al delincuente en “víctima” (cf. sobre esto Zipf, MschrKrim 53 [1970], p. 5; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 149 y ss.).

⁽⁷⁶⁾ Cf. la expresión en Frommel, MschrKrim 68 (1985), p. 351 con nota 2, 353, 356; resalta también este problema Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología* (n. 18), p. 107, quien considera que la

⁽⁷⁷⁾ Así, por ejemplo, Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 12; en este sentido también Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 322; vid., por lo demás, las referencias en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 196 y ss.

⁽⁷⁸⁾ Esto lo reconoce Schünemann, en: W. Zeidler et al. (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, p. 372.

⁽⁷⁹⁾ Puede servir de muestra de lo dicho el hecho de que, por ejemplo, en la monografía “victimodogmática” de Fiedler (*Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung — unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frank-

La victimología, en todo caso y como conclusión previa, no puede ser responsable de una eventual victimización que pueda producirse a través de una "victimodogmática". Por otro lado, también es un "malentendido", probablemente debido a la "polarización, por lo general inconsciente, entre víctima (inocente) y autor (culpable)"⁸⁰ pensar que la victimología persiga una mayor punición de los autores. Dependerá, entonces, de modo decisivo de la traducción jurídico-dogmática de los conocimientos victimológicos que éstos no puedan ser usados como coartada para una "instrumentalización del Derecho penal con intenciones político-sociales".⁸¹ Pues -como se verá- la existencia de varios dilemas de política criminal en este ámbito no basta por sí sola para descalificar todo desarrollo dogmático, sino que, por el contrario, es precisamente el reconocimiento de la problemática y su solución a través de una fundamentación y construcción dogmáticas consistentes lo que debe ser enjuiciado al valorar la "victimodogmática". Dicho de otro modo, la discusión político-criminal no puede erigirse en el único juez de la victimodogmática. Pues como se ha intentado mostrar en las páginas anteriores, la existencia en este contexto de un verdadero dilema entre diversos fines político-criminales obliga a un análisis de las propuestas dogmáticas concretas.

2. Dogmática y victimodogmática

2.1 Elementos esenciales de la victimodogmática

2.1.1 El principio victimológico

Las aproximaciones dogmáticas que se agrupan bajo el rótulo de la "victimodogmática" se han concretado, en lo que se refiere a la dogmática de la Parte General, ante todo en el así llamado "principio victimológico". Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales.⁸² En cuanto a su contenido material, en palabras de Schünemann, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común de los "victimodogmáticos") en la tesis de que "la imposición de la pena como *ultima ratio* del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita de protección", de modo que han de "eliminarse del ámbito de lo punible ...todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más".⁸³ La fundamentación de este principio se

furt am Main etc., 1990), que incorpora el "principio victimológico" a su título, no aparece ni el más mínimo tratamiento de la bibliografía victimológica.

⁽⁸⁰⁾ Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers* (n. 11), p. 15; en sentido similar también Schneider, *Einführung in die Kriminologie* (n. 11), p. 322.

⁽⁸¹⁾ W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 230; en similar sentido también Ebert, JZ 1983, p. 643.

⁽⁸²⁾ Schünemann, FS Faller (n. 78), p. 362; idem, NSTZ 1986, p. 439, 442; Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 639; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 28.

⁽⁸³⁾ NSTZ 1986, p. 439; vid. también idem, en: Schneider (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1982, p. 410 y s.; idem, en: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 450 y s.; cf. ya antes idem, en: Arthur Kaufmann et al. (ed.): *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 130 y s.; idem, FS Faller (n. 78), p. 362.

obtiene de modo deductivo⁸⁴ sobre la base de determinadas consideraciones relativas a la misión del Derecho penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Pues, de nuevo según Schünemann, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, "...también desde la perspectiva *normativa* resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima..."⁸⁵. El Derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes; especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas.⁸⁶

En este sentido, sólo cabría incriminar conductas necesitadas de pena: debe existir una correspondencia entre la necesidad de pena del comportamiento del autor y la necesidad de protección de la víctima.⁸⁷ A esta argumentación se le añade que el principio de subsidiariedad impone la incriminación penal tan sólo si

no existen medios sociales de solución del conflicto⁸⁸; en este sentido, se llega a la conclusión antes reproducida de que no cabría incriminar aquellas conductas frente a las cuales la víctima puede protegerse por sí misma.

2.1.2 Ambito de aplicación

No es muy claro el ámbito de aplicación que sus partidarios proponen para este "principio" victimológico. Hasta el momento, la mayoría de los análisis monográficos y de las aportaciones victimodogmáticas en general se han centrado en algunas figuras delictivas, como la revelación de secretos privados,⁸⁹ la estafa⁹⁰ o la apropiación indebi-

(84) Así lo afirma el propio Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410; en este sentido también Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 637 y s.; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 26; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 110.

(85) FS Faller (n. 78), p. 362 (subrayado en el original).

(86) Schünemann, FS Bockelmann (n. 83), p. 129; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410; idem, NSTZ 1986, p. 195, 439; en sentido similar, R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, p. 22 y ss.

(87) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54 y s.

(88) Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; idem, NSTZ 1986, p. 195, 439; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 35 y s., 51 y ss.

(89) Así Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 11 y ss., 54 y ss.

(90) Es éste el delito respecto del cual mayor número de aproximaciones victimodogmáticas se han producido: mientras que Amelung (GA 1977, p. 1 y ss., 10 y ss.) y R. Hassemer (*Schutzbedürftigkeit* [n. 86], p. 127 y ss., 141 y ss.) reinterpretan el elemento típico del error desde la perspectiva victimodogmática, Arzt (MschrKrim 67 [1984], p. 105) y Ellmer (*Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986, p. 278 y ss.) prefieren hacer uso de esta perspectiva para redefinir el comportamiento engañoso; Kurth (*Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main etc., 1984, p. 169 y ss., 177 y ss.) intenta, partiendo de la teoría de la imputación objetiva como imputación de resultados, abarcar la problemática de la relación entre engaño y error con ayuda del criterio del "fin de protección de la norma" fundamentado en consideraciones victimodogmáticas. Sobre estas construcciones cf. sólo las valoraciones críticas de Lenckner, en: idem et al., *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.ª edición, München, 1991,

da,⁹¹ pertenecientes en su mayoría al ámbito patrimonial.⁹² Podría parecer, entonces, que las reflexiones victimodogmáticas no afectan, en realidad, al problema de la intervención de autor y víctima en cuanto problema de la Parte General. Como se verá a continuación, sin embargo, esta impresión estaría equivocada. La victimodogmática ha salido de ese su feudo inicial en la Parte Especial y muestra una clara tendencia expansiva hacia la configuración general del sistema de imputación en atención a la figura de la víctima.

Como reflexión general sobre el campo de aplicación de la victimodogmática ha tenido cierta aceptación la diferenciación entre “delitos de relación” y “delitos de intervención”. En la concepción de Schultz, quien propuso que se estableciese la categoría de los “delitos de relación”, éstos son “aquellos hechos que se generaron en una determinada relación humana o al menos fueron determinados de modo decisivo por tal relación”. Para que pueda considerarse que se trata de un delito de relación, es necesario que se produzca “una confrontación actual, directa entre autor y

víctima”.⁹³ Como ejemplo típico de delito de relación, Schultz se refiere a la estafa; el delito de hurto, por el contrario, para él no entra “por regla general” en el campo de los delitos de relación. Las consideraciones de Schultz demuestran claramente que utiliza esta categorización para justificar que la relación entre autor y víctima constituye un objeto específico de la investigación criminológica.⁹⁴ Posteriormente, y por oposición al grupo de los delitos de relación, se empezó a hablar de “delitos de intervención”, que son aquellos hechos en los que el tipo delictivo no presupone que la víctima participe en el comportamiento, sino en los que el autor “interviene en” o “accede a” los bienes jurídicos protegidos sin mediación de su titular. Esta diferenciación también se utiliza dentro de la victimodogmática, concretamente, para delimitar su ámbito de aplicación. En este sentido, quizás ha sido R. Hassemer quien ha incorporado de modo más destacado esta distinción a su construcción victimodogmática. En su opinión, en el ámbito de los delitos de relación basta con que la víctima deje de tomar las medidas de autoprotección normales para que desaparezca la necesidad de protección, mientras que en los delitos de interven-

n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 19 y s., 21 y ss., 31 y ss.; Arzt, GA 1982, p. 522 y s.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 164 y s., nota 49; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 116 y ss.

