

DERECHO PENAL DE RIESGOS

MANTENCIÓN DE PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CLÁSICO O LIBERAL VS. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS MODERNAS SOCIEDADES

Sebastián Cabezas Chamorro.
Pietro Sferrazza Taibi.

PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Uno de los problemas más significativos que implica el vivir en una sociedad moderna o "postindustrial", como se denomina en el continente europeo, se radica en los cada vez más abundantes y excesivos riesgos que nos agobian y atemorizan todo el tiempo.

Según las palabras de Felix Herzog "hay, efectivamente, muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro de nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de una campo de ejercicios militares, de una fábrica química, entre otros". Podríamos agregar otros peligros como "el agujero del ozono, los cambios climáticos, la abración, la desertización o la muerte lenta de los bosques".¹

Todo lo anterior son ejemplos claros de la condición generalizada de peligro de la humanidad, cuyas causas y efectos solamente pueden ser entendidos globalmente.

Esta situación nos demuestra que, por los riesgos y problemas que nos trae nuestra moderna civilización, la sociedad se encuentra estructurada bajo el esquema "riesgo-seguridad".²

De esta manera el riesgo o "*violencia*", según la terminología de profesor Hassemer³, es un firme componente de la vida cotidiana, por lo tanto no es la omnipresencia de la violencia lo que esta en cuestión y lo que se modifica. Lo que se modifica es la forma de la violencia y la densidad de actividad violenta y en definitiva lo que se modifica es la disposición a aceptar la violencia. En este escenario la posibilidad de percibir la violencia y el ejercicio de ella nunca fue mejor que hoy, el consumo comunicativo esta vivamente interesado en los fenómenos de violencia, por lo que ya no es necesario sufrirla en cuerpo propio para percibirla.⁴

En efecto, hoy nos encontramos en un modelo social al se ha denominado "sociedad de riesgos" o "sociedad del riesgo", el cual se encuentra

¹ Herzog, Felix, "Los límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales", anuario de derecho penal y ciencias penales, 1993, pp.317 y ss.

² Herzog, 1993, pp. 317 y ss

³ Hassemer Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", (Trad. Patricia S. Ziffer), 1998, pp.45 y ss.

⁴ Hassemer Winfried, 1998, pp .45 y ss.

su génesis en la aparición de avances tecnológicos sin precedente en toda la historia del hombre. Este hecho resulta sumamente interesante y paradójico, en el sentido que estos avances técnicos han implicado un gran bienestar para la humanidad y a la vez causa directa del nacimiento o configuración de la sociedad de riesgos.⁵

Así, en este nuevo orden de cosas, la violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social. Concluyendo el profesor Hassemer que “ *La seguridad ciudadana hace su carrera de bien jurídico y alimenta una creciente industria de seguridad*” y sigue “*por eso hoy es la hora de conceptos como luchar contra, eliminar, represión, en perjuicio de actitudes como, vivir con, elaborar*”⁶

De esta manera frente a esta situación, es fácil constatar una nueva tendencia claramente dominante en la legislación a introducir nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes, produciéndose indefectiblemente una “*restricción*” a la garantías clásicas del derecho penal sustantivo y formal. Así, la creación de nuevos “*bienes jurídico-penales*”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no sería si no aspectos de esta tendencia general a la que cabe referirse con el nombre de “*expansión*”.⁷

Estas agravaciones en el derecho penal material y en el derecho procesal penal, hay que agradecerlas a una política criminal con el telón de fondo de una violencia dramatizada, que debería enfrentar con “*efectividad*” la amenaza individual y organizada.⁸

Sin duda que, bajo esta atmósfera de “*peligro permanente*”, de un “*nuevo o moderno derecho penal*”, y de la necesidad de “*una política criminal eficiente*” ya no sólo se encuentran amenazados los bienes clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino bienes jurídicos de la “*generalidad*”, que además describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal; protección del “*bienestar*” del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mercados de capital, etc.⁹

La pregunta que nos hacemos y que humildemente trataremos de contestar, consiste en determinar si es científica y dogmáticamente posible, sostener que el derecho penal pueda y deba hacerse cargo de los riesgos existentes en nuestras modernas civilizaciones.

