



■ artículo

SCV Societat Catalana
de Victimologia

SOCIEDAD VASCA DE VICTIMOLOGÍA
SOCIAL ESTEREOLOGIA SOCIETATEA

HUYGENS
EDITORIAL

REVISTA DE VICTIMOLOGÍA | JOURNAL OF VICTIMOLOGY
Online ISSN 2385-779X
www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com
DOI 10.12827/RVJV.18.02 | N. 18/2024 | P. 33-60
Fecha de recepción: 21/05/2024 | Fecha de aceptación: 31/05/2024

L a victimodogmática ante la víctima vulnerable¹

The victim-dogmatic in the face of the vulnerable victim

Clara Moya Guillem

Universidad de Alicante, clara.mg@ua.es

Resumen

Los primeros estudios sobre tipologías victimales fueron el origen de dos corrientes que han tenido una repercusión doctrinal, legislativa y jurisprudencial absolutamente dispar. Por un lado, dieron lugar a teorías victimodogmáticas que, por lo general, han defendido la aminoración (e incluso exención) de responsabilidad criminal con base en la contribución de la víctima al delito. Por otro lado, surgió la necesidad de perfeccionar las investigaciones acerca de la predisposición o vulnerabilidad victimal, que, en ocasiones, han servido para fundamentar agravaciones penológicas. En el presente trabajo, tras narrar el recorrido de ambas tendencias hasta la actualidad, se analiza, concretamente, su repercusión en el Derecho penal español. La conclusión alcanzada es que la victimodogmática tradicional, a pesar de la buena acogida que tuvo en sus inicios, estaría actualmente en desuso. Por el contrario, las ideologías victimagógicas basadas en la vulnerabilidad victimal se expanden vertiginosamente, aunque no hayan conseguido el respaldo de la academia victimológica ni jurídico-penal. Sentado lo anterior, se propone una ampliación de las fronteras de la victimodogmática y la incorporación de algunos de sus nuevos postulados a la legislación penal.

Palabras clave

Victimodogmática, vulnerabilidad, víctimas vulnerables, predisposición victimal, ideologías victimagógicas.

1 Este trabajo se enmarca en los siguientes dos proyectos de investigación: por un lado, *La vulnerabilidad victimal en el sistema de justicia penal* (GRE21-14A) financiado por la Universidad de Alicante; y, por otro lado, *Agravantes y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código penal desde la racionalidad legislativa* (PID2022-136847NB-I00) financiado por Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.



Abstract

The first studies on victimization typologies were the origin of two trends that have had disparate doctrinal, legislative and jurisprudential impact. On the one hand, they gave rise to a victim-dogmatic that, in general, has defended the reduction (and even exemption) of criminal liability based on the victim's contribution to the crime. On the other hand, there was a need for further research into predisposition or vulnerability to victimization, which has sometimes been used to justify penal aggravations. In this paper, after describing the history of both approaches to the present, we specifically analyse their impact on Spanish criminal law. The conclusion reached is that the victim-dogmatic theory, as we know it, though initially well received, now seems to be in disuse. On the contrary, victimagogic ideologies based on the victim's vulnerability are gaining momentum, although they have not obtained the support of the victimology and criminal law academia. Having established the above, it is proposed to broaden the boundaries of victim-dogmatic theory and the incorporation of some of its new postulates into criminal law.

Keywords

Victim-dogmatic theory, vulnerability, vulnerable victims, victimization predisposition, victimagogic ideologies

1. Introducción

En Victimología es habitual distinguir, al menos, tres etapas por las que habría atravesado la figura de la víctima hasta el momento (Herrera Moreno, 2006, p. 52). La primera ha recibido la denominación de “edad de oro”. En ella la facultad sancionadora era un derecho de la víctima y/o de su familia que reaccionaban de forma privada ante la ofensa recibida. La segunda etapa (llamada “crepuscular” o “de olvido”) es la que transcurre desde el siglo XVIII hasta mediados del pasado siglo XX. En ella imperó la neutralización de la víctima por parte del Derecho penal (tanto sustantivo como procesal). Solo se le prestaba atención como mero testigo en el esclarecimiento de los hechos y, por lo que se refiere en particular al Derecho penal sustantivo, se tenía en cuenta a la víctima principalmente para acotar la responsabilidad civil derivada del delito (Bermejo Castillo, 2016, pp. 571 y 572). Es más, las víctimas sufrían una victimización secundaria muy acuciante, pues su contacto con la Administración de justicia penal les comportaba un perjuicio añadido, fundamentalmente psicológico, que no se trataba de minimizar (Villacampa Estiarte, 2015, p. 163). Sin embargo, tras la segunda guerra mundial comienza el conocido “redescubrimiento de la víctima”. Este último periodo, a pesar de las reticencias de algunos autores (Hassemer, 1984, pp. 91-97), ha contribuido a paliar la situación de olvido de la víctima, no solo por el gran número de investigaciones que desde entonces, y especialmente en los últimos tiempos, se han orientado a su estudio, sino también debido a los avances legales acontecidos a nivel internacional y nacional.

En efecto, esta tercera etapa de consolidación ha permitido progresos muy relevantes. Por ejemplo, ha resultado esencial para analizar la prevención



de la victimización en distintos planos (prevención primaria, secundaria y terciaria); desarrollar mecanismos de asistencia, protección y reparación integrales; y favorecer que se produzca una importante evolución en el ordenamiento jurídico cuyo punto más significativo ha sido la aprobación de un completo estatuto de la víctima del delito. Esto último, como se sabe, ha culminado en España con la aprobación de la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito*².

El desarrollo de la Victimología también ha tenido un claro impacto, específicamente, en el Derecho penal sustantivo. La figura de la víctima ha ganado presencia y su intervención se considera crucial tanto en la fase pre-delictual (por provocación o petición) como durante la ejecución del delito (por cooperación) y también en la fase posdelictual (por ejemplo, en los delitos en los que la víctima decide si iniciar el proceso y, una vez iniciado, si concluirlo a través del perdón). Han proliferado incluso las teorías sobre los fines de la pena orientadas a la víctima (Gil Gil, 2016, pp. 30 y 31).

Por ello, algunos autores hablan ya de un cuarto periodo, tras el de redescubrimiento de la víctima, en el que esta habría adquirido un gran protagonismo (Villacampa Estiarte et al., 2019, p. 25). Este nuevo marco, cuya vigencia, a mi juicio, habría comenzado con la aprobación de la Ley 4/2015, ha sido aplaudido por haber contribuido al progreso de instituciones como la justicia restaurativa u otras formas de reparación. Pero también ha sido muy criticado por estar habitualmente caracterizado por la defensa de los intereses de la víctima a través del recrudecimiento punitivo y de la limitación de los derechos del delincuente (Cerezo Domínguez, 2010, p. 13). De hecho, los partidarios de esta visión crítica han sostenido que estaríamos atravesando una etapa “de culto a la víctima”.

Precisamente en este último contexto (de protagonismo o culto a la víctima, según la postura que se adopte al respecto) se han aprobado en España numerosas reformas penales de gran calado, algunas de las cuales imponen considerar el rol de la víctima en la determinación de la responsabilidad del victimario. En este trabajo voy a abordar algunas de ellas. Concretamente, voy a referirme, aun de un modo necesariamente sucinto, a las normas y construcciones jurisprudenciales que podrían considerarse la puesta en práctica de las dos principales líneas de investigación procedentes de los primeros estudios tipológicos: la victimodogmática y la vulnerabilidad victimal. Para ello, tras describir

2 Esta norma podría verse modificada en breve si finalmente sale adelante la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos y la ayuda y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI {SEC(2023) 270 final} - {SWD(2023) 246 final} - {SWD(2023) 247 final}*, de 12 de julio de 2023. *COM(2023) 424 final*.



sintéticamente el origen común de ambas corrientes y su repercusión inmediata, voy a distinguir la tendencia que se constató en este ámbito hasta la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 de la que se ha consolidado posteriormente.

2. Etiología. Las primeras tipologías victimales

En la segunda mitad del pasado siglo XX y en el marco de la conocida “Victimología positivista” la doctrina se esforzó por analizar si la figura de la víctima debía repercutir en la determinación de la responsabilidad criminal del victimario y, en caso afirmativo, cómo debía hacerlo.

El interés por dicha cuestión surgió como respuesta crítica a la lectura que reducía la figura de la víctima a un objeto neutro y estático sobre el que por azar se proyecta el comportamiento delictivo (Alonso Rimo & Villacampa Estiarte, 2006, p. 346). Los estudios tipológicos que elaboraron los denominados “padres de la Victimología” se desarrollaron, en otras palabras, como reacción a la etapa de neutralización de la víctima por parte del Derecho penal, a la que ya me he referido anteriormente.

