

Victimización y desvictimización en el derecho penal del riesgo: un planteamiento victimológico en el ámbito de los “delitos sin víctima”

Victimisation et dévictimisation dans le droit pénal du risque : une approche victimologique du problème des « crimes sans victimes »

Victimization and devictimization in criminal risk law: a victimological approach to the problem of “victimless crimes”

*Sergio Bruno Araújo Rebouças**

Riassunto

Nonostante l'aggressività che attraversa la moderna società post industriale, le politiche penali contemporanee hanno accordato poca attenzione al problema della vittimizzazione diffusa causata da crimini contro gli interessi collettivi. Le conseguenze di questa forma di criminalità, come ad esempio l'insicurezza dei cittadini e i danni causati alla salute pubblica, richiedono una posizione più ferma attraverso la promozione di misure di de-vittimizzazione e di prevenzione di vittimizzazioni ripetute. Un approccio vittimologico dovrebbe occuparsi di questa tematica e identificare le vittime al fine di promuovere interventi di assistenza e di riparazione materiale, medica, psicologica e sociale. L'articolo si pone l'obiettivo di attirare l'interesse nell'ambito della vittimologia contemporanea, con riferimento sia alla legge penale spagnola che a quella internazionale.

Résumé

Malgré l'agressivité de la société post-industrielle moderne, les politiques pénales contemporaines accordent peu d'attention au problème de la victimisation répandue provoquée par les crimes contre les intérêts collectifs. Les conséquences de cette forme de criminalité, telles que l'insécurité des personnes et les atteintes à la santé publique, demandent une attitude plus ferme visant à promouvoir des mesures de dévictimisation et de prévention de nouvelles victimisations. Une approche victimologique devrait s'atteler à la question de la victimisation répandue et à celle de l'identification des véritables victimes afin de promouvoir des interventions d'assistance et de réparation matérielle, médicale, psychologique et sociale. L'article vise à éveiller l'intérêt dans l'univers de la victimologie contemporaine, en se référant à la fois au droit pénal espagnol et au droit pénal international.

Abstract

In spite of the aggressiveness inherent in modern post-industrial society, contemporary criminal policy has given little or no attention to the problem of diffuse victimization in crimes against collective interests. The consequences of this form of criminality, such as social insecurity and harm to public health, call for a firmer stance towards the promotion of measures of devictimization and the prevention of revictimization. A victimological approach should consider diffuse victimization and the identification of real victims as a basis for the promotion of measures involving public assistance and material, medical, psychological and social reparations. The present article intends to awake interest in this realm of contemporary victimology, with reference to both Spanish Criminal Law and International Criminal Law.

Key words: victimology; victimization; criminal risk law; collective rights; diffuse victimization.

* Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla (US). Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil. Abogado.

1. Planteamiento: Derecho penal del riesgo y sociedad de víctimas difusas.

La sociedad de riesgo (*Risikogesellschaft*), conforme a la expresión acuñada en 1986 por el sociólogo alemán Ulrich Beck (1), le plantea múltiples e inéditos desafíos a la política criminal y a la dogmática penal contemporáneas. Las innovaciones tecnológicas y la globalización, a pesar de sus efectos de bienestar social, conllevan paralelamente un conjunto de riesgos antes desconocidos, lo que ha conformado un panorama de alarma social y una sensación de descontrol ante las nuevas fuentes de peligro. Como lo expresa el propio Beck, “el riesgo adquiere un nuevo carácter porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional fallan”, de tal manera que “los conflictos conducen a nuevas institucionalizaciones”, incluso un *derecho del riesgo*, que regula sobre todo riesgos de origen técnico-científico (Beck, 2007, p. 23).

La insuficiencia de las medidas de prevención social neutralizadoras de los riesgos y el descrédito de las demás instancias de control han dado lugar a la expansión del sistema penal, delineándose lo que suele llamarse *Derecho penal del riesgo*, según la fórmula concebida en 1993 por Cornelius Prittwitz (2). Esa realidad se caracteriza por la progresiva “administrativización” del Derecho penal, la anticipación de la reacción punitiva para alcanzar meros supuestos de riesgo –hasta al punto de presumirse el peligro– y las restricciones a derechos y garantías individuales, lo cual expresa una tendencia de regulación penal omnipresente, en una tentativa de desactivación remota de las nuevas fuentes de ofensividad (3).

En este contexto se destacan los bienes jurídicos colectivos, objeto de tutela penal principalmente en el ámbito de los “delitos de peligro”: peligro

abstracto, peligro hipotético o intrínseco y peligro concreto. Se trata de la seguridad colectiva, de la salud pública, del medioambiente, del orden socioeconómico, del patrimonio histórico, entre otros. Al contrario de lo que sucede con los delitos contra bienes individuales (delitos contra la persona, contra el patrimonio etc.), no hay en el marco del Derecho penal del riesgo, bien entendido como incriminación de situaciones de peligro a bienes colectivos, víctimas individualizables, sino meramente difusas. La individualización de la víctima sólo ocurre cuando se produce un daño efectivo, hipótesis en que al delito contra la salud pública, por ejemplo, se añade un delito de lesiones. El pasaje desde el delito de peligro hacia el delito de lesión, por tanto, coincide con el pasaje desde el delito contra un bien colectivo (víctimas difusas) hacia el delito contra un bien individual (víctima concreta e identificada).

