

ALGUNAS CONSIDERACIONES VICTIMODOGMÁTICAS EN LOS DELITOS SEXUALES

MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES*

RESUMEN: El artículo se refiere a las modernas concepciones victimodogmáticas que se han desarrollado a propósito de los delitos de relación, en los que existe una víctima participante, atenuando o excluyendo la responsabilidad del autor del delito en aquellos casos en que la actuación de la víctima ha contribuido o desencadenado la comisión del ilícito. En particular explora la posibilidad de aplicar estos criterios a los delitos sexuales, circunscribiendo tal alternativa a los casos de delitos cometidos contra personas capaces de prestar su consentimiento para la realización de actos sexuales y, específicamente, a las hipótesis de empleo de intimidación o de engaño propio del estupro. Asimismo, se analizan supuestos que pueden generar mayor polémica en que existe una víctima llamada provocadora.

ABSTRACT: This article refers to the modern conceptions of the victimodogmatic that have been developed regarding to the relationship crimes, where a participant victim exist, attenuating or excluding the criminal responsibility of the offender in those cases in that the victim's performance has contributed or unchained the commission of the crime. In particular, the article explores the possibility to apply these approaches to the sexual crimes, bounding this alternative to those cases with victims that are able to lend their consent for sexual acts and, specifically, to the hypotheses of intimidation or deceit characteristic of the rape of a minor. Also, it analyzes

* Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal Pontificia Universidad Católica de Chile.
<msantiba@uc.cl>

suppositions that can trigger a bigger polemic: sexual crimes with a so-called provocative victim.

PALABRAS CLAVES: Victimodogmática – delitos sexuales

KEYWORDS: Victimodogmatic – sexual crimes

INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Penal en general siempre se ha limitado al análisis de la conducta efectuada por el delincuente o el sujeto activo del delito, sin tomar en consideración el comportamiento que ha tenido la víctima en la génesis del delito.

Este enfoque tradicional no fue cuestionado durante largo tiempo, ya que en general todo el estudio del derecho penal y de las ciencias afines a esta disciplina jurídica se había centrado en el autor del delito. Es sólo con el surgimiento de la victimología que comienza a llamarse la atención acerca de la víctima u ofendido por el delito, en tanto participante de la génesis criminal.

A partir de la victimología se ha desarrollado la victimodogmática, que analiza la contribución que efectúa la víctima al hecho delictivo, es decir la repercusión favorable que puede tener el comportamiento del sujeto pasivo del delito en la valoración jurídico-penal de la conducta del autor.

La mayoría de los planteamientos victimodogmáticos se desarrollan a propósito de los llamados delitos de relación, en que existe una víctima participante, siendo el más característico de ellos probablemente la estafa. La cuestión se torna un tanto diferente cuando se trata de extender la aplicación de consideraciones victimodogmáticas a otra clase de delitos, en los que se ven afectados bienes jurídicos personalísimos, como sucede respecto de los delitos sexuales.

En esta última clase de delitos la ausencia de consentimiento de la víctima o la voluntad viciada de la misma constituyen precisamente el fundamento de su punición, toda vez que en estos supuestos estaría comprometida la libertad sexual de la víctima, su indemnidad sexual o, de acuerdo a criterios más modernos respecto al bien jurídico protegido en estos delitos, su integridad sexual. Partiendo de esta premisa, cabe preguntarse si puede echarse mano de criterios victimodogmáticos a la hora de establecer la responsabilidad del autor de un delito sexual, en qué hipótesis ello es factible y qué consecuencias prácticas trae consigo.

I. LA VICTIMODOGMÁTICA

1. *Antecedentes Generales*

El estudio de la víctima en forma sistemática se produce gracias al desarrollo de la victimología, que surge luego de la 2ª guerra mundial a partir de los trabajos de VON HENTING y MENDELSON, quienes han sido reconocidos como sus precursores. En efecto, la victimología tiende a revertir el fenómeno de neutralización de la víctima que había producido el derecho penal moderno, demostrando que no se trata de un mero objeto, neutro y pasivo, sino que un sujeto activo que contribuye decididamente en la génesis y la ejecución del hecho criminal.

La preocupación por la víctima constituye una nueva visión criminológica con que se enfrenta al fenómeno del delito, entendiéndolo como un proceso complejo e interrelacionado que permite observar dos protagonistas: el delincuente y la víctima, entendiendo por lo tanto que está última es capaz de influir en la estructura, la dinámica y la prevención del delito.

El origen de la victimología, preocupada principalmente de explicar el grado de participación de los distintos tipos de víctimas en la génesis del delito¹, evolucionó a partir de fines de la década de los años 60 hacia una concepción más interaccionista, impulsada principalmente por el movimiento internacional a favor de las víctimas y los derechos humanos, excediendo con creces la observación sólo de la pareja criminal².

