

5. CRIMINOLOGIA

5.1

LA CONSIDERACION DEL COMPORTAMIENTO DE LA VICTIMA EN LA TEORIA JURIDICA DEL DELITO

Observaciones doctrinales y jurisprudenciales
sobre la "victimo-dogmática"

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMARIO: 1. Introducción. Las aportaciones de la victimología y su consideración en la Política criminal, en la teoría de las sanciones penales y en la teoría del delito – 2. La "victimo-dogmática" postura mayoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima en la determinación judicial de la pena del autor – 3. La "victimo-dogmática": postura minoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima como fundamento de una eventual exención de responsabilidad del autor. El principio de "autorresponsabilidad" – 4. Valoración de las posturas. Toma de posición – 5. ¿Argumentos "victimo-dogmáticos" en la legislación y en la jurisprudencia penal españolas?: 5.1 Breve alusión al consentimiento. La "concurrency de culpas" y la "autopuesta en peligro"; 5.2 La "imputación objetiva" en los delitos dolosos; 5.3 La estafa; 5.4 Los delitos contra la libertad (amenazas coacciones). La violación intimidatoria; 5.5 Delitos contra la intimidad. Otros problemas relativos a los delitos sexuales. El tema de la provocación (art. 9.5.º CP derogado en 1983); 5.6 La legítima defensa y situaciones próximas; 5.7 La construcción jurisprudencial del "delito provocado".

Resumo: O autor oferece amplo estudo do que denomina vitimologia, analisando a reparacão do dano segundo o comportamento da vítima. Argumenta que, em alguns casos, a imprudência da vítima pode baixar o grau de punição do agente. Examina o direito penal mínimo e oferece julgados da jurisprudência da Espanha.

Palavras-chave: Vitimologia – Direito penal e processo penal – Reparacão de dano – Comportamento da vítima – Princípio da proporcionalidade – Direito penal mínimo.

1. Introducción. Las aportaciones de la victimología y su consideración en la Política criminal, en la teoría de las sanciones penales y en la teoría del delito

En la historia del Derecho penal es posible distinguir dos grandes fases en cuanto a la relevancia del papel de la víctima. Inicialmente, en el Derecho romano

(*) Artigo publicado nos *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 1993.

primitivo, en el Derecho de los pueblos germánicos y, en alguna medida, en el Derecho medieval, fue posible asistir a lo que se conoce como "edad de oro" de la víctima. En tales épocas, en parte también por la confusión existente entre el Derecho civil y el Derecho penal, la reacción al ilícito (también al delito) quedaba prácticamente en manos del sujeto pasivo del mismo, o de sus allegados, quienes devolvían la ofensa sobre la esfera jurídica del sujeto activo (sus bienes jurídicos o los de sus familiares) de modo ni siquiera coincidente con una genérica proporcionalidad en los términos del *ius talionis*.¹ Era éste el Derecho penal de la "venganza privada".² Progresivamente, sin embargo, se produce la consolidación del Derecho penal como Derecho público y, con el advenimiento del Estado moderno, es ya posible hablar de que el ejercicio del *ius puniendi* constituye un monopolio de las instituciones del Estado. Asimismo, tiene lugar la creciente diferenciación entre Derecho civil y Derecho penal, como disciplinas que se ocupan, respectivamente, de la relación entre delincuente y víctima (en lo relativo a la correspondiente pretensión indemnizatoria) y de la relación entre delincuente y Estado.³

El tránsito de un Derecho penal con connotaciones privadas a un Derecho penal público tuvo indudables ventajas, tanto en términos de pacificación social como en objetivización, imparcialidad y proporcionalidad. Sin embargo, y en lo que aquí interesa, con él dio comienzo también un largo proceso de postergación de la víctima en el Derecho penal. Así, el delito se define básicamente en el marco de una relación entre individuo y Estado, ya sea como infracción de normas estatales, ya como lesión de bienes jurídicos, cuya protección se estima presupuesto necesario de la convivencia en sociedad. También está ausente la víctima de la definición de la pena y de sus finalidades: la pena es un castigo por el comportamiento delictivo que cumple finalidades de prevención general y especial (y no satisfactivas). Por fin, el proceso penal constituye básicamente el mecanismo para la imposición de la sanción estatal y no para atender a las cuestiones privadas.⁴

(1) Cfr. Kunkel: *Historia del Derecho romano* (trad. J. Miquel) 5. ed., Barcelona 1975, p. 37-38.

(2) García-Pablos de Molina: "La resocialización de la víctima. Víctima, sistema legal y política criminal", en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. Antônio Beristain*, San Sebastián 1989, p. 193-197, p. 194. Como señala, por lo demás, Ortega Carrillo de Albornoz, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga 1988, p. 24: "la venganza lleva consigo un factor psicológico muy atractivo e inconfesable que consiste en devolver mal por mal, golpe por golpe; sólo entonces el individuo que ha sufrido la ofensa estará satisfecho".

(3) Sobre esto Roxin: *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, mecanografiado de la ponencia defendida en el Seminario hispano-alemán celebrado en Barcelona el 11 de marzo de 1992, p. I. Vid. asimismo Roxin *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en Schöch (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München 1987, p. 37-55, p. 39.

(4) Schneider: "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián 1989, p. 379-394, p. 379.

Sin embargo, todo ello, instituido con la loable finalidad de obtener una justicia penal objetiva y desapasionada en la que queden debidamente garantizados los derechos del sujeto activo del delito, ha relegado a la víctima a la condición de mero objeto, neutro y pasivo, sobre el que recae el delito. Ya no se trata sólo de que la intervención jurídico penal no dé satisfacción a los auténticos intereses de la víctima, sino que en ocasiones incluso supone un daño adicional para la misma (la llamada "victimización secundaria").

Todo lo anterior, por significativas que sean las excepciones que admite,⁵ puede afirmarse de modo general. Y es ello mismo lo que propicia tanto el nacimiento de la Victimología como el contenido de las que hasta ahora han sido sus aportaciones.⁶ Estas se concretan en dos grandes bloques de consideraciones.

Por un lado, y en la línea de lo acabado de manifestar, la Victimología informa de que el funcionamiento del sistema jurídico-penal policia, Derecho, proceso y, más tarde, del sistema social en su conjunto, además de no facilitar la intervención

(5) Por referirnos sólo al Derecho español, hay que señalar que, si bien los delitos son, en principio, perseguibles de oficio, algunos de ellos se entienden como perseguibles a instancia de parte, exigiendo bien una querrela (por ejemplo art. 467, III, CP), o bien una denuncia de la persona agraviada o de otras instancias en representación de la misma (art. 443, I, II y III; art. 487 párrafo penúltimo), lo que atribuye a la víctima cierta disposición sobre el comienzo del proceso y, en el caso de la querrela, sobre su prosecución. Además, incluso en los delitos perseguibles de oficio es posible constituirse en acusación particular. En otro orden de cosas, una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal es el perdón del ofendido (art. 112, 5.º), que opera en los delitos antes referidos (art. 443, IV y V, art. 467, IV y art. 487 *in fine*), excepto en el de violación (art. 443 *in fine*).

En lo que se refiere a la satisfacción de los daños resultantes del delito, existe como es sabido, en nuestro derecho la institución de la responsabilidad civil derivada de delito (art. 19 CP), que puede dilucidarse en el propio proceso penal. Pese a tratarse de una figura de naturaleza jurídico-civil, parece claro que cumple una muy importante función político-criminal, tanto de prevención de conductas delictivas futuras, como ante todo, de pacificación de la situación conflictiva surgida entre autor y víctima. De ahí que esta institución se halle profusamente regulada en el Código Penal. Es éste un punto en el que el sistema penal español se ha adelantado a la tendencia internacional de los años ochenta (sobre ello cfr: Silva Sánchez, "Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal", en Beristain/De la Cuesta (comp.) *Victimología*, San Sebastián 1990, p. 77 y ss, 78-79).

(6) Cfr. de modo general Landrove Diaz: *Victimología*, Valencia 1990, p. 26 y ss. sobre el surgimiento del movimiento victimológico. También Schüler-Springorum, *Über Victimologie*, Festschrift für R. M. Honig zum 80. Geburtstag. Göttingen 1970, p. 201-215. Neuman: *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no-convencionales*. Buenos Aires 1984. Haesler: "Einführung" en *Viktimologie* (ed. Haesler) Grisch (Suiza) 1986, p. 5. Schultz: "Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (SchwZStr) 71 (1956), p. 171-192, p. 174 ss. También Ebert: "Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?", *Juristenzeitung* (JZ) 1983, p. 633-643.

de la víctima como sujeto activo, suele depararle otros perjuicios adicionales a los que representa el hecho de haber sufrido el delito.⁷ En primer lugar, por la vía de la llamada "victimización secundaria", que, en algunos delitos puede ser casi tan grave como la primaria: es éste el caso de los delitos sexuales, por ejemplo, en los que en ocasiones las defensas adoptan estrategias de culpabilización de la víctima.⁸ En segundo lugar, porque es frecuente que se frustren las expectativas de obtener un resarcimiento del daño sufrido en el delito: aunque se produzca una sentencia condenatoria para el autor, éste es a menudo insolvente, o incluso la condena refuerza su situación de insolvencia, y el Estado carece por el momento de mecanismos para atender a las necesidades de reparación de la víctima.⁹

Por otro lado, sin embargo, la Victimología ha mostrado que la víctima 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.¹⁰ Esta apreciación, obviamente, admite muy diversos grados, pero ha permitido afirmar de modo general que existen ciertas víctimas que contribuyen a la producción de la lesión del bien jurídico del que son titulares, pudiendo ser estimadas, en un sentido amplio, al menos parcialmente corresponsables de tal lesión.¹¹

Al primero de los dos bloques de análisis victimológicos efectuados se ha reaccionado en términos relevantes, aunque todavía insuficientes, tanto en el ámbito del Derecho penal material como en el procesal. Así cabe constatar la promulgación de recomendaciones del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, como también de leyes nacionales en Estados Unidos, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Italia, Bélgica.¹² Todas ellas, encaminadas bien a proteger a la víctima de los daños que pueda sufrir en la fase procesal, bien a garantizar la obtención por la víctima de una indemnización de modo seguro y no dependiente de la eventual solvencia del autor. Precisamente, en esta misma línea de tratar de dar respuesta a los planteamientos de la Victimología (entre otras cuestiones) se sitúan las nuevas

(7) García-Pablos de Molina: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 194 y 197.

(8) Henry/Bayer: "Blaming the victim". *Die Schuldumkehr in Vergewaltigungsprozessen*, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (Msch-Krim) 1985, p. 340-347, p. 341.

(9) García-Pablos de Molina: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 194.

(10) García-Pablos de Molina: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 195. Landrove Diaz: *Victimología*, Valencia 1990, p. 40.

(11) Así, W. Hassemer: "Rücksichten auf das Verbrechenopfer". *Festschrift für U. Klug* zum 70. Geburtstag, II Köln 1983, p. 217-334, p. 223. Schünemann: "Die Zukunft der Viktimodogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht", *Festschrift für H.J. Faller*, München 1984, p. 357-372, p. 362.