Desde el punto de vista victimológico, las medidas de prevención, asistencia y tratamiento están tradicionalmente vinculadas a delitos contra bienes individuales. En cuanto a los delitos contra bienes colectivos, la doctrina suele calificarlos como “delitos sin víctima” o como delitos cuya víctima es la colectividad tomada como entidad abstracta o el propio Estado, lo que sin duda reduce el interés por el estudio de implicaciones victimológicas en dicho campo. Sin embargo, como advierte Tamarit Sumalla, “desde un punto de vista victimológico, la existencia de víctimas no depende de que se haya producido un daño indemnizable”, cabiendo “examinar la posible conveniencia de medidas de protección o de apoyo a las personas que pueden padecer una situación de riesgo o hayan sufrido el impacto psíquico del hecho” (Tamarit Sumalla, 2006, p. 37).

La necesidad de un abordaje victimológico se evidencia incluso por la identificación, en los orígenes del Derecho penal de riesgo, de un cariz eminentemente victimal (4) cuyas bases configuran una sociedad de víctimas difusas, lo que explica la expansión de la incidencia penal e impone de forma correlacionada la consideración de las personas titulares de los bienes afectados.

Asimismo, la expansión del Derecho penal y las elásticas esferas de ofensividad a los bienes jurídicos implican un ambiente de gran vulnerabilidad victimal, lo que exige el desarrollo de criterios idóneos de identificación de víctimas, a fin de que se puedan dimensionar adecuadas medidas de control, de asistencia y de reparación. Ese ambiente de vulnerabilidad conlleva, en efecto, un expresivo impacto victimizador en la sociedad, independiente de la efectiva producción del daño (5).

A pesar de estas constataciones, así como también de los impactos intensos y variados de los delitos económicos en una multiplicidad de víctimas, pocos son los estudios que se ocupan específicamente de la problemática de la victimización y de la desvictimización en dicho ámbito.

No obstante, la incriminación de hechos (conductas y resultados) de peligro plantea un rico campo de investigación victimológica anterior a la producción de un daño determinado, lo que, incluso como forma de prevenir e identificar concretas lesiones, desafía a pensar anticipadamente en medidas de asistencia a las personas afectadas por el riesgo. Si la intervención penal se anticipa –sea ello adecuado o no–, lo mismo debe hacer la victimología, como ciencia que se ocupa en particular del estudio de las repercusiones de los delitos sobre las personas –aunque difusas– por ellos afectadas.

Se debe advertir desde luego que el abordaje sugerido no significa, de ninguna manera, una

reducción garantista con respecto a las implicaciones restrictivas de la expansión exagerada del Derecho penal. Se trata de la constatación de una realidad social, construida en torno a la afectación –por el riesgo o por la lesión– de bienes jurídicos estimables e incluso objeto de tutela constitucional. La sociedad de víctimas difusas, como fuente y destino de la intervención punitiva, constituye una realidad hacia la cual debe orientarse la atención de la política criminal. Ello no perjudica una posición garantista firme respecto a las condiciones de imputación penal.

Así pues, pensar criterios destinados a una comprensión victimal de este fenómeno es la tarea a que se vincula, sin pretensiones de exhaustividad, el presente estudio.

2. Victimización en la sociedad de riesgo: los delitos de peligro y sus implicaciones victimológicas.

2.1. Aspectos dogmáticos de los delitos de peligro abstracto, de peligro hipotético y de peligro concreto

Identificar el proceso por el cual alguien se torna víctima –victimización– en el ámbito de los delitos de peligro es algo sin duda complejo. La existencia de riesgos colectivos de amplia extensión torna inviable, en múltiples casos, la identificación de víctimas concretas. Cumple, por tanto, delimitar en el Derecho penal del riesgo un ámbito posible de actuación victimológica.

La expansión del sistema penal conlleva la incriminación de supuestos de riesgo, según las categorías dogmáticas de delitos de peligro abstracto, de peligro hipotético y de peligro concreto. En cuanto a los delitos de peligro abstracto y de peligro hipotético, ambos delitos de mera actividad, la realización de la conducta es

suficiente para implicar un presumido riesgo (peligro abstracto) o reviste en sí misma potencialidad real de causar daños globales, aunque concretamente ni siquiera llegue a producir un específico resultado de peligro (peligro hipotético (6) o peligro intrínseco (7)).

Se distinguen los delitos de peligro hipotético de los delitos de peligro abstracto en el hecho de que, en cuanto a estos últimos, la acción típica no tiene en sí misma –por lo menos no necesariamente– una aptitud intrínseca para generar daños globales (acción intrínsecamente peligrosa), sino una mera aptitud abstracta y presumida, sólo considerada por el legislador en el momento de la incriminación.

La mera tenencia de determinadas armas –delito de peligro abstracto previsto en el art. 563 del Código Penal español–, por ejemplo, por sí sola configura un tipo de injusto, con independencia de que en concreto tenga o no esta conducta una aptitud generadora de daños: es decir, no se necesita ni un peligro concreto (resultado) hacia el bien jurídico protegido (seguridad colectiva), ni siquiera una aptitud intrínseca de la acción para producir daños genéricos. El legislador consideró en la incriminación que tener armas es una conducta abstractamente peligrosa y con ese motivo optó por criminalizarla, con independencia de que en concreto dicha acción típica asuma un carácter peligroso. Por otra parte, en el delito contra la salud pública del art. 359 del Código Penal español, la distribución de productos químicos es intrínsecamente apta a generar daños a la salud, aunque específicamente no se produzca un peligro concreto hacia ese bien jurídico. En suma, en los delitos de peligro intrínseco hay una aptitud real de la acción para producir daños genéricos, mientras que en los delitos de peligro abstracto existe una

aptitud abstracta presumida por el legislador con respecto a la producción de daños.