Por otra parte, la victimología comenzó a observar que, en ciertas ocasiones, la víctima no es un mero objeto pasivo que sufre un ilícito, sino que puede contribuir con su comportamiento a la producción de la lesión del bien jurídico. Este último interés, permitió precisamente la introducción de la perspectiva victimológica en la dogmática penal, que es lo que conocemos como victimodogmática³.

¹ En este sentido autores como HENTING, MENDELSON, WOLFGANG, AMIR y ELLEMBERGER. Véase NEUMAN (2001) p. 32 y ss. y HERRERA MORENO (1996) pp. 89 y ss.

² La nueva dimensión de la victimología comienza probablemente con Schaffer que gana la calificación de interaccionista, tomando en consideración no sólo las actitudes y percepciones recíprocas entre víctima y ofensor, sino que asimismo toma nota de la influencia de los mecanismos de presión ambiental y social sobre la tensión interactiva. Otros exponentes de esta corriente son Gulotta, Fattah y Beristáin. Véase HERRERA MORENO (1996) pp. 109-111.

³ SILVA SÁNCHEZ(1998), p. 150.

La victimodogmática se preocupa de analizar el comportamiento de la víctima como una categoría de carácter dogmático, que debe tomarse en consideración por la sistemática del delito a objeto de determinar la exclusión de la responsabilidad del autor o la atenuación de la misma. Al igual que la victimología, el estudio se realiza sobre la pareja criminal, delincuente-víctima, pero partiendo de la inteligencia que algunas víctimas contribuyen –dolosa o imprudentemente- a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del delincuente⁴.

Parece correcto admitir que para efectuar una completa valoración de la conducta delictiva, no sólo debe tomarse en consideración el comportamiento del autor del delito, sino que también ha de valorarse el accionar de la víctima desde el inicio del *iter criminis*. De hecho, sólo un análisis global de ambas conductas nos permitirá determinar, en ciertos casos más dudosos, quien ocupa el papel de víctima y quien es en cambio el sujeto activo del delito, cuestión que no siempre resulta fácil en las hipótesis de co-participación de la víctima.

Debe reconocerse en todo caso que la aplicación de los presupuestos victimológicos a la dogmática del delito no trajo consigo un beneficio para la víctima, sino que más bien una restricción de la aplicación del derecho penal o de sus efectos sobre la base del reconocimiento de una responsabilidad victimal⁵.

En efecto, la consideración de la conducta de la víctima en la generación del hecho delictivo, sin duda que despierta bastante polémica, sobre todo tratándose de delitos más graves. En el fondo aquí existen dos tipos de intereses en juego, por un lado si no se toma en consideración la conducta desplegada por la víctima bajo ningún respecto se puede producir una sobrecarga de la responsabilidad del autor, haciéndolo responsable de todo el hecho delictivo, sin considerar el aporte o la responsabilidad que ha tenido también la víctima en la producción del ilícito, lo que podría atentar contra el principio de culpabilidad y de proporcionalidad; por otro lado la consideración de la conducta de la víctima puede llevar a culpabilizarla y llevaría a desarrollar estrategias de inculpación de la víctima, con nefastas consecuencias para la vida en sociedad.

⁴ LANDROVE DÍAZ (1998) p. 39.

⁵ En todo caso los planteamientos victimodogmáticos que han hecho aparecer a la víctima como culpable y, en ciertos casos, punitiva y mercantil, parecen más bien continuadores de la antigua victimología. Véase BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI (1993) p. 68.

2. Consideraciones victimodogmáticas en el Derecho Penal

La pretensión de encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático, que deba por tanto ser tomada en consideración en toda la sistemática del delito, no constituye en todo caso una novedad absoluta, toda vez que la inteligencia de que la conducta de la víctima tiene influencia para atenuar o eximir de responsabilidad es algo que siempre ha estado presente en las distintas instituciones del derecho penal.

En la teoría de la legítima defensa por ejemplo se puede aludir a que la exclusión o restricción de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido, se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, ya que la idea de protección del derecho frente al injusto, pierde su significación cuando es el propio agredido quien ha incurrido en el injusto⁶.

También adquiere importancia el consentimiento prestado por la víctima, que en ciertos casos –tratándose de bienes jurídicos disponibles– excluye la tipicidad de la conducta, o bien, según un sector de la doctrina, se trataría de conductas típicas pero justificadas⁷.

Además de la ley, el comportamiento de la víctima ha sido tomado en consideración por la doctrina y la jurisprudencia a propósito de los delitos imprudentes, que es donde originalmente se ha dado cabida a los planteamientos victimodogmáticos⁸. En efecto, a partir de esta clase de delitos se ha reconocido la institución de la compensación de culpas cuando la víctima ha ejecutado también una conducta imprudente, haciendo aplicable de esta manera en el campo del derecho penal una institución más propia del derecho civil –el criterio de la exposición imprudente de la víctima al daño– que disminuye el derecho de la víctima a la obtención de indemnización de perjuicios.