(12) Con detalle, Schneider: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 382, 383, 385 y 391. Schünemann: "Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", I, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1986, p. 193-200. Silva Sanchez: en *Beristain/De la Cuesta* (comp). *Victimología*, p. 79-81.

tendencias que tratan de incluir la reparación como tercera consecuencia jurídico-penal, junto a las penas y a las medidas de seguridad, ordenada al cumplimiento de los fines del Derecho penal (así, el *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* alemán de 1992). Asimismo, las propuestas en el sentido de recurrir a vías extrajudiciales de conciliación para resolver el conflicto suscitado por determinados delitos: de ellas se espera la evitación de la victimización secundaria, así como de las técnicas exculpatorias del autor (las llamadas “técnicas de neutralización”) que suelen tener un sentido inculpatario de la víctima y, en todo caso, alejan de modo irreversible a ésta del autor.¹³

En lo que sigue, sin embargo, no nos ocuparán tales reacciones. Aquí interesa, por el contrario, estudiar cuáles son las consecuencias que ha tenido el segundo bloque de consideraciones de la Victimología: a saber, el relativo a la existencia de víctimas que, de uno u otro modo, contribuyen a la lesión del bien jurídico.¹⁴ Son estas consecuencias las que han permitido que un sector de la doctrina alemana se manifieste proclive a la construcción de una “Victimo-dogmática”, o, expresado en otros términos, a la introducción de la “perspectiva victimológica en la dogmática penal (*Viktimo-dogmatik, viktimologischer Ansatz*)”.¹⁵

2. La “victimodogmática” postura mayoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima en la determinación judicial de la pena del autor

Habíamos expuesto más arriba que la Victimología constata la existencia de ciertas víctimas que contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de “concausales” del mismo. Tomando esto como base, la primera consecuencia que cabe extraer es la necesidad de incidir sobre los referidos grupos de víctimas con el fin de eliminar su “predisposición victimal”; ello, como se advertirá, no es otra cosa que la adopción de medidas de Política Criminal encaminadas a la prevención del delito que, en este caso, discurri-

⁽¹³⁾ Cfr. Silva Sánchez: en Beristain/De la Cuesta (comp.) *Victimología*, p. 231-232. Detalladamente, Conseil de L'Europe: *La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*. Strasbourg 1985, p. 24.

⁽¹⁴⁾ Sobre ello, entre otros, Gulotta: *La vittima*, Milano 1976, p. 30 y ss., 76 y ss., 80 y ss.; Kiefl/Lamneck: *Soziologie des Opfers*, München 1986, p. 56 y ss.; Neuman, *Victimología*, p. 57 y ss., 64 y ss.

⁽¹⁵⁾ Una de las primeras aportaciones se encuentra en Schünemann: “Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts”, *Festschrift für P. Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München 1979, p. 117-132, p. 130. Ya lo advierte como una auténtica “tendencia” Kuper: “Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart. Die Festschrift für Paul Bockelmann”. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 1980, p. 201-219, p. 217. Como se advertirá, la posibilidad de una “victimodogmática” sólo es concebible en una teoría del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, y no encerrada en sí misma como construcción lógico-abstracta.

rían por el lado de las víctimas.¹⁶ La Victimismo-dogmática, en cambio, 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 —en sentido atenuatorio o incluso eximente— en la responsabilidad criminal del autor.¹⁷

Así las cosas, lo primero que cabe advertir es una cierta perplejidad por el giro que las aportaciones de la victimología adquieren al tomarse como punto de partida de la Victimismo-dogmática. En efecto, todo el empeño de la *nueva Victimología* se centra en la adopción de medidas encaminadas a lograr una mayor protección, tanto en el ámbito del Derecho material como en el del Derecho procesal, para la víctima del delito. En la victimismo-dogmática, sin embargo, partiendo de determinaciones de la Victimología más clásica, la que clasifica las víctimas según tipologías, se trata de dilucidar si un determinado comportamiento de la víctima ha de repercutir favorablemente en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.¹⁸ De ahí que algunos entiendan que la victimismo-dogmática se aparta por completo de las tesis de la moderna victimología,¹⁹ o incluso le achachen que procede a una culpabilización de la víctima (*blaming the victim*), a una inversión de papeles entre las dos partes del hecho criminal.

Sin embargo, para evitar que se obtengan conclusiones precipitadas, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que las mencionadas tesis no constituyen una novedad radical en el mundo de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, sino que, a lo sumo, lo que sucede es que proceden a teorizar, o a “racionalizar”, algo que, en diferente medida, ya ha sido tenido en cuenta, aunque sólo fuera de modo inconsciente o intuitivo, en aquéllas. Así, en efecto, una lectura superficial de los Códigos penales de nuestro entorno muestra que, en ocasiones, los legisladores han tenido en cuenta diversas formas del comportamiento de la víctima a

(16) Sobre ello, W. Hassemer: U. Klug-FS, p. 228-229.

(17) A pesar de las observaciones de, entre otros, Amelunxen, *Das Opfer der Straftat*, Hamburg 1970, p. 54. Scheneider, *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen 1975, p. 185. Ebert: JZ 1983, p. 639-640, lo cierto es que el estudio de las relaciones entre autor y víctima a los efectos de su repercusión agravatoria en la responsabilidad penal del primero desempeña un papel muy marginal entre las ocupaciones de la Victimodogmática. En este sentido, Arzt: *Viktimologie und Strafrecht* en MSchrKrim 67 (1984), p. 105-124, p. 107. Hillenkamp: *Vorstzst und Opferverhalten*, Göttingen 1981, p. 1 y p. 192. W. Hassemer, U. Klug-FS, p. 229-230, que entiende incluso que lo último queda fuera del propio principio victimológico.

(18) Seelmann: “Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik”. Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA) 1989, p. 241-256, p. 241-242.

(19) Por ejemplo, Larrauri Pijuan: “Victimologia: Qui són les víctimes? Quins són els seus drets?. Quines són les seves necessitats?”. en AA.VV. “De les causes del delicte a la producció del control. El debat actual de la criminologia”. Barcelona 1992, p. 133-157, p. 142-143.

los efectos de eximir o atenuar el autor. A título meramente ejemplificativo, y con independencia de que después debamos ocuparnos de ellos con más detalle, recuérdense ahora los preceptos que atribuyen eficacia eximente o atenuante, según los bienes jurídicos de que se trate, al consentimiento del sujeto pasivo;²⁰ los que atenúan en caso de provocación del mismo;²¹ la propia institución de la legítima defensa;²² o algunas disposiciones que permiten prescindir de la imposición de pena o del cumplimiento de la condena.²³ Por lo demás, las repercusiones del comportamiento de la víctima en la responsabilidad del autor no sólo han sido tomadas en consideración por los legisladores. También la jurisprudencia y la doctrina han seguido este camino, restringiendo la responsabilidad criminal del autor en virtud de construcciones que podemos denominar "supralegales" que tienen su base en una determinada configuración del comportamiento de la víctima.²⁴ Ello, de modo señalado en los delitos imprudentes. A este respecto, la teoría de la imputación objetiva ha permitido negar en muchos casos la imputación del resultado producido a la conducta del autor, por haber mediado un comportamiento de la víctima que ha contribuido causalmente a la producción del resultado (argumentos de la prohibición de regreso, interrupción de la realización del riesgo creado en el resultado: Risikozusammenhang etc.). En otros supuestos, se ha llegado incluso a degradar o hacer desaparecer la propia infracción del deber de cuidado del autor. Además, también en los delitos de omisión se ha tenido consciente o inconscientemente presente el comportamiento de la víctima a efectos de exención.²⁵

⁽²⁰⁾ Cfr., por ejemplo, pár. 226 a StGB alemán; art. 50 C.p. italiano; art. 149 C.p. portugués; art. 428 C.p. español. Con efectos atenuantes en delitos contra la vida vid., por todos, pár. 216 StGB alemán. Sobre este último precepto, cfr. R. Hassemer: "Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik", Berlin 1981, p. 86-87.

⁽²¹⁾ Por ejemplo pár. 213 StGB alemán; art. 64.3 del StGB suizo, que atenúa "wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt wurde (...)"; recuérdese también la atenuante española del art. 9.5.º C.p.: "la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido", derogada en la reforma de 1983.

⁽²²⁾ Que, desde luego, puede explicarse desde una perspectiva "victimológica": cfr. R. Hassemer: *Schutzbedürftigkeit*, p. 82 y 89. En efecto, el agresor, además de poner en peligro los bienes del agredido, en muchos casos está poniendo en peligro los suyos propios (abandonando su protección), pues la reacción defensiva del agredido es previsible.

⁽²³⁾ Así, por ejemplo, el pár. 174, IV StGB que permite recurrir a la institución del "Absehen von Strafe" en determinados delitos sexuales cuando, a la vista de la conducta del sujeto pasivo, el injusto es mínimo (Cfr. sobre este caso Jung/Kunz: "Das Absehen von Strafe", nach pár. 174, IV StGB, NStZ 1982, p. 409-413, p. 410). También en la Sección 7.01 pár. 2 del *Model Penal Code* (citado por Schneider, *Viktimologie*, p. 186) que permite algo similar en los casos, en general, en que la víctima llevó al hecho o facilitó su realización.

⁽²⁴⁾ O de terceros, lo que aquí interesa menos.

⁽²⁵⁾ Cfr. Schüler-Springorum: "Über Viktimologie", *Festschrift für R.M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen 1970, p. 201-215, p. 214; también la obra básica de Frisch, P:

Con todo, pese a que, como se ha podido comprobar de modo sumario, consideraciones materialmente "victimológicas" están ya presentes en los Códigos penales y en las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, lo cierto es que la teorización que aporta la denominada "victimo-dogmática" ha hecho surgir una significativa polémica. En ella, lo primero que puede advertirse es la dificultad que plantea la adopción de posturas maximalistas de uno y otro signo. No en vano Monika Frommel alude, respecto al mismo, a la existencia de un "dilema victimo-dogmático". En efecto, en este punto cualquiera de las dos soluciones extremas resulta insatisfactoria. Si, rechazando la tesis central de la Victimo-dogmática, se prescinde del comportamiento "concausal" de la víctima a la hora de analizar la responsabilidad del autor, resulta imposible eludir la indeseable consecuencia de que es posible que estemos sobrecargando penalmente a un sujeto (el autor), a quien no cabe imputar el hecho delictivo por completo. Imponer la pena en tales términos implicaría una clara vulneración de principios como el de proporcionalidad y prohibición de exceso, el de fragmentariedad en la protección de bienes jurídicos e incluso el de necesidad de la intervención penal. Algo que privaría de legitimidad a dicha intervención. Ahora bien, por otro lado, descargar de responsabilidad al autor a costa de la víctima, aduciendo la "corresponsabilidad" de ésta en la lesión del bien jurídico del que es titular, puede generar fenómenos muy negativos. Así, cabe que propicie y potencie las antes aludidas "estrategias de inculpación" de la víctima e incluso, en el caso extremo, genere una inversión fáctica de los papeles de autor y víctima. De este modo, se observa que la insistencia en argumentos de esta índole podría favorecer la aparición de sentimientos de culpabilidad en la víctima y el surgimiento de un clima social de tensión en el que todo el mundo podría ver en el prójimo un agresor y en sí mismo una víctima favorecedora o provocadora. Sobre los perjuicios psicológicos y sociales que derivarían de ello no parece necesario insistir.²⁶

Dada esta ambivalencia, parece claro que lo más prudente es adoptar soluciones matizadas. Soluciones cuya adopción pasa, en primer lugar, por la distinción entre delitos dolosos e imprudentes. En los delitos imprudentes, se afirma, la concurrencia simultánea de una imprudencia en la víctima junto a la del autor

"Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten", Berlin 1973, p. 155 ss. De modo general, Schumann: "Strafrechtliches Handlungssunwert und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen", Tübingen 1986, p. 1-2. Sobre todo ello, además, entendiendo que la relación autor-víctima se configura de modo muy diferente en los delitos dolosos, por lo que a éstos no les sería aplicable el mismo razonamiento, Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 10 y ss. Sobre el tema del decaimiento del deber genérico de socorro o de los deberes de garantía a consecuencia de una conducta del titular del bien jurídico dirigida conscientemente a la autolesión (suicida, por ejemplo), cfr. Neumann: "Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers", Juristische Arbeitsblätter (JA) 1987, p. 243-256, p. 248 nota 28.