Los delitos de peligro concreto, a su vez, constituyen delitos cuyo resultado es la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Al contrario de los delitos de peligro abstracto o hipotético –que son delitos de mera actividad–, los delitos de peligro concreto producen un resultado de peligro hacia la colectividad o hacia un conjunto determinado de personas. Conforme a Jakobs, “el peligro concreto constituye resultado porque es algo más que la ejecución de una acción en una determinada situación objetiva: es el ocasionamiento de una situación de peligro para un objeto de ataque determinado, realmente dado” (Jakobs, 1997, p. 206; Cerezo Mir, 2002, p. 49). Un ejemplo de tipo de peligro concreto se halla en el delito previsto en el art. 348, 1, del Código Penal español, que define conductas de operación de sustancias inflamables, tóxicas y asfixiantes, que pongan en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente (8).

Así puesta la materia de investigación, se hace necesario pensar en primer plano en los límites de la Victimología en torno a los delitos de peligro abstracto y a los delitos de peligro hipotético.

2.2. ¿Victimas de delitos de peligro abstracto y de peligro hipotético?

La categoría dogmática de los delitos de peligro abstracto es criticable porque representa presunción del riesgo hacia el bien jurídico colectivo objeto de tutela normativa, aunque sea necesaria en determinados ámbitos de particular ofensividad (por ejemplo, el del terrorismo, en que se punen los meros actos preparatorios). Ante tal categoría dogmática, es difícil concebir mayores repercusiones victimológicas, ya que se trata en muchos casos (como en el marco de los delitos contra la seguridad

vial) de mera y cuestionable conversión de infracción administrativa en delito. En principio, es indigna de interés una investigación de remotas –y difícilmente identificables– víctimas de la conducción de un vehículo automotor sin permiso; o de meras cooperaciones con bandas terroristas, con independencia de su utilidad o extensión.

Sin embargo, lo que sucede es que, a pesar de que en dicho ámbito (peligro abstracto) el riesgo concreto y la real aptitud de la acción no sean elementos esenciales para la configuración del delito, puede ser que sobrevenga, en concreto, una potencialidad lesiva apreciable o incluso un concreto peligro de daño a la colectividad o a un grupo determinable de personas. A efectos de perfeccionamiento del delito, el hecho de que no entren en apreciación no significa que esos elementos no estén eventualmente presentes de forma concreta y, desde un punto de vista victimológico, si lo están, deben ser considerados. De todas maneras, en el ámbito dogmático la jurisprudencia exige, en diversas hipótesis, la potencialidad por lo menos hipotética de daño, incluso en algunos delitos contruidos bajo la técnica legislativa de peligro abstracto (2).

En el momento en que se proyectan efectos peligrosos de la acción típica hacia la colectividad, aunque difusamente considerada, se forma un campo de posible actuación victimológica, constituyan o no tales efectos elementos esenciales del tipo de injusto.

Esa realidad, obviamente, debe ser asimilada desde una perspectiva diferente de aquélla que se reserva a los delitos contra bienes individuales: en un supuesto de peligro contra la colectividad, existen víctimas posiblemente afectadas, no obstante haya aquellas que ni siquiera han resultado expuestas al riesgo y, si lo han sido, no han tomado conciencia

de ello. En este caso, las medidas victimológicas se destinarían a asistir a las personas psicológicamente afectadas, más allá de investigar los factores de exposición al riesgo.

En los *delitos de peligro hipotético*, a la práctica del hecho deben corresponderle medidas de identificación de las personas posiblemente afectadas y la respectiva asistencia. Por ejemplo, en un delito contra el medio ambiente como el de vertidos en un cauce fluvial “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” (art. 326, CP español) (10) o en uno contra la salud consistente en la elaboración de productos químicos potencialmente dañosos (art. 359, CP), cabe investigar no sólo los posibles daños a la salud física de personas individuales (en este caso habría un delito de lesiones), sino también el impacto psíquico colectivo que se haya producido. Lo mismo sucede en relación a la contaminación acústica. En verdad, el hecho de que se trate de un delito contra bien colectivo a menudo reduce –o mismo anula– el interés por las implicaciones concretas del delito sobre la salud (física o psíquica) de personas individuales, habiendo una preocupación mayor en perseguir al agente de la conducta que en asistir a potenciales afectados.

2.3. ¿Víctimas de delitos de peligro concreto?

La cuestión se agranda en el ámbito de los delitos de peligro concreto, especialmente cuando existe la puesta en peligro dirigida a un grupo determinable de personas. En ese ámbito es más factible identificar a las personas o grupos afectados por el delito, pues de ello depende la propia configuración del tipo y la prueba procesal del desvío penal, lo que sirve de base para la toma de medidas en relación a las personas afectadas. También en este caso, sin embargo, las preocupaciones victimológicas son escasas, para no decir nulas.

Un ejemplo sugestivo se encuentra en el delito contra la salud pública previsto en el art. 363, 2, del CP español: “Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años (...) los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: (...) 2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud”. Se trata de un delito de peligro concreto que se configura por la mera puesta en riesgo de la salud de una colectividad de consumidores, en consecuencia de la fabricación o venta de productos nocivos. Si se produce un daño a un consumidor específico o a un determinado número de consumidores, surge entonces un concurso ideal de delitos, con un delito de lesiones.