(91) Materialmente en esta línea, por ejemplo, Weber, en: Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Hefen. Lehrheft 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)*, 2.ª edición, Bielefeld, 1986, n.m. 246 y ss., 248 y s.

(92) Por lo demás, cf. el detallado análisis de estas aportaciones en la dogmática alemana realizado por Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 17 y ss.

(93) Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 172; Schultz, sin embargo, en este trabajo no contrapone terminológicamente los delitos de relación a los de “intervención”, sino se refiere como grupo distinto a los delitos de relación a “aquellos hechos que no pueden afectar a una víctima individualmente determinada, así como aquellos en cuyo desarrollo fáctico en el caso individual la relación autor-víctima no juega un papel de configuración” (ibid.).

(94) Schultz, ZStrR 71 (1956), p. 179; cf. también p. 172 y ss., 177 y ss., donde Schultz se refiere a las tipologías de víctimas; también R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54 cita a Schultz dentro de la bibliografía criminológica.

ción la necesidad de protección sigue existiendo mientras no sea responsable la víctima misma del riesgo generado.⁹⁵

R. Hassemer asienta la diferenciación entre “delitos de relación” y “delitos de intervención”, como él mismo reconoce, “de modo parcialmente distinto a como se lleva a cabo en la bibliografía victimológica”⁹⁶ en otra categorización, que distingue entre *tipos congruentes*, en los que cualquier afectación del bien jurídico da lugar a la relevancia típica de lo acontecido: “[que exista] un comportamiento típico depende únicamente del resultado producido”⁹⁷ y *tipos incongruentes*, en los que “...existen posibilidades de afectación que no son abarcadas por el precepto penal”.⁹⁸ Para R. Hassemer, los “delitos de relación” son a la vez “tipos incongruentes”, y por ello permiten la introducción de consideraciones victimodogmáticas para restringir el alcance del tipo. Está claro que un análisis pormenorizado de la propuesta de distinguir entre “tipos congruentes” y “tipos incongruentes” llevaría a una categorización

amplia de las diversas infracciones previstas en la Parte Especial y excedería, por tanto, del ámbito del objeto de estudio que aquí interesa. Pero sí puede señalarse que la evolución de la teoría del tipo, particularmente la teoría de la imputación objetiva, si ha aportado algo es la idea que *todos* los tipos necesitan de algo más que un mero resultado natural para su cumplimiento, es decir, en contra de R. Hassemer, que en *todos* los tipos existen posibilidades de afectación que no están abarcadas por el precepto.⁹⁹ no toda causación de una muerte automáticamente está abarcada por el tipo del homicidio. En este sentido, la propuesta de R. Hassemer significaría un retroceso muy notable.

La perspectiva victimodogmática, como se ha apuntado antes, ha comenzado a trascender del campo original en el que se han producido las primeras formulaciones dogmáticas apoyadas en ella. Puede advertirse con claridad que existen intentos de ampliar el ámbito de actuación del enfoque victimodogmático, en particular, de compatibilizarlo con la doctrina de la diferenciación entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro.¹⁰⁰ Así, por ejemplo, el propio Schünemann resalta la relevancia de la interacción entre víctima y autor en atención al ejemplo de la “heteropuesta en peligro consentida”¹⁰¹ y también respecto de la “autopuesta en peligro”,¹⁰² interpretando

(95) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 52 y ss., especialmente 54 y s., 63 y ss., 97 y s. También Schünemann considera que se trata de una “diferenciación categorial” “útil” (NSTz 1986, p. 440; en este sentido también idem, FS Faller [n. 78], p. 370 con nota 41); afirma que no puede fundamentarse desde el punto de vista victimológico la descriminalización de los hurtos en grandes almacenes, al tratarse de un delito de intervención (NSTz 1986, p. 440, nota 81) y que no es pretensión de la victimodogmática extender su ámbito a los “delitos violentos” (loc. cit., p. 440). También utiliza -si bien en otro contexto algo distinto- esta terminología la STS 20.2.1993 (RA 1383).

(96) *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 54.

(97) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 52 y s.

(98) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 53 (subrayado en el original).

(99) Como ha demostrado la teoría de la imputación objetiva.

(100) Vid. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6.

(101) NSTz 1986, p. 440; vid. también el trabajo de Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), *passim*, al que se aludirá a continuación en el texto.

(102) NSTz 1982, p. 62; en este sentido también Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 147 y ss.

otras soluciones desarrolladas en ese ámbito como emanadas del principio victimológico.¹⁰³ Incluso formula un pronóstico conforme al cual el “punto de partida victimológico” ha de resultar fructífero para el consentimiento, la legítima defensa, los delitos contra la libertad sexual y los delitos de funcionarios.¹⁰⁴ Está claro ya desde un principio que esta postura “maximalista” contradice, por ejemplo, el contundente rechazo del propio Schünemann a tener en cuenta la perspectiva victimodogmática para la problemática de la transmisión del SIDA. Pues en opinión de Schünemann, la victimodogmática “carecería de toda relevancia” en ese ámbito, invocando para los delitos de homicidio la existencia del § 216 StGB -que castiga el homicidio a petición- como razón para excluir cualquier consideración victimodogmática.¹⁰⁵

Al mismo tiempo, estas afirmaciones contradictorias arrojan una luz poco favorable sobre la utilización de la distinción entre “delitos de relación” y “delitos de intervención” que hace Schünemann. Pues aunque no ofrece

ninguna fundamentación de las dos categorías, considera que pueden ser un elemento para delimitar el ámbito de aplicación del principio victimológico.¹⁰⁶ Y partiendo de cualquiera de las definiciones de la distinción, sea la de Schultz o la de R. Hassemer, ¡difícilmente puede imaginarse una situación más “de relación” que la de los contactos sexuales!.

Particularmente ha profundizado en esa “vía expansiva” en cuanto al ámbito de aplicación de la victimodogmática Fiedler, intentando tomar como base el “principio victimológico” formulado por Schünemann para realizar una construcción dogmática que permita alcanzar una solución a los casos de “heteropuesta en peligro consentida”.¹⁰⁷ Para Fiedler, el “principio victimológico”, tal y como ha sido formulado por Schünemann, es el que permite introducir en este ámbito adecuadamente la idea de “autorresponsabilidad” de la víctima.¹⁰⁸ De este modo, el principio victimológico se incorpora como instrumento dogmático a la Parte General de la teoría del delito. En el plano metodológico, ello ha de suceder por la vía de la interpretación teleológica de los tipos penales.¹⁰⁹ Concretamente, según Fiedler, la decisión ha de tomarse en cada caso individual sobre la base de una ponderación en el plano de la tipicidad.¹¹⁰

(103) Recuérdese que antes de propugnar el principio victimológico, Schünemann se había sumado a la propuesta de Roxin de resolver el problema de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida en la categoría del “fin de protección de la norma” (cf. Schünemann, JA 1975, p. 722 y s.). Posteriormente, Schünemann ha reinterpretado su posición original como derivada materialmente del principio victimológico (en: Schneider, *Verbrechensopfer* [n. 83], p. 415; idem, NStZ 1982, p. 62).