La compensación de culpas en materia penal parece justa precisamente cuando la víctima ha co-participado en el hecho delictivo, en cuyo caso tal compensación deberá admitirse a lo menos en el quantum de la pena, sobre todo tomando en consideración los numerosos casos de corresponsabilidad victimal que existen en la vida cotidiana⁹.

⁶ ROXIN (1997) p. 564.

⁷ En este sentido, véase CURY (2005) p. 370.

⁸ SILVA SÁNCHEZ (1989) p. 636.

⁹ BERISTAIN (2000) p. 108.

3. Alcance de los postulados victimodogmáticos

Aún cuando es efectivo que el derecho penal en general no ha estado ajeno a las consideraciones victimales, tal como ha quedado de manifiesto en el apartado anterior, no puede dejar de reconocerse que el planteamiento victimodogmático ha permitido dar una mirada de conjunto al comportamiento de la víctima en el delito, excluyendo o disminuyendo la responsabilidad del autor del delito en caso de co-participación de la víctima. Esto que parece no presentar tantas dificultades en el caso de los delitos imprudentes u omisivos, es más problemático tratándose de delitos dolosos¹⁰.

Los efectos que se atribuyen al comportamiento de la víctima van desde quienes postulan una posición más extrema que lleva a la exclusión de la responsabilidad del autor, a quienes más bien promueven un efecto atenuatorio de la responsabilidad penal.

A. COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO FUNDAMENTO DE UNA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL AUTOR

Esta posición es extrema y más bien minoritaria¹¹ y se funda en el carácter de última ratio del derecho penal y en el principio de subsidiariedad que debe regirlo, en el sentido que no debe haber intervención penal en aquellos casos en que la autoprotección pertenece a la víctima.

Los esfuerzos de este sector doctrinario se han dirigido a la elaboración de un principio victimológico o de autorresponsabilidad, que sería el fundamento de la exclusión de responsabilidad del autor. Este principio promueve que la víctima adopte medidas de protección, entendiendo que si ella no lo hace, la conducta ya no es relevante para el derecho penal, que en función de su carácter de *ultima ratio* debe limitar su intervención sólo a aquellos supuestos en que no es posible la autoprotección. De esta manera, deberían quedar fuera del derecho penal todos aquellos comportamientos en que el

¹⁰ Así, no puede dejar de reconocerse que será tan homicidio el que se ejecuta sorpresivamente sobre un sujeto pasivo desconocido para el autor, que por lo tanto nunca ha asumido un riesgo, como el que comete el marido sobre la esposa enamorada, que, a pesar, de las continuas y serias amenazas de muerte de las que está siendo objeto, no ha denunciado al marido y ha preferido seguir conviviendo con él. Véase GIMBERNAT ORDEIG (2005) p. 735.

¹¹ Se reconocen como precursores del principio de autorresponsabilidad a ZACZYK, FRISCH y DERKSEN, siendo uno de sus principales exponentes JAKOBS y más limitadamente Bernad SCHÜNEMANN. Véase CANCIO MÉLIA (2001) p. 299 y ss.

tipo penal aparece aplicable sólo en función de la coparticipación que ha tenido la víctima.

Tampoco se trata en estos casos de exigir un imposible, colocando como parámetro al sujeto más cuidadoso, sino que basta con adoptar medidas que sean razonables, posibles y exigibles¹². Así, la eventual responsabilidad de la víctima sólo aparecerá cuando ante un riesgo concreto y relevante, opte por exponerse al mismo y dejar de adoptar medidas de protección, en cuyo caso la conducta delictiva deja de ser imputable al autor y, por lo tanto, es atípica.

Estos planteamientos victimodogmáticos se desarrollan principalmente a partir de los delitos de relación, que son aquellos en que existe una contribución de la víctima para lograr su consumación. En estos delitos se exige a la víctima tomar ciertas medidas de autoprotección, desapareciendo o disminuyendo la necesidad de protección si ella no las toma, ya que si es posible exigir una autoprotección eficaz no existiría una lesión del bien jurídico suficientemente peligrosa para hacer a la víctima merecedora de protección penal¹³. En este sentido el delito más característico es el de estafa, a propósito del cual precisamente se ha producido el mayor desarrollo doctrinal, en aras a no hacer punible la conducta del agresor cuando la víctima no ha tomado medidas mínimas de resguardo para evitar el engaño¹⁴.

En contra de esta posición tan extrema se erigen una serie de críticas. Así, se señala en primer lugar que el principio victimodogmático parece no poder deducirse directamente de la idea de subsidiariedad, ya que si bien es cierto que el derecho penal es la ultima ratio de la política social, ello sólo significa que no se puede imponer una pena cuando el Estado tiene a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar los conflictos sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se podría proteger por sí mismo. Otra cosa sería desconocer que los ciudadanos

¹² SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 159.

¹³ Estos delitos se oponen a los de intervención o acometimiento que son precisamente aquellos que no requieren de tal contribución para consumarse y en los que toda la colectividad es víctima potencial de una agresión delictiva *v.g.* el hurto. En ellos la necesidad de protección subsiste mientras la víctima no sea responsable del riesgo generado.