(26) Frommel: "Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus", MschKrim 1985, p. 350-359, p. 351.

puede conducir a rebajar el grado de la infracción del deber de cuidado cometida por éste o incluso a excluir la propia existencia de tal infracción. En este mismo ámbito, la "corresponsabilidad" de la víctima puede conducir a negar la imputación del resultado producido a la conducta del autor.²⁷ Ahora bien, ¿cuándo puede hablarse de corresponsabilidad (Mitverschulden, en la terminología alemana)? Un ejemplo del derecho penal del tráfico puede contribuir a esclarecerlo: el supuesto en el que la víctima del accidente de circulación provocado por la imprudencia de otro conductor no llevara ceñido el correspondiente cinturón de seguridad. En tal caso, las consecuencias sufridas no se imputarán en su totalidad al autor, porque se deben también a la imprudencia (omisión de medidas de autoprotección) cometida por la víctima.²⁸ Ello se puede decir que constituye prácticamente un principio general, aplicable incluso a los delitos dolosos: si, de modo simultáneo o posterior a la conducta del autor, tiene lugar una intervención de la víctima, mediante acciones u omisiones dolosas o gravemente imprudentes, que determina una agravación del resultado previsible, dicho resultado más grave no será imputable objetivamente al autor. Naturalmente, los límites concretos de la aplicación de este criterio son discutidos.²⁹ Así por ejemplo, es cuestionable la forma concreta en que tiene que configurarse la intervención de la víctima para producir tales consecuencias. Pero existe amplio consenso en relación con uno de los supuestos más extremos: las "omisiones" dolosas o gravemente imprudentes de la víctima. En favor de que incluso éstas rompan la relación de imputación objetiva entre el resultado y el comportamiento del autor se han pronunciado explícitamente clásicos como Binding y Ortmann, y autores modernos como Otto, Burgstaller y Schmidhäuser.³⁰ Por último, y por lo que respecta a los delitos de omisión, se ha planteado si subsiste el deber de actuar, y cabe por tanto fundamentar una responsabilidad a título de omisión pura o de comisión por omisión, según los casos, cuando la propia víctima rechaza tal actuación (esto es, no desea ser salvada). El tema ha sido profusamente discutido a propósito de casos de suicidio o de rechazo al tratamiento. Y, aunque no puede hablarse de una solución admitida de modo amplio, son cada vez más los autores que responden negativamente a la cuestión de la subsistencia del deber de actuar (y, consiguientemente, de la responsabilidad penal del omitente), por entender que la conducta de salvación es inexigible en tales condiciones o que la negativa de la víctima a ser salvada

(27) P. Frisch: "Das Fahrlässigesdelikt", p. 155 y ss, 161; Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 10 y ss. En España, el muy interesante trabajo de Torio Lopez: "Significación dogmática de la 'compensación de culpas' en Derecho penal", en AA.VV., Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor. Santiago de Compostela 1989, p. 709-723.

(28) Stree: en Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch Kommentar". 24. ed. München 1991, pár. 46 n. marg. 24.

(29) Jakobs: "Strafrecht", AT, 2. ed., Berlin 1991, 7. Abschn. n. marg. 59.

(30) Cfr. sobre ello SILVA SANCHEZ: "Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 1985, p. 194-205, p. 196 notas 8 y 9.

rompe la relación de garantía. Todo ello, claro está, siempre y cuando nos hallemos ante decisiones adoptadas de modo libre y responsable.³¹

En todo caso, sin embargo, en la década de los ochenta el problema fundamental no se ha planteado a propósito de los delitos imprudentes, ni de los delitos de omisión, sino concretamente a propósito de los "delitos dolosos de comisión activa". En relación con éstos, se ha ido conformando una opinión moderada, que entiende que el comportamiento de la víctima puede considerarse de modo general en el ámbito de la medición de la pena, produciendo una atenuación de la responsabilidad del autor, aunque siempre dentro del marco penal típico.³² El fundamento de tal postura radicaría en que, en ocasiones, el comportamiento provocador o concausal de la víctima puede disminuir el contenido de antijuricidad (dañosidad social) del hecho del autor, o la culpabilidad del mismo (posibilidad de recibir en condiciones normales la motivación de la norma). Sin embargo, en ningún caso se admite que pueda sobrepasarse la mera atenuación, salvo que ello haya sido previsto expresamente por la ley. Precisamente con el fin de proporcionar ayuda al juez en su misión de determinar la pena en los casos que nos ocupan, Hillenkamp ha elaborado un catálogo de situaciones atenuantes tomando como punto de partida los escasos supuestos contemplados por la ley y operando por analogía.³³ Más allá de esta atenuación analógica no se podría ir, según este punto de vista, salvo en virtud de una reforma legislativa. Esta, que en algún punto llega a estimarse incluso conveniente, habría de tener lugar por la vía de la inclusión de un precepto genérico en la Parte general del Código, o a través del recurso general a la institución del "Absehen von Strafe" (par. 60 StGB alemán), en la que el tribunal renuncia por razones político-criminales a imponer la pena.³⁴

La posición moderada que se acaba de caracterizar sucintamente se ha convertido pronto en dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas. Estas, en efecto, han entendido que el comportamiento de la víctima resulta perfectamente encuadrable en los principios de la determinación judicial de la penal del párrafo 46 StGB, dado que éstos no constituyen un catálogo cerrado.³⁵ Así, es convicción generalizada la de que debe atenuarse la pena del autor cuando la comisión del hecho se ha visto favorecida por la falta de control de la víctima sobre el sujeto

(31) Cfr. Neumann, JA 1987, p. 248 y nota 28.

(32) Así, sobre todo, Hillenkamp: "Vorstatz", p. 9, 211, 310 etc. El mismo Hillenkamp: "Der Einfluss des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat - einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik". Bielefeld 1983, p. 18 y ss. En esta línea, Schüler-Springorum: "Honig-FS", p. 209; aparentemente, también Ebert: JZ 1983, p. 638-639. Por lo demás sobre esta cuestión, en general, Maack: "Opfer und Strafzumessung. Ein Beitrag zur Systematik und Dogmatik der richterlichen Strafzumessung", Stuttgart 1983.

(33) Hillenkamp: "Vorsatz", p. 240 y ss.

(34) Hillenkamp: "Vorsatz", p. 315-316.

(35) Stree: en Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch Kommentar", 24. ed. pár. 46 n. marg. 24.

activo o por haber incitado a aquél a cometerlo.³⁶ En este punto se citan como ejemplos la violación provocada por la víctima³⁷ o la apropiación indebida facilitada por la falta de vigilancia sobre un empleado. Recientemente, Roxin, en su Tratado, rechaza también la generalización y absolutización del “principio victimológico”, y, aunque con matices, parece mantenerse en el mismo plano de la relevancia exclusivamente atenuatoria del comportamiento de la víctima.³⁸

3. La “victimo-dogmática”: postura minoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima como fundamento de una eventual exención de responsabilidad del autor. El principio de “autorresponsabilidad”

Frente a la postura moderada expuesta, un sector doctrinal pretende atribuir mayor relevancia al comportamiento de la víctima a la hora de determinar la responsabilidad penal del autor. La idea central de este planteamiento es la de entender que el “enfoque victimológico”, puesto en contacto con los principios generales inspiradores –y limitadores– de la intervención penal, puede conducir no sólo a una atenuación, sino incluso a una total exención de responsabilidad del autor.³⁹ En otras palabras, se estima que dicha exención es consecuencia directa de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*. En otro orden de cosas, se considera que un abandono de las consideraciones victimo-dogmáticas al ámbito –de arbitrio judicial– de la medición de la pena implicaría la práctica inoperancia de las mismas.⁴⁰ Así, los esfuerzos de este sector minoritario de la doctrina se han dirigido a la elaboración de un principio –el denominado “principio de autorresponsabilidad” (Selbstverantwortungsprinzip)– que esté en condiciones de desempeñar una doble función. Por un lado, inspirar futuras re-

⁽³⁶⁾ De modo general Lackner: “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen”, 9. ed. München 1991, p. 46 n. marg. 35.

⁽³⁷⁾ Sobre la relevancia atenuatoria de casos próximos al consentimiento en el acto sexual (oposición en el último momento; negativa sólo frente a aspectos espaciales, temporales o modales del acto sexual), Horn en Rudolphi/Horn/Samson: “Systematischer Kommentar zum StGB” (SK), 4. ed. Neuwied/Kriffel 1989, p. 46 n. marg. 102 y, sobre todo, p. 178 n. marg. 20. También Dreher/Tröndle: “Strafgesetzbuch und Nebengesetze”, 45. ed. München 1991, p. 46 n. marg. 33: atenuación de la violación de una prostituta que inicialmente se mostraba conforme con el acto sexual, así como en casos de provocación o seducción por la víctima.

⁽³⁸⁾ Roxin: “Strafrecht AT”, I München 1992, p. 14, III n. marg. 15-24.

⁽³⁹⁾ En tal sentido ya Schultz: SchwZStr 71 (1956), p. 189; también Neumann: “Victimología”, p. 252; Schuh: “Viktimologie. Der fatale Zusammenhang zwischen Widerstand und Anziehung”, en “Viktimologie” (ed. Haesler), p. 31-39, p. 33. Fundamental, Schünemann: Faller-FS, p. 371; Arzt: MschKrim 67 (1984), p. 110.

⁽⁴⁰⁾ Así, Schünemann: “Einige Vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik”, en “Das Verbrechensoffer in der Strafrechtspflege” (ed. H.J. Schneider) Berlin/New York 1982, p. 407-421, p. 409. En contra Hillenkamp: “Vorsatztat”, p. 215 y ss.

formas legislativas (perspectiva *de lege ferenda*). Por el otro, presidir la tarea interpretativa de los tipos, propiciando restricciones teleológicas de los mismos, con la consiguiente exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo penalmente relevante (perspectiva *de lege lata*).⁴¹ La pretensión es que la conducta del autor deje de ser penalmente relevante (quede fuera del tipo) cuando la víctima no se ha comportado conforme al referido principio de autorresponsabilidad, permitiendo que se produjera la lesión del bien jurídico, cuando la evitación de ésta era algo que se encontraba en su propio ámbito de competencia.

El referido “principio victimológico” (o de autorresponsabilidad) no se construye inductivamente,⁴² sino más bien por vía deductiva, derivándose de otros principios más generales limitadores del *ius puniendi* estatal. En la base de esta opción dogmática se halla una concepción político-criminal liberal que trata de reducir al máximo la intervención del Derecho penal. De conformidad con esto, se señala que de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal cabe desprender su carácter secundario o accesorio no sólo respecto a otros medios del Estado, sino también respecto a posibles medidas de autoprotección del individuo-sujeto pasivo.⁴³ Los partidarios de esta tesis sostienen, pues, que la víctima tiene un “deber de autoprotección”. Este, ciertamente, no alcanza niveles desmedidos, sino que se refiere únicamente a la adopción de medidas posibles, razonables, usuales y exigibles. A partir de ahí, sin embargo, la infracción de tal deber –esto es, la omisión de las mencionadas medidas– implicaría para la víctima el no-merecimiento –o, mejor, la falta de necesidad– de la protección penal (ésta no sería *Schutzbedürftig*). En definitiva, si la víctima, pudiendo y debiendo autoprotegerse, en los términos antes mencionados, no lo hace, el autor puede llegar a quedar exento de toda pena por el hecho, hecho que, en tales condiciones, se atribuiría preferentemente a la víctima.

A tal concepción del “principio victimológico”, capaz, como se ha dicho, de eximir de responsabilidad penal al autor (por atipicidad) a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima, se le han dirigido no pocas críticas. Estas se basan en la consideración general de que ningún comportamiento de la víctima puede tener entidad suficiente para dejar a la misma privada de toda protección penal; en consecuencia, carecería de sentido abrir “espacios de libertad” (exenciones de responsabilidad) al autor a costa de la víctima. Los argumentos centrales de esta tesis crítica son dos. El primero, de índole metodológica; el segundo, centrado en los efectos político-criminales de tal doctrina. Desde la

(41) Schünemann: “Das Verbrechensopfer”, p. 410, alude a ambas funciones. En la primera no se dan excesivos problemas [vid. al respecto Hillenkamp: “Vorsatztat”, p. 315 y ss.]; la segunda es la que ha provocado básicamente la discusión.

(42) Schünemann: “Das Verbrechensopfer”, p. 410, entiende que las escasas referencias legales al respecto antes permitirían una argumentación “a contrario” que analógica. Analógico es, pese a todo, el proceder de Hillenkamp: “Vorsatztat”, p. 240 y ss, cuando construye circunstancias victimológicas que sirvan de guía al juez en la medición de la pena.