(104) FS Faller (n. 78), p. 364.

(105) Así lo afirma en JR 1989, p. 90; en sentido similar idem, en: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS* (n. 83), p. 450 y ss., 465 y ss.; idem, en: Busch/Heckmann/Marks (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe*, Bonn, 1991, p. 112 y s.

(106) NStZ 1986, p. 440, nota 81.

(107) En su monografía *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung – unter besonderer Berücksichtigung des victimologischen Prinzips*, 1990; cf. también R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 83 y ss.

(108) Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 119 y ss.

(109) Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 178 y ss.

(110) *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 122 y ss., 183 y ss., mostrando la configuración concreta de esa ponderación notables similitudes con soluciones de ponderación planteadas des-

2.1.3 Elementos definitorios de la victimodogmática

Como rasgos comunes de estas aportaciones victimodogmáticas pueden entonces enunciarse las siguientes características materiales: en primer lugar, pretenden deducir la necesidad de valorar la intervención de la víctima en la imputación penal de los principios limitadores del Derecho penal de subsidiariedad y fragmentariedad. En segundo lugar, la concreción dogmática básica de estas consideraciones debe lograrse de acuerdo con estas concepciones mediante una interpretación teleológica restrictiva de los tipos penales.

2.2 Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas

2.2.1 Insuficiente conexión con la construcción dogmática global

Como se ha dicho antes, una de las características que distingue a las aproximaciones victimodogmáticas es su especificidad respecto del problema tratado. Probablemente por haber recibido su impulso inicial desde el campo de la criminología, este carácter específico se expresa en una notable *desconexión* respecto de instituciones dogmáticas ya existentes que habían servido con anterioridad para el tratamiento de los problemas materiales en cuestión. Por otro lado, también se expresa en que de forma mayoritaria el marco sistemático elegido para aplicar dentro de la teoría del delito esté tan alejado de las instituciones tradicionales de la Parte General como la mera referencia a la “interpretación te-

leológica”. En este sentido, puede decirse que desde la perspectiva dogmática tradicional la victimodogmática se presenta como una especie de bloque errático en la teoría del delito:¹¹¹ las concepciones victimodogmáticas en gran medida intentan trasladar sus consideraciones materiales al campo dogmático sin integrarlas en las elaboraciones dogmáticas ya existentes o al menos ponerlas en relación con éstas.¹¹²

2.2.2 Ambito de aplicación

Quizás una de las cuestiones que menos claras estén en las aproximaciones victimodogmáticas es el *ámbito de*

(111) Como ya se ha señalado, esta condición de “bloque errático” se ve “correspondida” en gran medida por algunas aproximaciones dogmáticas de corte más tradicional (vid., por ejemplo, la escasa atención que presta en su por lo demás amplia monografía Walther, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], *passim*, a la victimodogmática). Ello no sólo puede explicarse con base en el poco claro campo de aplicación de la victimodogmática -sobre esto, además de las consideraciones ya hechas, vid. a continuación en el texto en el siguiente apartado-, pues no parece que pueda optarse por la “solución” de confinar a la victimodogmática a la Parte Especial, ya que -como también se verá a continuación en el texto- al menos existe la pretensión de algunos victimodogmáticos de asentar la victimodogmática en la Parte General.

(112) Llama, por el contrario, la atención sobre el hecho de que ya existen aproximaciones doctrinales sobre el ámbito de actuación de la victimodogmática, por ejemplo, con una actitud crítica hacia la victimodogmática, Torío López, LH Fernández Albor (n. 5), p. 714 y ss.; cf. también en este sentido Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 13; cf. también, desde otra perspectiva, menos crítica, Silva Sánchez, LH Beristain (n. 22), p. 635, 643; idem, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 19, 32.

de la teoría del consentimiento (cf. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 5 I. B., § 5 II. A. 3.).

aplicación que pretenden abarcar. Si bien es cierto que la mayoría de sus representantes se han ocupado de modo sectorial de ciertos delitos,¹¹³ muy particularmente de la estafa, también está claro que la formulación de sus bases metodológicas (“principio victimológico” como principio general de interpretación teleológica) llevan implícita la vocación de expansión hacia la Parte General.¹¹⁴ Además, ya se ha señalado que representantes muy señalados de la “victimodogmática” afirman explícitamente que habría que extender el ámbito de aplicación de aquella, por ejemplo, a los *topos* de la “participación en una autopuesta en peligro” y de la “heteropuesta en peligro consentida”.¹¹⁵

Como expresión de estas inseguridades en torno a cual es el campo que pretenden abarcar las aproximaciones victimodogmáticas merece una mención especial la diferenciación entre “delitos de intervención” y “delitos de relación” que antes se ha mencionado. Desde que Schultz plantease las bases de esta distinción¹¹⁶, ha venido vagando por la dogmática jurídico-penal sin que se concretase de modo satisfactorio su contenido o sus fundamentos materia-

les.¹¹⁷ De hecho, Schultz -como ya se ha señalado- no propuso esta terminología con la finalidad de establecer una categorización dogmática, sino para justificar metodológicamente la autonomía de las investigaciones *criminológicas* sobre la víctima del delito. Pues las afirmaciones dogmáticas de Schultz en el trabajo citado se refieren a consideraciones de medición de la pena, y no a la distinción entre “delitos de relación” y otros. Esto queda corroborado además por una posterior recensión de Schultz al trabajo de habilitación de Hillenkamp *Vorsatztat und Opferverhalten*, en la que hace una “interpretación auténtica” de su trabajo de 1956 en el sentido expuesto.¹¹⁸ Como se ha dicho antes, los propios victimodogmáticos hacen un uso poco coherente de la distinción. De hecho, la mencionada diferenciación no ha logrado imponerse¹¹⁹, y parece que con razón: pues es evidente que puede existir una relación jurídico-penalmente relevante (o mejor dicho: que debería ser relevante desde los propios postulados victimodogmáticos) entre autor y víctima en delitos catalogados como “de intervención”,¹²⁰ por lo que la utilidad de la distinción es nula,¹²¹ además de mostrarse desde el punto de vista intrasistemático

(113) De hecho, se ha defendido a la victimodogmática frente a ciertos ataques afirmando que en realidad ésta no pretende abarcar tanto como le imputan sus críticos (en esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez, en: CGPJ [ed.], *Victimología* [n. 9], p. 29).

(114) Cf., sin embargo, la perspectiva algo distinta de Silva Sánchez (en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología* [n. 18], p. 202), para quien más que una teoría de la corresponsabilidad de la víctima, es necesario desarrollar una “tópica”.

(115) Cf. sobre esto sólo Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 6, y *supra* II. A. 2.

(116) ZStrR 71 (1956), p. 172.

(117) Cf. *supra* I. A. la crítica al planteamiento de R. Hassemer.

(118) ZStrR 100 (1983), p. 112 a 114.

(119) Así lo sostiene respecto de la doctrina científica germanoparlante -desde el punto de vista aquí sostenido, acertadamente- Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 108 y s., nota 14.

(120) Arzt, *ibidem*: por ejemplo, en un delito de hurto o de lesiones.

(121) En este sentido, Arzt califica esta distinción (en su recensión de la obra de R. Hassemer, GA 1982, p. 522) como “poco plausible” y “arbitraria”; críticos también Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 221 y s.; Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren* (n. 16), p. 390, nota 39.

como un cuerpo extraño en las construcciones victimodogmáticas.