¹⁴ En este sentido CHOCLÁN MONTALVO (1999); FERNÁNDEZ DÍAZ (2005); GEISSBÜHLER ARANDA (2005); MAYER LUX (2008); PASTOR MUÑOZ (2003) y (2004); PÉREZ MANZANO (1995), entre otros.

precisamente han establecido el poder estatal para descargarse a sí mismos de las tareas de protección¹⁵.

Una crítica fundada que se hace al principio de autorresponsabilidad es que desnaturaliza las bases mismas del derecho penal, ya que deja de ser protección de bienes jurídicos y de considerar los ataques más graves a estos, con ello en definitiva se desconocerían los derechos de las personas y las bases mismas de un sistema democrático de derecho, dejando la solución de los casos sólo a la valoración arbitraria del juez¹⁶.

Por otro lado, se señala que nunca un comportamiento de la víctima puede llevar al extremo de dejarla sin protección penal, ello llevaría a la generación de un clima de total desconfianza hacia el derecho, en que todos andaríamos a la defensiva y se produciría un retorno hacia la privatización de la justicia¹⁷.

Por último, se señala que al favorecer de esta forma a quienes agreden dolosamente, se produce una revictimización de la víctima y la aparición de tendencias exculpatorias en el autor y que una generalización del argumento victimodogmático podría llevar a una completa abolición de la pena¹⁸.

No debe olvidarse en todo caso que el dejar sin protección penal a la víctima no significa que no pueda encontrar protección en otras ramas del ordenamiento jurídico. Precisamente a ello tiende esta posición en un afán por encontrar límites a la creciente expansión del derecho penal, por lo tanto, la regla debería ser que la regulación y resolución de la mayoría de los conflictos sociales tenga lugar al margen del derecho penal.

¹⁵ ROXIN (1997) p. 564.

¹⁶ Según Bustos es inaceptable invocar el principio de autorresponsabilidad en el derecho penal, que no jugaría un rol gravitante respecto de ninguno de los elementos del delito. Ello en todo caso, no significa que no haya de tomarse en cuenta el consentimiento de la víctima en los tipos penales, sin embargo ello no surge del principio de autorresponsabilidad, sino del principio de disponibilidad de los derechos que tienen las personas y echando mano de este principio es que se pueden solucionar en la práctica muchos de los problemas que aparecen mencionados por la doctrina como de carácter victimodogmático aludiendo al principio de autorresponsabilidad para dejar sin sanción la conducta. Véase BUSTOS RAMÍREZ y LARRAURI (1993) p. 17.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 160.

¹⁸ *Idem.*, p. 161.

B. COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL AUTOR

Si se diese una aplicación general al principio de autorresponsabilidad se llegaría al absurdo de exigir que los sujetos emplearan sus propios medios de defensa para repeler ataques contra la vida o la integridad corporal o que nunca se sometieran a situaciones de riesgo, como caminar de noche por algún sector, pero por otro lado no puede desconocerse que el ordenamiento jurídico no puede renunciar a cualquier exigencia respecto al comportamiento de la víctima, ya que ello supondría asumir el costo absoluto de comportamientos imprudentes o incluso dolosos de la víctima. De manera que sí parece exigible que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de que se es titular.

Por ello la postura mayoritaria en estas materias aboga más bien por no excluir la responsabilidad del autor, sino más bien atenuarla, reconociendo que en los casos en que la víctima ha generado con su conducta la realización del hecho típico, no pueda serle imputada toda la responsabilidad del hecho al autor, ya que ello sobrepasaría el límite de su culpabilidad, debiendo producirse una división de la responsabilidad, en términos tales que el agresor sea sólo responsable por aquello que realmente realizó¹⁹.

Serán entonces los principios de proporcionalidad y fragmentariedad del derecho penal los que deben tomarse en consideración para resolver estos casos, más que el carácter de última ratio del derecho penal. Por lo tanto, se debe apuntar más bien a una distribución ponderada de responsabilidad basada en el criterio de proporcionalidad, así si el autor aportó el 60% sólo deberá responder por ese quantum²⁰.

Resulta interesante desde esta perspectiva la posición de Tamarit Sumalla quien propone integrar el fenómeno de la intervención de la víctima en un

¹⁹ Representan esta postura más moderada entre otros, ROXIN (1997) p. 565 y SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 161.

²⁰ BUSTOS y LARRAURI (1993) p. 27, sostienen que no es la autorresponsabilidad de la víctima la que juega un rol por sí misma en materia de determinación de pena, ya que ella no puede conectarse con el injusto ni con la responsabilidad, por lo tanto mal podrían considerarse entonces para la determinación de la pena. Ello sin perjuicio de que pueda ser considerada echando mano de otros criterios generales de determinación de la pena como la gravedad del hecho.

mecanismo de reparto de ámbitos de responsabilidad como elemento de la teoría del tipo objetivo²¹.