(43) Schünemann: “Das Verbrechensopfer”, p. 411-412; Hassemer, R.: “Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik”, Berlin 1981, p. 35, 51, 89 y 98.

perspectiva metodológica, se ha señalado que no es posible, sin base legal, restringir los tipos para excluir de ellos la conducta del autor en los casos de comportamiento "favorecedor" de la víctima. El Código penal, se ha llegado a decir, no es sólo la *Magna Charta* del delincuente, sino también la de la víctima. La tesis criticada, al restringir el tenor de los tipos sobre la base de consideraciones victimológicas, privaría a la víctima de la seguridad jurídica consistente en saber si en el caso concreto continúa estando protegida o no.⁴⁴ El segundo argumento, el relativo a los efectos político-criminales de la argumentación victimo-dogmática, es el más insistentemente repetido. Con base en él se ha puesto de relieve que la tesis minoritaria daría lugar a un clima social de desconfianza hacia el Derecho y a un retorno a formas de justicia (venganza) privada.⁴⁵ En efecto, se aduce que dicha tesis se asienta en una errónea concepción del principio de subsidiariedad y de la noción de *última ratio*. Dicho principio se refiere tan solo a la relación entre el Derecho penal y otros mecanismos del Estado, y no, en cambio, a la relación entre el Derecho penal y eventuales medidas defensivas de la víctima.⁴⁶ Precisamente, una de las funciones esenciales del Derecho penal es la de pacificación, que consiste en evitar un clima social general en el que todos se vean como enemigos potenciales y sientan la necesidad de protegerse al margen del Derecho.⁴⁷ Por otro lado, se indica que las tesis victimo-dogmáticas de la postura minoritaria favorecen, abriendo espacios de juego, a quienes agreden dolosamente, produciendo dos consecuencias político-criminales indeseables a las que ya se ha aludido: la "revictimización" de la víctima y la aparición de "tendencias exculpatorias" en el autor.⁴⁸ En fin, se apunta que una coherente generalización del argumento victimo-dogmático podría llevar a que el Estado tuviera que prescindir genéricamente de la pena, debido al carácter criminógeno que nuestra sociedad tiene y que determina que la misma contribuya en medida importante a la producción de los delitos de los es víctima global.⁴⁹

4. Valoración de las posturas. Toma de posición

Las observaciones críticas que acabamos de transcribir tienen, sin duda, enjundia. Sin embargo, a mi entender, difícilmente pueden poner en tela de juicio la premisa mayor del enfoque victimológico. Como apunta Schünemann, ¿acaso

⁽⁴⁴⁾ Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 130 y ss., p. 145 y ss; Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 12-13. También Roxin AT, párr. 14. III, n. marg. 19, rechaza que en la base de nuestro Derecho penal se halle el principio victimológico y, en consecuencia, tampoco acepta la tesis de que el legislador hace depender el merecimiento o la necesidad de pena del autor de que la víctima haya hecho uso de los medios de protección exigibles.

⁽⁴⁵⁾ Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 205 y ss. Roxin, AT párr. 14, III, n. marg. 21.

⁽⁴⁶⁾ Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 14; Roxin, AT, párr. 14. III, n. marg. 20.

⁽⁴⁷⁾ Lenckner, Schönke/Schröder: "Strafgesetzbuch Kommentar", 24. ed., n. marg. 70 b previo al párr. 13.

⁽⁴⁸⁾ Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 16.

⁽⁴⁹⁾ Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 15.

puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no contiene un peligro relevante de lesión de bienes jurídicos, sino que adquiere dicho carácter peligroso sólo a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima?⁵⁰ Respondida esta pregunta en términos negativos, como parece obligado, tampoco parecen objetables, en lo esencial, ni el método de su puesta en práctica ni sus repercusiones político-criminales. No lo es el método, porque las restricciones teleológicas que conlleva no implican la atipicidad de hechos encuadrables en el “núcleo conceptual” (*Begriffskern*) de los términos legales; al contrario, afectan solamente al “campo conceptual” (*Begriffshof*) de los mismos, zona cuyo alcance es discutible desde perspectivas gramaticales.⁵¹ Y dentro de ese ámbito gramatical, la restricción de los tipos puede fundamentarse desde perspectivas de proporcionalidad y protección fragmentaria de los bienes jurídicos. No lo son, por otro lado, las consecuencias político-criminales, porque la función de protección de los individuos y pacificación social no le corresponde sólo al Derecho penal, sino a todo el Ordenamiento jurídico. De modo que una “retirada” del Derecho penal no implica necesariamente la ausencia de una protección jurídica en el caso concreto.⁵² Precisamente, la regla es (y debe ser) lo contrario: que la regulación y resolución de la mayoría de los conflictos sociales tenga lugar al margen del Derecho penal, quedando éste reservado para los hechos más graves, en los que su intervención pueda calificarse de necesaria y proporcionada.⁵³ Ocurre, sin embargo, que los contradictores de la Víctimo-dogmática han interpretado que el “principio victimológico” también podría ser de aplicación en uno de los más tradicionales núcleos de lo penal: los delitos violentos (*Gewaltdelikte*). Pero, con ello, han ido en la crítica más allá de lo que los partidarios de la Víctimo-dogmática pretendían defender.

Los referidos autores, en efecto, suelen partir de la distinción entre *Beziehungsdelikte* (delitos de relación) y *Zugriffsdelikte* (delitos de intervención),⁵⁴ estimando aplicables sus observaciones tan sólo a los primeros. Estos, a diferencia de los segundos, requieren para su consumación una determinada contribución de la víctima. Pues bien, si esta contribución se produce, en el caso concreto, con infracción de deberes usuales y exigibles de autoprotección, el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal (siempre, naturalmente, en opinión de los partidarios de la tesis minoritaria de la orientación víctima-dogmática).

A mi juicio –y valorando defensas y críticas de la perspectiva victimológica– un correcto entendimiento de ésta última debe partir de las consideraciones que

⁽⁵⁰⁾ Schünemann: “Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege”, II, NStZ 1986, p. 439-443, p. 442.

⁽⁵¹⁾ Schünemann, *Ibíd.*

⁽⁵²⁾ Amelung, Recensión de la obra de Hillenkamp: “Vorsatztat und Opferverhalten”. GA 1984, p. 579-583, p. 581.

⁽⁵³⁾ Por ejemplo Hassemer, R.: “Schutzbedürftigkeit”, p. 54-55.

⁽⁵⁴⁾ Por ejemplo, Hassemer, R.: “Schutzbedürftigkeit”, p. 54-55.

siguen. En primer lugar, en el momento legislativo de la incriminación de conductas, es preciso tener en cuenta que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos de modo fragmentario, esto es, sólo contra aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la intervención penal se estime ineludible, necesaria y proporcionada. Ello, por de pronto, significa que no basta con la producción de un hecho antijurídico (atentatorio contra bienes jurídicamente protegidos) para legitimar dicha intervención. Al contrario, debe valorarse si el hecho es merecedor de pena, penalmente antijurídico, para lo cual hay que ponderar los argumentos favorables (de necesidad de protección) y contrarios (de restricción de derechos individuales) a la incriminación. Dicha ponderación, cuyo resultado se expresa en la tipicidad, se halla presidida por consideraciones teleológicas (materiales) relativas a los fines del Derecho penal en la sociedad.

Una vez practicada la tipificación —la incriminación general de una clase de hechos— la determinación por el intérprete de los límites de ese tipo, esto es, la decisión acerca de qué conductas concretas pueden ser encuadradas en el mismo y cuáles no, debe estar presidida por las mismas consideraciones teleológicas. Así, no habrá que estimar típica una conducta cuando, pese a que la misma quepa dentro del sentido literal posible del tenor legal, ello se opondría a los referidos fines del Derecho penal: evitar la hipertrofia punitiva, proteger sólo fragmentariamente los bienes jurídicos, lograr, en suma, una “intervención penal mínima”. La atención a estos fines permite, como se advierte, restricciones de alcance de los tipos, que adquieren así una lógica funcional superadora de las aparentes arbitrariedad e irracionalidad mostradas por la interpretación gramatical. Dicha lógica funcional es la que determina que, por vía interpretativa, se hayan introducido —como límites de la tipicidad— las ideas de riesgo permitido, adecuación social o insignificancia.

Ahora bien, ¿cómo integrar en el esquema anterior la perspectiva “victimológica”? A mi juicio, ello exige un planteamiento en parte diferente del que suelen proponer los defensores alemanes de la tesis minoritaria de la Victimodogmática. De las afirmaciones de éstos parece desprenderse, en efecto, que la no adopción de medidas de protección por el sujeto pasivo determina la pérdida por el mismo de la protección penal. Esto último, sin embargo, aunque luego se corrija, limitándolo a los “delitos de relación”, no puede sino producir una cierta perplejidad. En efecto, todo lo anterior podría conducir a pensar que hay deber de oponerse a las agresiones (de hacerlo activamente, por muchos límites que se quieran introducir aquí: medidas razonables, usuales, exigibles...). Y si esto fuera realmente lo que se sostiene, asistiría la razón a las críticas que apuntan hacia una posible ruptura de la paz social y a un renacimiento de formas de justicia privada. En efecto, según entiendo, en la sociedad constituida en Estado se ha cedido a éste último, la función policial y, consiguientemente, el monopolio del uso de la fuerza. En tales condiciones, no veo posible concluir que la adopción de medidas activas de autoprotección (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible (por supuesto, me expreso en términos jurídicos y no prácticos). Por todo ello, estimo que un planteamiento satisfactorio de la perspectiva victimológica debe pasar, más que por la distinción entre “delitos de relación” y “delitos de

intervención", por una adecuada precisión del contenido de las mencionadas "medidas de protección". En efecto, frente a lo señalado líneas atrás, sí puede verse como algo exigible —al menos, en cierta medida— el que no se realicen actos —dolosos o imprudentes— que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros. Esto es, que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que es titular. Claro está que ello significará que la eventual "responsabilidad" de la víctima sólo empezará cuando, no ya ante un riesgo genérico e indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cualitativa y cuantitativamente, se opta por exponerse al mismo. Quienes ni siquiera adopten esta mínima medida, cuando el proceso lesivo de los bienes jurídicos de los que son titulares se encuentra en su propio "ámbito de responsabilidad" difícilmente podrán sostener que el hecho ha sido "cosa del autor" tan sólo y que, por tanto, éste ha de ser sancionado de modo pleno. Pero, en el contexto de mi exposición, la atenuación o exención de pena al autor no aparece como algo arbitrario, ni como una "venganza" del Derecho penal contra víctimas cuya desidia les lleva a no autoprotgerse. Al contrario, este "redescubrimiento" de la víctima y de su contribución al hecho delictivo propicia una distinción entre las aportaciones que han realizado al hecho el autor y la víctima con la consiguiente atribución de ámbitos de responsabilidad a uno y a otra. Así, evita la posible imputación al autor de todos los efectos lesivos derivados (en sentido puramente causal) de su conducta. Una imputación que, con la correspondiente pena, contradiría los principios de fragmentariedad y proporcionalidad, al representar la sanción de hechos que en sí no son especialmente graves y que sólo adquieren virtualidad lesiva (o más lesiva) a partir de la interacción con la víctima. Tales principios, y no el de subsidiariedad, son los que pueden fundamentar de modo convincente la postura más amplia en relación con las tesis víctima-dogmáticas.