Su pretensión era mostrar que, en contra de esa visión idealizada de la víctima indefensa e inocente que se desprende de la propia expresión “sujeto pasivo del delito”, y en contra también de los estudios estáticos unidimensionales del delincuente que habían dominado la Criminología hasta entonces, existen diversas categorías de víctimas. Estas pioneras investigaciones acerca de las tipologías victimales se proponían, en definitiva, demostrar que en algunos casos el delito no puede explicarse como producto unilateral de la decisión del infractor, sino como resultado de la interacción entre el autor y la víctima (Silva Sánchez, 1989, pp. 633 y 634).

Como se sabe, son dos los autores de referencia en este ámbito.

Por un lado, Mendelsohn analizó, entre otros asuntos de promoción y prevención victimal, la contribución activa de la víctima al delito (la llamada “víctimo-precipitación”). Este criminólogo rumano, en su obra “La victimología” de 1956, distingue cinco categorías de víctimas: la víctima totalmente inocente o víctima ideal, la víctima de menor culpabilidad o víctima por ignorancia, la víctima tan culpable como el infractor o víctima voluntaria, la víctima más culpable que el infractor y la víctima únicamente culpable (Mendelsohn, 1956). Partiendo de esta clasificación, el autor elabora el “criterio de culpabilidad correlativa” (Villacampa Estiarte et al., 2019, p. 57), también llamado de la responsabilidad gradual (Herrera Moreno 1996, pp. 141-142). De este modo, sostiene que debería graduarse la responsabilidad del victimario en función de cuál ha sido la aportación de la víctima a la génesis del delito. En particular,



distingue tres respuestas al delito. En primer lugar, la responsabilidad del criminal se mantendría íntegra si la infracción recayó sobre una víctima totalmente inocente. En segundo lugar, se reduciría la pena a imponer si la víctima fue de menor culpabilidad, tan culpable como el infractor o más culpable que el infractor (por ejemplo, imprudente o voluntaria, en la terminología empleada por este autor). Y, finalmente, en tercer lugar, no cabría imponer sanción alguna al inculpado, sino su absolución, en los casos en que se afecte a una víctima únicamente culpable.

Por otro lado, Von Hentig, otro de los “padres de la Victimología”, en el duodécimo capítulo de su obra “El criminal y su víctima” de 1948 propone una clasificación que, además, le sirve para delimitar cuáles serían las víctimas más vulnerables con base en criterios biológicos, psicológicos y sociológicos (Von Hentig, 1948). La particularidad, pues, de la propuesta del criminólogo alemán es que presta especial atención a los llamados “caracteres victimales de propensión”; es decir, incide en aquellas características de la persona que la hacen especialmente propensa a ser víctima de un delito. A mayor abundamiento, este autor discrimina novedosamente entre *riesgo* y *vulnerabilidad*; una distinción que se ha mantenido inalterada hasta nuestros días. Así, se entiende que son *víctimas de riesgo* aquellas que, por sus características o circunstancias, tienen una mayor propensión a ser víctimas de un suceso traumático. En cambio, las *víctimas vulnerables* se definen como aquellas que, tras haber experimentado un suceso traumático, tienen una mayor probabilidad de sufrir un impacto físico o emocional más intenso (Gutiérrez-Bermejo & Amor Andrés, 2019, pp. 17 y 18).

Se ha dicho por todo ello que el repertorio de Von Hentig, más que delimitar tipos victimales, “indica meramente niveles altos de riesgo o de vulnerabilidad personal al delito” (Herrera Moreno, 1996, p. 149). En cualquier caso, conviene advertir en este punto que el autor en ningún caso sugiere un incremento punitivo para quien agrede a alguna de las víctimas que considera especialmente vulnerables. No se defiende en estos casos un “criterio de culpabilidad correlativa”, pues este se propone por parte de Mendelsohn en un momento en el que el principio de intervención mínima resulta vital para superar los periodos autoritarios que se habían atravesado recientemente.

3. El impacto inmediato de los estudios tipológicos

Según acabo de exponer, aunque haya sido de este modo tan condensado, son dos los principales elementos que han sido tenidos en cuenta para la construcción de los paradigmas tipológicos: la contribución de la víctima al delito y su vulnerabilidad. Consecuentemente, como explica Cancio Meliá (2022, p. 298), son también dos las valoraciones contrapuestas que se pueden



reivindicar *de lege ferenda*: “exigir responsabilidad a la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión (posiblemente, disminuyendo la del autor) o resaltar la figura de la víctima, sus intereses olvidados (posiblemente, aumentando la punición del autor)”.

El impacto de estas dos corrientes, contrapuestas en cuanto a las consecuencias que plantean para el infractor, son las que voy a tratar de examinar en las siguientes líneas. Concretamente, revisaré la repercusión que ha tenido tanto la culpabilización como la idealización de la víctima (Tamarit Sumalla, 2013, p. 10) en la investigación doctrinal posterior a los primeros estudios tipológicos.

3.1. La Victimodogmática

La explicación de la diada víctima-victimario o la tesis de la víctima-precipitación al delito han sido considerados algunos de los avances más significativos en los estudios victimológicos. Asimismo, como se ha visto, han sentado las bases de posteriores estudios que aluden a la contribución de la víctima a su propia victimización y a cómo ello debe influir en la responsabilidad criminal del delincuente (Silva Sánchez, 1989, p. 18).

Ciertamente, partiendo de las aportaciones de los estudios de los “padres de la Victimología”, entre las que se encuentra la de Benjamin Mendelsohn, algunos autores promovieron la denominada “victimodogmática”. En el marco de esta especialidad se propuso examinar hasta qué punto y en qué términos el reconocimiento de la existencia de víctimas corresponsables del delito, bien por provocar a los autores, bien por fomentar una situación propicia para la perpetración del delito, debe conllevar que la responsabilidad del victimario sea menor.

En España destacó tempranamente el trabajo de Jiménez de Asúa (1961). Su clasificación de los tipos de víctimas se establecía a partir de una única diferenciación entre víctimas a las que denominó “indiferentes” y “determinadas”. Expuesta esta distinción, en los casos de coadyuvancia victimal el autor sugería suprimir ciertos tipos penales, atenuar la pena del victimario o privar de compensación a la víctima en el plano civil, apreciando una suerte de culpa concurrente, que, sin embargo, a su juicio, no debía evitar la pena del infractor (Herrera Moreno, 1996, p. 150).

Más adelante, comenzaron a propagarse las tesis victimodogmáticas a través de las publicaciones de algunas voces autorizadas como la de Bueno Arús (1990), aunque no las defendiera, y también a través de otros autores, que sí las respaldaron, como Silva Sánchez (1989) o Serrano Maíllo (1996).

Como se sabe, los estudios victimodogmáticos pretenden ofrecer un criterio a seguir en la interpretación de los tipos penales (Landrove Díaz, 1998,



p. 39), cuya principal consecuencia sería la atribución de responsabilidad a la víctima que contribuye con su actitud o comportamiento al delito y, en consecuencia, la atenuación o incluso exención de responsabilidad criminal del victimario (Hernández Hidalgo, 2015, p. 13; Pérez Cepeda, 2003, pp. 59 y 60)³. De hecho, llevando la victimodogmática a su último extremo se defiende por parte de algún autor que no solo habría que privar a la víctima de protección *ex post*, a través de la aminoración o exención de responsabilidad criminal del victimario, sino incluso amenazarla con pena a efectos preventivos (Cancio Meliá, 2022, p. 304). Es más, para gran parte de la doctrina especializada los postulados victimodogmáticos no solo deberían imponerse cuando la víctima contribuye a la génesis del delito con su comportamiento (no solo deberían plantearse, por ende, en casos de víctima-precipitación), sino también cuando la víctima desatiende sus deberes de autoprotección. De este modo, por ejemplo, cabría atenuar la pena del infractor si el estafado o la víctima de un hurto lo son por su actitud despreocupada o negligente. Como explica Gómez Rivero (2015, p. 51), “la clásica formulación de la victimodogmática toma por base el diseño de ciertos deberes de autotutela que gravarían a la víctima”. Desde esta perspectiva, las medidas de protección previstas por el legislador penal deberían retroceder (al menos, en los delitos de relación) cuando el daño pudo haberse evitado con una actitud distinta por parte de la víctima.