Sucede que, debido a diversos factores, la identificación de delitos de daño en ese contexto resulta de menor incidencia, especialmente a causa de la inercia del consumidor individual. Así pues, la identificación de la existencia material del delito contra la salud pública le abre márgenes a la posibilidad de afectación –daño– a consumidores determinados. La victimología, por lo tanto, se revela importante en cuanto a las medidas de prevención y asistencia asociadas a los daños a la salud e incluso respecto a las medidas de prevención de la simple exposición de las personas ya afectadas a un nuevo riesgo similar (información, protección, reparación). De todos modos, aunque no haya consumidores individualizables, la política criminal que anticipa la reacción penal debe asimismo ocuparse de medidas de información y protección de las personas contra la exposición a riesgos y/o a daños a la salud (prevención de la victimización), incluso en lo que se refiere a las personas ya afectadas (prevención de la revictimización).

Así pues, el abordaje victimológico tiene lugar ante la suficiente realización del delito de peligro, con independencia de un posible delito de daño y de la determinabilidad de víctimas concretas expuestas al riesgo, ya que las medidas de información y la oferta de asistencia pueden incidir sobre el cuerpo social difuso.

En este particular, merece referencia la sentencia de 3 de marzo de 2015 de la Cámara de Apelación de la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga, en que se determinó la elaboración, por el Fondo para las Víctimas –Trust Fund for Victims (TFV)–, de un plan de reparación colectiva a las víctimas difusas –más allá de las víctimas que intervinieron en el proceso penal internacional– del delito contra la humanidad por el cual el acusado, Thomas Lubanga, resultó condenado. Dicho delito contra la humanidad consistió en el reclutamiento de menores de 15 años de edad con motivo de participación en milicias y en actos de hostilidad, vinculados a la Force patriotique pour la libération du Congo. En este caso, más allá del daño a las personas directamente afectadas, se ha considerado el impacto psicológico colectivo en un ámbito difuso de víctimas.

Las reparaciones aplicables incluyen compensación financiera, devolución de propiedades, rehabilitación y medidas simbólicas como pedidos de disculpas, memoriales y monumentos. Las medidas simbólicas, en particular, bien expresan la dimensión también colectiva y difusa de la reparación. El proceso de reparación está todavía en curso, con sucesivas audiencias de supervisión del cumplimiento de las medidas aplicadas a las víctimas (11).

Se destaca también la más reciente sentencia (24 de marzo de 2017) de la II Cámara de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en el caso

Katanga (delitos de guerra y delitos contra la humanidad), en que se han aplicado las siguientes medidas: reparación simbólica de U\$ 250.00 por víctima, a favor de 297 víctimas; reparaciones colectivas en la forma de provisión de vivienda, asistencia a actividades generadoras de rienda, ayuda educativa y asistencia psicológica. De la misma forma que en el caso Lubanga, la indigencia del condenado llevó la Corte a convidar el Fondo para las Víctimas (TFV) a presentar un plan y los recursos necesarios a la reparación (12).

Así pues, en todos los delitos de peligro y también en los delitos de daño contra bienes colectivos, la victimología debe asimismo alcanzar las posibles implicaciones psíquicas de los delitos sobre varias personas, como suele ocurrir, por ejemplo, en los ámbitos de los delitos internacionales, de los delitos de terrorismo y de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, los cuales, más allá de posibles implicaciones materiales, comprenden efectos inmateriales de marcadas proporciones. En este campo son útiles las medidas de prevención de exposición al riesgo –y consecuentemente al daño–, así como las medidas de asistencia a los afectados. En España, considerando un contexto muy particular, la atención a las víctimas del terrorismo, en especial, se hace más visible.

Expuesto este panorama preliminar que aclara la pertinencia y necesidad de un abordaje victimológico de los delitos contra bienes colectivos, se pasa seguidamente a analizar los pormenores relativos a la aplicabilidad de medidas victimológicas en torno a las nociones de victimización, revictimización y desvictimización.

3. Vertientes victimológicas: características del abordaje victimológico en la sociedad contemporánea.

3.1. Precisiones terminológicas: conceptos de víctima

Desde un punto de vista normativo, se refiere tradicionalmente la víctima como sujeto pasivo del delito y titular del bien jurídico vulnerado. Así pues, se le confiere a la víctima una posición formal de perjudicado por el delito, según la cual “víctima penal será no sólo la que recibe las consecuencias negativas de la acción punible, sino asimismo aquellas personas que detengan daños indemnizatorios”, conforme a Herrera Moreno (1996, p. 330).

Suele criticarse esta concepción normativa tanto porque no refleja adecuadamente el papel de la víctima en el delito –que incluso puede ser activo (Tamarit Sumaralla, 2006, p. 23)–, como por su carácter reductor de las expectativas de la víctima, reconducidas al mero plano de la indemnización y de las cifras reparadoras (13). De hecho, las consecuencias que el delito le ocasiona a la víctima no se pueden limitar a los daños materiales, ya que más amplios son los efectos del delito sobre la esfera del titular del bien jurídico afectado.

En lo que respecta a los delitos contra bienes colectivos o de víctimas difusas, cabe advertir acerca de la pertinencia de un concepto normativo extenso de las personas afectadas por la situación penalmente típica, ya se trate de un daño concreto a una colectividad determinable o de un riesgo con implicaciones psicológicas. El hecho de que la intervención penal se construya sobre la base de supuestos de peligro impone que se considere a la víctima dentro de ese contexto, en vez de disolverla como entidad abstracta en su relación con el delincuente.