En el "enfoque victimológico" de la teoría del delito, a cuyo origen empírico (criminológico) aludimos al principio, pueden, así, advertirse coincidencias con una perspectiva de naturaleza teórico-dogmática. En efecto, y contra lo que algún autor ha pretendido, la adopción del principio victimológico no implica la necesidad de construir un nuevo concepto de injusto,⁵⁵ sino que resulta perfectamente compatible y coherente con una concepción de lo injusto *ex ante*. Ello, porque es precisamente al volver la atención sobre el comportamiento de la víctima cuando se advierte que la conducta del autor en sí, o no era cuantitativamente relevante (por falta de "cantidad" de riesgo), o no era cualitativamente relevante (por falta de significación típica: ej. era un riesgo permitido, consentido...) o era, sí, típica, pero aparecía justificada. Así, cabe perfectamente concluir que un riesgo que *ex ante* (esto es, en todo caso, antes de

⁽⁵⁵⁾ Así, Kratzsch: "Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung", Berlin 1985, p. 100-101, integrado la perspectiva victimológica en una "concepción social del injusto", para la que ésta sería mucho más que la relación autor-norma.

haber podido acceder a la esfera de la víctima) se muestra como perfectamente inocuo para el ciudadano en cuestión (teniendo en cuenta las posibilidades de éste) es un riesgo típicamente irrelevante, un riesgo que no debe prohibirse bajo pena, si no se desea caer en hipertrofias punitivas.⁵⁶ Y ello, aunque el referido hecho peligroso cause efectivamente (perspectiva *ex post*) la lesión del bien jurídico. Con esta conclusión se advierte claramente la oposición existente entre la perspectiva victimológica (*interaccionista*) y el enfoque tradicional (causalista) de la teoría del delito, que lo entiende como un fenómeno lineal con un autor (agente) y una víctima pasiva a la que se causa un daño. Pero, a la vez, se comprueba cómo los modernos desarrollos de la teoría del delito concuerdan con las observaciones de la "Victimo-dogmática". Así, la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento *ex ante* (creación de un riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo, precisamente, en el resultado producido) constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas. El análisis del comportamiento de la víctima puede revelar la inexistencia de un injusto típico (de la conducta) o la imposibilidad de imputar el resultado concretamente producido a esa conducta antijurídica, también en los delitos dolosos. Con mucho mayor motivo, podrá sostenerse una relevante disminución del contenido de injusto del hecho.

Sin embargo, pese a todo lo señalado hasta aquí, conviene prevenir frente a lo que sería una afirmación demasiado categórica en el sentido de que los postulados de la victimo-dogmática pueden reconducirse perfectamente a la teoría de la imputación objetiva, sin que aquélla, por tanto, aporte nada nuevo. En primer lugar, porque el análisis de los propios argumentos de la doctrina de la imputación objetiva adquiere dimensiones propias cuando se efectúa desde perspectivas victimológicas: baste aludir aquí a la determinación del carácter bastante del engaño en la estafa o del carácter adecuado de la intimidación en delitos como las amenazas o la violación intimidatoria. Y, en segundo lugar, porque hay una gran vertiente de la victimo-dogmática (la que tiene que ver con todas las conductas "provocadoras", en sentido amplio, de la víctima) que evidentemente no puede resolverse mediante la teoría de la imputación objetiva y que, quizá precisamente por ello, resulta todavía más compleja que la anteriormente mencionada.

En todo caso, frente a este planteamiento, las objeciones de la doctrina dominante no parece que tengan valor concluyente. Así, no parece que tengan valor las apelaciones al Derecho penal como Magna Carta de la víctima cuando de lo que se trata no es de sobrecargar a ésta con deberes excepcionales de autoprotección,⁵⁷ sino de proceder a una distribución ponderada de responsabilidades según el criterio estricto de proporcionalidad, cual es el de las esferas de competencia o imputación. Tampoco cabe aludir a que nos hallemos ante un erróneo entendimiento del principio de subsidiariedad, puesto que las tesis victimo-dogmáticas pueden

⁽⁵⁶⁾ Sobre esto Schumann: "Strafrechtliches Handlungsunwert", p. 4-5.

⁽⁵⁷⁾ Lo ve, sin embargo de modo distinto Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 12-13.

fundamentarse perfectamente a través de un entendimiento inobjetable de los principios de proporcionalidad e igualdad. En cuanto a las consecuencias político-criminales negativas, a saber, desconfianza y agresividad contenida entre los ciudadanos, revictimización del sujeto pasivo y favorecimiento de tendencias exculpatorias en el sujeto activo, procede señalar lo siguiente. En primer lugar, que tal desconfianza y agresividad recíprocas no tienen por qué producirse si de lo que se trata es de la adopción de las medidas de protección usuales y razonables, sin que nunca tengan que desembocar en una ingerencia en esferas jurídicas ajenas, sino, más bien, en hacer lo procedente dentro de la propia esfera de competencia. En segundo lugar, que no se trata de victimizar nuevamente al sujeto pasivo con una victimización secundaria, sino de reducir la "victimización" del delincuente a través de la pena a aquello de lo que realmente es responsable, sin cargar sobre él riesgos que proceden de otras esferas organizativas. En tercer lugar, que el surgimiento de tendencias exculpatorias en el sujeto activo es algo posible desde el momento en que existe en Derecho penal un sistema de eximentes y de tipos que han de ser interpretados para decidir si la conducta del sujeto es típica o no. Subrayado, pues, que la argumentación victimo-dogmática no reviste peculiaridad alguna desde esta perspectiva, procede también señalar que la restricción teleológica de los tipos que le serviría de vía tampoco ofrece dificultades insalvables: basta con que haya en el caso concreto la correspondiente justificación teleológica (esto es, basada en los fines a que debe responder la intervención del Derecho penal) y un asidero textual. Si todo esto concurre, y no cabe duda de que en buen número de casos así será, en los términos expuestos, no parece que sea decisiva otra objeción que ha sido formulada: vgr. la de que la argumentación Victimo-dogmática, al aseverar que la víctima ha "precipitado" el delito, no contempla la cuestión decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo.⁵⁸ En primer lugar, si la víctima no tiene derecho a comportarse como lo hizo, está clara la configuración de una situación de corresponsabilidad. Es más, si la víctima no tuviera tal derecho, la cuestión no sería sólo la de la atenuación o exclusión de la responsabilidad del autor, sino la de la medida en que debería ser sancionada la propia víctima, en vía civil, penal o administrativa. Pero, en segundo lugar, es discutible que, ante un riesgo claro y cuantitativamente relevante para los propios bienes jurídicos, quepa afirmar, sin más, que alguien tiene derecho a exponerse a ese riesgo sin que de ahí resulte consecuencia jurídica alguna. Por fin, ni siquiera la afirmación de que la víctima pueda tener derecho a favorecer, co-causar el delito implicaría que no pueda rebajarse la responsabilidad del autor en tales casos de contribución victimal (y un ejemplo evidente de ello es el consentimiento). Si la víctima, teniendo derecho a ello, ha aportado un 20% del riesgo típico, ello significa que, en atención al principio de proporcionalidad, al autor sólo se le podrá responsabilizar por el 80% restante. Por eso, las argumentaciones victimo-dogmáticas nada tienen que ver con un "blaming the victim". Más bien, analizan un caso peculiar de concurrencia de conductas de sujetos diferentes en el hecho

(58) Larrauri Pijoan: "De les causes del delict", p. 142, nota 12.

delictivo, tratando de valorar la exacta medida de la responsabilidad del autor en atención al riesgo que le es atribuible a éste. En esa medida, puede verse en ellas, que conducen a apreciar un contenido inferior (o nulo) de riesgo en el hecho del autor, la contrapartida de las agravaciones de pena que tiene lugar en los casos de alevosía, o de robo con fuerza, o de robo con violencia o intimidación, casos éstos de peligrosidad superior o adicional de la conducta del autor.

Por lo que se refiere al argumento *ad absurdum*, según al cual un coherente desarrollo de las tesis victimo-dogmáticas habría de llevar a la renuncia del estado a la pena, lo cierto es que, hay que atribuirle su parte de razón. En realidad, la mayoría de las modernas instituciones de la política criminal e incluso algunas construcciones dogmáticas, que en general tienden a una creciente restricción del ámbito y de la intensidad de lo punible, pueden hallar un buen fundamento en la constatación de la corresponsabilidad social en el delito (inexigibilidad, error de prohibición etc.). La propuesta alemana de despenalización del hurto en grandes almacenes (AE-GLD, 1974), en un ámbito en que el factor criminógeno está perfectamente determinado, da buena cuenta de ello.⁵⁹

5. ¿Argumentos “victimo-dogmáticos” en la legislación y en la jurisprudencia penal españolas?

5.1 Breve alusión al consentimiento. La “conurrencia de culpas” y la “autopuesta en peligro”

Expuestos en lo anterior los términos esenciales del debate sobre la Victimo-dogmática, resta, para finalizar, comentar en forma sucinta algunos ejemplos de utilización del razonamiento victimológico en la dogmática de la Parte General y de la Parte Especial del Código penal español. Tales ejemplos pueden hallarse ya en los propios delitos contra la vida o la integridad física. Así, nos encontramos en primer lugar con la significativa relevancia del consentimiento,⁶⁰ o de los casos de autopuesta en peligro y de conurrencia de culpas. En relación con esta última, pueden citarse sentencias como la de 26 de diciembre de 1989, ponente Díaz Palos (Rep. La Ley 10.649):

“... es lícito y obligado valorar las conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la propia víctima, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad o, si se prefiere, desde el ángulo de la imputación subjetiva al de la imputación objetiva que le es más propio, aunque con la inevitable repercusión de éste en el primero, hasta el punto de que si la

⁽⁵⁹⁾ Aunque el argumento victimológico no fuera el único de la misma.

⁽⁶⁰⁾ Sobre todo en los delitos imprudentes, porque en los delitos dolosos contra la vida e incluso contra la salud es cuestión discutida. Vid., con todo, discutiendo el tema incluso para los delitos imprudentes, la STS de 17 de julio de 1990, ponente Bacigalupo Zapater (Rep. La Ley 11.171).

actuación del sujeto pasivo de la infracción se estima como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita, esto es, inculpable, *como asimismo, si las conductas del imputado y de la víctima se revelan igualmente favorecedoras del resultado, según el juicio de prognosis posterior hecho por el juzgador, habrá lugar a imputar al primero su imprudente conducta, si bien adecuando el grado de culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención...*".

En términos similares puede citarse, entre otras muchas, la STS de 8 de marzo de 1990, ponente Puerta Luis (Rep. La Ley 10.905), y, últimamente, la importante STS de 20 de febrero de 1993 (R. 5.052/90), ponente Conde-Pumpido Ferreiro. Esta, sentando doctrina de modo mucho más general, declara que:

"Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título -dolo o culpa- esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro, sino inconsciente inmisión en su esfera. Y la inmisión inconsciente en la esfera del peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la imputación objetiva, pues de otro modo quedarían impunes todo el grupo de los delitos llamados de 'relación' (*Beziehungsdelikte*), en los que la víctima coopera o acepta su producción (estafa, estupro, delitos de contagio etc)".

5.2 La "imputación objetiva" en los delitos dolosos

Sentado lo anterior a propósito de los delitos imprudentes, también cabe hallar pruebas de la utilización de argumentos victimo-dogmáticos en la imputación objetiva de delitos dolosos contra la vida o la salud. Ello ocurre sobre todo a propósito de la repercusión en la responsabilidad del autor de determinadas omisiones de la víctima (o de terceros, lo que aquí no interesa). Estas, en efecto, producidas cuando el proceso ha abandonado de modo definitivo la esfera de responsabilidad del autor, pueden determinar la imposibilidad de imputar el resultado al hecho de aquél. Aunque, por supuesto, el tema es discutido. Pero, en todo caso, pone de relieve que en algunos casos la víctima sí puede "estar obligada" a adoptar medidas activas de autoprotección: concretamente, cuando se trata de medidas curativas o paliativas que corresponden una vez que el proceso se halla en sus manos. Así lo entiende, por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 1986, ponente Manzanares Samaniego (Rep. La Ley 6.915). En el supuesto de hechos se habían causado a la víctima unas lesiones "... de las que debió tardar en curar 30 días, a no ser por una infección por falta de higiene personal, por lo que fue dado de alta a los 197 días, quedándole como secuela una resonancia anormal que le dificulta para dedicarse a sus ocupaciones habituales...".

Pues bien, en la sentencia la condena tiene lugar por el art. 422 CP (antigua redacción), relativa a las lesiones que tardan en curar entre quince y treinta días, por entenderse que ello era lo atribuible al autor, debiendo imputarse el plus de lesividad al comportamiento de la víctima. En realidad, ello es evidente para la doctrina contemporánea: si la víctima de una lesión deja sin cuidar la herida, o se la araña continuamente para obtener ventajas patrimoniales como beneficiaria de un seguro, por ejemplo, el autor no responde de las consecuencias ulteriores.⁶¹

5.3 La estafa

Si lo anterior parece claro, más evidente es la “obligación” de la víctima de no realizar conscientemente actos que supongan una creación o incremento del riesgo de lesión de los bienes jurídicos de que es titular. Esta tiene todo su sentido en los casos en que, para la producción de tal lesión, debe mediar, entre el hecho del autor y la misma, un acto de la propia víctima (los antes mencionados “delitos de relación”). Así, por ejemplo, en la estafa—acto de disposición de la víctima—o en la violación intimidatoria—acto de consentimiento—entre otros delitos que veremos a continuación.

