

CRONICAS EXTRANJERAS

Consideraciones sobre la víctima del delito (*) (**)

W. HASSEMER

A) PROTECCION DEL BIEN JURIDICO Y ORIENTACION AL AUTOR

«Siempre en el Derecho penal, y especialmente en el campo de los delitos sexuales, el legislador sólo puede amenazar con una pena en la medida en que sea indispensable para la protección de bienes jurídicos reconocidos por la comunidad, como lo es, por ejemplo, la protección de la juventud. Allí donde existan dudas sobre este aspecto, se debe mantener siempre una actitud de reserva, pues, de lo contrario, el legislador puede llegar a hacer suyo un concepto indigno, contrario al Estado de derecho y a la idea de libertad. La tesis de que es mejor castigar a algunos inocentes que dejar sin castigar a algunos culpables, aquélla que defiende que sea mejor dar poca libertad que demasiada, significa, siempre, una toma de postura contraria a la presunción de inocencia que debe ser rechazada en un Estado liberal».

En esta cita se exponen las grandes líneas básicas que representan al nombre de Ulrich Klug en la teoría y en la *praxis* del Derecho penal. Que hoy estas ideas tengan arraigo se debe, pues, en parte al gran penalista y criminólogo Klug. Las formuló en 1963 enfrentándose a la concepción del Proyecto de Código penal alemán de 1962 (1) desde el punto de vista, tanto de la filosofía del Derecho como desde

(*) Publicado en los Estudios a V. Klug en su 70 aniversario. Köln 1983, página 217 y 455.

(**) Traducción Rocío Cantarero Bandrés. Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Quiero agradecer a la Profesora Sánchez Puente su ayuda en la presente traducción (*N. de la T.*).

(1) KLUG, *Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts*, en: F. Bauer y otros, ed., *Sexualität und Verbrechen*. Frankfurt am Main 1963, p. 27 y ss. citado según Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 2: *Materielle und formelle strafrechts probleme*. Berlín, 1981, ed. p. 173 y ss. (193).

la teoría del Estado (2). Klug defendió firmemente y con suma agudeza el relativismo filosófico-jurídico (3) dibujando una imagen optimista del ser humano (5). Sobre esta base, sólo es posible concebir un Derecho penal que siguiendo el principio de «en la duda a favor de la libertad», se limite estrictamente a la protección de bienes jurídicos y se oriente hacia el autor. Las leyes de reforma del Derecho penal desde finales de los años sesenta que, en cuanto a su contenido se basan en el Proyecto alternativo del Código penal, y de su coautor Klug, dan testimonio de ello.

La protección de bienes jurídicos y la orientación hacia el autor se presentan últimamente desde otra perspectiva que proviene de la discusión jurídico-penal y político criminal del tradicional contrario del autor: la víctima. Las reflexiones que se hacen de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal podrían, posiblemente, cambiar a medio plazo y de forma efectiva el clima político-criminal. Experiencias de otros países dan una idea provisional pero clara y fidedigna de este extremo (6).

B) LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL VIGENTE

Las reflexiones sobre la víctima no son ajenas al Derecho penal tradicional. La víctima aparece bajo distintos nombres en los preceptos del Código penal alemán y de la Ley de Enjuiciamiento: como agresor en el párrafo 32 II, como beneficiaria de una indemnización en el párrafo 46 II, como lesionado en los párrafos 77 y 55 o en el 226 a, como sujeto pasivo de un delito contra la vida en el párrafo 213 o como víctima de un fraude en el 263 I del Código penal alemán (7). También como legitimada para ejercer la acción, como testigo o acusador particular en las diferentes posiciones procesales que la ley actual alemana prevee para la víctima de un delito (8).

(2) Reimpresión de estos trabajos en el volumen I (Rechts und Staatsphilosophische Analysen und Positionen) de la «Skeptischen Rechtsphilosophie». (*Ibid.*)

(3) Thesen zu einem Kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie en Skeptische 1... *Ibid.*, p. 3 y ss.

(4) Thesen für eine Analyse des Menschenbildes im Recht, en Skeptische Rechtsphilosophie *Ibid.*, pp. 39 y ss.

(5) Abschied von Kant und Hegel, en Skeptische Rechtsphilosophie 2, p. 149 y ss.

(6) *Vid.*, por ejemplo, la exposición de McDonald, *Die Rolle des Opfers in der norteamerikanischen Strafrechts pflege: einige Entwicklungen und Ergebnisse* en H. J. Schneider (ed.), *Das Verbrechensoffer in der strafrechtspflege Psychologische, Kriminologische, strafrechtliche und strafverfahrensrechtliche Aspekte*. Berlin, 1982, p. 442.

(7) Clasificación, crítica y propuesta de modificación en B. SCHÜNEMANN, *Einige Vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik*, en H. J. Schneider (ed.) *Das Verbrechensoffer* (*Ibid.* not. 6) pp. 407 y ss.

(8) SCHLÜCHTER (comp.) *Das Strafverfahren*, Köln, 1981, números marginales 78-82; resumen crítico en Maiwald, *Die Beteiligung des Verletzten am strafverfahren*, en GA 1970, pp. 33 y 55.

I. DERECHO PENAL MATERIAL

A primera vista parecería que el Derecho penal sustantivo coloque a la víctima en una posición que tiene que ver con el merecimiento de pena del autor del delito. Por otra parte, el merecimiento de pena del autor parece que puede cambiar también en función de la víctima. Si la víctima está de acuerdo con la lesión o da su consentimiento, podría afirmarse que, en este caso, el autor (9), al menos formalmente (10), no actúa de forma antijurídica; además, si el autor repara el daño causado, merece al menos una atenuación de la pena (parágrafo 46 II StGB). Puede ocurrir que, incluso, se llegue a eximir de la pena cuando la víctima participe de forma activa en la producción del delito (parágrafos 213, 199 y 233 StGB) (11, 12). Puede también ser considerada la víctima para aumentar la pena, dependiendo del grado de lesión del bien jurídico (asesinato con ensañamiento y alevosía, parágrafo 211 II StGB, estafa 246, I). Sin embargo, los papeles de la víctima como defraudado en la estafa y como seducida en el parágrafo 182 del StGB, son como tales, irrelevantes en cuanto a la determinación de la pena, porque sin una víctima que juegue precisamente ese rol, el delito no existiría, luego, la existencia de la víctima es condición necesaria para el delito de fraude o el de estupro. Estructuralmente, el rol de la víctima no es diferente del de cooperador necesario.

En resumen, el Derecho penal material regula el grado de pena a imponer en relación con el comportamiento del autor, pero también, en función del comportamiento de la víctima. Puede apreciarse, sin embargo, que no son numerosas las situaciones en las que el Derecho penal material destaca el papel desempeñado por la víctima, aunque sea necesario para el tipo penal.