En este orden de ideas, la doctrina ha consagrado el denominado “principio victimológico de autorresponsabilidad o autoprotección” (también conocido como “principio victimológico” o “principio victimodogmático”). A través de esta regla de interpretación en la aplicación del Derecho penal (advirtiéndose que no se trata, por lo general, de una propuesta *de lege ferenda*) se estima que quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes jurídicos, no debe quedar protegido por el Derecho penal (Silva Sánchez, 1990).

Este principio, que se propone como una derivación del principio de subsidiariedad, exige a la víctima un deber de autodefensa, de manera que si la víctima lo infringe decae el merecimiento de pena y la necesidad de protección (Machado Rodríguez, 2010, pp. 92 y 93). Por lo tanto, la intervención penal, según sostienen los partidarios de esta vertiente de la victimodogmática, tan solo estaría legitimada cuando no existan otros medios posibles de tutela, incluyendo aquellos que se encuentran a disposición de la propia víctima (Tamarit Sumalla, 1998, p. 23).

3 Los autores no coinciden en la consideración de si la contribución de la víctima al hecho delictivo afecta a la antijuridicidad del comportamiento del autor (Gómez Rivero, 2015, p. 74) o a su punibilidad (Tamarit Sumalla, 1998, p. 20).



A pesar de la indiscutible relevancia de dichos axiomas, que han sido esenciales para el avance del conocimiento en este ámbito (Cancio Meliá, 2022, p. 334), son numerosas las críticas que impiden que la victimodogmática, así entendida, haya tenido éxito. Entre ellas, destacan las que se dirigen, específicamente, al principio victimodogmático.

Así, en primer lugar, se alega que vulnera las exigencias del principio de legalidad y pone en cuestión la vigencia de la norma jurídico-penal. En esta dirección, Roxin explica que “un hurto sigue siendo un hurto aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado” y entenderlo de otra forma “sería modificar la ley, no interpretarla” (Roxin, 1997, p. 564).

En segundo lugar, se sostiene que ofrece una visión del principio de subsidiariedad equivocado (Gómez Rivero, 2015, pp. 52 y 53). Este principio implica que el Derecho penal ha de ser el último recurso a utilizar a falta de otros recursos menos lesivos. Pero esos otros medios deben proceder de la propia Administración pública y no de la víctima del delito.

Por último, en tercer lugar, se considera que el principio victimodogmático genera desconfianza, recelo y obsesión por la propia seguridad, lo que puede conducir a un derecho de la autotutela y, en consecuencia, a una privatización del Derecho penal. Este efecto es precisamente el que se quiere evitar cuando se otorga al Estado el monopolio de la violencia a través del Derecho penal (Tamarit Sumalla, 1998, pp. 36 y 37).

Pero una crítica que afecta, no solo al principio victimodogmático, sino a las aproximaciones victimodogmáticas en general, es aquella que recuerda que este planteamiento se traduce en un reproche jurídico a la víctima, que puede ahondar en el daño psicológico de la victimización secundaria. Se llama la atención en este punto sobre lo intolerable que resulta trazar una suerte de catálogo de la buena víctima, sumisa y diligente, que termina dando entrada a la formulación de juicios de culpa o reproche a la víctima real.

Esta última objeción, sobre todo, es la que habría impedido que actualmente las tesis victimodogmáticas estén en el centro del debate político-criminal, como lo estuvieron a finales del siglo pasado.

3.2. La vulnerabilidad victimal como objeto de estudio

Son diversas las teorías acerca de la vulnerabilidad que se han elaborado en los últimos años, especialmente desde la filosofía (Delgado Rodríguez, 2018). Por un lado, autores encabezados por Fineman (2008) han expandido la conocida idea acerca de una vulnerabilidad universal de la que nadie estaría exento. Por otro lado, frente a los automatismos en la determinación de la vulnerabilidad



individual que provoca la etiqueta en el colectivo al que pertenece, Luna (2018) indica, con acierto, que es necesario concebirla como el resultado de la acumulación de múltiples capas de vulnerabilidad que interactúan entre sí. Finalmente, entre otras concepciones, también ha sido muy bien recibida la idea de la vulnerabilidad patogénica defendida por autores como Rogers, Mackenzie & Dodds (2012), quienes pretenden calificar ciertas formas de vulnerabilidad surgidas de condiciones ambientales intolerables, en ocasiones institucionalmente propiciadas, que agravan las vulnerabilidades existentes (Bonsignore Fouquet, 2023).

En coherencia con estas reflexiones, pero mucho antes de su publicación, ya afirmó Landrove Díaz (1998, p. 47) que, “aunque quizás sea excesivo hablar de víctimas natas, no es menos cierto que la probabilidad de convertirse en víctima de un delito no está igualmente distribuida entre todos los miembros del colectivo social”. En efecto, algunas personas, en función de circunstancias de muy diversa naturaleza que pueden irse superponiendo a modo de “capas”, ofrecen una predisposición victimógena específica. Por ello, en el ámbito de la Victimología, aunque no ha sido habitual el desarrollo de teorías específicas, ha sido tradicional, como se ha visto, el estudio de la predisposición victimal. De manera que en dicho campo de estudio se han ido concretando los denominados “factores de vulnerabilidad” que ya examinó Fattah en 1971⁴.

En España son varios los autores que han tratado de delimitar cuáles serían los más influyentes. Para ello parten de la existencia de una vulnerabilidad universal al delito, pero también consideran que determinados elementos pueden incrementarla notablemente (estiman, pues, que existen “capas de vulnerabilidad” que pueden sumarse a la universal⁵). Las conclusiones que han alcanzado son muy similares, aunque pueda considerarse que siguen perfeccionándose en la actualidad. Con todo, algunos han puesto el acento, especialmente, en la vulnerabilidad social (Beristain Ipiña, 2000). Otros, han considerado, como defiende Tamarit Sumalla (1998, p. 19), que entre las predisposiciones victimógenas han de ser destacadas, de igual modo, las características del individuo (como la edad o la discapacidad) y las causas exógenas (como el abuso de sustancias o la situación socioeconómica, etc.). E incluso algún autor ha desarrollado su propia tipología desde una perspectiva más integral. En esta línea, Morillas Fernández (2014, pp. 192-202) defiende una de las llamadas “tipologías de contribución-vulnerabilidad”. Y en el seno de este marco denomina “víctimas especialmente

4 Este autor, aunque también analizó el criterio mendelsohniano de distribución gradual de la responsabilidad de acuerdo con el comportamiento de la víctima, delimitó con éxito algunas predisposiciones específicas de las víctimas (Beristain Ipiña, 1994, pp. 257 y 258).

5 Resulta muy sugerente, en este contexto, la investigación desarrollada por Varona Martínez (2023). La autora sugiere una distinción que en este ámbito obligaría a tener en cuenta, acertadamente, tanto las múltiples vulnerabilidades como la vulnerabilidad interseccional.



vulnerables” a aquellos grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes, endógenos y exógenos, que los hacen fácilmente victimizables, siendo, por tanto, su índice de victimización mayor que el del resto. Esta categoría varía, según el autor, en función de la tipología delictiva.

Como se puede observar, la Victimología académica no ha defendido hasta el momento, como tampoco lo hicieron los padres de la Victimología, teorías que asuman, con carácter general, que la responsabilidad criminal deba quedar afectada en virtud de la vulnerabilidad victimal entendida como mayor riesgo de sufrir victimización. Por el contrario, acertadamente, se ha insistido en que la finalidad de los estudios sobre la predisposición victimal radica en aislar a los grupos sociales que presentan una mayor probabilidad de resultar victimizados para así articular campañas de prevención que permitan reducir o disminuir el riesgo de victimización presentado (Morillas Fernández, 2014, p. 195).

4. La influencia de los distintos tipos de víctimas en la responsabilidad criminal. Una mirada a la legislación y jurisprudencia españolas

Una vez expuesta la repercusión teórica que habrían tenido, a grandes rasgos, los dos paradigmas tipológicos analizados por la doctrina, a continuación, voy a revisar su impacto en la legislación y jurisprudencia españolas. Para ello, como anunciaba, voy a distinguir la tendencia seguida hasta el Código penal de 1995 de la que se ha consolidado posteriormente. Sin embargo, de forma previa, quisiera advertir que no pretendo trasladar la idea de que el objeto del análisis que sigue deriva, en exclusiva, de los estudios procedentes de las primeras tipologías victimales. Soy muy consciente de las otras muchas razones que habrían favorecido la aparición de instituciones legales como las que voy a mencionar a continuación (Cancio Meliá, 2022), aunque no vaya a poder detenerme en ellas.