El caso más significativo y que ha merecido mayor consideración doctrinal y jurisprudencial es el de la estafa. La doctrina, en efecto, se ha ocupado de aquellos supuestos de estafa que generalmente se conocen como “caso del estafador estafado” (por ejemplo, buen número de situaciones del llamado “timo de la estampita”).⁶² Así, se ha concluido—teniendo muy presente el enfoque victimológico—que en los casos en que la víctima no se encuentra en una plena situación de error, sino en una de duda, en la que habría de informarse más y, no obstante ello, realiza el acto de disposición, decae la *Schutzbedürftigkeit*.⁶³ A la misma solución, sin embargo, puede llegarse a partir de la definición del art. 528 CP, según la cual la estafa requiere un “engaño bastante para producir error”.⁶⁴ Ello es una

⁶¹ Jakobs, AT, 2. ed., 7. Absc n. marg. 59.

⁶² Cfr., por ejemplo, Arzt/Weber: “Strafrecht BT. LH 3. Vermögensdelikte (Kernbereich)”. Bielefeld 1986, p. 134-135, n. marg. 379, 380 y 381, admitiendo la posible relevancia del Mitverschulden de la víctima.

⁶³ R. Hassemer: “Schutzbedürftigkeit”, p. 166 y ss. Amelung: “Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug”, GA 1977, p. 117, p. 6 y 17; Schünemann: “Das Verbrechensopfer”, p. 416; Faller-FS, p. 363-364. Crítico Herzberg: “Funktion und Bedeutung des Merkmals ‘Irrtum’”, en pár. 263 StGB”, GA 1977, p. 289-298; ya antes Schüler-Springorum, Honig-FS, p. 212. En España Bajo Fernandez: “Manual de Derecho penal (Parte especial) II. Delitos patrimoniales y económicos”. Madrid 1987, p. 182-193, estima que en los casos de “estafador estafado” debe apreciarse delito de estafa consumado, citando, no obstante, la opinión contraria de Huerta Tocildo.

⁶⁴ Cfr., por ejemplo Torio Lopez: “Acción y resultado típico en la estafa procesal”, en libro Homenaje al profesor Antón Oneca. Salamanca 1982, p. 877-900, p. 884-886. Gomez Benitez: “Función y contenido del error en el tipo de estafa”, ADPCP 1985, p.

muestra más de cómo las perspectivas de la imputación objetiva (con la consiguiente contemplación del hecho *ex ante*) y del enfoque victimológico coinciden en su delimitación de las aportaciones del autor y de la víctima a la lesión del bien jurídico. Como consecuencia de ello, la puesta de manifiesto del papel de la víctima puede conducir, en ciertos casos, a negar el propio injusto de la conducta en el hecho del autor y en otros, si no a tanto, sí a negar la imputación del resultado al referido hecho, es decir, que en unos casos cabrá apreciar sólo una tentativa punible del autor, y en otros ni siquiera eso. En efecto, si un engaño aparece *ex ante* como no-bastante para producir error, nos hallamos ante una conducta atípica (tentativa irreal) y la posterior realización por la víctima de un acto de disposición que la perjudique no puede modificar tal calificación. Y si se trata de un engaño "bastante" *ex ante*, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el resultado último, será la tipicidad de la tentativa y no la del delito consumado la que cabrá afirmar.

En este punto, como en general en toda la argumentación victimo-dogmática, un aspecto esencial es del baremo por el que habrá de regirse la determinación de la peligrosidad de la conducta del autor. Si se opta por un baremo subjetivista, extremadamente ceñido a las circunstancias individuales de la víctima, serán pocos —si es que alguno— los casos en que haya habido acto de disposición en que se rechace la estafa: pues el error y el acto de disposición en perjuicio propio o de tercero serían la prueba de que —para el sujeto pasivo en cuestión— el engaño fue bastante. En cambio, desde un baremo más objetivista o generalizador, podrán ser muchos más los casos en que pese a haberse producido el error y el acto de disposición perjudicial, pueda sostenerse que el engaño no fue bastante y que el perjuicio es imputable a la escasa diligencia de la víctima. El Tribunal Supremo adoptó inicialmente una postura de ambigüedad en esta disyuntiva. Así, por ejemplo, en sentencias como la STS de 25 de junio de 1976, ponente Vivas Marzal, se indicaba que

"El engaño debe tener, por regla general, la cualidad de eficaz para el logro de los fines defraudatorios si bien ciertos sectores doctrinales tratan de objetivar la entidad del mismo, atribuyéndole sólo tal calidad a los que fueren idóneos o aptos para inducir a error a personas de mediana cultura, a hombres de prudencia o sagacidad ordinarias, al 'buen padre de familia', 'a los ciudadanos medios' o finalmente 'al que observa normal diligencia', llegando a negar la eficacia y trascendencia del engaño cuando el sujeto pasivo demuestra una credulidad rayana en la necedad, añadiendo que una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de la entraña de la conducta ajena pueda llegar a considerarse consecuencia de censurable abandono, mientras que otros con más atinado y moderno criterio, estiman que la aptitud e

335-345, p. 340, entre otras; Valle Muñiz: "El delito de estafa", Barcelona 1987, p. 186, 189-190-191. Como estos autores apuntan, en el juicio acerca de cuándo el engaño es "bastante" (juicio de adecuación) debe tener presentes las condiciones del sujeto pasivo y sus reales posibilidades de autoprotección.

idoneidad del engaño, así como su eficacia, deben subjetivarse, reputándose relevante en tanto en cuanto haya bastado para inducir a error al sujeto pasivo, siendo de tal índole que oculte al perjudicado el carácter nocivo de su acto de disposición, añadiendo que la entidad de dicho engaño há de medirse no con cómputos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa real en el caso concreto, pues maniobras del más burdo contenido pueden ser idóneas si producen el resultado deseado gracias a la rusticidad o mínima cultura del sujeto pasivo”.

Por su parte, la STS de 16 de julio de 1987, ponente Diaz Palos, (Rep. La Ley 7.856), señalaba, en términos más matizados, que

“... hay que partir de una eficacia objetiva innata en el engaño para que pueda surtir sus efectos defraudatorios en persona de mediana perspicacia o que sea considerado como tal en la convivencia social (SS 25.06.1976 y 18.01.1983), lo que excluye aquellos supuestos en que el perjuicio se causó por la estúpida credulidad y extraordinaria indolencia de la víctima, hasta el punto de resultar fútil o absurdo dentro del normal actuar social (STS 21.05.1983). Ahora bien, habida cuenta de que el delito de estafa explota por regla general la confianza y buena fe de las gentes (citada S. 25 de junio de 1976), hay que completar el módulo objetivo con el subjetivo que toma en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo, de modo que haya que apreciar también el engaño *intuitu personae*. Se trata, por ende, de determinar si el engaño fue un ‘acto concluyente’ o una condición ‘cuantitativamente dominante’ para causar el error de la víctima y no que sea imputable en exclusiva a la reprochable negligencia de la misma. En otras palabras, se trata de reconducir el problema a la causalidad o, si se prefiere, al más amplio campo de la imputación objetiva, en la que además de exigirse en el engaño el atributo de *conditio sine qua non*, le adornen las cualidades de adecuación y relevancia en el sentido típico y, por tanto, se muestre de acuerdo con el discurrir y la marcha normal de la vida y el tráfico jurídico...”.

En el caso objeto de estudio, tales declaraciones sirvieron, no obstante, para negar la concurrencia de una falta de diligencia en las tres posibles víctimas de la estafa: el Banco titular de la tarjeta de crédito que la entregó al titular sin recoger previamente la firma; dicho titular, que demoró la denuncia de la sustracción de la tarjeta; y los comerciantes, que entregaron las mercancías compradas por el procesado, sin identificar previamente al titular de la tarjeta.

Sin embarco, con el paso del tiempo parecen adoptarse módulos crecientemente objetivizadores o generalizadores. Así, en la STS de 26 de octubre de 1988, ponente Moyna Ménguez (A. 8.397), F.J. 4.º, se señala que

“... el elemento primordial de la estafa es la conducta engañosa, consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, pero no toda maniobra fraudulenta —que aquí ha existido— puede dar motivo a la estafa: el engaño ha de ser bastante, según ha entendido la jurisprudencia, la doctrina y ahora la definición legal del art. 528 y tiene una doble medida: desde un punto de vista objetivo, se ha exigido que la maniobra defraudatoria revista

apariciencia de seriedad y realidad frente a personas de una mediana perspicacia e inteligencia, cuyas condiciones subjetivas han de ponderarse adecuadamente; y en el supuesto *sub iudice* los presuntos engañados no eran personas, por su nivel social y cultural, que pudieran entregar su confianza con imprevisión y ligereza...”.

Lo que lleva a rechazar la calificación de estafa. Esta tendencia a la objetivización continúa, en lo que alcanzo a ver, con doctrinas como la sentada en la STS de 13 de noviembre de 1990, ponente Martin Pallin (Rep. La Ley 11.373), la cual, en su F.J. 4.º, concluye que

“... la manifestación de la procesada sobre la situación de las fincas no tiene entidad suficiente para constituir el engaño configurador del delito de estafa, ya que tratándose de cargas o gravámenes que existían en el Registro de la Propiedad, el querellante pudo y debió acudir a la Oficina correspondiente, amparándose en el art. 221 LH, que proclama que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles, luego la manifestación falsa de la procesada carecía de relevancia y no pudo actuar sobre el ánimo del prestamista, por lo que al faltar este requisito esencial desaparece el delito de estafa...”.

O, en la misma línea, incluso más claramente, la STS de 30 de octubre de 1992, ponente García Miguel (A. 8.615), la cual, en su Fundamento de Derecho único, indica que

“... el engaño ha de ser bastante para inducir a error por lo que no puede reputarse como tal la simple mentira o cuando el engaño sea, fútil, absurdo o inane dentro del normal modo de suceder las cosas en el diario discurrir de la vida o cuando la defraudación más que producto del engaño lo sea de un censurable abandono o de falta de haber empleado la corriente y usual diligencia, por lo que la falta de verdad cometida en la declaración exigida a un cliente por un banco como base para la concesión de un préstamo cuando los bienes ofrecidos en garantía, o, más exactamente declarados, como de la propiedad del prestatario son inmuebles, y el prestamista no ha adoptado la elemental medida de precaución de cerciorarse de si en realidad dichos bienes pertenecen a quien los incluye en la declaración prestada o si los mismos se hallan libres o sujetos a cargas que haga que, prácticamente, se hallen vacíos de contenido económico...” *no se estima suficiente para determinar la apreciación del delito de estafa.*

Con todo, debe subrayarse que esta tendencia a la objetivización del carácter bastante del engaño y, por tanto, a la imposición de deberes de diligencia a la víctima, no es uniforme. Así, en la línea justamente contraria se ha pronunciado la STS de 15 de diciembre de 1992, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (Rep. La Ley 15.021-R), al señalar que

“... el engaño bastante a que se refiere el art. 528 CP ha de valorarse en función de los términos de la buena fe y la credibilidad propia del tráfico, y en todo caso, la valoración del engaño debe ser siempre una valoración *ex post*, pues de ese juicio *a posteriori* es de donde puede inducirse que el mecanismo mendaz

fue suficiente en el caso concreto para mover al destinatario del engaño a realizar un acto de disposición, sin que pueda excluir esa eficacia causal concreta del engaño la negligencia o falta de cuidado del engañado, que, a lo más, deberá tener su reflejo en otra vertiente, la de la reparación del perjuicio...".