(9) Excepciones, por ejemplo, en los parágrafos 226 a 216 StGB.

(10) Confrontar GEERDS, *Einwilligung und Einverständnis der Verletzt in Strafrecht*, en GA 1954, 262 y 55.

(11) Este efecto no se limita como pudiera entenderse a los preceptos de la parte especial del StGB de muerte, lesiones o injurias. Puede encontrarse en otros tipos delictivos a través de mecanismos como la suspensión del procedimiento o en el marco de la determinación de la pena. En relación con la suspensión, *Vid.* KUNZ, *Die Einstellung Wegen geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft* (epígrafe 153, parágrafo 1 StPO). Un estudio empírico con intención político-criminal, Königstein/Ts., 1980, p. 66 (en relación con «las investigaciones relacionadas con la víctima»), en cuanto a la determinación de la pena ver Bruns, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*. Köln; etc., 2, 2.ª ed., 1974, pp. 406 y 55 con más información.

(12) También la configuración de la legítima defensa provocada se puede incluir en este principio —aunque una interpretación correcta diría que no disminuye el merecimiento de pena desde el plano de la antijuricidad (Ver W. Hassemer, *Die Provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts*, in *Festschrift für Bökelmann*, München, 1981, pp. 125).

II. EL DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho procesal penal pone a disposición de la víctima determinadas posibilidades de intervención, además de, al menos teóricamente, la posibilidad de ser indemnizada patrimonialmente (13). Aunque con esto, no puede decirse que la ayuda (14).

Si el llamado procedimiento de adhesión lo es sólo en teoría, la discusión tiene su razón de ser (15). También la ley de indemnizaciones a las víctimas es una ley tibia que no contiene todas las aspiraciones (16). El derecho de instar la persecución del procedimiento mediante el cual se exige denuncia previa, la acusación particular y subsidiaria, posibilitan a la víctima una intervención parcial en los supuestos de escasa relevancia penal, manteniéndola en principio alejada cuando se trata de hechos penales verdaderamente importantes (17).

Puede decirse pues, que la regulación procesal penal alemana en lo que atañe a la participación de la víctima, lo que indica es más bien, una desconfianza frente a la víctima y una decidida voluntad de neutralizarla en el procedimiento (18).

C) APRECIACIONES VICTIMOLOGICAS

El desarrollo de la victimología (19), es decir, de la doctrina criminológica sobre la víctima, ha influido en la teoría del Derecho penal y del Derecho procesal penal. No se puede ver todavía, sin embargo, ningún «cambio de tendencia» en el «redescubrimiento» de la víctima por la teoría del injusto (20). En la actualidad, las propues-

(13) En este contexto, no solo se encuentra el procedimiento de adhesión, sino también las posibilidades de indemnización (Derecho social del OEG 1976).

(14) Otro punto de vista claramente distinto se encuentra en Maiwald (*Vid. sup. nota 8*) 33.

(15) *Vid. ROXIN*, *Strafverfahrensrecht*, München 17ª ed., 1982 p. 351.

(16) Resumen en Stollis, *Entschädigung/für Opfer von Gewalttaten erste Konkretisierungen durch die Rechtsprechung*, en *in Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Wanagat Köln*, 1981, p. 579, 581 y 55.

(17) El parágrafo 172 StPO tampoco rompe con el monopolio de la denuncia por parte de la Fiscalía, dando únicamente al denunciado el derecho de exigir la formalización de la denuncia; el acusador particular (parágrafo 395 StPO) tampoco se sitúa en el lugar del acusador público.

(18) A mayor abundamiento, HSEMER, *Einführung in die Grundlagen der Strafrechts*, München pp. 66 y 55.

(19) Compárese la visión de Schultz en *Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung Zwischen Täter und Opfer*, en *Schwzstr* (1965), 171 y 55 con la H. J. Scheneider, 1982, sobre la víctima del delito en la justicia penal (*cit. sup. nota 6*).

(20) Así en Küper, *Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart*. Die Festschrift für Paul Bockelmann, en *Ga*, 1980, p. 217.

tas de procedimiento no penal en los delitos de bagatela (21), aunque estén orientadas a la víctima, deben ser consideradas más bien como pautas que tienen que superar un examen crítico sobre garantías jurídico-penales y constitucionales. Lo que está claro hoy es que las reflexiones crecientes sobre la víctima pueden traer cambios importantes tanto en el Derecho penal como en el proceso penal y, desde luego, en la Política criminal. Tales cambios habrá que apreciarlos y valorarlos, al menos, en forma provisional.

I. PROTECCION DE BIENES JURIDICOS Y ORIENTACION HACIA LA VICTIMA

El breve resumen del artículo de Klug, citado al comienzo, formula un concepto de Política criminal que se inserta en una visión clásico-liberal del bien jurídico: la amenaza de pena y la pena sólo se legitiman en función de la protección de bienes jurídicos y en la medida en que la pena sea un medio idóneo, necesario y proporcional. Este concepto ofrece dos características fundamentales: la orientación hacia el autor potencial del delito y la limitación del control jurídico-penal. El principio del bien jurídico remite fundamentalmente a la legitimidad de las restricciones al derecho a la libertad (de un potencial autor) y a la exigencia de que, para cada caso, se encuentre una legitimación para constreñir ese derecho a la libertad. Este concepto también lo podemos definir apelando al «carácter fragmentario del derecho penal» o al «derecho penal del mínimo ético».

El teorema del bien jurídico solo aparentemente reflexiona sobre la víctima, incluso desde sus comienzos, cuando cifraba la esencia del delito en la lesión de un derecho subjetivo (22) (de la víctima) o en la lesión de un bien, ya referido a personas o a cosas (23). La materialización del concepto del delito se ha producido, ciertamente, con el principio del bien jurídico, transformándolo en sentido crítico (24). Naturalmente, esta materialización se ha establecido en la base de los conceptos de daño y de lesión y es obligación de cualquier legislador penal el presentar una «víctima» digna de protección si pretende justificar la pena, aunque esa «víctima» pierda luego importancia y sea más bien una construcción teórica que una realidad (antes, la víctima se encontraba en el objeto de la acción, separada siempre

(21) Por ejemplo, Stangl, *Folgerungen aus der Ungleichbehandlung im Strafverfahren. Überlegungen zur Strafprozessreform in Östirz*, 1981, 96 y ss., 101 ss.

(22) P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14.^a ed. (Ed. C.J.A. Mittermaier) Giessen, 1847, epígrafes 21, 23.