4.1. La tendencia hasta el Código penal de 1995

Como ya se ha podido observar, desde que se publicasen los primeros estudios tipológicos sobre víctimas fueron muchos los autores que se esforzaron por analizar la víctima-precipitación y cómo debía repercutir penalmente.

Los resultados de sus investigaciones impactaron de lleno en los cuerpos normativos penales previos al conocido como el “Código penal de la democracia”. De hecho, existió una circunstancia atenuante genérica en el ordenamiento jurídico español hasta que se aprobó la *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal* con el siguiente contenido: “la de



haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido” (art. 9.2). Su razón no era otra que el reconocimiento de la degradación de la antijuridicidad de la conducta del autor sobre la base del comportamiento a su vez reprochable de la víctima (Gómez Rivero, 2015, p. 74).

Por lo demás, la doctrina ha detectado la influencia de algunos de los criterios victimodogmáticos en otros preceptos del Código penal español vigente, que se introdujeron en el ordenamiento jurídico-penal con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995.

Sobre todo, han aludido, por un lado, a la exigente de legítima defensa, en la medida en que la previa agresión ilegítima por parte de la víctima posibilita que la posterior conducta del autor del delito se estime justificada y, en cambio, no pueda apreciarse legítima defensa cuando exista provocación suficiente. Por otro lado, en relación, específicamente, con el principio victimodogmático, se ha aludido en esta dirección, por ejemplo, al delito de estafa. Mediante la reforma penal de 1983 se pasó a exigir el requisito de la idoneidad (el engaño bastante) y desde entonces debe averiguarse en el proceso si el sujeto pasivo estaba en condiciones de adoptar medidas de protección por sí mismo. Por último, con la finalidad de ofrecer otro ejemplo relacionado con el principio victimodogmático, en la circunstancia de escalamiento regulada para el robo (también creada con anterioridad a la entrada en vigor del Código penal de 1995) salta a la vista, como explica Gómez Rivero (2015, p. 53), la relevancia que el legislador concede al comportamiento defensivo de la víctima para calificar la sustracción. Así, si el propietario de una finca la rodea con un muro de cierta altura y el ladrón lo escala, se apreciará un robo. Si, por el contrario, el propietario de la vivienda no se ocupó de proteger su propiedad con este sistema, su dejadez (la infracción de su deber de autotutela, dirían los partidarios de la victimodogmática) determinará que la pena del autor sea inferior: la propia del hurto.

Al mismo tiempo, la mayoría de la doctrina, al menos en España, ha alcanzado la conclusión de que las soluciones que pretende aportar la victimodogmática ya se consiguen mediante otras construcciones más consolidadas de la actual teoría del delito, que también se elaboraron antes del Código penal de 1995, aunque sigan desarrollándose en la actualidad. Estos autores hacen referencia, en particular, a la institución del consentimiento, a la doctrina de la concurrencia de culpas y, sobre todo, a la teoría de la imputación objetiva, con especial referencia a la diferenciación entre las autopuestas y las heteropuestas en peligro.

En efecto, el consentimiento de la víctima como elemento determinante para atenuar la pena del infractor empezó a tener presencia en la legislación española mediante la aprobación del *Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de*



noviembre. Esta norma estableció la sanción atenuada del aborto consentido (art. 411). Unos años más tarde, a través de la reforma penal de 1983, a la que ya me he referido, se introdujo la exención de pena en casos de trasplante, esterilización y cirugía transexual consentidas.

Por su parte, la doctrina de la concurrencia de culpas ha tenido virtualidad en los supuestos en los que la actuación imprudente del autor viene acompañada de la imprudencia de la víctima, de forma tal que la creación del resultado es producto de la concurrencia de ambas (Alonso Rimo & Villacampa Estiarte, 2006, p. 353; Tamarit Sumalla, 1998, p. 158). Este es el caso, por ejemplo, del peatón que cruza la calzada por un lugar no habilitado a tal efecto y es atropellado por un vehículo cuyo conductor conduce bajo los efectos de las bebidas alcohólicas o con exceso de velocidad. En casos como el narrado, sobre los que se han pronunciado los tribunales españoles en numerosas ocasiones, esta concurrencia de culpas se traduce en la práctica en una degradación de la imprudencia y, en consecuencia, en una distinta calificación jurídica del hecho y una menor pena (Cancio Meliá, 2022, pp. 104 y 117).

Finalmente, la toma en consideración de la conducta de la víctima ha tenido lugar, mucho antes de aprobarse la Ley Orgánica 10/1995, en relación con conductas de riesgo en las que esta interviene voluntariamente. Este sería, por ejemplo, el caso en el que, a instancia de otro conductor, un motorista acepta competir en una carrera prohibida y fallece (STS, de 25 de septiembre de 1986) o el caso en el que una persona, a pesar de ser consciente de que quien se encuentra al volante de un automóvil no sabe conducir, accede a ocupar el puesto de acompañante, produciéndose posteriormente un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida (SSTS, de 23 de diciembre de 1963, y de 26 de enero de 1981). En casos como los narrados explica Gimbernat Ordeig (2004) que la participación en una autopuesta en peligro resultaría, en principio, impune, mientras que la participación en una heteropuesta en peligro consentida sería punible, aunque pueda conllevar una pena menos severa dentro del marco punitivo correspondiente. El distinto desenlace de estos dos grupos de casos se debe a que en la autopuesta en peligro la contribución de la víctima sería de mayor relevancia que en el caso de la heteropuesta en peligro en donde la conducta de la víctima sólo se limita a tolerar el comportamiento generador de riesgo llevada a cabo por el autor.

4.2.1. *La tendencia a partir del Código penal de 1995*

Tal y como he tratado de describir en los anteriores epígrafes, las primeras tipologías victimales y también su posterior desarrollo doctrinal se basaron tanto en la contribución de la víctima al delito como en su vulnerabilidad. No obstante, fueron solo las aproximaciones victimodogmáticas las que consiguieron pene-



trar en la ley penal y en su aplicación por parte de la autoridad judicial antes de la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995.

Esta realidad, empero, no puede atribuirse solo al redescubrimiento de la víctima. Como avanzaba, el contexto en el que las hipótesis victimodogmáticas se desarrollaron era proclive al Derecho penal mínimo por muchas razones en las que ahora no puedo detenerme (Díez Ripollés, 2004). Y precisamente por este mismo motivo, entre otros, la vulnerabilidad victimal no recibió ninguna atención.

Esta tendencia, sin embargo, se invierte a partir de la aprobación de dicha norma. Como se verá seguidamente, a partir de ese momento el avance victimodogmático se detiene. En cambio, la vulnerabilidad victimal se consolida como circunstancia determinante de la responsabilidad criminal, aunque dicha vulnerabilidad, según expondré más adelante, no deba identificarse, a mi juicio, con aquella analizada en los estudios señalados *supra*.

4.2.2. *La contribución de la víctima al delito como base para la aminoración o exención de pena*

Desde que se aprobara el actual Código penal a través de la Ley Orgánica 10/1995 no se han previsto circunstancias eximentes ni atenuantes de la responsabilidad criminal que recojan las tesis victimodogmáticas, como sí existieron, según he expuesto anteriormente, en códigos penales históricos (véase, al respecto, el epígrafe 4.1) y existen todavía en muchos textos punitivos extranjeros⁶.

Algunos autores, como Beristain Ipiña y Tamarit Sumalla, elaboraron en los años 90 interesantes propuestas para su reincorporación al texto punitivo. Concretamente, el primer autor propuso crear una circunstancia atenuante con la siguiente redacción: “la de que la víctima se haya comportado de tal manera que se le deba considerar co-causante, en grado de notable, del daño producido por el delito” (Beristain Ipiña, 1994, p. 363). Y, en la misma dirección, Tamarit Sumalla (1998, p. 170) afirmó que resultaba recomendable la introducción en España de una circunstancia atenuante que resultase de aplicación cuando el comportamiento de la víctima hubiese concurrido dolosamente, junto con el del culpable, a determinar el resultado.

A pesar de estas sugerencias, que no suelen reivindicarse en la actualidad, lo cierto es que en el Código penal español en vigor solo se han materializado, de un modo directo, los postulados de la vertiente más moderada de la

6 Por ejemplo, en el artículo 62.5 del Código penal italiano se contempla, como circunstancia atenuante genérica, el hecho de concurrir para determinar el hecho delictivo, junto con la acción u omisión del culpable, la conducta dolosa del perjudicado (art. 62.5).



victimodogmática en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito. Me refiero a aquella perspectiva partidaria de aminorar la responsabilidad del victimario en caso de víctima-precipitación. Esta idea es la que gravita sobre el artículo 114 del Código penal (inalterado, por cierto, desde que se aprobó la LO 10/1995), que establece lo siguiente: “si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”. Así pues, si la víctima precipitadora contribuye con su conducta a la producción del daño, el órgano judicial puede reducir el importe de la reparación. Y ello porque, según sostiene Díez-Picazo (1999, p. 349), “si en la configuración de un contrato social, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato”.