Es ésta, como puede verse, una declaración radicalmente contraria a los postulados de las tesis victimo-dogmáticas, pero también a los de la imputación objetiva, pues en ella se hace derivar de la relación de causalidad entre el engaño y el correspondiente acto de disposición (perspectiva *ex post*) el carácter bastante de dicho engaño, que, obviamente, habría de determinarse *ex ante*, si es que se quiere dotar a dicho elemento de cierta autonomía y de auténtico significado político-criminal en el contexto del tipo de estafa. En todo caso, esta última sentencia no hace sino confirmar que el tema de la victimo-dogmática en la estafa dista de estar resuelto en uno u otro sentido.

5.4 Los delitos contra la libertad (amenazas, coacciones). La violación intimidatoria

Consideraciones próximas a las realizadas a propósito de la estafa cabe establecer a propósito de los delitos en los que se lesiona la libertad del sujeto pasivo. Así, en las coacciones y amenazas, en las que se afirma la existencia sobre la víctima de un cierto deber de no-ceder⁶⁵ (en la medida de sus posibilidades).⁶⁶ Todo lo cual coincide con la exigencia, propia también de las concepciones de la imputación objetiva, de que la amenaza revista una cierta seriedad, teniendo siempre en cuenta la situación del sujeto pasivo.⁶⁷ Como apunta Roxin, el requerir un cierto nivel de seriedad en la coacción responde a la necesidad de no incluir en el tipo supuestos cuya incriminación perturbaría el libre juego de las fuerzas sociales.⁶⁸ En la misma línea se sitúan los intentos doctrinales de restringir teleológicamente el tipo de violación intimidatoria. En España es conocida ante todo la tesis de Gimbernat. Según este autor, no toda amenaza que causa en la víctima una actitud de consentimiento al yacimiento carnal da lugar al delito del art. 429 CP, sino sólo algunas que, desde un punto de vista objetivo-general *ex ante*, muestran la suficiente gravedad. En otras palabras, si, tras una amenaza insignificante, la víctima acepta yacer para que el autor no la lleve a término, dicho autor, debido a la poca entidad de su amenaza, no podrá ser hecho responsable de violación intimidatoria. Se diría, en términos victimo-dogmáticos, que en tal caso el yacimiento es más imputable al comportamiento de la víctima que al del autor. Con todo, desde diver-

⁽⁶⁵⁾ Así, Arzt, MschrKrim 67 (1984), p. 113. Roxin: "Nota a la S. BGH de 13 de enero 1983 1 StR 737-1981", en Juristische Rundschau (JR) 1983, p. 331-337, p. 335 y nota 12.

⁽⁶⁶⁾ Esto último no queda claro del todo en Schünemann: "Das Verbrechensopfer", p. 418 cuando alude a la exclusión del tipo de los casos de víctima "hipersensible".

⁽⁶⁷⁾ Por ejemplo, Muñoz Conde: Derecho penal PE, 8. ed., Valencia 1990, p. 142-143.

⁽⁶⁸⁾ Roxin, AT, pár. 14, III, n. marg. 22.

sos sectores doctrinales se ha objetado a este planteamiento su carácter generalizante, que prescinde de la existencia de víctimas más resistentes y otras más vulnerables a determinadas amenazas. Así, se ha propuesto una corrección en términos individualizadores de tal punto de vista, de modo que, a la hora de valorar la gravedad de la intimidación, se tengan en cuenta las reales posibilidades de resistir de la víctima, esto es, cuál era la "entidad real" de la amenaza "para ella".⁶⁹

Esta línea intermedia, sin duda necesitada de ulteriores concreciones, es la que se pone de manifiesto en sentencias como la STS de 27 de febrero de 1991, ponente Díaz Palos:

La intimidación no ha de entenderse de un modo tan radical "... que suponga una violencia moral generadora de una invencible inhibición psíquica, sino que basta que la fuerza o la intimidación, como en el supuesto frecuente de que se empleen ambas, sean eficaces y suficientes para doblegar la voluntad ole la mujer. Lo fundamental es que la mujer acceda al yacimiento por un temor real, de manera que salvo supuestos extremos de pusilanimidad, interesa más la eficacia misma de la amenaza o vis moralis que el contenido del mal utilizado para la conminación (SS. de 21 mar. y 15 abr. 1988, 12 jun. y 20 nov. 1989 y otras muchas)".

Asimismo, la STS de 11 de diciembre de 1992, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (Rep. La Ley 15.228-R):

"... El problema de la valoración relativa a la fuerza o intimidación que tipifican el delito de violación radica en un enfrentamiento de voluntades: la del agresor dispuesto a imponer por medios violentos e intimidatorios sus deseos sexuales y la de la víctima negándose a perder su libertad sexual y oponiéndose a aquellas pretensiones hasta donde razonablemente se le puede exigir que mantenga su negativa; por lo que, igual que cabe exigir que la fuerza sea lo bastante intensa y mantenida como para entender que vencerá cualquier resistencia opuesta en condiciones normales, así como que la intimidación sea seria y de un mal suficientemente grave como para inhibir la capacidad de resistencia de la persona amenazada, gravedad que ha de valorarse no en términos absolutos, sino en función de las circunstancias del caso y la mayor pusilanimidad de la víctima, cabe también esperar que quien defienda su libertad sexual mantenga una posición no heroica o a ultranza, pero sí seria, real y que demuestre claramente su negativa, de

⁽⁶⁹⁾ Gimbernat: "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria", en *Estudios de derecho penal*, 2. ed. Madrid 1980, p. 227-248, p. 232 y ss., sobre todo, establece un criterio objetivo-general *ex ante*; otros autores, posteriormente, han añadido a ese criterio referencias personales, es decir, atentas a las condiciones de la víctima. Todo ello, en el fondo, responde a la idea, en la que aquí estamos insistiendo, de que lo decisivo es si la víctima, pudiendo no hacerlo y siéndole ello exigible, contribuyó conscientemente (accediendo) a la lesión del bien jurídico. Cfr., por todos los que siguen matizadamente a Gimbernat, Muñoz Conde (nota 71), p. 366-367, Orts en Cobo-Vives (coord)- Boix-Orts-Carbonell, *Derecho penal. Parte especial*, 2. ed., Valencia 1988, p. 598-599. En Alemania, cfr. Arzt (nota 12) p. 113.

modo que no puede considerarse como un disentimiento cierto el de quien, expresando inicialmente una negativa, termina admitiendo la propuesta del agente por una decisión propia y no forzada...”.

Esta misma argumentación conduce a descartar la presencia de una violación intimidatoria en el caso examinado por la STS de 6 de octubre de 1990, ponente Montero Fernandez-Cid. En él, el procesado se había dirigido a una adolescente de dieciséis años, amenazándola con suicidarse (mientras presionaba contra sí el arma), sospechando la víctima que aquél tenía el propósito de acceso carnal. La argumentación del Tribunal sostiene que

“El temor ha de ser, así, en primer término, racional y fundado, lo que exige una valoración atendiendo a criterios de normalidad. En segundo lugar, de carácter grave e inminente. Por último, ha de recaer sobre la persona o bienes del sujeto pasivo, sobre la persona o bienes de sus descendientes, ascendientes o cónyuge”. Por lo que no concurriría en el caso en cuestión.

Pero debe afirmarse que, en general, la tendencia es extensiva en cuanto a la apreciación de la intimidación a los efectos del delito de violación.

Ciertamente, las consideraciones victimo-dogmáticas, en la medida en que tratan de restringir los supuestos de responsabilidad, o al menos de responsabilidad plena, del autor, pueden producir cierta perplejidad en un delito tan polémico como el de violación, a propósito del cual se dan incluso demandas sociales de mayor rigor punitivo. Sin embargo, con independencia de la argumentación técnico-jurídica que, desde luego, abona la línea aquí seguida, debe señalarse, en términos de una adecuada política criminal, que las estrategias punitivistas no siempre favorecen a las víctimas, sino que más bien se limitan a cumplir una función meramente simbólica, sin contribuir a una efectiva protección de la víctima. En efecto, penas elevadas, desproporcionadas en ocasiones, indiferenciadas, no favorecen a la víctima sino que, de algún modo, determinan que todo el mecanismo del sistema penal, desde la policía a la judicatura, adopte instintivamente una postura reticente (justificada o no) frente a la misma. Esto perjudica precisamente a los intereses de la víctima mucho más que la existencia de tipos flexibles, en los que se pueda considerar la variedad de circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Y, al respecto, las observaciones de Monika Frommel sobre la violación, abonando una política de reformas legislativas orientadas en sentido victimo-dogmático, son absolutamente significativas.⁷⁰

5.5 Delitos contra la intimidad. Otros problemas relativos a los delitos sexuales. El tema de la provocación (art. 9.5.º CP derogado en 1983)

Principios distintos, en cambio, aunque también de base victimo-dogmática, inciden en los delitos contra la intimidad o, asimismo, en los delitos sexuales. El

⁽⁷⁰⁾ Frommel: MschrKrim 1985, p. 352 y ss.

planteamiento de cuestiones en estos sectores muestra, además, como ya antes apuntábamos, que la posible incidencia de la victimología en la dogmática del delito va mucho más allá del ámbito de la doctrina de la imputación objetiva del resultado. El tema es aquí, ante todo, la cuestión de la “provocación de la víctima”, como conducta a través de la cual la víctima crea o incrementa el riesgo a que están expuestos sus bienes jurídicos.⁷¹ Así, un sector de la doctrina se refiere a que les falta el merecimiento de protección a quienes no son celosos de su intimidad, o la venden, o ni siquiera hacen uso de los medios de que normalmente disponen para protegerla. La instrumentación dogmática de lo anterior podría ser la alusión a la existencia de un “consentimiento concluyente”. En cuanto a la provocación sexual y sus efectos atenuatorios de la responsabilidad del autor, se comenta en la doctrina, por ejemplo, el caso de la prostituta que, en el momento del yacimiento, exige a su cliente más dinero del convenido minutos antes, no accediendo éste y produciéndose un yacimiento con fuerza.⁷²

Ello no ha sido tenido en cuenta por la STS de 28 de septiembre de 1991, ponente Sr. Huerta Alvarez de Lara. En el caso, una mujer había aceptado expresamente realizar el acto carnal con los dos procesados, conviniendo con ellos el precio y accediendo voluntariamente a subir al vehículo donde viajaban para trasladarse al lugar donde realizarlo. Ahora bien, al mostrar la mujer su disconformidad con el paraje solitario elegido por los procesados para la realización del acto, se produjo un yacimiento coactivo. Para el TS, “... se dan todos los elementos o requisitos, objetivos y subjetivos, de la infracción, sin que en nada pueda influir para su calificación la conducta privada de la víctima, ni el consentimiento inicial y voluntario de ella, al tratarse de un delito contra la libertad sexual”.

Pero asimismo cabría pensar en los casos de una provocación o seducción (por ejemplo, de menores de 12 años –a los efectos del delito de violación– o incluso de mayores de esta edad –a los efectos del delito de estupro de prevalimiento). Parece posible sostener que la provocación disminuye, desde luego, la exigibilidad de conducta ajustada a Derecho del autor (e incluso, en algunos casos extremos, la propia imputabilidad); lo que, por de pronto, podría atenuar su culpabilidad. Pero también cabe pensar en una disminución del injusto en la medida en que la víctima crea una parte del riesgo que se expresa en el resultado (una parte del mismo puede serle atribuida). El tema es ciertamente muy complejo y necesitado de ulteriores investigaciones y concreciones, por cuanto la incidencia de la conducta de la víctima sobre el resultado no tiene lugar aquí por una vía causal externa, sino por una vía de eficacia interna, motivatoria.

Al respecto, es preciso aludir a la incidencia atenuatoria que la provocación del ofendido tuvo en nuestro sistema hasta la derogación del art. 9.5.º CP en 1983.

(71) Cfr., para los delitos contra la intimidad, Arzt, *MschKrim* 67 (1984), p. 115-116; Schünemann: “Das Verbrechensopfer”, p. 419; “Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen”, *ZStW* 90 (1987), p. 11-63, p. 33.

(72) Arzt: *MschKrim* 67 (1984), p. 114.

