



Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*

Félix Herzog

*Catedrático de Filosofía del Derecho, Derecho penal y Derecho procesal penal
Universidad Humboldt de Berlín*

I

«No olvidéis Doñana». Con este lema recordaba Greenpeace-España en una reciente campaña una de las mayores catástrofes medioambientales de los últimos años en Europa. Y, seguramente, muchos ciudadanos también habrán reclamado el Derecho penal frente al olvido: «castigo para los responsables» y «endurecimiento del Derecho penal del medio ambiente».

Creo que cabe compartir mi impresión de que hoy en día casi todas las manifestaciones de desorganización social y de debilitamiento de la conciencia de la responsabilidad llevan a reclamar el Derecho penal y a una actividad legislativa temperamental. Muchos ciudadanos participan de esta invocación y de la actuación del legislador. Tales reacciones consternadas son comprensibles. A la vista de numerosos avances de la sociedad post-moderna, comparto la valoración popular de que las máximas directivas de esta sociedad ignoran al hombre y son tendencialmente destructivas. Como penalista y filósofo del Derecho me corresponde, sin embargo, la tarea de reflexionar críticamente y no caer en una Política criminal emotiva. Las reflexiones que expongo a continuación ocupan de los riesgos del Derecho penal del riesgo.

II

Es notorio que existen grandes esperanzas en la sociedad de que el Derecho penal puede parar la erosión de las normas y vínculos sociales, que

modifican las fronteras cada vez más difusas entre el «bien» y el «mal». En muchas leyes del Derecho penal moderno se emplea incluso la palabra «lucha» (contra la criminalidad económica, contra la criminalidad medioambiental, contra la criminalidad organizada). Como si el Derecho penal pudiera vencer al mal y apartar el caos mediante la violencia.

Cualquiera que se haya ocupado del Derecho penal y de su historia desde una perspectiva científica, como cualquiera que se dedique a la praxis del Derecho penal, sabe que pueden decirse muchas cosas sobre él, pero que hay algo que no se puede decir: no se puede decir que el Derecho penal solucione los conflictos sociales.

No se pretende afirmar con ello que al Derecho penal no le corresponda desempeñar funciones sociales –sobre ello volveré más adelante–, pero sí que no es posible restablecer el orden social mediante la coerción externa y su instrumento fundamental, la violencia, cuando el acuerdo social sobre las normas de convivencia y moralidad ya no funciona. Si por una sola vez se permite la entrada de la Política criminal en el terreno de la lucha contra los desórdenes sociales y la desorientación social, entonces, teniendo en cuenta que tales manifestaciones son muy numerosas, la sutil arma del Derecho penal se embrutecería. Esto vale especialmente cuando –como ya lo he expresado en otro lugar– se quiere impulsar la «procura existencial» (*Daseinvorsorge*) por medio del Derecho penal y la determinación del delito se lleva bastante lejos de la lesión del bien jurídico. Cuando no se exige un resultado, ni siquiera una acción concreta de peligro, sino que para afirmar la responsabilidad jurí-

* El texto (que constituye la ponencia del autor presentada al IV Congreso de Justicia Penal, celebrado en julio de 1999 en la Universidad de Huelva) ha sido traducido por Enrique Anarte Borrallo, de dicha Universidad. Agradezco a Cándido Romero Sánchez sus sugerencias [nota del traductor].

dico penal bastan acciones meramente arriesgadas, desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del Derecho penal y la función preventiva y proactiva de la policía, se crean delitos de desobediencia y se impide el desarrollo de formas alternativas de control social.

El encarnizado ataque jurídico penal contra los síntomas de la desorganización social, por lo demás, sólo calma los miedos de la población a corto plazo, pero a la larga aumenta la crisis de confianza en el Estado. Mi observación en Alemania —pero intuyo que esto no es distinto en otros países—, es que a un ritmo semestral se discute sobre nuevas adaptaciones y medidas para endurecer el Derecho penal. Asistimos a trueques políticos indignos, debates con ejemplos bizarros, arreglos sórdidos, pero ningún impulso real hacia una solución de los problemas sociales planteados. El Derecho penal —permítaseme la alusión a una cita de *Carlos Marx*— se convierte así en un médico que, en el lecho de enfermo del capitalismo global tardío, sin diagnóstico, trata inútilmente de curar los síntomas con medios cada vez más severos.

La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social. Naturalmente, resulta además mucho más barato, y provoca menos conflictos, endurecer el Derecho penal del medio ambiente, en lugar de obligar mediante una política de impuestos y de infraestructuras a la grandes industrias a un cambio ecológico. Las conocidas palabras de *Gustav Radbruch*, según las cuales no hay que quedarse en la búsqueda de un Derecho penal mejor, sino buscar algo mejor que el Derecho penal, apenas encuentran acogida en la Política criminal dominante.