Puede pensarse que esta llamativa inseguridad de la victimodogmática acerca del campo de aplicación que corresponde a sus construcciones puede deberse a ciertas incongruencias en la estructura de sus bases dogmáticas -que pasan a estudiarse a continuación-, en el sentido de que cabe sospechar que resulta más cómodo permanecer en el refugio de ciertos delitos en particular¹²² que enfrentarse a las (supuestas) repercusiones del "principio victimológico", por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra la vida. En este sentido, cabe plantear la sospecha de que el pretendido carácter deductivo-axiológico de los razonamientos victimodogmáticos oculta en realidad el procedimiento exactamente inverso: la generalización precipitada de determinadas conclusiones halladas en relación con ciertos tipos de delitos en particular. De todos modos, para corroborar esta sospecha es necesario someter a análisis las bases normativas aducidas como fundamento del principio victimológico.

2.2.3 Fundamentos

La base sobre la que descansa el principio victimológico, como ya se ha señalado, es la idea de que el Derecho penal no debe intervenir cuando la prevención de lesiones a los bienes jurídicos estaba en manos de su propio titular. Esto, según los partidarios de la victimodogmática, tiene dos repercusiones fundamentales: por un lado, en estos casos no existe *necesidad de pena* respecto del comportamiento del autor. Y, por otro, la persona lesionada ha

perdido el derecho a la intervención del sistema penal, no es *merecedora de protección*.¹²³ Esta concepción, en lo que se refiere a la primera idea de la falta de necesidad de pena, se articula en cuanto a su fundamentación -de modo poco claro a veces- bien acudiendo al principio de subsidiariedad,¹²⁴ bien al principio de proporcionalidad,¹²⁵ ambos expresados en la máxima -prácticamente indiscutida- de que el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio* de la protección de bienes jurídicos.¹²⁶ La segunda consideración, la idea de la falta de merecimiento de protección de la víctima en los supuestos en cuestión, se ubica en otro plano metodológico distinto, en cierto modo previo al anterior: el comportamiento de la víctima haría desaparecer la existencia misma de un bien jurídico digno de protección. Estos dos argumentos aparecen frecuentemente entremezclados,¹²⁷ y se llega a decir que sólo este doble fundamento puede servir de base al

(123) Cf. sólo Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 410 y ss.

(124) En este sentido, vid. la argumentación de Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 32 y s., 54; idem, FS Bockelmann (n. 83), p. 128; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 86), p. 22 y ss.; también Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 130.

(125) El propio Schünemann (NSTZ 1986, p. 442) atribuye una importancia secundaria a que el principio victimológico sea derivado del principio de subsidiariedad general o del principio de proporcionalidad de la intervención penal en relación con otros medios de intervención estatales.

(126) Sobre las difíciles y poco claras relaciones entre estos tres principios, cf. últimamente Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 387 y ss.

(127) Así lo constata también Roxin, AT P (n. 19), 14/18.

(122) Como queda claro por lo expuesto *supra* II. A. 2., ésta es sólo una valoración global, pues sí existen aportaciones "extensivas" en cuanto al alcance de la victimodogmática.

principio victimológico, desapareciendo la diferencia teórica entre ambos argumentos con su "utilización práctica".¹²⁸

2.2.3.1 Subsidiariedad, proporcionalidad y ultima ratio – Como se ha dicho, para articular la primera idea, la de la falta de necesidad de pena, se acude al *principio de subsidiariedad*, según el cual la intervención estatal -en este caso, la penal- debe producirse tan sólo cuando no existen medios sociales de resolución del conflicto, es decir, cuando la víctima hubiera podido protegerse a sí misma.¹²⁹

Salta inmediatamente a la vista que en esta argumentación este principio es entendido de modo muy distinto a su comprensión tradicional: de hecho, el principio de subsidiariedad es formulado habitualmente como límite a la intervención reguladora del Estado en ámbitos de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, difícilmente puede pensarse que en el campo penal, es decir, de conflictos sociales graves -en el ámbito de nuestro problema, entre ciudadanos- el principio de subsidiariedad deba entenderse como obligación del Estado de retirarse por completo del ámbito conflictivo, convirtiéndolo, por tanto, en un "asunto privado".¹³⁰ Entonces, si bien está claro que es cierto que la valoración dogmática del problema que aquí interesa no debe romper con el criterio rector del Derecho penal como reacción exclusivamente

justificada en los casos más graves, también es evidente que este mandato se refiere sobre todo al legislador¹³¹ antes que al dogmático. En este sentido, la extensión del principio de subsidiariedad al ámbito de la autoprotección de los ciudadanos dejaría de tener en cuenta que la incriminación penal de determinadas conductas tiene precisamente -entre otras cosas- el significado de exonerar a los particulares de las medidas de autoprotección.¹³² El principio de subsidiariedad no puede fundamentar un principio victimológico.¹³³

Parece a primera vista que tiene más sentido el intento de hallar una fundamentación en atención al *principio de proporcionalidad*.¹³⁴ aparentemente, no

(131) Cf. sobre todo, en lo que se refiere a la argumentación que aquí interesa, el análisis de Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 175 y ss.; desde una perspectiva general cf. sólo Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 393.

(132) Así, por ejemplo, Roxin, *AT I* (n. 19), 14/20; Jescheck/Weigend, *AT* (n. 46), § 25 V. 2., y, sobre todo, Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 46), p. 178 y ss.

(133) Rechaza la fundamentación a través del principio de subsidiariedad, por ejemplo, *S/S* (n. 90)-Lenckner, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss., quien incluso afirma que esta posición se basa en un entendimiento "erróneo" de la subsidiariedad; vid. también en esta línea Roxin, *AT I* (n. 19), 14/20; idem, *Política criminal y estructura del delito* (n. 47), p. 69; Maiwald, *ZStW* 96 (1984), p. 71 y ss.; Eschweiler, *Selbstgefährdung* (n. 58), p. 120 y ss.; Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 31; Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 26 y ss.; Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima* (n. 11), p. 119.

(134) De hecho, hay quien identifica al principio de subsidiariedad como criterio que en realidad es la "variante jurídico-penal del principio constitucional de proporcionali-

(128) Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411.

(129) Cf. sólo Schünemann, *ZStW* 90 (1978), p. 32 y s.; idem, *FS Bockelmann* (n. 83), p. 128; idem, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 83), p. 411; en el mismo sentido -si bien identificando principio de subsidiariedad y principio de ultima ratio- Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 122 y s., 127 y ss.

(130) En este sentido, la crítica de Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 13 y s.

hay nada que objetar a la reflexión de que los hechos que sólo adquieren virtualidad lesiva a través de la interacción con la víctima son menos graves y requieren por ello de un tratamiento penal distinto, proporcional, de modo que -en aplicación del principio de fragmentariedad- esta intervención de la víctima puede llegar a hacer desaparecer la gravedad de injusto necesaria para que pueda hablarse de la concurrencia de un injusto típico.¹³⁵ Y cabría pensar que de este modo, superando una perspectiva unilateral fijada exclusivamente en el autor, se evitaría, como se ha dicho, la “hipertrofia de imputación” a la que puede llevar la idea de protección de bienes jurídicos enlazada con la configuración del injusto como mera causación evitable.¹³⁶

Pero un análisis más detenido revela rápidamente que estamos ante una verdadera *petitio principii* -y con independencia de que, de nuevo, sea dudoso que pueda integrarse en el análisis dogmático de modo directo un principio que debe regir sobre todo el *establecimiento* de normas penales¹³⁷-, pues:

dad” (Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.ª edición, Berlin etc., 1991, 2/27; le sigue Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften [ed.], *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 397 y s.).

(135) Esta parece ser la reflexión de Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 31; menos claro Schünemann, NStZ 1986, p. 195, 442.

(136) Schünemann, NStZ 1986, p. 442; cf. sobre la cuestión general de la necesidad de componentes normativos en el concepto de injusto, por todos, Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 1 y ss., 18 y s.

(137) Desde esta perspectiva, cf. últimamente las consideraciones del TC sobre las exigencias que el principio de proporcionalidad plantea al legislador en STC 55/1996 (FJ 6.º y ss.).