En la mayoría de los casos sin duda la corresponsabilidad de la víctima no será conducente a la impunidad del autor, sin embargo deberá ser tomada en consideración al menos como una atenuante en la medición de la pena, sea que se funde en una disminución del injusto material y/o de la culpabilidad del autor. La medición de la pena podrá establecerse diferenciadamente según se trate de casos en que la conducta de la víctima es cercana a una hipótesis de consentimiento, participación o indignidad de protección²².

En todo caso la morigeración de la pena debe darse sólo en aquellos casos en que el riesgo es asumido por la víctima y buscado por ella, no cuando ello ocurre de forma inconsciente.

Si en cambio se trata de casos en que la conducta del agresor no encierra en sí un peligro relevante de lesión, y este se adquiere más bien a propósito de la conducta de la víctima, más que atenuación de responsabilidad podría hablarse de ausencia de imputación objetiva por la no creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Por otro lado, si se trata de casos en que el proceso ya se encuentra en manos de la víctima completamente y ella no adopta medidas de resguardo o protección, agravándolo, entonces sólo ella debería responder, por ejemplo lesiones de cierta entidad que luego se ven agravadas por una conducta negligente de la víctima en su cuidado.

4. Ubicación de los planteamientos victimodogmáticos en la Teoría del Delito

Se discute por la doctrina cuál es la posición que debe tener el comportamiento de la víctima dentro de la teoría del delito. Así, algunos estiman que debe ser considerado a nivel de imputación objetiva, otros en cambio dentro del injusto o antijuridicidad material y también hay quienes apuntan a una incidencia del comportamiento de la víctima a nivel de culpabilidad del autor. Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de un problema de ciertos tipos delictivos y no del derecho penal general.

Parece ser que en ciertos supuestos es precisamente la teoría de la imputación objetiva la que permite hacerse cargo de la conducta de la víctima, a partir de la diferenciación entre un momento *ex ante* (creación de un riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo precisamente, en el resultado

²¹ TAMARIT SUMALLA (1994) p. 101 y ss.

²² ROXIN (1997) p. 566.

producido)²³. De esta manera, no existirá imputación objetiva cuando el autor no ha generado el riesgo desaprobado por el derecho sino que ello ha sido hecho por la víctima o cuando el riesgo desaprobado creado por el autor no se realiza en el resultado como consecuencia del accionar de la víctima.

Serán entonces los propios elementos típicos los que caen al considerar la interacción que se da entre víctima y autor, ya que los tipos no describen tan sólo una acción sino una situación entre personas²⁴.

El análisis de la imputación objetiva desde una perspectiva victimodogmática adquiere dimensiones propias y será entonces en este nivel en el que deberá analizarse el carácter bastante o suficiente del engaño en la estafa o de la intimidación en la violación.

Tratándose en cambio de la corriente victimodogmática que apunta a la conducta provocadora de la víctima el problema no se resuelve a nivel de imputación objetiva.

II. PLANTEAMIENTOS VICTIMODOGMÁTICOS EN LOS DELITOS SEXUALES

1. Consideraciones Generales

La utilización de criterios victimodogmáticos en materia de delitos sexuales ha sido fuertemente cuestionada y ha dado lugar a decisiones judiciales muy controvertidas. El solo hecho de señalar que debe analizarse la conducta de la víctima en estos delitos despierta las más airadas reacciones, por tratarse precisamente de uno de los sectores de la criminalidad más sensible para la opinión pública.

Las cosas, sin embargo, deben ser tasadas en su justa medida y debe delimitarse en primer lugar que clase de delitos sexuales son los que pueden dar lugar a consideraciones de tipo victimodogmático y que efectos podrían producir tales planteamientos a la hora de juzgar las conductas delictivas.

La realización de un acto de significación sexual puede constituir un acto cotidiano o un delito, según medie o no la voluntad libre de la persona que está siendo objeto de tal acto. Lo fundamental entonces será determinar si en el caso concreto existió o no tal consentimiento por parte de la víctima, para ver si nos encontramos en el ámbito del ilícito penal.

²³ SILVA SÁNCHEZ (1998) p. 166.

²⁴ BUSTOS y LARRAURI (1993) p. 29.

Tal como se señala en la primera parte del estudio, para analizar si estamos frente a auténticos casos de falta de consentimiento de la víctima es fundamental analizar su conducta desde el comienzo del *iter criminis*. Ello, en todo caso, jamás puede significar un cuestionamiento acerca de la conducta pasada de la víctima, la que, fuese cual fuese, no hace perder a la víctima su libertad o integridad sexual. La consideración de la vida pasada de la víctima no sólo constituye un atentado en contra de su intimidad sino que significa aplicar, *mutatis mutandi*, los postulados de un derecho penal de autor y no de actos.