3.2. Las víctimas de los delitos contra bienes colectivos: pertinencia y comprensión de la victimización y de la desvictimización

Según Hassemer, la victimología como ciencia se ocupa de cuestiones como “aptitud y propensión de los sujetos para convertirse en víctimas del delito; relaciones entre el delincuente y su víctima; daños y su reparación; profilaxis criminal por parte de la víctima; influencias sociales en el proceso de victimización y supuestos específicos de víctimas, como, por ejemplo, en los abusos sobre menores, violación, robo, delitos violentos motivados políticamente, genocidio, etc.” (1984, p. 90).

Dicha ciencia, conforme a la formulación de Herrera Moreno, se ha orientado desde una perspectiva convencional de victimología del acto (criminal) hacia una de victimología de la acción (promocional) (2006, p. 71). Es decir: a los tradicionales modelos que se concentraban en la interacción víctima/ofensor y en la formulación de tipos victimológicos, se contraponen la moderna victimología de asistencia, con énfasis en la promoción de medidas de reducción del impacto victimizador y de prevención de la revictimización (14).

Todo ello se debe a un novedoso panorama de valorización del papel de la víctima en relación al delito, proporcionado por la moderna victimología. Diferentemente de una función marginal que tradicionalmente se le reservaba, la víctima asume ahora una posición de destaque en el escenario criminal, incluso con respecto a su posición en el sistema de justicia, con una progresiva mejora de su situación desde las vertientes penal, procesal y asistencial (Alonso Rimo, Villacampa Estiarte, 2006, pp. 307-342). Como señala García-Pablos de Molina, “la Victimología ha impulsado durante los últimos lustros un proceso de revisión científica del

‘rol’ de la víctima en el fenómeno criminal, una redefinición del mismo a la luz de los conocimientos actuales y de la experiencia acumulada. Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima a lo largo de la historia” (2005, p. 104). En efecto, la política criminal contemporánea, principalmente a nivel internacional, tiene cada vez más en cuenta a la víctima del delito (Scarance Fernandes, 1995, p. 11). Sin embargo, en cualquier hipótesis el abordaje victimológico actual se sitúa, como ya se ha señalado, en torno a delitos con víctimas individualizadas, titulares de bienes jurídicos singulares, según lo cual se han construido los tipos victimales y se han pensado las medidas de profilaxis y de asistencia. No hay todavía una política criminal orientada hacia la victimización difusa (15).

La sociedad contemporánea presenta un nuevo panorama de vulnerabilidad victimal que requiere cuidadosa investigación. Incluso desde un punto de vista normativo, según el cual se comprende a la víctima como sujeto pasivo del delito y titular del bien jurídico vulnerado, la misma debe ser considerada no como una entidad abstracta cuya ofensividad es más difícil de identificar, sino como integrante de una esfera colectiva determinable en la medida que se expone a un riesgo de daño, se produzca éste o no. Hassemer ha escrito con propiedad que “el penalista ha de abordar en la actualidad dos cuestiones: la primera, analizar el porqué la víctima ocupa una posición tan marginal en el sistema punitivo, y la segunda, intentar descubrir que evolución y tendencias se detectan en la posición de la víctima” (1984, p. 90). Desde esta perspectiva, no se puede más ignorar la evolución mundial hacia una sociedad de cada vez más riesgos,

teniendo en cuenta que, desde sus orígenes hasta sus destinatarios de ofensividad, representa una sociedad de víctimas en gran escala. En este sentido, el penalista alemán completa: “La valoración de la futura evolución del papel de la víctima debe tener en cuenta que el cambio social lleva claramente a la política criminal hacia la criminalización de conductas dañosas sin víctima o, en su caso, con una víctima diluida en el seno de la sociedad, o con otra terminología de víctima difusa. El delito fiscal, los delitos económicos, contra el medio ambiente y todo el ámbito de la delincuencia de ‘cuello’ blanco, son infracciones en las que la víctima no resulta visible. El interés de la víctima aparece aquí ya generalizado a partir de la propia modalidad de la figura delictiva” (1984, p. 92). Se estima entonces que la política criminal, considerando las características de este tipo de delitos, disuelve la vinculación entre el delincuente y la víctima, así como las repercusiones de la conducta delictuosa sobre personas particulares (16).

Así las cosas, el impacto victimizador empieza ya desde la conformación del riesgo, en cuanto a su potencialidad de generar daños invisibles, sean psicológicos o materiales. Por lo tanto, el enjuiciamiento de un hecho penal de riesgo colectivo debe considerar las posibles implicaciones concretas de la conducta. Además de ello, hay que pensar en el impacto general sobre la colectividad, en los efectos victimizadores que los delitos pueden implicar para la sociedad como un todo. En este sentido, se revelan importantes las ya señaladas medidas simbólicas, aplicadas por la Corte Penal Internacional.

Los ejes de vulnerabilidad constituyen, por consiguiente: (i) la producción de daños psicológicos en consecuencia del mero peligro, según el riesgo diferencial de la víctima, lo que varía

de persona a persona y de acuerdo con el particular delito (17); (ii) la producción de daños materiales y psicológicos en consecuencia de la realización del riesgo en gran escala conforme también a una perspectiva de riesgo diferencial, ya sea con efectos sobre la colectividad como un todo o sobre un grupo determinado o determinable de personas.

Un ejemplo de la segunda hipótesis se puede estimar en una situación de delito de emisión de energía nuclear o elementos radioactivos (art. 341, CP español) que haya producido peligro a la salud colectiva, hipótesis en la cual es posible no sólo la realización de concretos daños materiales, sino también de impactos psicológicos de mayor o menor extensión, sobre personas que por ejemplo vivan cerca del lugar peligroso donde se haya practicado la conducta de emisión. Aunque no se produzca o no se identifique un daño material concreto, son indudables las implicaciones psicológicas –incluso irreversibles, cuando no adecuadamente tratadas– de un acto de terrorismo contra determinada etnia o grupo religioso, por ejemplo.