¿cuáles son los criterios que atribuyen relevancia a la intervención de la víctima? Dicho de otro modo: ¿cómo puede determinarse siquiera que hay “víctima” y “autor”?¹³⁸ En efecto, se le exige aquí demasiado al principio de proporcionalidad. Pues éste no puede llegar a dar una pauta para determinar cuando se cruza la línea a partir de la cual ya no resulta legítimo criminalizar la conducta de quien actúa junto a la víctima, ya que “todo conflicto puede solucionarse si se renuncia a la expectativa defraudada”¹³⁹, esto es, en el ámbito que aquí interesa, afirmando que la víctima es la persona responsable. Pero el principio de proporcionalidad no puede dar la razón material-dogmática por la que en tal o cual caso no es “proporcional” considerar como jurídico-penalmente relevante el comportamiento: “Pues el principio de proporcionalidad tiene como presupuesto [que existan determinados] fines y tan sólo regula la proporcionalidad de los medios, es por tanto un principio formal.”¹⁴⁰ Y, sobre todo y en todo caso -con independencia de cual sea el funcionamiento del principio de proporcionalidad como principio rector de todo el ordenamiento penal-, el recurso al principio de proporcionalidad para justificar la solución dogmática de la victimodogmática es formal, está “vacío” si no se especifica cual es la base -en la conducta de la víctima- para fundamen-

(138) En este sentido plantea su crítica Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993, p. 12.

(139) Jakobs, AT² (n. 134), 2/27.

(140) Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 398; cf. otro punto de vista -conectado con una valoración material en el marco constitucional-, por ejemplo, en Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 259 y s., p. 278 y ss.

tar una hipotética falta de proporcionalidad de la sanción penal (y, con ello, la solución dogmática).

Hay que volver entonces a la idea del Derecho penal como *ultima ratio*, que promete al menos cierto contenido material: sólo debe reaccionarse con el sistema penal ante los ataques más graves. Si bien ello es un programa sobre todo dirigido al legislador,⁽¹⁴¹⁾ como se ha dicho, también quien interpreta la Parte General debe estar obligado por él. Pero inmediatamente ha de percibirse que este programa en el ámbito que nos interesa no es más que eso, un programa: pues ¿por qué y cuándo el comportamiento de la víctima convierte un hecho en menos grave? Aparece aquí una extraordinaria confusión: pues no queda claro que la “victimización fáctica” no tiene -naturalmente- nada que ver con la valoración jurídica del suceso. En este sentido, parece evidente que desde el punto de vista fáctico-natural, es en alguna medida “víctima” de un delito de allanamiento de morada también aquella persona quien da su consentimiento a la entrada por algún engaño menor por parte del “autor”, y a pesar de ello el autor “se hace invisible jurídicamente”,⁽¹⁴²⁾ es decir, no es autor de un delito de allanamiento de morada.⁽¹⁴³⁾ Si se pretende partir sencillamente de un concepto “natural” de víctima, se advierte rápidamente que éste no existe.⁽¹⁴⁴⁾

En este sentido, se ha señalado con razón que existen divergencias muy significativas entre el concepto de víctima utilizado por la Ley penal y el acuñado en la victimología;⁽¹⁴⁵⁾ hay que destacar en este contexto que las definiciones sociales y “técnicas” de delito no tienen por qué coincidir.⁽¹⁴⁶⁾ De hecho, tampoco la victimología dispone de un concepto autónomo-material de víctima.⁽¹⁴⁷⁾ En este ámbito, es indicativo de la magnitud de las discrepancias sobre la idea de “víctima” dentro de la propia victimología el hecho de que exista un sector científico que propone como objeto de estudio no sólo las víctimas de hechos delictivos, sino de cualquier forma de opresión (tendencia denominada “victimología radical”⁽¹⁴⁸⁾) y otra concepción que bajo el rótulo de “victimología general” persigue el tratamiento de todo tipo de sufrimiento-victimización, incluyendo los que tienen causas naturales como enfermedades, catástrofes, etc.⁽¹⁴⁹⁾

Y ¿desde esta perspectiva, qué más se sabe aparte de que ha habido alguna “intervención” o “interacción” de la víctima? Pareciera que se produce una especie de *versari in interactio* (con el autor) por parte de la víctima, pero sin que quede fijado qué relevancia corresponde a ese hecho. Esta indefinición,

(145) Correra/Riponti, *La vittima* (n. 23), p. 27 y ss.

(146) Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 85 y ss.

(147) Sobre la agitada discusión acerca del concepto de “víctima” en el campo de la criminología, cf. por todos García-Pablos de Molina, *Manual de criminología* (n. 10), p. 85 y ss.

(148) Cf. sobre esta aproximación sólo Sessar, FS Jescheck II (n. 50), p. 1146 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology* (n. 4), p. 13 y ss.

(149) Cf. sobre esta tendencia sólo Rodríguez Manzanera, *Victimología* (n. 11), p. 18 y ss.

(141) Cf. desde esta perspectiva sólo las consideraciones de Silva Sánchez, *Aproximación* (n. 58), p. 246 y ss., 247, con referencias.

(142) El ejemplo es de Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 116.

(143) Cf. respecto de la cuestión en el art. 490 del Código penal español de 1973, por todos, Jorge Barreiro, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 64 y ss., 70 y s.

(144) Cf. Zipf, MSchrKrim 53 (1970), p. 2 y ss.; Ebert, JZ 1983, p. 633 y ss.

esta pérdida de un punto de referencia, puede en fin admitir incluso la posibilidad de sancionar a la víctima.⁽¹⁵⁰⁾ También para la fundamentación del principio victimológico, por tanto, desde el ángulo de la mínima intervención, antes habrá que determinar la relevancia normativa de las “posibilidades de autoprotección” de la víctima.⁽¹⁵¹⁾ Y para ello ha de valorarse que se trata de normas públicas, no disponibles por las “partes”, como dice con razón W. Hassemer.⁽¹⁵²⁾ Pues el quebrantamiento de la norma penal como elemento del injusto, la misma lesión del bien jurídico no desaparecen por la mera existencia fáctica de posibilidades de autoprotección por parte de la víctima: dicho en palabras de Zaczyk “...del hecho de que alguien es víctima, nada se deduce respecto de la cuestión acerca de si lo es ‘justamente’”.⁽¹⁵³⁾ O en la formulación de esta idea aportada por Larrauri Pijoan: “...la afirmación de que la víctima ha ‘precipitado’ el delito no contesta a la pregunta decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo”.⁽¹⁵⁴⁾ Pues el contenido del Derecho penal - como dice en esta misma línea Puppe - “...consiste precisamente en las decisiones acerca de frente a cuáles peligros el ciudadano es protegido y frente a cuáles [otros] es remitido a sus posibilidades de autoprotección”.⁽¹⁵⁵⁾

Parece claro que la primera consideración aducida como fundamento de las posturas victimodogmáticas no es en realidad una base del principio victimo-

lógico, sino que en todo caso puede ser un mecanismo de ejecución de un hipotético fundamento normativo que, en su caso, ha de buscarse en otro ámbito.

2.2.3.2 Merecimiento y necesidad de protección - Parece entonces que ese elemento normativo que de modo palmario falta en el esquema de deducción de la victimodogmática antes esbozado ha de encontrarse en la consideración, antes referida, que al igual que en el autor en los supuestos que interesan no concurre ni necesidad ni merecimiento de pena, la víctima carece de “*merecimiento*” o “*necesidad de protección*”. Con independencia de cual sea la relevancia de los conceptos de “*merecimiento*” o de “*necesidad de pena*” para la teoría del delito,⁽¹⁵⁶⁾ hay que señalar desde un principio que ésta no es la cuestión decisiva. Pues como se observará a continuación, el problema esencial de la aproximación propuesta por los victimodogmáticos en este punto es la explicación del salto dado desde el “*merecimiento*” o la “*necesidad*” de pena del autor al “*merecimiento*” de protección⁽¹⁵⁷⁾ de la víctima, es decir, la conexión de las consideraciones valorativas expresadas en la noción de “*mereci-*

(150) Cf. *supra* I. B. 2.