Para estos efectos hemos estructurado este trabajo en cuatro puntos de reflexión: En el primero de estos abordamos el problema de si el derecho penal de riesgos implica o no la vulneración de última ratio. A continuación, en el segundo punto, se analiza la imposibilidad de que, a través de derecho penal sin más, se generen cambios sociales. En el tercer punto se tratará de demostrar

⁵ Silva Sánchez, Jesús Maria, “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ed. Civitas, 1999, pp. 17 y ss.

⁶ Hassemer Winfried, 1998, pp. 45 y ss.

⁷ Silva Sánchez Jesús Maria, 1999, pp. 18 y ss.

⁸ Hassemer Winfried, 1998, pp. 53.

⁹ Hassemer Winfried, 1998, pp. 54.

todos los problemas dogmáticos y científicos que acarrea la politización del derecho penal de riesgos y finalmente, en el cuarto y último punto, a través del estudio de tres intentos de la doctrina alemana, tendientes a demostrar la posibilidad de sistematizar un derecho penal sobre los peligros de la moderna sociedad, hemos expuesto ciertas perspectivas críticas desde un punto de vista doctrinario.

I.-DERECHO PENAL DE RIESGO: ¿ÚLTIMA RATIO O SOLA RATIO?

Las reformas actuales del derecho penal material ya no apuntan a la parte general, la que podría considerarse como estable o permanente a un mediano plazo, sino que más bien se preocupan de la parte especial. Estas modificaciones no aportan a la disminución del peso ni el repliegue del derecho penal. Todo lo contrario: se agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prolongando el *ius puniendi* a otros espacios que de este modo se extienden simultáneamente a los ámbitos tradicionales y a otros nuevos. De esta manera los ámbitos que definen al nuevo derecho penal son: el medio ambiente, las drogas, la economía, el tratamiento informático de datos, el terrorismo, la criminalidad organizada, etc.¹⁰

De este modo, la política criminal se desenvuelve en un ámbito "protector y asistencial", en el que el derecho penal se proyecta como un instrumento para hacer frente a estos modernos problemas.

Esta situación es extremadamente compleja y complicada puesto que, frente a los modernos riesgos, se da como solución en forma casi automática la intervención del derecho penal, lo que acarrea un problema aun más grave cual es la transformación del *ius puniendi* en *prima* o *sola ratio*.

Esta idea se ha ido alejando de las tradicionales descripciones de objetivos de derecho penal, ya que este desde una perspectiva política sólo puede ser utilizado en forma subsidiaria como *ultima ratio*, y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves. El profesor Hassemer estima que el derecho penal y la política criminal percibe plenamente estos problemas, pero no responden a ellos tomando conciencia de que un derecho penal fiel a sus principios no pueden cumplir con las funciones que se le atribuyen de represión y de conducción eficiente de la violencia.¹¹

No olvidemos que desde un principio la función principal del *ius puniendi* ha sido limitar y contener todo el poder penal del estado. Es por eso que uno de los principios fundamentales e imprescindible de todo el derecho penal es que es la *ultima ratio* de los conflictos sociales, esto quiere decir, que frente a un problema social el ordenamiento jurídico tiene que proporcionar todas las soluciones posibles para dicho problema, siendo la ultima de estas el derecho penal.

¹⁰ Hassemer, Winfried, "Perspectivas del derecho penal futuro", revista penal, 1998, pp. 37 y ss.

¹¹ Hassemer Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", (Trad. Patricia S. Ziffer), 1998, pp. 55 y ss.

Sin embargo, se ha planteado una forma distinta de solucionar el problema de los riesgos, salvando el inconveniente de transformar el derecho penal en *prima o sola ratio*. Esta solución viene dada por el derecho administrativo, en el sentido que sea él quien deba hacerse cargo de la prevención o castigo de los atentados contra estos bienes o valores propios de la sociedad moderna, lo que se refleja claramente respecto de los ataques contra el medio ambiente, ya que ésta es la única manera de mantener intactos los principios del derecho penal liberal.