Desde las relaciones del delincuente con la víctima (perspectiva de la victimología del acto), situación que no puede más ser disuelta e ignorada por la política criminal, hasta la aplicabilidad de medidas penales, procesales y asistenciales en función de esa realidad (perspectiva de la victimología de la acción), el objeto de la victimología se amplía sustancialmente.

4. Consideraciones finales.

En el contexto señalado en este artículo, se pueden recoger algunas conclusiones importantes.

Las nuevas fuentes de ofensividad colectiva generadas en la sociedad post-industrial contemporánea han inspirado respuestas reforzadas

del Derecho penal, lo cual se refleja en un perfil expansivo de la reacción punitiva. La política criminal, con todo, no ha considerado el tratamiento de la exposición de las víctimas a los nuevos riesgos, en su aptitud generadora de sustanciales daños materiales y psicológicos a grupos determinados o determinables de personas. Se identifica, por tanto, la necesidad de apreciación de este fenómeno (exposición a riesgos diferenciales) en una sociedad de víctimas difusas, en el ámbito de los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos. El examen del impacto victimizador en dicho campo posibilita la identificación y la aplicación de las adecuadas medidas de asistencia y de reparación, conforme a las tendencias de la moderna victimología.

En lo que respecta a los niveles dogmáticos de interés victimológico, el nuevo panorama de vulnerabilidad victimal se encuentra no sólo en los delitos de peligro concreto, en que el riesgo es real e incluso necesario al perfeccionamiento del tipo, sino también en los delitos de peligro hipotético, en que se considera la aptitud intrínseca de la acción de generar daños globales. Por otra parte, en los delitos de peligro abstracto se puede identificar un eventual interés victimológico con respecto a las posibles implicaciones concretas de la conducta, aunque no sean –desde el punto de vista normativo– necesarias a la configuración del delito. En dichos ámbitos se toma la víctima como integrante de una esfera colectiva determinada o determinable, en la medida en que se expone a un riesgo de daño. En este sentido, el enjuiciamiento de un delito de peligro colectivo debe considerar las posibles implicaciones concretas de la conducta.

Así pues, se reclama una toma de posición de la política criminal en el sentido de establecer adecuadas medidas de información, participación,

protección, asistencia y reparación específicamente asociadas a la exposición de víctimas difusas a los riesgos diferenciales (a la seguridad, a la salud y al medio ambiente, por ejemplo) causados por las modernas formas de criminalidad.

En lo que respecta a las vertientes de información y de participación, las víctimas de delitos contra bienes colectivos, cuando identificables, deben ser comunicadas de los actos procesales incluso en las hipótesis de resultados de mero peligro colectivo. En cuanto a las víctimas propiamente difusas se debe pensar en medidas de comunicación social, considerando la identificación de personas posiblemente afectadas por delitos de ofensividad amplia. Si se considera, por ejemplo, un delito contra el medio ambiente, es posible estimar medidas de información pública a efectos de individualizar las personas afectadas, de manera que puedan participar del proceso, aunque el daño efectivo no constituya un elemento del tipo de injusto.

Por otra parte, en cuanto a la vertiente de protección, sobre todo contra la revictimización, deben concebirse medidas protectoras especiales según la naturaleza y el alcance del hecho enjuiciado, particularmente cuando se trate de delitos contra la seguridad colectiva, la salud pública, los consumidores o el medio ambiente, por ejemplo. En este caso las medidas tendrían carácter independiente de la identificación concreta de posibles víctimas, ya que se dirigirían a la sociedad difusamente considerada, a efectos de proteger a las personas en general –que tengan potenciales márgenes de contacto– en relación a los puntos de vulnerabilidad asociados al delito.

La consideración de las medidas de reparación puede abarcar dos dimensiones: (a) la de victimización propiamente difusa, en que el agente

del delito debe reparar los efectos del hecho en la sociedad abstractamente considerada, mediante el financiamiento de medidas de conservación y mantenimiento en los delitos contra el medio ambiente (por ejemplo) y medidas de asistencia a la salud de personas eventualmente afectadas por los hechos de peligro (igual obligación le incumbe al Estado); (b) la de victimización particular en consecuencia del hecho colectivo, en que el agente del delito –o el propio Estado– se obliga a resarcir a la víctima de los daños, cuando los haya en concreto.

Finalmente, la política criminal debe orientarse hacia formas diferenciadas de respuestas victimológicas, que incluyen medidas de reparación simbólica, reparaciones colectivas, asistencia a actividades generadoras de rienda, educación, compensación financiera a la colectividad, asistencia psicológica colectiva. Más allá del impacto individual del delito, dichas medidas se vinculan también a un objetivo de recomposición de la normalidad colectiva modificada por la práctica del hecho penal.

Notas.

(1) Un estudio más reciente trata de la pertinencia global de la sociedad del riesgo: Beck U., *La Sociedad del Riesgo Mundial: en busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007.

(2) Prittwitz C., *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993. En español, véase el artículo: Prittwitz C., “Sociedad de Riesgo y Derecho Penal”, In Arroyo Zapatero L., Neumann U., Martín A. N. (Coordinadores), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-287.