(23) Birnhaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, en *Arch. Kriml., NF1*, 1834, pp. 149, 150, 172 y 176.

(24) Ver sobre este punto, mi trabajo *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze praxisorientierten Rechtsgutslehre Frankfurt an Main*, 1980, pp. 27 y ss.

del bien jurídico) (25). El pensamiento sobre el bien jurídico no se ocupa de la protección de la víctima sino de la protección de la libertad frente al control jurídico-penal ilegítimo. En esta concepción, la víctima es solo una condición que posibilita la delimitación sistemática del «bien» o «interés» digno de protección. Vistas así las cosas, no es de extrañar que en las amplias disertaciones que se vierten sobre el bien jurídico (26) no se encuentren análisis sobre la víctima.

A pesar de ello es de esperar que las crecientes consideraciones sobre la víctima vayan teniendo una influencia paulatina en el debate político-criminal. Es precisamente bajo esta influencia donde se están planteando una diversidad de propuestas de cambio, bastante desconcertantes a primera vista.

II. DERECHO PENAL MATERIAL

En el área del Derecho penal material se encuentran diversos modelos en relación con la consideración de la víctima que pueden incluso remitir a doctrinas tradicionales sobre el bien jurídico y el delito.

Mientras que en trabajos ya antiguos (27) solo se hacía referencia a la víctima en manera harto cuidadosa y limitada a la enunciación del concepto, contenido en las normas vigentes y a la sugerencia de considerar algunas diferencias en relación con la determinación de la pena, sobre la base de datos relevantes en función de ésta, en la actualidad, el pensamiento moderno, llega más lejos. Reivindica el ulterior desarrollo del principio del bien jurídico, el concebir adecuadamente la estructura de los tipos penales que toman en consideración a la víctima y la determinación, mas justa, de la penalidad. Todas estas circunstancias se concretan en una delimitación del injusto (28).

(25) Ver Hassemer (nota 24) p. 17.

(26) Por ejemplo, Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Sogleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens. Frankfurt am Main, 1972; W. Hassemer (*Vid.* nota 24).

(27) Ver Schultz (como en nota 1.^a) pp. 184 y ss., 188 y ss.; Amelunxen, Strafjustiz und Viktimologie, en *Kriminalistik* 196, pp. 178 y ss.; Das Opfer der Straftat. Ein Beitrag zur Viktimologie. Hamburg 1970 p. 49 y ss.

(28) Una rápida visión de estos trabajos en Hillenkamp (*vid.* nota 12) p. 2 y ss.; a estos trabajos pertenecen especialmente, Artz, Zur Bekämpfung der Vermögensdelikte mit zivilmrechtlichen Mitteln der Ladendiebstahl als Beispiel, en *Jus* 1974, pp. 693 y ss. y 698; Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, en *B.A.* 1977, pp. 1 y ss.; Beulke, Anm. Z. Urt. Des LG. Mannheim, u.7.10. 1976, en *NSW* 1977, 1073; schönemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatheimnissen, en *ZStW* 90 (1978) p. 11 y ss.; del mismo autor Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, en: *Festschrift für Bockelmann* (como en nota 12) p. 117 y ss., 130; Raimund Hassemer Schutzdüftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumserkmalns in 263 StGB, Berlin, 1981; ver también recientemente, Jung/Kunz, Das Absehen Von Strafe nach 174 IV StGB, en *NSStZ* 1982, pp. 409 y ss. y 413.

Los parámetros de referencia de estas modernas teorías son dos: el bien jurídico y la proporcionalidad de las intervenciones penales (29). El punto de partida es la admisión de que el Derecho penal únicamente puede amenazar con sanciones e imponerlas cuando se trate de proteger bienes jurídicos. En este caso, además, habría que ver si las medidas jurídico-penales son necesarias y, si es así, de qué forma han de llevarse a cabo según los principios de necesidad y proporcionalidad. La protección de bienes jurídicos por medio del Derecho penal solo será legítima en manera estrictamente subsidiaria, en los casos y en la medida en que no existan otras posibilidades de protección.

En este momento aparece, finalmente, la víctima. Porque la víctima posee con frecuencia posibilidades de protección de los bienes jurídicos y con tales posibilidades tiene que contar el Derecho penal, en la medida en que el principio de necesidad de la intervención tiene que ver con este aspecto. Además, el Derecho penal no solo puede encontrar los medios de protección del bien jurídico válidos y alternativos en campos coactivos estatales (30) sino también —y precisamente— en ámbitos diferentes del estatal, como serían los medios de protección de las víctimas.

Este concepto se ha explicado a través de las características del «error» en el parágrafo 263 StGB (31) donde las posibilidades de auto-protegerse de las víctimas se han puesto de manifiesto en numerosos casos (32). Sin embargo, la «reflexión victimológica» no puede limitarse únicamente a éstos. Hillenkamp ha demostrado y criticado (33) esta apreciación que dice, se ha aplicado y puede aplicarse a numerosos tipos penales, al concepto de perjuicio en el fraude, a la privación de libertad y la coacción, al hurto, a las lesiones, al área de la intimidad, a la participación, a la legítima defensa y algunas más. También en la esfera del injusto imprudente se está perfilando con precisión la «perspectiva del lesionado» exigiéndose que el «derecho de protección» de la víctima se erija en el punto central del Derecho penal a través de la noción de «peligro» (34).

Esta apreciación, sí se puede llamar, con razón «victimológica», pues toma una tesis básica de la victimología transformándola en con-

(29) Ver especialmente, R. Hassemer (como en nota 28), pp. 19 y ss. donde se desarrolla ese concepto ampliamente.

(30) Con relación a esta controversia, ver Amelung (como en la nota 28) y Herzberg, Funktion und Bedeutung des Merkmals «Irrtum» en 263 StGB, en GA, pp. 289 y 294.

(31) Ver R. HASSEMER (en nota 28) p. 99 y ss., con argumentaciones en pp. 109 y ss y 147 ss.

(32) *Ibid.* pp. 127 y ss.

(33) HILLENKAMP (en nota 12), 1.^a parte, p. 17 y ss.; también Schünemann (en nota 7), p. 42 y ss.

(34) Krümpelmann, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfalbspflicht in Festschrift für Bockelmann (en nota 12) pp. 443 y ss., 444, 447 y ss.

tenido jurídico-penales: la unidad de autor y víctima (35). Lo que Gallas (36) considera acertadamente fundamental para la exclusión del injusto —«la bipolaridad del delito a partir de autor y víctima»— lo convierte esta reflexión en un principio de la teoría general del delito, pudiendo justificarse la exclusión del injusto en un gran número de comportamientos que realicen el tipo penal. La víctima asume un cometido cuya no salvaguarda favorecerá al autor, al tiempo que se convierte en una instancia más de protección del bien jurídico que se unirá a las otras ya preexistentes.