En los términos formulados por la STS de 15 de noviembre de 1984, ponente Vivas Marzal (A. 5.494), la provocación se caracteriza

“... no sólo por las notas de inmediatividad y proporcionalidad respecto a la reacción del provocado, sino por la de que, la referida provocación, ha de proceder necesariamente del más tarde ofendido, entendiéndose que se provoca cuando, mediante actos, palabras o ademanes, se incita, excita u hostiga a una persona, despertando en ella la agresividad immanente en el ser humano, si bien la referida atenuante, tiene otros muchos medios de manifestarse tales como el reto o el desafío, y ya fuera del ámbito de los delitos singularizados por la violencia — homicidio, lesiones—, ofrece variadas modalidades o formas de producirse tales como *vgr.* La exhibición al hambriento, de manjares suculentos, el despliegue de suntuosidades o acopio de riquezas ante el indigente o menesteroso, y las insinuaciones de la mujer o su comportamiento procaz, liviano o descocado que, excitando al varón o despertando el apetito sexual del mismo, pueden motivar o desencadenar un atentado de la citada índole...”.

Con todo, no parece que la provocación de la víctima haya adquirido ni siquiera una mínima carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia como elemento de valoración de la situación delictiva a efectos de una eventual atenuación de la responsabilidad del autor. Ello, tanto en lo relativo a los delitos sexuales como en lo referente a otras modalidades delictivas.

Tales afirmaciones no afectan a sentencias como la STS de 22 de noviembre de 1992, ponente Delgado García, en la que claramente parece poder afirmarse la ausencia de provocación. En efecto, se trataba de un caso en el que un guarda jurado de un establecimiento hotelero, sirviéndose de la llave de la que disponía por su condición de tal, se introduce, con fines sexuales, en la habitación en la que duerme una súbdita extranjera. Se discute la apreciación de la agravante del art. 10, 16.º CP, relativa a la comisión del hecho en la morada del ofendido “... cuando no haya provocado el suceso. “El Tribunal, con razón, rechaza la posible alegación de una provocación de la víctima, afirmando que “... si ella dormía mal podía provocar, y si se pretende que tal provocación existió porque ella estaba desnuda, o casi desnuda, circunstancia que el acusado conocía por su presencia anterior en dos ocasiones en la habitación para expulsar a un joven que reiteradamente se había introducido en la misma, es claro que tal alegación ha de rechazarse, porque a ella en la intimidad de la habitación en que se hallaba le era plenamente legítimo adoptar la vestimenta que considerase oportuno, incluso no llevar prenda alguna si así lo deseaba, tanto para dormir como para cualquier otra actividad. Y si lo que se pretende decir es que la situación de la joven incitó el apetito sexual del ahora recurrente, es claro que él, como toda persona, varón o hembra, máxime desarrollando un trabajo de vigilancia en el establecimiento donde ello estaba hospedada, tenía el deber de controlar ese apetito o de satisfacerlo de otro modo no lesivo para nadie de acuerdo con lo que libremente pudiera ser su deseo, pero nunca puede entenderse que estuviera autorizado para entrar en el local cerrado donde ella se

encontraba segura, sin el recelo de que alguien pudiera molestarla, máxime si había una persona que tenía como obligación velar por esa seguridad”.

En cambio, sí podrían afectar a una sentencia como la STS de 3 de diciembre de 1979, ponente Vivas Marzal (A. 4.534), que analiza un supuesto mucho más discutible. Se trata de un caso en que la víctima de una violación consiente en estado de embriaguez en la realización de ciertos actos sexuales con el sujeto que finalmente comete aquel delito. Ante el alegato de la defensa relativo a un consentimiento en *actio libera in causa* por parte de la víctima “que, en caso de prosperar, implicaría que el problema del consentimiento de la mencionada víctima se situaría no en el momento de la perpetración sino, retroactivamente, en el instante en que ella comenzó a ingerir bebidas alcohólicas con el propósito preconcebido y preordenado de caer en un estado de inconsciencia que le permitiera ser presa fácil, y aparentemente inocente, de las apetencias sexuales de determinado y querido varón, buscando y encontrando en dicha ingestión el valor necesario para el encuentro carnal así como la impunidad familiar y social, para ella, originada por su estado de inconsciencia”, el Tribunal responde que: “... se constata, en efecto, la ligereza de la ofendida —producto de su juventud, de su inexperiencia y de la familiaridad o camaradería con que se tratan hoy los jóvenes de ambos sexos—, la imprudencia evidente de su conducta al ingerir, con breves intervalos, hasta nueve martinis, e incluso la inconveniencia y frivolidad de que hizo gala la mujer a lo largo de todo lo sucedido (...), pero sin que se evidencie, de ningún modo, que la joven virgen de autos se embriagara con el propósito preconcebido de hallarse en estado de inconsciencia (...) cuando sobreviniera la agresión sexual intuida y secretamente deseada”. Por lo que se refiere a la provocación, se rechaza su apreciación en el caso “... no sólo porque los actos que se citan como incitadores —insistencia de la joven para que la acompañara el procesado desde el bar en que se hallaban ambos hasta su domicilio, el haberse sentado ella, en el citado bar, sobre las piernas del joven sin que conste la duración de tan inconveniente asiento, y los tocamientos con ánimo libidinoso habidos entre ambos sin que conste quién los realizó y quien los toleró— o son inanes o inocuos, como en el caso de la insistencia, o siendo provocativos, en el caso del asiento y de los tocamientos, pierden trascendencia y carga incitadora cuando la mujer, como en este caso, realizó o consintió tales actos hallándose ya en estado de mareo profundo y habiendo perdido totalmente el raciocinio y la capacidad de inhibición, lo que, como antes se ha visto, le constaba al procesado, sino también porque, en cualquier caso, tales actos no fueron adecuados, es decir, proporcionados, en el orden de lo normal, a la reacción desencadenada en el varón, que, al violar a una joven virgen, se excedió respecto a las veniales concesiones realizadas por ésta, las que, por lo demás, dada su inconsciencia, ni siquiera podían interpretarse como invitación a la realización de actos de mayor lascivia”. Como se advertirá, afirmaciones como éstas llevan a la práctica irrelevancia del comportamiento de la víctima en el análisis jurídico-penal del hecho. Ello, aunque en el caso de autos aparezca condicionado por la apreciación que la Sala de instancia hizo de una atenuante muy calificada de embriaguez en el autor, no parece, sin embargo, defendible de modo general.

5.6 La legítima defensa y situaciones próximas

Una figura legislativa y dogmática clásica y que, sin embargo, admite una interpretación en clave victimo-dogmática es la legítima defensa. Ello, tanto por lo que se refiere al elemento de la "agresión legítima", central en la misma, como en lo que se refiere a la "provocación suficiente del que se defiende". El comportamiento del agresor es, precisamente, el que determina que luego dicho agresor (convertido en víctima) deba soportar la defensa, no sujeta al principio de proporcionalidad, que sobre él descarga el agredido; dicho en otros términos, que el autor agredido previamente por su víctima quede impune. La agresión es, pues, una forma especialmente clara de comportamiento de la víctima que permite concluir la ausencia de responsabilidad del autor (el que se defiende, realizando un tipo delictivo). Por lo que se refiere a la provocación, la misma determina que el que provocó la agresión no pueda defenderse legítimamente de la agresión que luego se produce (sólo se alcanza la eximente incompleta), de modo que se vería expuesto a una nueva actuación que, contra su defensa, realizara el agresor (quien a su vez tampoco podría alegar una defensa legítima). Son paradojas de la concurrencia, general, en los supuestos de legítima defensa, de las condiciones de víctima y autor en la misma persona, según que observemos el proceso en un momento o en otro.

Algo parecido ocurre en los supuestos de "hechos pasionales". Así, recientes investigaciones ponen de manifiesto que el fundamento de exención de responsabilidad en estos casos, tradicionalmente contemplados en el ámbito de la inimpugnabilidad, se halla, más que en un mero dato interno psiquiátrico-psicológico, en un dato social-objetivo, constituido por la relación entre autor y víctima.⁷³ Los casos a los que se refiere esta investigación, llevada a término en Alemania, son ante todo los de "tirano doméstico". Se trata de supuestos en los que un marido/padre tiránico, agresivo y alcohólico, maltrata a los demás miembros de la familia, generando una tensión creciente que un día se desborda. Pues bien, al respecto se han podido constatar dos cosas: 1.^a) que son extremadamente raros los casos de reacción pasional en los que no se da un factor exógeno de provocación; y 2.^a) que, en la jurisprudencia alemana, la sanción es distinta, dada una misma conformación psicológica del caso, según que la reacción recaiga sobre el propio provocador o sobre un tercero (que sufre la explosión pasional sin tener que ver con su génesis).⁷⁴ La idea es que, en estos casos,⁷⁵ que en España se han examinado en ocasiones a propósito de la eximente de miedo insuperable (art. 8, 10.º CP), los bienes jurídicos del provocador pierden valor ante el Derecho.⁷⁶ Sin embargo, más que eso lo que debe apreciarse es una disminución del contenido de peligro-

⁽⁷³⁾ Bernsmann: "Affekt und Opferverhalten", NStZ 1989, p. 160-166, p. 162.

⁽⁷⁴⁾ Bernsmann: NStZ 1989, p. 163-164.

⁽⁷⁵⁾ Que se enmarcan en el mismo contexto que el exceso en la legítima defensa o el homicidio provocado (que en Alemania tienen regulación específica en los párr. 33 y 213 StGB, respectivamente).

⁽⁷⁶⁾ Bernsmann: NStZ 1989, p. 165.

sidad del hecho imputable a la esfera de competencia del autor (o, además, la disminución de la culpabilidad de éste). Más que de una culpabilización de la víctima, se trata, de nuevo, de hacer responsable al autor tan solo por lo que ha realizado efectivamente y en la medida en que es culpable por ello.

5.7 *La construcción jurisprudencial del “delito provocado”*

Un especial interés desde perspectivas victimo-dogmáticas tiene la construcción tradicional de nuestra jurisprudencia sobre el “delito provocado”. En éste, como es conocido, el comienzo de la ejecución típica es debido a la incitación de un “agente provocador”, que, dando pie a la ejecución delictiva, controla el proceso con el fin de que no tenga lugar la consumación y, por contra, puede detenerse al autor con pruebas concluyentes. Como ha señalado la sentencia de la AP Sevilla (secc. 7.ª) de 8 de julio de 1992:

“... Delito provocado es aquél que aparentemente llega a realizarse como consecuencia de la inducción engañosa de una persona, que persuade a otra para que lleve a cabo los actos que lo constituyen. El provocador simula primero facilitar su supuesta comisión, para impedirla en último término, con lo cual quiere conseguir pruebas directas e inequívocas contra el inducido. Ninguna responsabilidad criminal puede resultar de estos hechos, porque sólo son una mera apariencia delictiva, sin contenido penal real. Falta en estos casos la tipicidad y la antijuricidad, porque el provocado no realiza una verdadera acción típica, ni lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido...”

Pues bien, la doctrina jurisprudencial del delito provocado venía a concluir la impunidad tanto para el agente provocador como para el sujeto provocado.⁷⁷ Y, aunque es cierto que posteriormente se ha llegado a excluir de este concepto general –de modo discutible por diversas razones, en las que ahora no puedo entrar– los casos de provocación policial de actos de tráfico de estupefacientes (su ámbito más común de aplicación), sigue teniendo interés la afirmación que en su día hiciera Luzon Domingo en el sentido de que, en estos casos, el autor es realmente “... víctima de una maquinación insidiosa en la que se le ha envuelto...”⁷⁸ En efecto, también en el “delito provocado” resulta que la víctima (sea ésta una persona concreta, sea la sociedad, a través de la policía) es la que genera la decisión delictiva, manteniendo además bajo control la ejecución de la misma, con lo que la responsabilidad del autor por hechos que discurren realmente en su esfera de competencias es mínima.

De nuevo aquí se observa como la *ratio* de la argumentación victimo-dogmática es la correcta distribución de responsabilidades según un criterio de delimitación de esferas de competencia y no una sobrecarga de la víctima con responsabilidades que le corresponden.

(77) Ruiz Anton: “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ADPCP 1982, p. 119-143.

(78) Lo cita Ruiz Anton: ADPCP 1982, p. 126.