(3) Para un interesante abordaje crítico del fenómeno, véase Herrera Moreno M., *Publicidad y Control Penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*, Grijley, Lima, 2002, esp. p. 29: “La lógica del control y la supervisión en una sociedad del riesgo viene a asentarse como imprescindible criterio regulador de la vida ciudadana. Las exigencias restrictivas derivadas del régimen de control no se perciben ya como algo hetero-impuesto, sino como algo connatural, asumido, e inmanente a la actual sociedad. Esta asunción hace frágil y vulnerable el pensamiento crítico, que se enfrenta a sensación (si no a la tacha) de estar

combatiendo un aspecto tan irrefrenable como inescindible de las formas de vida contemporánea. Las nuevas tecnologías de la represión penal, más allá del ámbito de lo estrictamente anticipatorio y analítico, en el plano preventivo y policial, son la expresión más acabada del panóptico electrónico e informativo”.

(4) Silva Sánchez alude a la “identificación de la mayoría social con la víctima del delito” como factor de expansión del Derecho Penal, aduciendo que la Magna Charta víctima llega a sobreponerse a la tradicional Magna Charta del delincuente, con efectos negativos sobre la garantía de legalidad: “La expansión del sistema del Derecho penal, asentada en los aspectos ya comentados, responde asimismo a un fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo). Dicho fenómeno viene favorecido por la coyuntura, analizada en el apartado anterior, de la configuración de una sociedad mayoritariamente de clases pasivas: pensionistas, parados, consumidores, perceptores de prestaciones. Se trata, como se ha señalado con expresión a mi juicio afortunada, de los ‘sujetos del bienestar’. Pues bien, la actitud de estos sujetos frente al Derecho penal resulta perfectamente coherente en el marco del modelo social de la crisis del Estado-providencia. En efecto, en este marco se está produciendo un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo (ius puniendi): de advertirse que en él, ante todo, de ‘la espada de la sociedad contra el desvalido delincuente’ se pasa a una interpretación del mismo como ‘la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos’. Ello provoca la consiguiente transformación también en el ámbito del Derecho penal objetivo (ius poenale): en concreto, se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Y así, la concepción de la ley penal como ‘Magna Charta’ de la víctima aparece junto a la clásica de la ‘Magna Charta’ del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquella”, en Silva Sánchez J.-M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 52-53.

(5) A efectos de la consideración de algunas “invisibles” esferas de vulnerabilidad, véase: Croall H., “Community safety and economic crime”, *Criminology and Criminal Justice*, v. 9, issue 2, May 2009, pp. 165-185.

(6) En España, se debe a Escrivá Gregori el tratamiento pionero de esta categoría dogmática, a que él denominó *delitos de aptitud para producir un daño*. Véase Escrivá Gregori J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en la teoría del delito*, Universidad de Barcelona – Secretariado de Publicaciones Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Barcelona, 1976, p. 9: “El Código, en otros supuestos, no se refiere expresamente al peligro, pero sí emplea expresiones que cabría reconducir dentro de una noción lata de delitos de peligro por reunir características propias de los mismos al castigar ciertas conductas idóneas para la producción de resultados genéricos, idoneidad exigida en el tipo. Constituyen lo que podríamos llamar delitos de aptitud para la producción de un daño. Así, el artículo 341 castiga la elaboración sin autorización de ‘productos químicos que puedan causar estragos’. El 342 se refiere a quienes hallándose autorizados ‘para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior’ incumplieren ciertas formalidades”. La expresión más difundida, con todo, es la de delitos de peligro hipotético, desarrollada por Torío López, en Torío López Á., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIV, fasc. II y III, Madrid, mayo-diciembre 1981, pp. 825-848.

(7) Esta expresión la prefiere Polaino Navarrete, considerando que “la característica de la ‘peligrosidad’ no se desvanece en una mera eventualidad hipotética, sino que es requisito consustancial e inherente la acción realizada”. Véase Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, volumen I, tomo II, p. 619.

(8) Art. 348, 1, CP español: “Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente...”.

(9) Por ejemplo, en cuanto al delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (artículo 379, 2, Código Penal), aunque esté construido como tipo de peligro abstracto, la jurisprudencia ha matizado este aspecto, existiendo algunos juzgados del Tribunal Supremo español, como la STS 3/1999, de 9 de diciembre, en que se exige “un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico etc.)”. Véase: STS, 2ª Sala de lo Penal, 9.12.1999 (Ponente: Puerta Luis, Luis Román).

(10) Modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE-A-2015-3439).

(11) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: International Criminal Court (ICC), Appeals Chamber, Sentence n. ICC-01/04-01/06 AA2A3, Presiding Judge: Judge ERKKI KOURULA, 3 March 2015. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02631.PDF

(12) Prosecutor v. Germain Katanga: International Criminal Court (ICC), Trial Chamber II, Sentence n. ICC-01/04-01/07, Presiding Judge: Judge MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT, 24 March 2017. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1288>

(13) Herrera Moreno M., *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, op. cit., p. 330: “La llamada víctima mercantil, víctima con pretensiones de compensación económica, se corresponde, en suma, con una perspectiva jurídica de la victimidad singularmente mermada en sus alcances: de un lado, porque la víctima, en cuanto jurídicamente identificada por sus legítimos derechos, no puede resignarse a que su única expectativa sea ver meramente resuelta en cifras – y éstas, por ende, de muy incierta percepción – sus requerimientos de solidaridad social e institucional, de desagravio moral, apoyo psicológico y reintegración del ideal de convivencia comprometido por la acción delictiva”

(14) Ello no significa, sin embargo, el abandono de la Victimología del acto, como lo advierte Herrera Moreno: “Puntes básicos de la nueva disciplina son, de este modo, la asistencia post-victimización, la promoción judicial de las víctimas y la agilización de soluciones resarcitorias por el ofensor o compensatorias a cargo del Estado. Según se ha dicho, la ‘verdadera Victimología’ se constreñiría al apoyo y a la promoción de las víctimas. Así las cosas, la promoción de los derechos victimales, mayoritaria y más pacífica vertiente victimológica está hoy en auge, como objetivo básico de una ya aludida *Victimología de la acción*. Sin embargo, aún no se ha llegado, y acaso no sea conveniente que se llegue, a una global extinción de la Victimología tradicional, la tradicional *Victimología del acto*. Véase Herrera Moreno M., *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, op. cit., p. 134.