Si pese a la existencia de tal posibilidad ésta no se ejerce, deben disminuir también las propias posibilidades del Derecho penal. Los bienes jurídicos que la propia víctima, pudiendo hacerlo en forma razonable, no protege, no es que pasen a formar parte subsidiariamente de la obligación de protección del Derecho penal, sino que, precisamente por esa razón de pasividad de la víctima, perderán también la posibilidad de protección estatal. El principio de subsidiaridad de la protección jurídico-penal del bien jurídico adquiere de éste modo su exacta dimensión (37). Y, puesto que este principio no sólo se limita a posibilidades de protección estatales alternativas, sino que también permite posibilidades privadas de protección y justicia, la exclusión de cometidos tradicionales del Derecho penal, cada vez que se den las posibilidades privadas de protección y justicia, cada vez que se den las posibilidades para que sea la víctima quien lleve a cabo la protección, en vez de eliminar un cometido estatal en el caso de que la víctima se autoproteja, cosa que estaría de acuerdo con el principio de subsidiariedad, lo que hace es que este principio tenga como consecuencia la efectiva desprotección del bien jurídico atacado o lesionado, en la medida en la que las posibilidades de autoprotección de la víctima no se actúen.

En este momento hay que preguntarse qué protección haya de merecer un bien jurídico cuya tutela no interesa al único titular de ese bien, ya sea porque él mismo lo ponga en peligro o bien, porque renuncie a tal protección. Esta pregunta tendría que hacérsela la «doctrina victimológica» porque su contenido le sirve de base al defender el principio en virtud del cual «solo una acción que signifique un interés de autoprotección exigible a la víctima potencial se puede subsumir en un tipo penal» (38). La respuesta lleva a analizar cuáles sean

(35) Ver, por ejemplo Mergen, *Die Kriminologie. Eine systematische Darstellung*. München 2.^a Ed., pp. 34, 139 y ss.; H.J. Schneider, *Viktologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*. Tübingen 1975 pp. 99, 128 y ss.

(36) GALLAS. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in *Festschrift für Bockelmann* (como en nota 12) pp. 155 y ss. 166; en el mismo sentido, Hassemer, W. (como en nota 12) pp. 234 y ss., 243.

(37) Ver A. KAULFMANN, *Subsidiarität und Strafrecht*, en *Grundlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Henkel*, Berlin, 1974, p. 89 y ss.

(38) Ver Schünemann (como en nota 7) p. 412.

las consecuencias que traigan las crecientes reflexiones sobre la víctima en el Derecho penal material. La necesidad de protección de un bien jurídico que no ha sido protegido por su titular, solo puede encontrarse en las normas que en cada caso han sido seleccionadas por el legislador como bienes jurídicos dignos de protección. Esta norma sería un «imperativo estatal» (en el sentido de Binding) (39) y estaría en la dirección correcta, aunque en un sentido demasiado rígido. En la dirección correcta porque se antepone a la ley penal, pero demasiado rígida porque no puede interpretarse únicamente como una decisión del legislador. Tales decisiones, como ha demostrado en forma precisa la doctrina del bien jurídico, (40) no pueden verse en forma aislada, fuera del contexto del control general y de la vigencia normativa de fuera del Derecho penal.

La función primordial del Derecho penal como parte integrante del control social es la de participar en los límites de su competencia y con sus medios, en el mantenimiento y aseguramiento de las normas que sirven de base a las leyes penales (41). Esta función cumple sus cometidos (42) sin atender a la voluntad o a los fines de la víctima, toda vez que se configura como Derecho penal estatal. A través de esta suerte de neutralización de las víctimas lo que se pone de manifiesto es que la decisión sobre las normas queda reservada al sistema de Derecho penal. Para matizar esta idea, se podría plantear la tesis de que las normas que sirven de base a las leyes penales seguirían vigentes de hecho aunque ninguno de los lesionados por la violación de tales normas exigiera la ejecución de aquéllas (y ello porque la norma funciona con vida propia al margen de la voluntad de las víctimas).

Pero una tesis así sería exagerada por varios motivos. Por una parte hay que tener en cuenta la excepciones a la neutralización de la víctima aunque tenga un carácter marginal: en éstas existiría posibilidad de disposición del lesionado en relación con la ejecución de la norma. Por otra, considerar que el titular de un bien jurídico individual, a excepción de las lesiones y la muerte de los parágrafos 226 A y 216 StGB, posee un derecho de disposición que manifiesta a través del acuerdo y de la conformidad. Existe además, de hecho, una posibilidad de disposición de la víctima en la práctica, la omisión

(39) Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*. Vol I, Leipzig, 4.^a ed. 1922, p. 4 y ss.; sobre esto, ver también A. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen 1954 pp. 3 y ss, 36 y ss.

(40) Ver, por ejemplo, Amelung (como en nota 26) 14; Hassemmer (como en la nota 24).

(41) Más ampliamente en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (como en nota 18), especialmente pp. 295 y ss. 300 y ss.

(42) A propósito de las excepciones marginales *Vid. sup. B.*

(43) En el mismo sentido, Zipf, *Kriminalpolitik*. Ein Lehrbuch. Heidelberg 2.^a ed., 1980, p. 189.

de la querrela o denuncia (44). En relación con la consideración de la víctima, la doctrina victimológica no aporta nada nuevo al Derecho penal sustantivo.

Sin embargo, la línea victimológica lleva a la teoría del injusto a un punto en el que hay que plantearse la cuestión de la vigencia de la norma. Y lo hace desde el momento en que coloca el principio de necesidad en el centro de la teoría de la protección de los bienes jurídicos, al permitir como medios de protección de los bienes no solo los estatales sino, alternativamente, también los privados de la víctima, así como no considerar motivo de tal necesidad de protección a través del instrumento jurídico-penal, aquellos supuestos en los cuales la víctima no se haya autoprotegido, en vez de afirmar la protección subsidiaria del Derecho penal.

Para la vigencia de la norma, subyacente en la ley penal, la línea victimológica trae a colación la inactividad de la víctima, a la que vincula un efecto de bloqueo, un efecto suspensivo. Si la víctima no se protege con los medios puestos a su disposición, su actitud pasiva bloquea o suspende la posibilidad de que el Derecho penal intervenga para proteger un bien jurídico (45). Con esta apreciación se elimina aquella función del Derecho penal consistente en lograr no sólo la formulación de las normas protectoras de bienes jurídicos, en forma pública a través de las leyes penales, sino también la facultad de imponer esas normas en el procedimiento penal y en la ejecución de las penas.