Por otra parte, sólo puede tomarse en consideración la conducta de la víctima si se trata de personas que efectivamente están en condiciones de participar en la realización de un acto sexual libremente. De esta manera, a nuestro juicio, no cabe la discusión acerca del comportamiento de la víctima tratándose de menores de edad a quienes no se les reconoce la capacidad de prestar consentimiento en materia sexual²⁵ o cuando se abusa de personas que padecen de enajenación o trastorno mental.

En el caso de víctimas privadas de sentido, tampoco importa el comportamiento que haya tenido la víctima y que la haya llevado a quedar en ese estado²⁶, salvo el caso de que la supuesta víctima voluntariamente se haya puesto en la situación de privación de conciencia, precisamente, para ser objeto de un acto sexual por parte de un sujeto determinado, situación que claramente pertenece al ámbito de lo privado y queda fuera del campo penal, constituyendo una especie de *actio liberae in causa*.

La problemática entonces queda reducida respecto de víctimas que podrían ser engañadas o coaccionadas para lograr la realización de un acto de significación sexual, llámese acceso carnal u otro acto de significación sexual y relevancia. En estos casos, que eventualmente serán constitutivos de estupro, violación o abuso sexual, cobra relevancia la conducta de la víctima para apreciar si estamos frente a un engaño suficiente o una auténtica intimidación o coacción.

²⁵ En Chile, a partir de la Ley 19.927 (14 enero 2004) la capacidad para consentir en materia sexual se alcanza sólo a los 14 años de edad.

²⁶ En este sentido, sentencias TOP Rancagua, 10 enero 2005, RUC 0400154350-K; TOP Puerto Montt, 11 marzo 2006, RUC 0510008679-6; TOP La Serena, 29 junio 2006, RUC 0400116672-2 y TOP Angol, 10 julio 2006, RUC 0400427762-2.

Por otro lado, cabe analizar en estos casos las hipótesis que han sido denominadas por la doctrina como víctimas provocadoras, en que la realización del acto sexual ha sido incitado por la víctima y querido por ella, mudando luego tal consentimiento hacia una negación.

Analizaremos estos casos por separado.

2. Engaño suficiente en el delito de estupro o abuso sexual

En estos delitos el acceso carnal o el acto de significación sexual se realiza con víctimas mayores de 14 y menores de 18 años, que han sido engañadas abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. Las hipótesis suponen una auténtica inexperiencia e ignorancia sexual de la víctima que es aprovechada por el autor, engañándolas en relación a la significación sexual del acto en que están consintiendo.

En este orden de casos, cobra relevancia la entidad del engaño, vale decir no puede tratarse de cualquier mentira fácil de descubrir, sino que efectivamente debe ser un engaño bastante, que tenga cierta entidad y que sea creíble para la víctima. Sin embargo, no pueden aplicarse sin más las consideraciones dogmáticas que se han desarrollado en relación al engaño propio de la estafa, ya que la índole de los bienes jurídicos protegidos son distintos y en este caso, se trata de víctimas especialmente vulnerables por su minoría de edad y particularmente, por su ausencia de conocimientos y experiencias en el plano de la sexualidad.

De esta manera, la entidad del engaño deberá ser analizada no sólo desde una perspectiva objetiva, sino que también subjetiva, tomando en consideración las especiales características de estas víctimas que, por supuesto, deben haber sido conocidas por el agresor. Sólo de esta forma es dable tomar en cuenta el comportamiento de la víctima en la generación del engaño, a fin de determinar si efectivamente este existió.

3. Intimidación en el delito de violación o abuso sexual

Esta modalidad comisiva concurre en nuestro ordenamiento jurídico tratándose de delitos de violación y abuso sexual de personas mayores de 14 años. La cuestión debatida a este respecto es la entidad que debe tener la coacción para que califique la conducta como delito.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas a este respecto, entendiendo la mayoría que sólo existirá intimidación en los ca-

sos en que concurra una amenaza de un mal grave contra la víctima o sus familiares más cercanos, y siempre que tal amenaza sea seria y verosímil²⁷.

La posición anterior puede criticarse, ya que se basa en consideraciones más bien objetivas y no toma en consideración que hay víctimas más resistentes y otras más vulnerables. Por otro lado, esta posición se centra en la existencia de una amenaza y no considera casos en que la intimidación pueda alcanzarse sin necesidad de amenazas, sino que fundada por ejemplo en el comportamiento permanentemente agresivo que tiene el sujeto respecto de su víctima, en términos tales que la víctima sabe que si no accede a los requerimientos del agresor será objeto de maltratos físicos, siempre en el entendido que el agresor conoce tal circunstancia y, por lo mismo, es plenamente consciente que la víctima no actúa voluntariamente²⁸.

De esta manera lo importante será entonces la entidad real de la amenaza para la víctima, su verdadera eficacia, en el entendido que le produce un temor real²⁹, y para ello deberán tomarse en consideración no sólo las características propias de la amenaza sino que también las condiciones especiales de la víctima. Si, en cambio, la amenaza no reviste la suficiente entidad para producir intimidación en la víctima o, pese a revestirla, en el caso concreto no ha intimidado a la víctima, la que accede voluntariamente a la realización del acto sexual, claramente no nos encontraremos ante la presencia de ningún delito sexual³⁰.