(15) Así, conforme a Hassemer: “La Criminología todavía no ha captado suficientemente esa tendencia [la relacionada a la víctima difusa]. Las teorías del delincuente tampoco explican

gran cosa respecto al delincuente de cuello blanco, pues suelen ser esencialmente investigaciones sobre el desviado de ‘cuello azul’. La criminalización fáctica de infracciones de víctima difusa o sin víctima no sólo exige de la Criminología el cambio de su actitud hacia un nuevo tipo de delincuente, sino que pone de manifiesto también que la moderna política criminal disuelve tendencialmente la vinculación del delincuente con su víctima”. Véase Hassemer W., *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 97.

(16) Hazell Croall identifica, en el ámbito de la delincuencia económica, algunas de las razones de dicha invisibilidad criminal y por consiguiente, victimal: “Many factors underlie this invisibility. Public, political and criminological representations of white collar and corporate crime all illustrate its long recognized ambiguous criminal status (Sutherland, 1949; Nelken, 2007). They are less likely to feature in the media, and when they do, are generally not represented in the same way as so-called ‘conventional crimes’. Even cases involving serious harm or injury, which do receive considerable publicity, are often described initially as ‘disasters’ or ‘tragedies’ and even where responsibility can be placed on businesses, often following lengthy inquiries, the language of crime is often not used (Wright et al., 1995) and subsequent convictions given less space. While, therefore, they can be, as seen above, reported as ‘issues’ or ‘scandals’ their criminal elements are not stressed and, in effect, crime is ‘imagined out’ (McMullan and McClung, 2006)”. Véase Croall H., “Community safety and economic crime”, op. cit., pp. 165-185.

(17) “Los factores de vulnerabilidad de la víctima adquieren una relevancia decisiva en orden al análisis del riesgo de victimización – que es, siempre, un riesgo diferencial – y se comportan como moduladores entre el hecho delictivo y el daño psíquico (psíquico o socioeconómico). Dichos factores reclaman, desde luego, un estudio individualizado – persona a persona – y han de ponerse en relación con cada tipo concreto de delito, pues la víctima potencial exhibe un riesgo mayor o menor – es más o menos vulnerable – con relación a determinados sucesos y no a otros. No existe un riesgo genérico ni homogéneo sino un riesgo diferencial que varía con cada persona y delito. Por ello, ante hechos similares, unas víctimas reaccionan y afrontan los mismos de forma adaptativa, y otras, lo hacen traumáticamente”. Véase García-Pablos de Molina A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, op. cit., p. 112.

Bibliografía.

- Alonso Rimo A., Villacampa Estiarte C., “La víctima en el sistema de justicia penal I”, In Baldomero E. B., Odriozola E. E., Tamarit Sumalla J. M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 307-342.
- Beck U., *La Sociedad del Riesgo Mundial: en busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007.
- Cerezo Mir J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, número 10, Madrid, 2002, pp. 47-72.
- Croall H., “Community safety and economic crime”, *Criminology and Criminal Justice*, v. 9, issue 2, May 2009, pp. 165-185.

- Escrivá Gregori J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en la teoría del delito*, Universidad de Barcelona – Secretariado de Publicaciones Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Barcelona, 1976.
- García-Pablos de Molina A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Hassemer W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.
- Herrera Moreno M., “Historia de la Victimología”, In Balamero E. B., Odriozola E. E., Tamarit Sumalla J. M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-78.
- Herrera Moreno M. *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996.
- Herrera Moreno M., *Publicidad y Control Penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Grijley, Lima, 2002.
- Jakobs G., *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Prittwitz C., “Sociedad de Riesgo y Derecho Penal”, In Arroyo Zapatero L., Neumann U., Martín A. N. (Coordinadores), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-287.
- Prittwitz C., *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993.
- Polaino Navarrete M., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, volumen I, tomo II.
- Scarance Fernandes A., *O Papel da Víctima no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Silva Sánchez J-M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- Tamarit Sumalla J. M., “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, In Balamero E. B., Odriozola E. E., Tamarit Sumalla J. M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 17-50.
- Torío López Á., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIV, fasc. II y III, Madrid, mayo-diciembre 1981, pp. 825-848.

Jurisprudencia citada.

- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*: International Criminal Court (ICC), Appeals Chamber, Sentence n. ICC-01/04-01/06 AA2A3, Presiding Judge: Judge Erkki Kourula, 3 March 2015. Available at: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02631.PDF.
- *Prosecutor v. Germain Katanga*: International Criminal Court (ICC), Trial Chamber II, Sentence n. ICC-01/04-01/07, Presiding Judge: Judge Marc Perrin de Brichambaut, 24 March 2017. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1288>.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España, STS, 2ª Sala de lo Penal, 9.12.1999, Ponente: Puerta Luis, Luis Román.