Desde luego la eliminación de esta función tiene consecuencias. No existe ninguna teoría de la Prevención general en la que sea suficiente la mera definición del comportamiento criminal en el tipo de injusto, la amenaza de sanción o regulación legal de un procedimiento (46). La finalidad de intimidación del delincuente potencial no existiría en ese caso. La finalidad de reforzar la vigencia social de la norma se alcanza muy rudimentariamente si las decisiones político-criminales solo tienen por objeto el anuncio pero no la consumación y ejecución de la norma. Lo mismo puede decirse respecto a los fines preventivos especiales que se encuentran en el campo de la sanción

(44) Sobre su alcance y razones por ejemplo, *Vid.* Kerner, *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung. Erwägungen zum aussagewert der Kriminalstatistik.* München, 1973, p. 27 y ss.

(45) Esto también rige cuando se elaboran —correctamente— «criterios normativos para la posibilidad de protección individual», que excluyen como retrato ideal de víctima que se autoprotege, tanto al individuo que se aísla por miedo al delito, como al individuo totalmente despreocupado de su comportamiento; ver Hassemer (como en la nota 28) pp. 32 y ss., 33. Tales criterios solo evitan las consecuencias en casos extremos pero, no en los casos habituales.

(46) Ver, por ejemplo, en W. HASSEMER/STEINERT/TREIBER, *Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber* en: W. Hassemer/Lüdersen, *Sozialwissenschaft in Studium des Rechts. III. Strafrecht.* München, 1978, pp. 1, 52 y ss.; también en mi *Einführung* (como en nota 18) pp. 297 y ss. y 302.

administrativa, pues, una absoluta determinación de la pena pierde su razón de ser cuando el equilibrio entre injusto y culpabilidad ya no es incumbencia de las medidas estatales.

En general, puede hablarse de una tendencia a la privatización del Derecho penal. Las instancias formales de control social transmiten su información sobre el cumplimiento de las normas penales —en cada caso concreto, pero también, más allá del supuesto individual— a instancias de control no oficiales. El «*ius vigilantibus*» —al modo civilista— se está introduciendo en el Derecho penal. El hecho de ver si las normas escritas sobre el papel se imponen en la realidad, el ver si están vigentes de hecho, no forma parte hoy de la observación del Derecho estatal. Este, necesita de víctimas dispuestas a defender o proteger sus bienes jurídicos si se quiere imponer lo que la ley penal ordena y prohíbe.

A pesar de todo, la línea victimológica no ha acabado con la mayor conquista del Derecho penal sustantivo inserta en el sistema jurídico estatal, el proceso de formalización (47). Es decir, no trastoca el principio básico según el cual en la medida en que se lleve a cabo el control jurídico-penal, habrá que considerar ciertas reglas fundamentales, a las que no está sujeto el control social extrajurídico. Las delimitaciones del injusto no exponen ni al autor ni a la víctima a un control social espontáneo o informal sino que, por el contrario, al menos en el campo del Derecho penal, lo que hacen es funcionar como límite del control social.

III. DERECHO PROCESAL PENAL

Las crecientes reflexiones sobre la víctima tienen distintas consecuencias en el ámbito procesal-penal. Tales reflexiones traen consigo desconfianza y crítica, principalmente en función de las formalidades que todavía caracterizan al procedimiento penal. En referencia a las formalidades del delito en el proceso, contraponen a aquéllas las ideas de «mediación» o «negociación» (48).

Estas teorías, que han sido elaboradas fundamentalmente por la sociología jurídica, se apoyan en experiencias de procedimientos no formales vividos en otros campos jurídicos (49) dejándose llevar por la esperanza de que el procedimiento penal pueda adaptarse mejor

(48) Representativo de ello son los volúmenes, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Vol VI (Ed. Blaukengurg) Opladen 1980 y *Alternativen zum Strafprozess*. *Kriminologische Bibliografie* 7 (1980).

(49) Ver, por ejemplo, para los jueces de paz mejicanos, *Gessnem Recht und Konflikt*. Tübingen 1976; para los jueces de paz ingleses, *Rössner, bagatelldiebstahl und Verbrechenkontrolle*. Frankfurt am Main Bern 1976; para los actos de conciliación en U.S.A., Japón y Polonia; ver los informes de Festiner/Williams, Rokumoto y Kurczewski en *Jahrbuch für rechtssoziologie und Rechtstheorie* VI (como en nota 48).

a las necesidades de los participantes siendo legos, sin que por ello puedan menoscabarse funciones irrenunciables. Estas tesis sostienen tales argumentos con el fin de lograr mayor atención por la víctima del delito. Una «desprofesionalización» del procedimiento y de las formalidades legales de los juicios, «que renuncia a la imputación y «degradación» persiguiendo la «mediación» entre las necesidades y los intereses de las partes, orientándose éstas hacia su propio sentimiento de justicia (50).

Aunque se considere que estas modificaciones del procedimiento se han propuesto en gran medida para el campo de los «delitos bagatela», es necesario tomar en cuenta las limitaciones que algunos defensores de la «mediación» vinculan a este concepto (51); si bien, hay que tener presente que el Derecho penal vigente utiliza modelos de negociación (52) y de participación activa de la víctima (53): las actuales reflexiones sobre la víctima llevan en el Derecho procesal penal, a diferencia del Derecho penal sustantivo, a una desformalización del control social jurídico-penal. La pregunta que hay que formularse es si ello va a tener consecuencias favorables para el autor. Naturalmente el autor no tiene oportunidades en el «proceso de aprendizaje de las partes»: si la víctima paraliza o suspende el proceso, aplaza la reparación de daños o si incluso, renuncia a ella (54). Pero de igual manera puede darse el peligro de que el autor o la víctima se perjudiquen con tal procedimiento o se lleguen a encontrar bajo la presión del «compañero de conflicto» que el proceso penal quiere, precisamente, evitar: con la desformalización del procedimiento se crea un margen de inseguridad sobre su desarrollo y resolución.

La doctrina victimológica reflexiona de forma distinta ante el Derecho penal sustantivo y ante el Derecho procesal penal en referencia a la formalización del control social jurídico penal. Sin embargo plantea de forma concordante en ambos campos jurídicos la tendencia hacia la privatización del Derecho penal. La tesis de la «mediación» entre las partes de un conflicto relevante para el Derecho penal, tiene las mismas consecuencias en función de la vigencia de la norma, que la tesis victimológica en el Derecho penal sustantivo, las de extender las leyes penales al campo de la realidad (55). A su vez, la idea de

(50) HAMAK, Vermittlung als Alternative zur strafrechtlichen Konfliktregelung, en Alternativen zum Strafprozess (como en nota 48) pp. 5 y ss., 13, también *ibid* pág. 49 y ss. Balong, Konfliktregelung im Strafrecht.