En cuanto al resto de las instituciones a través de las que se ponía de manifiesto la victimodogmática antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, el legislador solo ha avanzado en la determinación de la relevancia del consentimiento (véanse, en esta dirección, entre otros, los arts. 144, 155, 161, 178). La jurisprudencia, por su parte, sigue apreciando la concurrencia de culpas y también justificando sus resoluciones ocasionalmente en la doctrina de las heteropuestas y autopuestas en peligro. Pero, como advertía, todas ellas son instituciones cuyo surgimiento es anterior al Código penal de 1995. Por esta razón, a pesar de que un autor de referencia en la materia como lo es Cancio Meliá afirme que la victimodogmática todavía está en fase de desarrollo (2022, p. 333), lo cierto es que, si se define como aquella tesis consistente en atenuar o eximir de pena al autor por el comportamiento o la actitud de la víctima, desde que comenzó este siglo son muy pocos los autores que todavía la defienden como un criterio de interpretación del Derecho penal sustantivo y tampoco se observan grandes avances en este ámbito en el derecho positivo ni en la jurisprudencia.

Con todo, actualmente se advierte que la contribución de la víctima al hecho delictivo sirve como motivo para fundamentar la atenuación o exención de responsabilidad criminal, según los casos, a través de otras sólidas construcciones dogmáticas a tener en consideración. Además, la víctima-precipitación puede ser tenida en cuenta, en su caso, en la fase de determinación de la pena. Y, por supuesto, las aportaciones en este ámbito pueden obtener una plasmación en la política criminal como criterio orientativo para el legislador, que podría identificarse con el principio de intervención mínima (Tamarit Sumalla, 1998, p. 56).

Por el contrario, hoy en día tiene difícil encaje el principio victimodogmático que defiende, con carácter general, a través de la interpretación teleológica de los tipos penales, el reproche a la víctima por su mera pasividad o



dejadez, entendiendo por tal la ausencia de adopción de medidas de protección ante la actuación de un tercero (Gómez Rivero, 2015, p. 58). Y, de un modo más rotundo si cabe, se descartan las propuestas orientadas a sancionar a la propia víctima en todos estos casos.

4.2.2. *La agravación de pena por la vulnerabilidad de la víctima*

Como se ha visto hasta ahora, el comportamiento de la víctima ha servido para justificar una menor (incluso nula) responsabilidad criminal del victimario a través de la creación de diversos preceptos y doctrina jurisprudencial. Sin embargo, la única novedad en este ámbito desde la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 ha sido la incorporación del artículo 114 al Código penal.

Por el contrario, sobre todo en los últimos años, aunque Herrera Moreno (2006, p. 81) afirme que “hoy esté perfectamente descartada la oferta de una víctima nata o por destino”, se observa una clara tendencia político-criminal a valorar (o a presumir, según el caso) la vulnerabilidad de la víctima en orden a la determinación de la gravedad del hecho y, por consiguiente, de la pena. De esta manera, por ejemplo, la agresión sexual a una mujer en situación de especial vulnerabilidad que hubiese “provocado” al victimario podía recibir un castigo penal atenuado en tiempos pasados, mientras que ahora puede conllevar una pena cualificada.

Al análisis de la corriente que ha conllevado este cambio de rumbo voy a dedicar las siguientes líneas.

En el Código penal vigente existen numerosos tipos penales autónomos y subtipos cualificados que resultan de aplicación cuando el comportamiento delictivo se lleva a cabo sobre una persona vulnerable. Sin embargo, en unos casos se hace referencia a la *víctima especialmente vulnerable* (imponiendo, en la mayoría de los supuestos, la acreditación de tal condición), mientras que en otros, se alude a su pertenencia a un determinado colectivo. Mediante este segundo enfoque suele presumirse la vulnerabilidad de la víctima en función del grupo al que pertenece. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los menores de edad, de las personas con discapacidad e incluso de las mujeres respecto de sus parejas o exparejas⁷. En definitiva, se observa una heterogeneidad difícilmente justificable en la regulación, que provoca incluso contradicciones jurisprudenciales (Moya Guillem, 2020). Es más, en muchas ocasiones, la vulnerabilidad victimal permite

7 A mayor abundamiento, para los atentados motivados por el odio hacia ciertos colectivos se prevé la circunstancia genérica contenida en el artículo 22.4 del Código penal, cuyo fundamento genera importantes dudas entre la doctrina (Doval Pais, 2023).



apreciar distintas cualificaciones que se superponen, lo que se traduce en un rigor punitivo absolutamente excesivo.

En esta dirección, resulta muy ilustrativa la hiperagravación prevista en el artículo 140.1.1^a del Código penal. En relación con el comportamiento consistente en dar muerte a un menor de corta edad o a un anciano gravemente enfermo, por ejemplo, los tribunales admiten actualmente la posibilidad de apreciar, a su vez, la alevosía por desvalimiento (que permite calificar la conducta de asesinato) y la agravación específica basada en la especial vulnerabilidad victimal (que eleva la sanción hasta la prisión permanente revisable). Para ello sostienen que el fundamento de ambas cualificaciones es distinto (STS 585/2022, de 14 de junio).

A esta decisión, a mi juicio insostenible por las razones expuestas con ocasión de otra investigación (Moya Guillem & Sandoval, 2023), contribuye la existencia de los muy distintos significados que pueden asociarse a la voz *vulnerabilidad* en este contexto. Así se observa cómo algún autor ha llegado a conectarla con la mayor propensión a la victimización (Alcácer Guirao, 2004, p. 56)⁸, aunque la mayoría de la doctrina considere que el fundamento reside en la mayor antijuridicidad y, en menor medida, el mayor reproche de culpabilidad (Juanatey Dorado, 2016). Bajo mi punto de vista, como ya he argumentado en anteriores trabajos (Moya Guillem, 2023), ese mayor contenido de injusto debería asociarse, específicamente, con la mayor indefensión de la víctima.

Sea como fuere, aunque la doctrina no lo hubiese demandado, lo cierto es que este consolidado rumbo hacia la tutela penal reforzada de la vulnerabilidad victimal está en pleno proceso de expansión desde la aprobación del Código penal de 1995 (Pérez González y De la Mata Barranco, 2023; Díez Ripollés, 2024) y, sobre todo, desde la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015⁹. Ha ocurrido en este caso lo contrario que con la victimodogmática; no es la doctrina la que ha realizado una propuesta y la ha ido perfeccionando a través de la discusión académica, sino el legislador el que ha insertado preceptos en el texto punitivo sin atender a las voces expertas que incluso cuestionan, en algunos casos, su legitimidad (Sánchez-Moraleda Vilches, 2023; Blanco Cordeiro, 2023).

8 En la jurisprudencia también se localiza de manera aislada esta tesis. Véase, al respecto, la SAP Vizcaya 75/2016, de 18 de noviembre.

9 La aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 coincide temporalmente con la aprobación de otras normas con relevancia penal en las que también se alude en numerosas ocasiones a las víctimas vulnerables. Me prefiero, por ejemplo, a la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* y a la *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*.



En efecto, en contra de lo sucedido con las tesis victimodogmáticas, actualmente asistimos al fenómeno de la sobreprotección de la que podría identificarse con la “víctima ideal”, articulada en la obra de Christie (1986), o con la “víctima latente” o la “víctima nata” de las tradicionales clasificaciones victimales (Mendelson, 1956; Fattah, 1971). Lo que comparten ambas corrientes es que, así como en relación con las tesis victimodogmáticas se ha defendido la reincorporación al Código penal de la atenuante genérica por víctima-precipitación que contenía el Código penal aprobado a través de la Ley de 19 de julio de 1944 (antes de la reforma operada en 1983), somos ya algunos los autores que defendemos la incorporación de la vulnerabilidad victimal como circunstancia agravante genérica, cuyo fundamento sería justamente el opuesto al que se defiende por algunos en el seno de las tesis victimodogmáticas: en este caso, el mayor contenido de injusto y, en consecuencia, la mayor necesidad de tutela (Moya Guillem, 2023). En absoluto se propone sobreproteger al más expuesto al delito (*víctima de riesgo*) ni al más expuesto a sus consecuencias (*víctima vulnerable*), sino a aquél más indefenso ante el ataque ilegítimo. El empleo, por lo tanto, de la voz *vulnerable* convendría descartarse en este ámbito por la confusión que genera.