III

Tras esta crítica fundamental, permítaseme entrar en las consideraciones analíticas.

Para ello procederé en tres fases:

Primero, trataré de afrontar la cuestión de cómo se articula la relación inseguridad colectiva, desorientación moral y demanda de Derecho penal.

Acto seguido quiero mostrar cómo el Derecho penal puede quebrarse en la misión de reaccionar contra la desorientación moral.

Finalmente esbozaré con brevedad las funciones legítimas que puede desempeñar el Derecho penal en la defensa de las normas fundamentales de la convivencia social y de su mínimo ético.

En cuanto a lo primero, pondré en relación la antropología filosófica de *Arnold Gehlen* con la teoría de los sistemas de *Niklas Luhmann*, cosa que aquí sólo se planteará sucintamente, sin renunciar no obstante a que estas pocas líneas sirvan para que cada uno se haga una idea propia sobre ello.

El ser humano en la antropología filosófica de *Gehlen* es un «ser demediado» (*Mangelwesen*), que la civilización ha despojado de sus instintos y que experimenta la vida social como un desorden inquietante. Esto le fuerza a querer imponer orden mediante instituciones.

En estas instituciones el ser humano busca seguridad. En tanto mayor es el desorden sentido, más arcaicas son las exigencias a las instituciones, que se ven obligadas a producir estabilidad mediante la violencia. Esta violencia estabilizadora es precisamente el Derecho penal. Relacionando estas ideas con la teoría de los sistemas de *Luhmann*, resulta entonces que el Derecho penal contribuye a la producción de seguridad en la orientación. Asumiendo la tarea de neutralizar desde todos los puntos de vista los peligros, el Derecho penal se hace extraordinariamente complejo. Los permanentes intentos de obtener más seguridad a través del Derecho penal generan siempre, automáticamente, inseguridad en la orientación. Esto da pie a reacciones paradójicas y en definitiva agónicas: resignación sobre la eficacia del Derecho penal, de la que, no obstante, surge nuevamente la esperanza en la eficacia del Derecho penal mediante un incremento de la dosis. Cada incremento infructuoso de la dosis conduce a nuevas resignaciones. Puesto que las dosis no se pueden incrementar de manera discrecional, la ansiedad degenera siempre en miedo y, con ello, de nuevo se reproduce el modelo básico: se apela entonces al Estado cual *Leviathan* premoderno, que debe crear orden mediante *cualquier* forma de violencia.

El constitucionalista conservador *Ernst Forsthoff* reconoció ya a comienzos de los años sesenta que se «genera en las grandes masas una propensión extraordinariamente peligrosa políticamente a experimentar manifestaciones de pánico de todas las formas posibles de angustia existencial». A la creciente demanda de seguridad de las masas el Estado debe responder con pacificación, si no quiere arriesgar la lealtad de sus ciudadanos. Así, el Estado penetra cada vez en más ámbitos de la vida social y se va transformando progresivamente de Estado de Derecho en un Estado policial y de medidas intervencionistas. El Derecho penal se convierte entonces en Derecho de Policía. Los delitos de riesgo son un primer paso en esa dirección.

En cuanto a la segunda cuestión, cuando falta un substrato social de conformidad con la norma

y reina el miedo, el Derecho penal no puede inculcar el reconocimiento normativo.

El teórico del Derecho *Günther Teubner* llama a este proceso «trilema regulador». El primer elemento de este trilema se denomina «indiferencia recíproca». *Teubner* considera que, con el cambio en el programa jurídico, pueden producirse graves desajustes. El programa del Derecho es condicional: «Cuando tiene lugar el caso A, entonces debe darse la consecuencia B».

Los tipos de riesgo no describen un caso, sino una situación con un final (*Ausgang*) desconocido. Por lo tanto, tampoco ofrecen una consecuencia clara. En el tipo subjetivo hay muchas opciones, sobre la responsabilidad jurídico penal se puede discutir en el ámbito del arrepentimiento activo e instituciones jurídicas semejantes. Con ello, a la justicia se le pide demasiado porque no puede ya adoptar decisiones claras. Los delitos de peligro son por ello leyes injustificables.

El segundo elemento lo llama *Teubner* «desintegración social por obra del Derecho». Esto significa que tal Derecho regulador, proactivo, ahoga los procesos de discusión sobre la autorregulación social. ¿Por qué (pre)ocuparse de los asuntos sociales cuando cualquier anomalía será inmediatamente registrada por el Estado, que impondrá una sanción (jurídico penal)?