(51) Ver, por ejemplo, Hanak, *ibid* p. 45, donde se exigen determinados presupuestos limitadores del tipo en una regulación orientada hacia la mediación y la realización de actos de conciliación.

(52) Por ejemplo, en el f 153 a StPO; las objeciones a esta solución se resumen —argumentando— por Naucke en el Informe D del 51.º DJT. München 1976, p. 77 y ss.

(53) Por ejemplo, en el f 380 StPO, ver al respecto Wendisch en Löwe-Rosenberg, StPO, 23.ª ed. (1976), f 380 (43, 45, 48).

(54) Stangl (como en nota 21) p. 102.

(55) Sobre esta función, ver mi Einführung (como en nota 18) pp. 109 y 126.

«mediación» acentúa el carácter procesal del procedimiento penal, le asigna metas que de forma inmediata no tienen nada que ver con el Derecho penal sustantivo, como son las de compensación, conciliación, mediación, comunicación, e incluso, terapia (56). De esta manera el proceso penal se emancipa del Derecho penal y gana fines que se deben a su carácter procesal (57). El desarrollo y el fin del procedimiento se dará sobre la base del propio proceso, de las actuaciones que tengan los que en él participen. Con ello la norma que informa la ley penal sustantiva pierde la oportunidad de determinar el resultado del procedimiento a través del juez que es el que está ligado a la ley y el que conoce y falla en ese proceso. El derecho penal sustantivo puede, como mucho, iniciar un procedimiento en tanto haya indicios racionales de criminalidad, sin embargo aquí no podrían dar una razón conveniente las teorías de la mediación que en el procedimiento penal llevan al mismo resultado que la doctrina victimológica en el Derecho penal sustantivo. La norma jurídico-penal solo tiene oportunidad de tener vigencia práctica si encuentra una víctima «atenta» y dispuesta a la protección (naturalmente esta oportunidad solo puede valorarse mínimamente en aquellas áreas para las cuales se establecen estas ideas de la «mediación» y uno de los argumentos centrales de la mediación es la hipótesis, empíricamente demostrada, de que la víctima que participa en tal procedimiento está «más bien orientada hacia el derecho civil que hacia el derecho penal» (58), es decir, que el cumplimiento de la norma jurídico-penal no tiene importancia para estas teorías o la tiene solo en forma relativa).

IV. POLÍTICA CRIMINAL

En el campo de la Política criminal la víctima del delito goza también desde hace un tiempo de atención creciente. Y no solamente desde los aspectos de la indemnización y reparación de daños como funciones del Estado social. Políticamente tiene mucha importancia la crítica que desde la opinión pública se vierte contra el autor del delito, así como la progresiva tendencia a considerar a la víctima en función de «la prevención de hechos delictivos». En este sentido la «Waise Ring», asociación para la «prevención del delito y ayuda a las vícti-

(56) Ver, por ejemplo, HEGENBARTH, SICHTBEGRENZUNGEN, forschungsdefizite und Zielkonflikte in der diskussion über alternativen zur Justiz, en: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie VI (como en nota 48) pp. 48 y 71.

(57) Ver también mi Einführung (como en nota 18) p. 114 y ss. sobre la «comprensión escénica» del proceso penal en contraposición con la «comprensión del texto» en Derecho penal sustantivo.

(58) Así, por ejemplo, Stangl (como en nota 21), 102, con alusiones a Kerner, Verbrechenswirklichkeit (como en nota 44) p. 31.

mas», ha visto aumentar su número de socios de 814 en 1977, fecha de su fundación, a 15.500 en la actualidad, utilizando casi diez millones de marcos para cumplir los fines establecidos en sus estatutos (59). Habría además casos como el de la madre de Lübeck que mató a tiros al asesino de su hija en la sala del juicio, de manera que, con estos casos, seguirá demostrándose públicamente —y con participación de los medios de comunicación— la preocupación por la víctima, exigiéndose una persecución más eficaz y una penalización más severa para los autores.

Los mecanismos de tal proceso ya han sido analizados científicamente. Arzt considera que la causa del movimiento estadounidense «Low and order» es el «sentimiento de inseguridad» y la «inseguridad» —la amenaza real o imaginaria de la víctima potencial— (60) ha sido descrita por este autor en el sentido de que potencia el desarrollo de una tendencia hacia la «privatización de la lucha contra el delito» (61). Cuando la población se ve, o se cree verse, inmersa en grave peligro, «abogados» y «moralistas» (62) llaman —con intención politico-criminal- insistentemente la atención sobre las posibilidades de tipo policial, procesal y sustantivo-penales que podrían activarse para lograr una mejor protección. Bajo el título de «Soziologie der öffentlichen Sicherheit» son elaborados empíricamente los riesgos reales e imaginarios de las víctimas (63) que se vierten en una teoría político-criminal (64) orientada hacia un esquema de costo-utilidad que persigue la minimización de los daños, exigiendo al mismo tiempo una mayor participación del ciudadano (—como víctima potencial que es—) (65).

V. DIFERENCIAS Y CARACTERISTICAS COMUNES

Parece evidente que las reflexiones sobre la víctima que tienen como fin aumentar la persecución y juzgamiento de hechos delictivos no tienen nada que ver ni con la doctrina victimológica del Derecho penal sustantivo ni con la teoría de la mediación en el Derecho procesal penal. Se trata, por un lado, de limitar el injusto penal, de desistir de la aplicación de la norma, de la privatización del Derecho penal

(59) Comunicación de la FAZ de 10.10.1982, p. 10.

(60) ARTZ, *Der Ruf mach Recht und Ordnung, ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den U.S.A. und in Deutschland*. Tübingen 1976, p. 5 y ss.

(61) *Ibid* p. 39 y ss.

(62) Ver HASSEMER/SEINERT/TREIBER, *Soziale auf Abweichung* (como en nota 47) p. 27 y ss.

(63) MURCK, *Soxiologie der öffetlichen Sicherheit. Eine staatliche Aufgabe aus Sicht der Bürger*. Frankfurt, New York, 1980, p. 59 y ss.

(64) *Ibid*. p. 114 y ss.

(65) *Vid.*, sin embargo, como ejemplo de política criminal orientada a la víctima, el informe de Lucy N. Friedman, *Das Amt Für Opferhilfe: eine vorläufige Übersicht*, en H.J. Schneider (ed.), *Das Verbrechensopfer*, (como en nota 6) p. 374 y ss.

con consecuencias, de hecho, favorables para el autor del delito; por otro lado están las exigencias de reforzamiento del control jurídico-penal que remiten al afianzamiento de la vigencia de la norma penal y a la necesidad de la efectiva aplicación de tales normas, en interés de las víctimas reales y potenciales. El autor —potencial— tendría por lo menos que hacer todas estas consideraciones en torno a la víctima, puesto que están en la discusión político-criminal general, al igual que tendría que agradecer con alivio las tendencias en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal.