(151) En este sentido la crítica de Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 120, 132 y ss.

(152) FS Klug II (n. 24), p. 224.

(153) *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 11.

(154) En: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 93, nota 12.

(155) NK (n. 56), n.m. 177 previo a los §§ 13 y ss.

(156) Sobre la controvertida discusión de estos dos conceptos desde una perspectiva general, en cuanto principios que pueden informar los distintos planos de la teoría del delito o configurar categorías propias dentro de ésta -que, como se verá a continuación, no coincide con el uso dado por los victimodogmáticos-, cf. últimamente sólo el análisis de Luzón Peña, en: idem/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, p. 199 y ss.

(157) Como se expone a continuación en el texto, en el contexto de esta argumentación carece de interés, en realidad, la idea de “*necesidad*” de protección, reduciéndose en realidad la idea al “*merecimiento*” de protección.

miento" de pena con la figura de la víctima. Como se intentará demostrar a continuación, esa conexión no existe: la invocación de este pretendido fundamento material es un mero eslógan.

Ante todo -como cuestión previa-, hay que destacar que llama la atención en este punto -como en otros campos dogmáticos- la ambivalencia del uso del concepto de bien jurídico. En efecto, entendido como "principio crítico", destinado a limitar la intervención penal, parece estar en la base de este "principio victimológico" despenalizador a través del principio de "*ultima ratio*".¹⁵⁸ Sin embargo, aún dentro de este mismo plano de legitimación del ordenamiento, si la noción de bien jurídico se concibe como idea proteccionista-naturalista, en el pensamiento del bien jurídico parece estar ínsita una tendencia expansiva, hacia una "hipertrofia del Derecho penal"¹⁵⁹ - como critican los victimodogmáticos¹⁶⁰.

Es claro que -sin advertirlo expresamente- especialmente Schünemann utiliza la idea de "bien jurídico" en este campo en el primero de los dos sentidos aludidos, es decir, en el plano de la discusión crítica acerca del ordenamiento. Pues al afirmar que ya no existe bien jurídico merecedor de protección,¹⁶¹ porque la víctima no es "merecedora de protección", es evidente que se está invocando la idea de bien jurídico como "concepto crítico" -no como instrumento dogmático¹⁶²- ¡precisamente para fundamentar una institución dogmática general!. Pero no queda dicho cual es el *fundamento*, el paso de conexión material que permite esta utilización del concepto de bien jurídico en un análisis que evidentemente pretende ser dogmático-descriptivo (restringir teleológicamente y *de lege lata* ciertos tipos, como se ha visto).

Volviendo al hilo central del análisis de la argumentación de fundamentación del "principio victimológico", se plantea entonces cuál es la razón por la que no existe tal lesión relevante de un bien jurídico. Dicho de modo sintético: ¿por qué razón la víctima no "*merece*" protección?

Es ésta cuestión, la del "merecimiento" de pena, la única en realidad relevan-

(158) Cf. en este sentido la postura adoptada por W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 221, para quien el pensamiento del bien jurídico "no persigue la protección de las víctimas, sino la protección de la libertad general de actuación frente al control jurídico-penal ilegítimo"; Schünemann, NSTZ 1986, p. 442: el "Derecho penal como *ultima ratio* de la protección de los bienes jurídicos".

(159) En este sentido, desde otra perspectiva, respecto de las distorsiones en el sistema de imputación (objetiva), Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 18 y s.; desde un punto de vista más general, idem, ZStW 97 (1985), p. 751, 752 y ss.; idem, AT² (n. 134), 2/25a; idem, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992, p. 36; cf. también Schünemann, FS Bockelmann (n. 83), p. 129; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 90), p. 157; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994, p. 152, nota 9, con ulteriores referencias.

(160) Concretamente aludiendo a la necesidad de integrar la perspectiva de la víctima para

evitar tal hipertrofia, Schünemann, NSTZ 1986, p. 439, notas 66 y 70, p. 442; Larrauri Pijoan, en: Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 77 y s.

(161) Cf., por ejemplo, la argumentación de Silva Sánchez (*Aproximación* [n. 58], p. 287 y ss.) en este plano de la teoría del bien jurídico -incorporando las nociones de "necesidad" y "merecimiento" de protección- como teoría de legitimidad del ordenamiento penal.

(162) Sobre esta diferencia, por todos, Mir Puig, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 4.ª edición, Barcelona, 1996, 4/50 y 6/36 y s.

te. Pues es evidente que si la idea de “necesidad de protección” se entiende de modo ontológico,¹⁶³ queda claro que la víctima sí “necesitaba” protección; de lo contrario, no hubiera resultado lesionada.¹⁶⁴ Por ello, también la idea de “necesidad de protección” ha de entenderse como que no la necesitaba en cuanto hubiera podido protegerse, y que por ello -por razones normativas¹⁶⁵- no merece tal protección.¹⁶⁶ En este sentido, el propio Schünemann plantea el nivel del “merecimiento” de protección como el plano “de ponderación” decisivo¹⁶⁷.

Estudiando las argumentaciones de los victimodogmáticos antes expuestas,

la sorpresa es mayúscula al comprobar que no hay más respuesta que el razonamiento de que la víctima “podría haber evitado” el suceso. Esta constatación parece indicar que implícitamente se parte de que ha de derivarse de esa posibilidad de evitación la falta de “merecimiento de protección”.¹⁶⁸ De hecho, como se ha señalado, es ésta idea de la pérdida del derecho a la protección (*Verwirkung*) la que más críticas ha acarreado a la perspectiva victimodogmática.¹⁶⁹ Y estas críticas político-criminales no quedan rebatidas por un análisis dogmático, una fundamentación distinta de la propuesta de construcción de la victimodogmática. Pues parece -a falta de otra fundamentación, como se ha visto- que su única base está en una respuesta intuitiva al dilema victimológico: en imponer a la víctima la “sanción” de la retirada de la protección jurídico-penal. En efecto, cabe establecer cierto paralelismo con una tendencia a penalizar de este modo a víctimas que a su vez se han comportado de modo reprochable.¹⁷⁰ Pero está claro que esta aproximación carece de valor normativo, y por ello de relevancia dogmática: en primer lugar, un criterio tan individualista como el del merecimiento de protección de tal o cual víctima no puede aspirar a jugar un papel relevante en una concepción dogmática.¹⁷¹ En segundo lugar, al igual

(163) A menos que la definición de “necesidad” de protección se quiera hacer en términos de costes-beneficios: es decir, definir la “necesidad” de protección como aquella que precisamente *no* concurre cuando hay determinada desproporción entre los costes privados y públicos que hubieran sido necesarios para evitar la lesión (como propone Harel, cf. *infra* § 7 II. B. 4.). Pero aún desde este entendimiento es preciso incorporar referentes normativos (¿por qué es decisiva la desproporción de costes?).

(164) En sentido similar W. Frisch, *NSz* 1992, p. 6.

(165) De modo paralelo a la argumentación victimodogmática discurre la aproximación de P. Frisch (*Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973, p. 119 y ss.), quien sostiene que la infracción de deberes de autoprotección necesarios para el tráfico por parte de la víctima, cuando le era exigible su respeto, produce la desaparición de la infracción del deber de cuidado por parte del autor en los delitos imprudentes; cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4. II. B. 2. b).

(166) Duda también de que el criterio de la “necesidad” pueda ser de utilidad sin referencias normativas W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 90), p. 164.