5. El declive de la victimodogmática tradicional frente al auge sobreprotector de la vulnerabilidad victimal. Las razones para el cambio de tendencia y los retos que plantea

En las Exposiciones de Motivos de las reformas penales acontecidas desde la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 no se localiza ni una sola explicación sobre la decisión político-criminal de ofrecer una tutela reforzada a las víctimas vulnerables más allá de la supuesta “demanda social”¹⁰. No obstante, la doctrina ha podido facilitar algunas reflexiones al respecto, que permiten, a su vez, aventurar algunos inconvenientes.

Para tratar de exponerlas considero pertinente retomar las palabras con las que cerré el apartado introductorio. En él recordaba que las víctimas del

10 Solo se hace una escueta referencia a la vulnerabilidad, aun no de manera expresa, en la LO 5/2010 cuando se establece que “en el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil”. Asimismo, en la LO 8/2021 se afirma que “se incrementa la edad a partir de la que se aplicará el subtipo agravado del delito de lesiones del artículo 148.3, de los doce a los catorce años, puesto que resulta una esfera de protección más apropiada en atención a la vulnerabilidad que se manifiesta en la señalada franja vital”.



delito han pasado de ser agentes a los que el sistema de justicia penal desatendía a tener un protagonismo indiscutible. A este cambio de paradigma han contribuido, de un modo destacado, dos fenómenos sobre los que la doctrina ha discutido intensamente en los últimos lustros: el asociacionismo victimal y la identificación de la población con las víctimas.

El movimiento social de víctimas comenzó su andadura, precisamente, cuando las tesis victimodogmáticas irradiaban la discusión jurídico-penal y quizás, en parte, como contrapeso a su influencia (Van Dijk, 1988, p. 116). En sus inicios, ciertamente, consiguió progresos en la mejora de la situación de la víctima del delito, siendo uno de los factores que contribuyó al “redescubrimiento de la víctima”. Sin embargo, cuando las asociaciones de víctimas empezaron a profesionalizarse como consecuencia, en parte, de su acceso a subvenciones concedidas por gobiernos de todo color (Tamarit Sumalla, 2013, p. 18), se politizaron. A partir de ese momento (y todavía en la actualidad), aunque la imagen vengativa de la víctima que a menudo se tiene resulta desmentida por la investigación victimológica (Alonso Rimo & Villacampa Estiarte, 2006, p. 398; Cerezo Domínguez, 2010, p. 41), en las reivindicaciones de las asociaciones sí ocupa un lugar prioritario el endurecimiento de la respuesta punitiva frente al victimario. Triunfa, pues, en este ámbito el populismo punitivo (Varona Gómez, 2021, p. 74).

Por su parte, la doctrina muestra cómo la identificación de la mayoría social con las víctimas, que se explica como un reflejo del “progresivo refinamiento de las formas de civilización” (Tamarit Sumalla, 2013, p. 4), es otro de los fenómenos que ha llevado a que estas adquieran tanto peso en la política criminal actual (Cerezo Domínguez, 2010, p. 25). Es más, el ciudadano, al conectar emocionalmente con la imagen de las víctimas que los medios de comunicación le proporcionan, integra actitudes menos comprensivas con el agresor (Gil Gil, 2016, p. 6).

Ambos fenómenos habrían generado, al menos, las siguientes consecuencias con trascendencia penal: la expansión de contenidos emocionales en la legislación penal, y una política criminal de corte intensamente punitivista y securitaria.

En efecto, la mayor empatía de la sociedad con las víctimas (y especialmente con las más vulnerables), así como la intervención política de los movimientos de víctimas, han propiciado un proceso de cambio cultural a través del cual se le ha dado mayor énfasis a los aspectos subjetivos, particularmente emocionales, en la legislación, en la aplicación del Derecho penal y en la legitimación del ejercicio del poder punitivo (Tamarit Sumalla, 2013, p. 5; Gil Gil, 2016, p. 5). Aunque esta evolución resulta inevitable por la propia consolidación del Estado democrático, e incluso positiva para algunos (Varona Gómez, 2021),



el problema sobre el que han advertido otros autores es el siguiente: el peso del factor emocional (y la carga inevitablemente irracional que al menos en parte conlleva), refuerza el entendimiento de las penas como castigos que necesariamente han de compensar el sufrimiento infligido a la víctima, incluso en perjuicio del ideal de racionalidad y equilibrio (Bernuz Beneitez, 2013).

Al mismo tiempo, los partidos políticos han encontrado en el discurso victimal un buen filón para llegar al ciudadano y obtener más votos (Gil Gil, 2016, p. 5). Las víctimas están siendo instrumentalizadas en el discurso político al servicio del incremento punitivo y del retroceso garantista en relación con el reo. De este modo, algunas de las manifestaciones de las conocidas como “ideologías victimagógicas” (Tamarit Sumalla, 2006, pp. 47-49) han terminado imponiéndose en una agenda política a la que solo interesa contemplar al ofensor culpable y a la víctima inocente, a pesar de la evidencia. Siendo ello así, todo aquello que en la determinación de la pena o incluso en su ejecución favorece al autor supone una suerte de humillación para la víctima en el conocido “juego de suma cero” (Tomás-Valiente Lanuza, 2021, p. 39; Tamarit Sumalla, 2013, p. 13).

Estos dos eventos (la introducción de contenidos emocionales en el ámbito de la justicia penal y el recrudecimiento punitivo) se sostienen con el pretexto de ofrecer una mayor protección a las víctimas del delito. Pero adviértase que ninguno de ellos alcanza a todas las víctimas. Estas políticas solo estarían poniendo el foco sobre las víctimas que pertenecen a los colectivos que han conseguido acaparar una mayor atención por el poder de influencia que les ha dado el asociacionismo (víctimas del terrorismo, de la violencia de género y de accidentes de tráfico) y también sobre las víctimas desvalidas o, en general, sobre aquellas con las que resulta más fácil empatizar (víctimas menores o con discapacidad, así como víctimas que pertenecen a colectivos tradicionalmente discriminados). De hecho, estas son las víctimas que han recibido la etiqueta (explícita o implícita) de *víctimas especialmente vulnerables* en la legislación penal. Pero, ni todas ellas necesitarían una tutela penal más intensa (entre ellas, algunas víctimas de violencia de género) ni todas las excluidas se encuentran menos necesitadas de protección (por ejemplo, las víctimas que se hallan inconscientes en el momento de los hechos).

Sentado lo anterior, conviene poner de manifiesto que esta tendencia político-criminal, que continúa expandiéndose en la actualidad, no solo pone en cuestión un modelo penal presidido por la proporcionalidad y el garantismo, sino que también erosiona el interés público, en general, y las necesidades de las víctimas reales, en particular. Por un lado, su idealización conlleva un incremento de la victimización secundaria ya que las víctimas reales no responden a la expectativa generada (Tamarit Sumalla, 2013, p. 10). Según afirma, con acierto, Varona Martínez (2023, p. 28), “la noción de vulnerabilidad debe utilizarse, en sentido positivo, para politizar, y no para patologizar”. Por otro lado, se desatien-



den sus necesidades. Como se ha visto, se priorizan unas estrategias punitivistas que no acaban redundando, en realidad, en una mayor protección a las víctimas reales (Alonso Rimo & Villacampa Estiarte, 2006, p. 321). En cambio, se observa, por ejemplo, cómo no se invierte lo suficiente en atender adecuadamente las demandas asistenciales y de reparación de las víctimas ni en diseñar políticas preventivas dirigidas a eliminar las raíces del problema (Cerezo Domínguez, 2010, pp. 40 y 41).

En definitiva, constatado el origen común de las dos tendencias a las que me he aproximado en este trabajo, podría pensarse que el criterio mendelsohniano de culpabilidad correlativa ha sido tomado en consideración tanto para la defensa de una aminoración penológica en los casos de víctima-precipitación como para justificar agravaciones en los casos de vulnerabilidad victimal. Sin embargo, como he tratado de mostrar, no se encuentra esta relación entre las razones que se ofrecen para contextualizar el auge de la tendencia que ahora impera. A lo sumo, se deja entrever entre los argumentos que emplea la doctrina para tratar de delimitar el fundamento de algunas de las previsiones en las que se materializa.