Un análisis como éste, sin embargo, plasmaría solamente las tendencias actuales más superficiales en referencia a las víctimas. No hay que rechazar el hecho de que aquí estamos trabajando con fines político-criminales diversos que introducen, estratégicamente, el interés de la víctima, a veces, para ampliar el control social penal (66) aunque sólo se toque esta problemática de soslayo. No se toma totalmente en serio el hecho de que los intereses políticos diferentes convergen en un punto: la exigencia al Derecho penal de prestar mayor atención a la víctima.

Esta exigencia convergente hace que las teorías victimológicas por muy distintas que aparezcan en el campo del Derecho penal, se interpreten como señeros de una única tendencia político-criminal. Por otra parte, las argumentaciones sobre la «necesidad de la pena» y sobre el «riesgo de la víctima», que buscan únicamente una ampliación del control social penal, parecen estar interesadas sólo en afirmar la vigencia de la norma, reforzando los mandatos y prohibiciones que contienen las leyes penales. Si se las despoja de su moralismo declarado públicamente, de sus fantasías del estereotipo del hombre honrado, se ve enseguida que están persiguiendo algo distinto de la vigencia de la norma: la instrumentalización del Derecho penal con fines socio-políticos.

Estas argumentaciones sobre la víctima solo consideran las normas jurídico-penales de forma selectiva, esto es, en cuanto a su función específicamente represiva. Y, desde luego, no es ésta la única función de la norma penal. Basta recordar la función de protección de la libertad o de la inocencia que Ulrich Klug ha resaltado (67) para entender que un Derecho penal referido solo al interés de la víctima, no asegura la vigencia de la norma sino que además la pone en peligro (68). No sólo la conminación y penalización sino también el cuidado, la imparcialidad, el respeto por la dignidad humana de los imputados y condenados y por el afianzamiento de sus derechos, es función de

(66) Ver STEINERT *Kleine Ermutigung für den Kritischen Strafrechtler, sich wom «strafbedürfnis der Bevölkerung»* en Lüdersen/Sack ed., Seminario. Frankfurt am Main, 1980, p. 302 y ss., 309 y ss., 343 y ss.

(67) Ver sup. nota 1 y siguientes.

(68) En relación con ese tema y los siguientes, con mayor amplitud ver mis trabajos: Hassemer/Lüdersen/Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*. Frankfurt am Main, 1979, p. 29 y ss. 53 así como *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, (como en nota 18) pp. 295 y ss., 300 y ss.

la norma en el Derecho penal sustantivo y en el Derecho procesal penal. Las normas que integran el Derecho penal prohíben la lesión tanto de los intereses de la víctima (potencial) como de los derechos de los autores (potenciales).

Si uno intenta formarse una opinión sobre el futuro de la reflexión sobre la víctima en la doctrina afecta al tema en relación con el Derecho penal, la primera impresión que se tiene es la de que los conceptos científicos sobre la víctima han expuesto de forma excesiva las líneas de desarrollo que en manera creciente serán de esperar a largo plazo (69, 70). Esta impresión también está basada en el hecho de que los conceptos sobre la víctima que se han defendido en el Derecho penal y en Derecho procesal penal, hasta ahora, casi no se han encontrado, de manera que unos y otros han sentado sus bases sobre distintos postulados científicos: uno sobre la doctrina del bien jurídico y sobre la dogmática jurídico-penal, el otro, sobre las teorías de la comunicación y sobre la sociología jurídica. Que los dos conceptos, como se ha visto, tienden hacia la privatización del Derecho penal y tengan como meta la retirada de la norma (o tenerla en cualquier caso en su ámbito) es un resultado analítico circunstancial que no dice mucho sobre la legitimidad y el futuro de estos conceptos.

Los riesgos de la irrupción de la víctima en el Derecho procesal son claros. El sentido de las normas procesales está en gran medida (71) en la existencia y puesta en práctica de «formalidades protectoras», no sólo a favor del inculpado sino también de las otras partes procesales. El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate; la persona a la que se imputa un delito no puede ser obligada a «comprender» sino que tiene que tener la oportunidad —incluso frente a la víctima— de rechazar esa «comunicación» y oponerse a la imputación. Tampoco la víctima debe ser llevada —ni siquiera con tácticas específicas— a situaciones discursivas que ni pueda ni quiera aguantar. La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapéuticos, ni siquiera en los delitos de bagatela (que no son con frecuencia tal bagatela ni para el imputado ni para la víctima) (72). El que dirige el proceso tiene que proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas, cuidarse de no colocar ninguna de las partes a un nivel de «presión

(69) Excepciones en R. Hassemer (como en nota 28) pp. 19 y ss., 32 ss., 38 y ss.; Hillenkamp (como en nota 12) 206 ss.; como limitaciones en Hegenbarth (como en nota 56), por ejemplo, p. 70 y ss.

(70) En lo que se refiere a las argumentaciones político-criminales sobre el interés de la víctima, sus metas son claras y han sido analizadas y científicamente criticadas. Cosa diferente es el futuro y sus consecuencias en política interior.

(71) Con mayor precisión en mi *Einführung* (como en nota 18) pp. 121 ss. y 126 ss.

(72) En caso de introducirse un tercero como interlocutor, podría paliarse el problema en la última fase del proceso.

comparativa» (73). La sensibilidad en función de la lesión jurídica a través del proceso (también como medida terapéutica) debe mantenerse; el lesionado en su derecho ha de tener la posibilidad de un recurso (74).

No se puede determinar la medida en que los modelos de procedimiento basados en la mediación cumplen estos requisitos. Son demasiado distintos y, sobre todo, demasiado difusos como para poder valorar con precisión su desarrollo práctico. Lo que me parece es que no tiene legitimación —y espero que tampoco futuro— si colocan a las partes del proceso en los peligros indicados.

Otra cuestión sin resolver es aquéllo que contempla la posibilidad de disposición de autor y víctima sobre el resultado del proceso. Este es —desde la perspectiva de la vigencia de la norma— un problema que afecta también a la doctrina victimológica en el Derecho penal sustantivo. Es una pregunta que además no tiene una respuesta clara, al menos de momento, porque los parámetros a utilizar son muy complejos. Tales parámetros podrían indicarse para valorar mejor, a través de ellos, las tendencias del futuro.