Finalmente, el tercer elemento lo denomina *Teubner* «desintegración jurídica por obra de la sociedad». La permanente injerencia del Derecho en las relaciones sociales puede volverse destructivamente contra él mismo. Del Derecho se esperan, en cada vez más ámbitos y con un alcance cada vez mayor, garantías para la seguridad colectiva. Pero, con la creciente demanda, se lleva al Derecho al límite de sus posibilidades (*Leistungsgrenze*). El legislador ya no puede regular de manera razonable lo que de él se espera, responde a la frustración de expectativas cada vez más desconcertado, se escuda en el «déficit de ejecución» y, finalmente, se enfrenta a un público que se pregunta si el Derecho penal tradicional no está anticuado y debe retornarse al arcaico modelo de Derecho penal como violencia controladora.

IV

Las leyes penales reaccionan hoy en día de forma creciente y anticipada a la desintegración social y a la desorganización sociales, para compensar la falta de acuerdo social normativo. Esferas de inseguridad colectiva y de desorganización social son ocupadas por la Política criminal sin proyecto global alguno y sin sensibilidad hacia los límites de la eficacia del Derecho penal, que se con-

vierte así en la llave maestra de la reacción frente a todas las necesidades y miedos imaginables. Cuantos más requerimientos de orientación moral debe asumir de este modo el Derecho penal, menos puede éste cumplir con su misión, de afirmar y garantizar las normas realmente básicas de la convivencia pacífica mutuamente aceptadas.

El Derecho penal está hoy en día atrapado en el trilema regulador: el legislador percibe cada vez más necesidades de regulación jurídica respecto de ámbitos sociales de problemas cada vez más distantes, y en esta tarea se pierde y pierde la referencia respecto de las posibilidades sociales de regulación. Aunque con la intervención jurídico penal no se cambie realmente nada, se sucumbe a la imaginaria percepción de que el problema está en la dosis: más leyes, leyes más severas y una ejecución implacable enderezarían las cosas. Los ciudadanos se creen esto durante algún tiempo, se alejan de las responsabilidades sociales y, de esta forma, aparecen ámbitos que escapan al consenso social sobre las normas, renunciando a la autorregulación.

Entonces, puesto que el Derecho penal no puede sustituir las normas sociales que se desvanecen ni establecer la moral en el desarrollo social, cabe preguntarse: ¿Qué misión le queda al Derecho penal?

La misión consiste en la manifestación de las normas fundamentales.

Permítaseme a este respecto citar el «Hiperión» de *Hölderlin*: «El Estado no es más que la áspera corteza que envuelve el meollo de la vida. Es el muro que rodea el jardín de los frutos y flores humanos. Pero, ¿de qué sirve el muro que rodea el jardín cuando la tierra está seca? En este caso, la única salvación es la lluvia del cielo.»

Un Derecho penal tan amplio debe tener por objeto más detalles accesorios que un Derecho penal concentrado en el meollo de los intereses humanos vitales. En ese núcleo hay que concentrarse, pues —siguiendo con la imagen de *Hölderlin*— un Derecho penal en crecimiento continuo acaba perdiendo su fuerza y su estirpe nunca más será reconocida.

Lamentablemente hay signos de que también en el núcleo del Derecho penal, en el ámbito de los abusos de tipo violento entre las personas, concierne a su integridad corporal, a su libertad sexual o a su patrimonio, se diluyen las fronteras morales. Para estos hechos tiene que haber un lugar en la sociedad en el que pueda discutirse abierta, correcta y seriamente sobre la validez de las normas fundamentales. Ese lugar es el sistema jurídico penal. Aquí es donde puede manifestarse el canon irrenunciable del control sobre las conductas.

Así considerada, la pena tiene la expresiva función de determinar que un hecho malo y merece-

dor de represión ha tenido lugar, ella proporciona a la víctima la satisfacción necesaria para poder volver a levantarse y, con ello, refuerza la confianza de la población en la subsistencia de las normas del reconocimiento y consideración recíprocos.

Esto no es dirección moralizante del comportamiento, ni asignación de tareas empíricamente orientada a la prevención general, pero tiene —cuando así se quiere— un efecto moral, que puede designarse —con una antigua expresión— como fuerza del Derecho penal para configurar las costumbres.

V

El Derecho penal del riesgo no crea paz social alguna. Tan sólo alimenta ilusiones sobre las fun-

ciones sociales de orden del Derecho penal. Además borra las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho de Policía. Tiene igualmente una tendencia al totalitarismo. Pero el control social total mediante el Derecho penal no se puede implantar y afecta a la autointegración social. Los riesgos del Derecho penal del riesgo para la función de garantía del Derecho penal son inmensos. Dejemos, pues, de lado el Derecho penal del riesgo, pero no olvidemos los riesgos de nuestra sociedad. Reflexionemos sobre alternativas de control social y regulación más allá del Derecho penal. Para proteger el Derecho penal como *ultima ratio* del control social y reforzar la creatividad colectiva en la superación de las crisis. No olvides Doñana, pero tampoco confíes en que el Derecho penal sea capaz de preservar tu recuerdo. ●