(167) En: idem/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS* (n. 83), p. 451.

(168) Así lo entiende también Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140.

(169) Cf. *supra* I. B. 1.

(170) Cf. los ejemplos aducidos por Schultz, *ZStr* 71 (1956), p. 173 y ss.; enérgicamente en contra de la idea del reproche a la víctima, por ejemplo, Hillenkamp, *Einfluß* (n. 62), p. 10 y ss.; Dölling, *GA* 1984, p. 82, nota 84; también Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 35, para quienes este planteamiento se acerca a los de la escuela nazi de Kiel.

(171) Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140; en efecto, cabe hablar de que la

que la argumentación antes expuesta, tampoco se libra del reproche de contener una *petitio principii*, de carecer de justificación normativa.¹⁷² Y esta debilidad dogmática de la base misma de la concepción conlleva, como es lógico, una gran indefinición en la solución de los casos concretos, atribuyendo al juez un excesivo margen de determinación, al depender la constatación del “merecimiento” o no de protección de la víctima de criterios valorativos sin refrendo normativo.¹⁷³

Tampoco puede convencer el intento realizado por algunos victimodogmáticos, y particularmente por Fiedler, de conectar el “principio victimológico” con la idea de “autorresponsabilidad”,¹⁷⁴ al

utilización del criterio se hace con una perspectiva individual, centrada en sí en el caso concreto existe el “merecimiento de protección” con el consiguiente merecimiento de pena para el autor; muy distinta es, en realidad, la discusión en torno al merecimiento o necesidad de protección que se ha desarrollado en los últimos años en la doctrina, en la que se discute -desde muy diversos puntos de vista- cuál es el valor que debe atribuirse a estos dos elementos desde una perspectiva general, de valoración externa introducida en las categorías dogmáticas, de la relevancia del comportamiento (del autor; cf. Luzón Peña, en: idem/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal* [n. 156], p. 199 y ss.), y no de una constatación de ese “valor”, dentro del análisis dogmático, en función de la situación concreta (de la víctima), como se hace en la argumentación victimodogmática.

afirmar que el “principio victimológico” deriva de la dignidad del hombre y es, en ese sentido, expresión del principio de autorresponsabilidad. Este punto de partida tiene el indudable mérito de intentar dotar de una base normativa a la valoración de la conducta de la víctima. Pero en la aproximación de Fiedler, esta conexión tan sólo se anuncia, se postula, sin ser llevada a cabo. Pues al mantenerse como núcleo de la argumentación la posibilidad fáctica de la víctima de autoprotegerse (como contenido del principio victimológico), en realidad no se da el paso desde la idea de autorresponsabilidad a la propuesta dogmática del “principio victimológico”,¹⁷⁵ sino que tan sólo se afirma que el principio victimológico deriva de la autorresponsabilidad, pero no se lleva a cabo una fundamentación material de esa idea de autorresponsabilidad.¹⁷⁶ Dicho de otro modo: decir que el principio victimológico deriva de la “autorresponsabilidad” no es más que una mera afirmación, un postulado, mientras no se concrete algo más el contenido de aquella.¹⁷⁷ Y esta debilidad

(175) En este sentido se pronuncia sobre la obra de Fiedler, en su recensión de la misma, Zaczyk, GA 1991, p. 573; cf. también idem, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 10 y s.

(176) Cf. Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 118 y ss.: primero se habla brevemente de la autorresponsabilidad como emanada de la dignidad del hombre como valor constitucional (p. 118 a 120), y a continuación simplemente se agrega el principio victimológico (p. 121 y ss.), sin que en ningún momento se explicita el mecanismo de deducción entre ambos.

(177) Así, frente a la aproximación propuesta por Fiedler estaría plenamente justificada la crítica formulada por Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan (*Victimología* [n. 11], p. 25 y ss.; 32 y ss.); en sentido similar también Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª

(172) Así también Roxin, AT *P* (n. 19), 14/19; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 140; Zaczyk, *Selbstverantwortung* (n. 138), p. 3, nota 14; en sentido similar W. Frisch, NStZ 1992, p. 4; idem, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 129 y s.

(173) En sentido similar Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* (n. 11), p. 27, 71.

(174) *Fremdgefährdung* (n. 79), p. 119 y ss.

en la fundamentación material de la postura ha de repercutir en inseguridad en el tratamiento dogmático.¹⁷⁸

2.2.4 Excurso: victimodogmática y “eficiencia” del sistema penal

Las ideas centrales de las aproximaciones victimodogmáticas, dicho sintéticamente, la consideración de que no es necesario incriminar los comportamientos realizados contra víctimas que estaban en condiciones de evitarlos con medidas de autoprotección, también puede ser tomada como punto de partida para una reflexión en clave de costes y beneficios. En este sentido, parece claro, en principio, que el mantenimiento de un sistema público penal para víctimas “despreocupadas” genera más costes que la protección de víctimas que toman medidas de autoprotección. Esta es en síntesis la idea que recientemente ha tomado como punto de partida Harel¹⁷⁹ en la doctrina anglosajona desde la perspectiva del

análisis económico del Derecho. Después de rechazar algunas posiciones desarrolladas dentro de esa corriente del análisis económico del Derecho, según las cuales la disminución de costes sólo debe buscarse en el lado del autor (es decir, evitar la realización del comportamiento delictivo),¹⁸⁰ Harel construye una propuesta de reformulación, o, mejor dicho, de reinterpretación del sistema penal como mecanismo estatal de reparto de protección,¹⁸¹ bajo el rótulo de la necesidad de introducir un principio de *comparative fault*¹⁸² en Derecho penal. Desde esta perspectiva -junto con razones de “eficiencia”¹⁸³-, un reparto racional de cargas exigiría un reparto igualitario de los costes de la protección, esto es, una disminución en la punición de quienes actúan contra víctimas descuidadas.¹⁸⁴ Claro está que Harel realiza restricciones normativas a este punto de partida para poder hacer casar su concepción con el Derecho penal positivo,¹⁸⁵ ya que su

edición, Barcelona, 1994, p. 299 y s.), frente a esta formulación de un principio de “autorresponsabilidad”; en este sentido, puede afirmarse que tal principio “desnaturalizaría las bases del Derecho penal” (Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología* [n. 11], p. 28). Pero hay otras formas de construir un “principio de autorresponsabilidad” (cf., por ejemplo, Walther, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], p. 78 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 8).

(178) Respecto de Fiedler ha de decirse que su propuesta se limita prácticamente a recomendar una cuidadosa ponderación, sin que quepa distinguir criterios materialmente asentados para realizarla (*Fremdgefährdung* [n. 79], p. 178 y ss., p. 183 y ss., cf. también *supra* II. A. 2.); en este sentido crítico respecto de la posición de Fiedler también se pronuncia Zaczyk, *Selbstverantwortung* [n. 138], p. 55.

(179) CalLR 82 (1994), p. 1181 y ss.

(180) Cf. Harel, CalLR 82 (1994), p. 1197 y ss.

(181) CalLR 82 (1994), p. 1201 y ss.

(182) Similar a la compensación de culpas en los ordenamientos continentales; cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), § 4 I. A. 4., sobre el tratamiento jurisprudencial -próximo al de la jurisprudencia española- en el ámbito anglosajón de este principio en el ordenamiento jurídico-penal.

(183) Cf. Harel, CalLR 82 (1994), p. 1193 y ss.: si el Derecho penal no protege en mayor medida a las víctimas cuidadosas, las potenciales víctimas en su conjunto no tendrán suficientes incentivos para autoprotegerse (p. 1197).

(184) Harel, CalLR 82 (1994), p. 1207 y s.