En primer lugar me llama la atención que las teorías victimológicas, tanto en derecho sustantivo como en procesal no sean actuales, teniendo en cuenta el desarrollo actual de la praxis legislativa. Al acentuar los puntos de vista de la víctima, se argumenta mejor en referencia a los tipos penales «clásicos» que a los «modernos», es decir, mejor con relación al fraude que al fraude de subvenciones, mejor con respecto a las lesiones que a la criminalidad ecológica o al tráfico de estupefacientes. Sin embargo, la legislación actual se dirige más hacia los bienes jurídicos funcionales que hacia los individuales, criminalizando más los delitos sin víctima o aquellos donde la víctima no es fácilmente perceptible. Pero las doctrinas victimológicas necesitan una víctima real, concreta, que pueda disponer sobre la protección de sus bienes jurídicos, actuando además en el procedimiento. Todavía sería posible esto en un delito de fraude de subvenciones pero, en relación con las demás formas modernas de criminalidad, las doctrinas victimológicas no aportan nada.

Tiene más peso, sin embargo, el que las doctrinas victimológicas pongan en el Derecho penal sustantivo y en el Derecho penal una idea básica y distinta del ser humano, aunque se parta de criterios normativos, en las posibilidades de protección individuales (75), y en

(73) A este contexto pertenece la situación del «Blaming the victim». Esta situación también pudiera crearse para el autor. Ver (Hillenkamp, como en nota 12, pp. 12 y ss.)

(74) Ver algo similar también en Wassermann, *Justiz mit menschlichem Antlitz —die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot*, en Wassermann (ed.) *Menschen vor Gericht*. Neuwild Darmstadt 1979, p. 13 y ss.; Schöch, *Die Reform der Hauptverhandlung* en H. L. Scriber ed. *Stratprozess und Reform. Eine Kritische Bestandsaufnahme*. Neuwild Damstadt 1979, pp. 52 y ss., 55 ss.

(75) *Vid.* sup nota 45.

los criterios tendentes a evitar que la víctima potencial se tenga que esconder tras las barricadas a no ser que quede desprotegida; está claro que la víctima debe ser tomada en cuenta y el autor también, cuestiones éstas que el Derecho penal tradicional desconocía.

La doctrina victimológica no atiende a la víctima que no supo o no quiso defenderse (y en el proceso penal, el autor que no asume determinadas actitudes) y exige además capacidad, competencia y disposición para llevar a cabo ciertos comportamientos (aunque lo hace dentro de los límites de lo razonable). La idea tradicional del ser humano en el Derecho penal sitúa a la víctima, salvo casos marginales, en un rol pasivo, sin vincularle consecuencia alguna. Coloca a la víctima —y al autor— en el proceso penal bajo la dirección del Tribunal sin esperar ninguna intervención (aunque la admita dentro de unos límites).

Claro que es motivo de alegría el que, tanto la protección jurídica sustantiva de bienes jurídicos como que en el proceso penal exista un ciudadano capacitado y dispuesto a actuar, pero tal ciudadano solo es imaginable como una meta que compense todos los esfuerzos más que como un fenómeno real, del que puedan extraerse consecuencias. Las razones de la incapacidad de actuar son muchas y prácticamente ya han sido investigadas (76). Los motivos del comportamiento pasivo no pueden esclarecerse con precisión en el análisis de un caso concreto de ataque a bienes jurídicos ni de un proceso penal. Pero esas razones son importantes si hay que extraer consecuencias del comportamiento de la víctima (y del autor) que sean jurídicamente relevantes; así, por ejemplo, una conducta basada en la intimidación o en un estado emocional depresivo no es apta como fuente de consecuencias jurídicas. Mejor sería que el Derecho penal se dedicara a compensar las incapacidades para actuar en vez de las capacidades. Esto significa ocuparse del cumplimiento de las normas ya sean de derecho sustantivo o de derecho procesal, en tanto existan dudas sobre la capacidad de actuar de aquellas personas a quienes se dirija la norma.

Finalmente, puede comprobarse también que las doctrinas victimológicas ponen el acento en las relaciones Estado-Sociedad de manera distinta a como lo hacía el Derecho penal tradicional. Son más optimistas con respecto a las posibilidades de los instrumentos sociales de difusión e interiorización de las normas y más críticas en relación con los estatales. Los conceptos jurídico-sociológicos de solución y mediación en el proceso penal lo demuestran con más claridad (77)

(76) Ver, por ejemplo, el informe sobre los estudios empíricos del proceso penal bajo el aspecto de la capacidad de actuar del ciudadano, insuficiente en la interacción con los órganos de persecución penal, en Giehring, *Rechte des Beschuldigten, Handlungskompetenz und Kompensatorische Strafverfolgung*, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts III* (como en nota 47) pp. 19 y ss., 194 y ss.

(77) Ver, por ejemplo, Strange, cuyo punto de partida es el trato desigual en el proceso penal.

que los conceptos teóricos jurídico-penales del derecho sustantivo.

Si se parte de la idea de que las recomendaciones de la doctrina victimológica no significan que por tomar en consideración a la víctima del delito deban modificarse las normas jurídico-penales, entonces la doctrina victimológica se asentará sobre una base de confianza en la confluencia de normas de comportamiento estatales, sociales (y, en el caso concreto, individuales). Sólo como se ha indicado podrán las normas jurídico-penales afirmar su vigencia cuando sean ejecutadas en aquellos que participen en el supuesto de hecho conflictivo (ataque a bienes jurídicos, proceso). Si se parte de la idea —que una vez expuestos los conceptos mencionados no podemos excluir— de que por considerar a la víctima del delito, hay que transformar las normas jurídico-penales (78), entonces, la doctrina victimológica tenderá a demostrar una gran confianza en la capacidad individual y social creando normas de comportamiento generalizables. Bajo los dos puntos de vista, la competencia en razón de la vigencia de la norma se traslada desde el campo estatal al social.

El que esta confianza esté o no justificada no puede evaluarse con precisión. Porque esta evaluación no puede generalizarse sino que debe ser concretada a aquellas normas (por ejemplo en la estafa o en los delitos bagatela) en las que la doctrina victimológica centra su atención. Por ello, no ayuda mucho la alusión a la diferencia básica entre grupos de referencia segmentados y normas jurídico-penales establecidas —que no comparten la confianza de la doctrina victimológica—. Por lo menos bajo el punto de vista de la relación Estado-Sociedad, habrá que observar y corregir, en caso necesario, los efectos que tienen las reflexiones sobre la víctima del delito, en la vigencia de la norma jurídico-penal.

(78) Ver, al respecto, W. Hassemer, *Einführung* (como en nota 18), pp. 288, 292 y ss.