6. Conclusiones. Una primera aproximación a los nuevos confines de la victimodogmática

En los apartados anteriores he tratado de mostrar cómo los primeros estudios tipológicos se centraron, especialmente, en el análisis de la contribución de la víctima a la génesis del delito. La línea de investigación que, sobre todo, se desarrolló sobre esta base, denominada “victimodogmática”, sumó adeptos durante décadas. Es más, sus resultados influyeron tanto en la legislación penal española como en su aplicación por parte de la autoridad judicial. Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 su avance ha sido muy limitado.

Diferente recorrido ha tenido, en cambio, otro de los aspectos examinados en profundidad en algunas de las pioneras publicaciones sobre tipologías victimales. El estudio acerca de la vulnerabilidad al delito prácticamente no tuvo ninguna repercusión directa hasta el Código penal de 1995. Desde entonces (y, sobre todo, en los últimos años) se han propagado las circunstancias agravantes específicas basadas en la especial vulnerabilidad victimal, así como las previsiones que tutelan de un modo más intenso a víctimas que pertenecen a ciertos colectivos considerados vulnerables.

Esta nueva orientación, que sería una muestra más de la denominada “expansión del Derecho Penal” (Silva Sánchez, 2001) o del “nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” (Díez Ripollés, 2004), podría estar justificada cuando la sobreprotección se fundamenta en la indefensión acreditada de la



víctima, que se traduce en una mayor necesidad de amparo. No obstante, del mismo modo en que se han denunciado los inconvenientes de las tesis victimodogmáticas, deben tenerse en cuenta los peligros que la doctrina ha señalado si esta corriente político-criminal sigue avanzando irracionalmente, como ha sucedido hasta el momento: entre otras, un mayor riesgo de victimización secundaria, una desatención de las políticas preventivas y un retroceso en la resocialización del delincuente.

Esta conclusión podría llevar a requerir que la actitud (activa o pasiva) de la víctima deje de tener protagonismo alguno en el Derecho penal sustantivo. Algo así como una vuelta a la neutralización de la víctima por parte del sistema penal. Sin embargo, esta propuesta no parece, en absoluto, sensata. Bajo mi punto de vista, debe asumirse su trascendencia en la determinación de la responsabilidad criminal sin que ello implique introducir tintes victimagógicos en el ordenamiento jurídico-penal; es decir, sin incurrir en los excesos derivados de la tentación punitiva contemporánea.

Como ya he avanzado, la incorporación al Código penal de circunstancias agravantes basadas en la especial vulnerabilidad victimal debe responder al interés por sobreproteger a las víctimas más indefensas. No se trata de ofrecer amparo a las que estadísticamente sufren el delito con más frecuencia (*víctimas de riesgo*) ni a las que experimentan mayores secuelas derivadas del delito o del paso por el proceso penal (*víctima vulnerable*). De ahí que se vengán criticando las presunciones de vulnerabilidad que se han impuesto recientemente en el Derecho penal sustantivo (Moya Guillem & Durán Silva, 2022).

Pues bien, la asociación de esta tutela penal reforzada con la indefensión de la víctima permite sugerir la revisión de su tratamiento teniendo en cuenta algunas de las conclusiones alcanzadas por las investigaciones que proponen una distribución gradual de responsabilidad en función del comportamiento de la víctima. Según se ha visto, en algunos de los trabajos que recogen los resultados de la victimodogmática se ha defendido el “principio de culpabilidad correlativa”, cuya consecuencia sería, como mínimo, la atenuación de pena al responsable de realizar un comportamiento delictivo en el que la víctima hubiese participado. Probablemente por el contexto temporal antipunitivo en el que esta idea despegó no se exploró su completo alcance¹¹. Esto hubiese obligado a plantearse, como pretendo hacer en estas líneas, si merecería, consecuentemente, un mayor castigo aquel que ataque a la víctima que no puede contribuir al delito en absoluto por su incapacidad al respecto.

11 Como afirma Silva Sánchez (1990, p. 107), “queda, pues, fuera de las preocupaciones teóricas de esta corriente científica el estudio de las relaciones entre autor y víctima a los efectos de su repercusión agravatoria sobre la responsabilidad penal del primero”.



La doctrina, por lo general, había considerado que el ataque a una “víctima totalmente inocente” (en palabras de Mendelsohn) merecía ser sancionado en aplicación del marco penal del tipo básico del correspondiente delito. Y en el resto de las hipótesis la pena debía reducirse. Pero no se planteó la posibilidad de agravar la pena en ningún supuesto.

Hechas estas precisiones y habiendo desechado la *reneutralización* de la víctima, son dos las alternativas que entiendo que podrían explorarse para el reconocimiento de los diversos tipos de víctimas del delito existentes. Por un lado, cabe preguntarse si lo adecuado no sería que el rol de la víctima solo tuviese relevancia, en su caso, en la fase de determinación de la pena. Esta conclusión descartaría las iniciativas agravantes, así como también las atenuantes y eximentes, lo que permitiría a la autoridad judicial valorar las circunstancias de cada caso y aplicar la pena con mayor discrecionalidad. Pero se tendría que asumir el riesgo de generar resoluciones contradictorias o injustas al sancionar con la misma pena comportamientos de muy distinta gravedad. Por su parte, la segunda alternativa pasaría por examinar si cabe proponer, en virtud del principio de proporcionalidad, tanto la reducción de pena con base en la víctima-precipitación como su incremento por vulnerabilidad.

Esta segunda opción podría estudiarse en el marco de una victimodogmática entendida como especialidad jurídico-penal centrada, en general, en el estudio de la influencia de la víctima en el delito y su impacto en la responsabilidad penal del autor. Consecuentemente, su objeto de estudio se ampliaría a toda víctima del delito y a toda forma en la que puede influir en la responsabilidad del victimario.

Partiendo de esta premisa, a la que no puedo más que aproximarme en este trabajo, quizás convendría reflexionar acerca de la conveniencia de articular un “criterio de responsabilidad correlativa” (no de “culpabilidad correlativa”, como defendía Mendelsohn), que permita justificar una menor pena en caso de contribución de la víctima al delito y una mayor pena en caso de especial vulnerabilidad victimal. La idea sería que, a mayor intervención dolosa de la víctima en el delito, correspondería imponer una menor pena al infractor y, como contrapartida, cuanto menor fuese la responsabilidad de la víctima, mayor sería la sanción prevista para el victimario.

Los argumentos para sustentar este criterio podrían ser, precisamente, algunos de los que aducían los partidarios de la victimodogmática clásica. Por un lado, que el ordenamiento jurídico-penal sería más respetuoso con el principio de igualdad. Como afirma Tamarit Sumalla (1998, p. 55), “cuando se atiende a las particularidades de la víctima en este contexto, no se infringe el principio de igualdad, sino que más bien se da cumplimiento al mismo”. Por otro lado, podría alegarse



que la legislación penal sería más respetuosa con el principio de proporcionalidad. En este sentido, se venía afirmando que la victimodogmática debía prosperar por la menor gravedad de los comportamientos a los que resulta de aplicación (Cancio Meliá, 2022, pp. 318 y ss.). Se afirmaba que en esos supuestos no existe necesidad de pena respecto del comportamiento del autor ni merecimiento de protección a la víctima. Pues bien, del mismo modo, cabría cuestionarse si las agresiones a víctimas especialmente vulnerables merecen mayor pena por su mayor gravedad, así como por la mayor necesidad de protección de las víctimas. Piénsese que en caso de víctima-precipitación el bien jurídico digno de protección podría incluso llegar a desaparecer, mientras que, por el contrario, en caso de agresión a una persona absolutamente indefensa, el bien jurídico estaría mucho más expuesto que en las hipótesis para las que el legislador habría diseñado el tipo básico.

Este criterio de responsabilidad correlativa podría materializarse en forma de circunstancias (agravante y atenuante) genéricas. Piénsese que estas únicamente limitan la discrecionalidad de la autoridad judicial al imponerle, en principio, la aplicación de la pena prevista en el tipo básico en su mitad superior/inferior. Esto, empero, obligaría al legislador a ajustar su preciso encaje en el Código penal para evitar solapamientos (eliminando, por supuesto, muchos de los subtipos cualificados que ahora existen) y a revisar la dinámica del proceso penal para minimizar el riesgo de victimización secundaria que puede implicar tanto la culpabilización como la idealización de la víctima.

Mientras se explora esta posibilidad, lo que parece indiscutible es la necesidad de invertir en investigación victimológica y desarrollar políticas públicas de calidad. Desde un punto de vista político-criminal, resulta muy útil detectar a través de estudios periódicos quiénes son *víctimas de riesgo* y quiénes *víctimas vulnerables*, pues solo de este modo podrán proponerse iniciativas preventivas eficaces, así como medidas de asistencia y reparación integrales. Estas son las iniciativas que, indudablemente, favorecerán de un modo más contundente a las víctimas del delito, con independencia de que se otorgue una tutela penal reforzada a las víctimas más indefensas.

7. Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2004). *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier.
- Alonso Rimo, A. & Villacampa Estiarte, C. (2006). La víctima en el Sistema de Justicia Penal II. En Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. & Tamarit Sumalla, J.M. (coords.), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, 345-406.



- Beristain Ipiña, A. (1994). *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*. Tirant lo Blanch.
- Beristain Ipiña, A. (2000). *Victimología. Nueve palabras clave* Tirant lo Blanch.
- Bermejo Castillo, M.A. (2016). *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*. Dykinson.
- Bernuz Beneitez, M.J. (2013). El sentido de las emociones en el Derecho penal. *Revista Nuevo Foro Penal*, 9 (81), 210-231.
- Blanco Cordero, I. (2023). La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad. En Moya Guillem, C. (dir.) & Bonsignore Fouquet, D. (coord.), *Las víctimas especialmente vulnerables en el Derecho penal. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Tirant lo Blanch, 121-160.
- Bonsignore Fouquet, D. (2023). Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad. En Moya Guillem, C. (dir.) & Bonsignore Fouquet, D. (coord.), *Las víctimas especialmente vulnerables en el Derecho penal. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Tirant lo Blanch, 19-64.
- Bueno Arús, F. (1990). La atención a la víctima. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3, 951-964.
- Cancio Meliá, M. (2022). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio de los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. BdeF.
- Cerezo Domínguez, A.I. (2010). *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch.
- Christie, N. (1986). The Ideal Victim. En Fattah, E.A. (ed.), *From Crime Policy to Victim Policy*. Palgrave Macmillan, https://doi.org/10.1007/978-1-349-08305-3_2
- Delgado Rodríguez, J. (2017). The relevance of the ethics of vulnerability in Bioethics. *Les ateliers de l'éthique*, 12 (2-3), 154-179. <https://doi.org/10.7202/1051280ar>
- Díez Ripollés, J.L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 3, 1-34.
- Díez Ripollés, J.L. (2024). Los colectivos identitarios y la tutela penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 26, 1-46.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.



- Doval País, A. (2023). Revisión del papel de la agravante de discriminación (art. 22.4^a CP) en la protección de la igualdad y la no discriminación. En Doval País, A. & Gutiérrez Pérez, E. (dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal. Volumen I*. Aranzadi, 219-240.
- Fattah E.A. (1971). *La Victime est-elle coupable?*. Presses de l'Universite de Montréal.
- Fineman, M.A. (2008). The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. *Yale Journal of Law & Feminism*, 1, 1-23.
- Gil Gil, A. (2016). Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *Indret*, 4, 1-39.
- Gimbernat Ordeig, E. (2004). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. *Nuevo Foro Penal*, 82, 83-133.
- Gómez Rivero, M.C. (2015). Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición? *Revista penal México*, 8, 49-77.
- Gutiérrez-Bermejo, B. & Amor Andrés, P.J. (2019). *Víctimas vulnerables*. Editorial Síntesis.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho penal (traducción y notas de Francisco Muñoz Conde & Luis Arroyo Zapatero)*. Bosch.
- Hernández Hidalgo, P. (2015). Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 17, 1-34.
- Herrera Moreno, M. (1996). *La hora de la víctima: compendio de victimología*. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.
- Herrera Moreno, M. (2006). Historia de la Victimología. En Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. & Tamarit Sumalla, J.M. (coords.), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, 51-78.
- Jiménez de Asúa, L. (1961). La llamada Victimología. *Estudios de derecho penal y criminología*, 1.
- Juanatey Dorado, C (2016). Asesinato. En Boix Reig, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, Iustel, 45-70.
- Landrove Díaz, G. (1998). *La moderna victimología*. Tirant lo Blanch.



- Luna F. (2019). Identifying and evaluating layers of vulnerability – a way forward. *Developing World Bioethics*, 2, 86-95. <https://doi.org/10.1111/dewb.12206>
- Machado Rodríguez, C.I. (2010). La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca). *Revista Derecho penal y Criminología*, 90, 89-114.
- Mendelsohn, B. (1956). The victimology. *Etudes Internationales de Psych-Sociologie criminelle*, 25-36.
- Morillas Fernández, D.L., Patró Hernández, R.M. & Aguilar Cárceles, M.M. (2014). *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson.
- Moya Guillem, C. (2020). La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española. *Revista de Derecho penal y Criminología (UNED)*, 24, 13-58. <https://doi.org/10.5944/rdpc.24.2020.28085>
- Moya Guillem, C., & Durán Silva, M.C. (2022). La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021. *Indret*, 3, 414-451. <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i1.10>
- Moya Guillem, C. (2023). La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora. En Moya Guillem, C. (dir.) & Bonsignore Fouquet, D. (coord.), *Las víctimas especialmente vulnerables en el Derecho penal. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Tirant lo Blanch, 283-318.
- Moya Guillem, C. & Sandoval, J.C. (2023). Regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa. En Doval País, A. & Gutiérrez Pérez, E. (dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal. Volumen I*. Aranzadi, 263-307.
- Pérez Cepeda, A.I. (2003). La victimodogmática en Derecho penal. En Reyna Alfaro, L.M. (dir.), *Derecho, proceso penal y victimología*. Ediciones jurídicas Cuyo, 57-86.
- Pérez González, S & de la Mata Barranco, N.J. (2023). Las circunstancias diferenciales y de vulnerabilidad del sujeto pasivo en el Código Penal. En de la Mata Barranco, N.J. & Pérez Machío, A.I. (dirs.), *Personas vulnerables y tutela penal*. Aranzadi, 19-72.



- Rogers, W., Mackenzie, C. & Dodds, S. (2012). Why bioethics needs a concept of vulnerability. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 5 (2), 11-38.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, García Conlledo & Vicente Remesal)*. Aranzadi.
- Sánchez-Moraleda Vilches, N. (2023). Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad. En Moya Guillem, C. (dir.) & Bonsignore Fouquet, D. (coord.), *Las víctimas especialmente vulnerables en el Derecho penal. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Tirant lo Blanch, 161-204.
- Serrano Maíllo, A. (1996). *La compensación en Derecho penal*. Dykinson.
- Silva Sánchez, J.M. (1989). La consideración de comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática. En Echeburúa Odriozola, E., de la Cuesta Arzamendi, J.L. & Dendaluce Seguro, I. (coords.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. IVAC/KREI, 633-646.
- Silva Sánchez, J.M. (1990). La “víctimo-dogmática” en el extranjero. En Beristain Ipiña, A. & De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dirs.). *Victimología: VIII Cursos de verano en San Sebastián*. Universidad del País Vasco, 105-112.
- Silva Sánchez, J.M. (2001). *La expansión del Derecho penal*. Civitas.
- Tamarit Sumalla, J.M. (1998). *La víctima en el Derecho penal*. Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2006). La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas. En Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. & Tamarit Sumalla, J.M. (coords.), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, 17-50.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2013). Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. *Indret*, 1, 1-31.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2021). El interés de la víctima en la pena del delito. Algunas reflexiones. En Pozuelo Pérez, L. & Rodríguez Horcajo, D. (coords.), *El papel de la víctima en Derecho penal*. BOE, 30-71.
- Van Dijk, J. (1988). Ideological trends within the victims movement: an international perspective. En Maguire, M. & Pointing, J. (eds.), *Victims of crime: a new deal?* Open University Press, 115-126.



- Varona Gómez, D. (2021). El papel de la víctima en un Derecho penal democrático. En Pozuelo Pérez, L. & Rodríguez Horcajo, D. (coords.), *El papel de la víctima en Derecho penal*. BOE, 73-95.
- Varona Martínez, G. (2023). Interseccionalidad y victimización en contextos de violencia de género: caminos contradictorios en busca de la igualdad real. En Doval País, A. & Gutiérrez Pérez, E. (dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal. Volumen I*. Aranzadi, 23-48.
- Villacampa Estiarte, C. (2015). La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección. En Tamarit Sumalla, J.M. Villacampa Estiarte, C. & Serrano Masip, M. (coords.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*. Tirant lo Blanch, 168-240.
- Villacampa Estiarte, C., Cerezo Domínguez, A.I. & Gómez Gutiérrez, M. (2019). *Introducción a la Victimología*. Síntesis.
- Von Hentig, H. (1948), *The Criminal and his victim. Studies in the sociobiology of crime*. Yale University Press.