(185) CalLR 82 (1994), p. 1208 y s.: sólo pueden exigirse medidas de autoprotección “razonables”, aunque desde el punto de vista de la pura eficiencia éstas hubieran de ser “óptimas”; pues la perspectiva de la eficiencia llevaría *per se*, como parece evidente y Harel reconoce, a retirar la pro-

intención es la de reinterpretar el ordenamiento norteamericano vigente.¹⁸⁶ Pero estas restricciones vienen acompañadas de un radical cambio de perspectiva (de la "eficiencia" o justicia en el reparto de costes a una "justicia distributiva" de orden superior), rompiéndose así la coherencia de la concepción.

En el marco del presente trabajo no puede dedicarse toda la atención que sería deseable a las particularidades de esta propuesta. Pero resulta interesante constatar que, aparte de la idea de necesidad de protección, el punto de vista de Harel, desarrollado en un contexto que aparentemente carece de puntos de contacto con el de la discusión dogmática continental europea, comparte¹⁸⁷ con los postulados victimodogmáticos dos elementos problemáticos: la delimi-

tección penal a la víctima cuyo "descuido", por ejemplo, consiste en vestirse de una determinada manera siendo una mujer atractiva. Pues la perspectiva de la mera eficiencia en la protección debería conducir, en principio, sencillamente a seleccionar como destinatario de la obligación de evitar el daño a quien esté en mejor posición fáctica para ello (como señala, desde otra perspectiva, Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985, p. 359; idem, en: Rolf Dietrich Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln etc., 1985, p. 69 y s.).

(186) CalLR 82 (1994), p. 1210 y ss., 1226.

(187) También en este caso cabe lamentar la poca atención que por lo general se prestan recíprocamente las respectivas doctrinas penales de los círculos jurídicos continental y anglosajón, cuando lo cierto es que -más allá de las diferencias estructurales existentes en los dos sistemas- frecuentemente se discuten problemas idénticos, como demuestra la notable coincidencia de la propuesta reseñada con la victimodogmática continental.

tación de su ámbito de aplicación y su fundamentación normativa, siendo el primero, al igual que en el caso del principio victimológico, consecuencia del segundo.

2.2.5 Dogmática en lugar de victimodogmática

Puede concluirse que el intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. Con independencia de que este sector de la doctrina esté aún en desarrollo y de que algunas concepciones hayan sido presentadas de modo precipitado,¹⁸⁸ parece que ya puede decirse que a la hora de resolver el problema dogmático no se trata de averiguar las consecuencias de la investigación de la etiología del delito en relación con la contribución de la víctima (= victimología) en la dogmática de la imputación. Pues la "inspiración" victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. En este sentido, quizás lo adecuado sea hablar tan sólo del "punto de partida"¹⁸⁹ o de la "perspectiva"¹⁹⁰ victimológica o victimodogmática, como un punto de vista a adoptar para interpretar determinadas realidades jurídico-penales. Pero queda claro, entonces, que el "principio victimológico" postulado

(188) W. Hassemer, FS Klug II (n. 24), p. 231; también considera que las concepciones victimodogmáticas aún están en sus inicios Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), p. 108.

(189) Así en el título de uno de los trabajos de Schünemann (en: Schneider [ed.], *Verbrechensopfer*, p. 407 y ss.).

(190) Como en la formulación utilizada por Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología* (n. 9), p. 17.

por los victimodogmáticos no puede alcanzar la relevancia que le es atribuida por sus defensores.

Posiblemente la victimología sea fructífera para la determinación de propuestas de *lege ferenda* en delitos en los que la Ley diseña una frontera de intervención penal específica para, precisamente, casos de interacción entre víctima y autor⁽¹⁹¹⁾. Y muy probablemente sirva para concretar el contenido de los bienes jurídicos protegidos por determinados delitos, al aportar análisis empíricos de los daños producidos en las víctimas.⁽¹⁹²⁾ Pero la mera invocación de la perspectiva "victimodogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal, y en este sentido, desde este sector doctrinal se han planteado pretensiones exageradas.⁽¹⁹³⁾

Debe señalarse, de todos modos, que a las aportaciones dogmáticas reunidas bajo el rótulo de la "victimodogmática" les corresponde sin duda el muy considerable mérito de haber llamado la atención de la dogmática jurídico-penal sobre los importantes problemas que plantea la intervención de la víctima, mientras que en cierta medida el tratamiento de estos problemas en algunas ubicaciones dogmáticas más "tradicionales" que había tenido lugar con anterioridad ocultaba las dimensiones y el carácter específico de la cuestión. Muy especialmente, la victimodogmática ha contribuido de modo esencial a que se perfilase la relevancia de las cuestiones político-criminales que conlleva el trata-

miento dogmático del problema. En este sentido, es de esperar que la dogmática más "tradicional" del tratamiento de la víctima se vea impulsada por la discusión creada por las aportaciones victimodogmáticas a explicar claramente cuales son sus soluciones, en vez de negar la existencia del problema y abordarlo con construcciones *ad hoc* de dudosa corrección dogmática.⁽¹⁹⁴⁾ Tampoco cabe dudar de las aportaciones que la victimodogmática ha hecho en la interpretación de determinados tipos de la Parte Especial.⁽¹⁹⁵⁾ Por otra parte, debe destacarse que la victimodogmática -si bien, como se ha visto y desde el punto de vista aquí defendido, con una formulación dogmática fallida-, introduce, al resaltar la génesis de la condición de víctima, un cambio de paradigma esencial, pues supera la perspectiva centrada exclusivamente en la perspectiva subjetiva de los intervinientes -ya sea de la víctima (consentimiento y equivalentes funcionales) o del autor (previsibilidad)-, y propone, por el contrario, una perspectiva de conjunto de la relación entre víctima y autor.

Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de "victimodogmática", es decir, en su carácter de una construcción específicamente destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un

(191) Así, por ejemplo, Jung, MSchrKrim 67 (1984), p. 133.

(192) Escéptico al respecto, sin embargo, Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 117 y s.

(193) Así lo afirma Torío López, LH Fernández Albor (n. 5), p. 717.

(194) Como es el caso, señaladamente, de la jurisprudencia del TS en España con su doctrina de la concurrencia de culpas (cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* [n. 8], § 4 I.) o la aplicación ecléctica del *topos* de la autopuesta en peligro por parte del BGH en Alemania (cf. Cancio Meliá, op. cit., § 6 I.).

(195) Cf. Roxin, AT P (n. 19), 14/22.

problema aislado, de modo independiente del edificio ya existente de la teoría del delito.¹⁹⁶ En este sentido, puede decirse que ya existía “victimo-dogmática” en el sistema de la teoría del delito -en distintos instrumentos dogmáticos- antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victi-

modogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema.¹⁹⁷ Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja el uso del término “victimodogmática”.¹⁹⁸ el tratamiento del comportamiento de la víctima también debe ser abarcado por la dogmática.¹⁹⁹

(196) Cf. en sentido similar Kratzsch, *Verhaltenssteuerung* (n. 185), p. 100 y s., quien subraya que el elemento de la responsabilidad de la víctima no es más que uno entre otros aspectos cuya relevancia para el injusto debe ser valorada de modo conjunto.

(197) Así Arzt, *MSchrKrim* 67 (1984), p. 113 y s., quien es precisamente un destacado autor de propuestas -especialmente, en materia de apropiación indebida, cf. las referencias en Arzt/Weber, *BT* 3 (n. 91), n.m. 248, nota 2- que han sido calificadas de “victimodogmáticas”.

(198) En este sentido, W. Hassemér dice que se trata “más bien de un eslógan que de un concepto” (*Grundlagen* [n. 1], p. 77), mientras Kühlen (*Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, p. 127) considera que es un término “más polarizante que aclarador”.

(199) Cf. en este sentido, por ejemplo, las propuestas defendidas en los trabajos citados en la nota 8.