²⁷ En este sentido, *Contra Alvarado* (Corte Suprema, 2003), *Contra Mardones* (Corte Suprema, 2004), *Contra Aguirre* (Corte Suprema, 2005).

²⁸ En favor de un concepto amplio de intimidación RODRÍGUEZ COLLAO (2001) p. 150. En este sentido, Sentencia TOP de La Serena (9 agosto 2003), RUC 0200130656-4 en que el carácter violento del padre, silenciar los hechos temiendo una represalia en contra de las personas que la cuidaban y el desamparo de sus parientes fueron relevantes al momento de dar por establecida la existencia de la intimidación, aún cuando en la comisión misma del hecho no se hubiere proferido amenaza expresa; Sentencia TOP de La Serena (17 enero 2003), RUC 0200043504-2 en que los antecedentes penales del agresor y, a raíz de ellos, estimarlo capaz de tomar un cuchillo y matarla, fueron los elementos para configurar la intimidación definida como un concepto de carácter eminentemente subjetivo y Sentencia TOP de La Serena (22 marzo 2003), RUC 0200050551-2 en que se estimó que el maltrato reiterado del padre a la madre y a la propia víctima, como fundamento del miedo que éste le infundía, era intimidación que satisface los requisitos del tipo penal.

²⁹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español n° 27/2/91, ponente Díaz Pallos.

³⁰ En este sentido, el Tribunal Supremo español Sentencia n° 6/10/90, ponente Montero Fernández-Cid, no considero que concurría intimidación en un caso en que el sujeto

Por otro lado, tampoco existirá un delito sexual en aquellos casos en que la víctima primero se niega y luego accede por decisión propia y no forzada, ya que ello incluso puede formar parte de un juego sexual.

4. Conducta provocadora de la víctima

La utilización del término víctima provocadora en materia de delitos sexuales no debe prestarse a equívocos, en el sentido de creer que ello se refiere a víctimas que por su forma de vestirse o de andar provoquen la comisión de esta clase de delitos, ya que ello supone una actuación prejuiciada que atenta contra la libertad intrínseca de la persona. Así, nadie puede dudar que una agresión sexual será siempre tal, esté la mujer completamente cubierta, vestida con minifalda, escote o desnuda.

Los casos a que nos referimos más bien son aquellos en que la víctima incita o propone directamente al sujeto mantener una relación sexual y luego justo antes de iniciarla o en el transcurso de la misma decide no continuar, lo que lleva al sujeto a forzarla a mantenerla.

Desde un punto de vista victimodogmático puede sostenerse en este caso que la víctima con su comportamiento ha contribuido a la lesión del bien jurídico, sin embargo en estos casos no puede dudarse que sigue existiendo un delito, ya que las personas siempre conservan su libertad de autodeterminación sexual y por lo tanto en cualquier momento podría revertirse un consentimiento que inicialmente ha sido dado, sin que pueda influir en la calificación de la conducta el comportamiento privado de la víctima³¹.

Otra cosa distinta e indesmentible es la dificultad probatoria que rodea en general a esta clase de delitos y, con mayor razón, en supuestos como este en que será más difícil probar la ausencia de consentimiento.

CONCLUSIONES

La consideración del comportamiento de la víctima en la génesis del delito cobra cada día mayor relevancia respecto de ciertos delitos llamados de relación, en que la víctima es participante o contribuye a la consumación del mismo.

amenazaba a la víctima con suicidarse si no mantenía relaciones sexuales con él.

³¹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español nº 4924/91, y *Contra Rojas* (Corte Suprema, 2005).

Los planteamientos más extremos de la victimodogmática apuntan al establecimiento del principio de autorresponsabilidad en materia penal y promueven una exclusión de la responsabilidad del autor en aquellos casos en que la víctima no ha adoptado medidas de resguardo o autoprotección de sus bienes jurídicos. Una postura tan radical no puede ser compartida, sin embargo tampoco puede ser indiferente al derecho penal el comportamiento imprudente o doloso que ha tenido la víctima.

En este sentido necesariamente deben ser considerados los planteamientos victimodogmáticos y, de hecho, así ocurre a través de distintas instituciones del derecho penal e incluso más allá de las mismas por medio de su aplicación analógica a casos en que ha tenido incidencia el comportamiento victimal en la comisión del delito.

La aplicación de planteamientos victimodogmáticos ha tenido buena acogida a propósito de ciertos delitos patrimoniales, particularmente la estafa. Sin embargo, se torna bastante más discutible cuando se trata de delitos que afectan bienes jurídicos mucho más sensibles como la integridad sexual.

Las características de estos delitos y de las víctimas de los mismos son completamente distintos al resto de la criminalidad, de hecho desde el solo punto de vista victimológico las víctimas de delitos sexuales constituyen el paradigma de víctimas vulnerables.

En todo caso ciertas hipótesis delictivas como el empleo de la intimidación en la violación o el abuso sexual o la utilización de engaño en el estupro o el abuso pueden dar lugar al empleo de criterios victimodogmáticos a fin de determinar la realidad del engaño y de la intimidación, siempre en el entendido que para tales efectos deben considerarse las características especiales de estas víctimas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERISTAIN, Antonio (2000): *Victimología. Nueve palabras clave* (Valencia, Tirant lo Blanch) 622 pp.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena (1993): *Victimología: presente y futuro* (Santa Fe de Bogotá, Temis) 93 pp.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2001): *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, J. M. Bosch Editor) 490 pp.

- CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1999): "Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma", *Revista de Derecho y Proceso Penal* (vol. 2): pp. 59-63.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro (2005): "Engaño y víctima en la estafa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXVI n° 1): pp. 181-193.
- GEISSBÜHLER ARANDA, Arturo (2005): *Responsabilidad de la víctima en el delito de estafa: una perspectiva victimodogmática del engaño en el marco de la teoría de la imputación objetiva* (Santiago, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile) 286 pp.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2005): "Imputación objetiva y conducta de la víctima", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (vol. LVIII n° III): pp. 733-803.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo (1998): *La moderna victimología* (Valencia, Tirant lo Blanch) 287 pp.
- HERRERA MORENO, Myriam (1996): *La hora de la víctima. Compendio de victimología* (Madrid, Edersa) 408 pp.
- MAYER LUX, Laura (2008): "El actuar de la víctima en el delito de estafa. En especial sobre el principio de autoprotección y los deberes de veracidad" en *Delito, Pena y Proceso, Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 307-317.
- NEUMAN, Elías (2001): *Victimología. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales* (Buenos Aires, Editorial Universidad) 342 pp.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria (2003): "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", Jesús María Silva Sánchez (coordinador), *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes o irrelevantes en la actividad económico-empresarial* (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 67-90.

- _____ (2004): *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, Editorial Marcial Pons) 315 pp.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1995): "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo, jornadas en honor del prof. Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid* (Madrid, Editorial Boletín Oficial del Estado): pp. 285-309.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2001): *Delitos Sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 330 pp.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Traducc. de la 2ª edición alemana y notas por Diego Luzón Peña, Madrid, Editorial Civitas) 1071 pp.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1989): "Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática", José Luis de la Cuesta, Iñaki Arzamendi Dendaluze y Enrique Echeburúa (coordinadores): *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, libro homenaje al profesor Antonio Beristain* (Donostia-San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología): pp. 633-646.
- _____ (1998): "Victimología y Derecho Penal. Introducción a la victimodogmática", *Perspectivas sobre la política criminal moderna* (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma) 212 pp.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (1994): *La reparación a la víctima en el derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales* (Traducc. del catalán de Eva Maldonado Seral y Carolina Villacampa Estiarte, Barcelona, Fundació Jaume Callís) 293 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia Tribunal Supremo Español* n° 6999/1990, 6 de octubre de 1990, n° recurso 1676/1988. Disponible en < <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3198322&links=1676/1988&optimize=20030808>>, fecha consulta: 18 junio 2010.
- Sentencia Tribunal Supremo Español* n° 9311/1991, 27 de febrero de 1991. Disponible en < <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1018524&links=%22%22FE>

RNANDO%20DIAZ%20PALOS%22%22&optimize=20060118>, fecha consulta: 18 junio 2010.

Sentencia Tribunal Supremo Español n° 4924/1991, 28 septiembre 1991, n° recurso 4763/1989, ponente Antonio Huerta y Álvarez de Lara y Sent. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3184054&links=4763/1989&optimize=20030823>>, fecha consulta: 18 junio 2010.

Contra Alvarado (2003): Corte Suprema, sentencia, rol n° 4115, 10 marzo 2003. *Legal Publishing Chile* 26680.

Contra Mardones (2004): Corte Suprema, sentencia, rol n° 5695-03, 3 mayo 2004. *Legal Publishing Chile* 30142.

Contra Aguirre (2005): Corte Suprema, sentencia rol n° 3640-04, 5 enero 2005. *Microjuris* MJJ8862.

Contra Rojas (2005): Corte Suprema, sentencia rol n° 956-05, 19 abril 2005. *Microjuris* MJJ8895.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 17 de enero de 2003, RUC 0200043504-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 22 de marzo de 2003, RUC 0200050551-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 9 de agosto de 2003, RUC 0200130656-4, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 10 de enero de 2005, RUC 0400154350-K, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, 11 de marzo de 2006, RUC 0510008679-6, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 29 de junio de 2006, RUC 0400116672-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 10 de julio de 2006, RUC 0400427762-2, base de jurisprudencia Unidad Especializada en Delitos Sexuales.