Al respecto el profesor Felix Herzog, nos dice que "estos fundamentos son socavados cuando el derecho penal se encuentra a caballo de la accesoriedad de la administración y del derecho administrativo ecológico, porque debe cooperar con el derecho administrativo del medio ambiente, pero no puede intervenir, sobre la base del principio de accesoriedad, si no es autorizado por la administración".¹²

En el otro lado de la discusión doctrinaria encontramos a Bernd Schünemann que se ha constituido como un fiel y ferviente representante de la corriente dogmática que reza por una "modernización del derecho penal", a través de la intervención del *ius puniendi* en diversas áreas, como por ejemplo, el medio ambiente. Así, en la conclusión de uno de sus trabajos denominado "Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta"¹³, deja en claro que, no obstante cualquier intento por modernizar el derecho penal, éste solo puede y debe ser empleado como *última ratio* para la prevención de daños sociales.

Ahora bien, este mismo autor, en otra de sus obras denominada "Sobre la dogmática y política criminal del derecho penal del medio ambiente"¹⁴ señala con énfasis que "habría que oponerse enérgicamente a toda sustitución al derecho penal del medio ambiente por el derecho administrativo, ya que en el ámbito ecológico, en el que el derecho penal representa el máximo ético, no se puede prescindir de las fuerzas formadoras de costumbre, conforme a la antigua denominación, o de su efecto preventivo general de integración, utilizando la terminología actual".

Haciendo un análisis comparativo, entre ambas citas del destacado profesor de la Universidad de Múnich, claramente hay una contradicción elemental en el sentido de que plantea dos soluciones opuestas respecto de un mismo problema.

¹² Herzog, 1993, pp. 317 y ss

¹³ Schunemann, Bernd, "Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio", ed. Tecnos, 2002, pp. 49 y ss. Dentro de este compendio de trabajos uno de ellos es "Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta" (trad. Lourdes Baza). Schunemann en este trabajo hace una crítica sistemática a las posturas doctrinales de la "Escuela de Frankfurt" respecto del tema.

¹⁴ Schunemann, Bernd, "Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio", ed. Tecnos, 2002, pp. 49 y ss. Dentro de este compendio de trabajos uno de ellos es "Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta" (trad. Lourdes Baza). Schunemann en este trabajo hace una crítica sistemática a las posturas doctrinales de la "Escuela de Frankfurt" respecto del tema.

El destacado catedrático de la Universidad Pompeu Fabra Jesús Silva Sánchez, frente a la interrogante si se puede hacer frente a los riesgos contemporáneos, con instrumentos distintos de derecho penal (teoría de la responsabilidad o teoría del seguro en derecho civil y las distintas modalidades del derecho administrativo) nos dice: "Tales opciones o son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hayan desprestigiadas". Así, respecto de las "Teorías de la responsabilidad" o "Del seguro" en materia civil es destacado jurista explica que es muy discutible que estas teorías civilistas estén en condiciones de garantizar, por un lado, que éste cumpla efectivamente funciones de prevención y, por otro, que garantice a los sujetos pasivos una comprensión, si no integral, o al menos mínimamente próxima a esta. Por otra parte respecto de la administración, nos dice que por los fenómenos de burocratización y corrupción, la administración más que prevenir y salvaguardar los modernos riesgos, y la criminalidad organizada, sería cómplice de estas.¹⁵

Personalmente creemos poco afortunadas los fundamentos del destacado profesor, por que, por un lado ni el derecho penal puede garantizar a los sujetos pasivos una compensación integral o mínimamente próxima a este y por otro lado las mismas críticas e inclusive otras más graves (que se verán en próximo tema) se le pueden formular al legislador penal.

II.- PROBLEMAS SOCIOLOGICOS DEL DERECHO PENAL DE RIESGOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRILEMA REGULADOR DE TEUBNER GUNTER¹⁶

El derecho penal de riesgos presenta, en su perspectiva sociológica, un problema que se traduce en una crítica tripodial, y que ha sido denominado por Gunter Teubner, como "Trilema Regulador".

El postulado básico que permite estructurar la crítica referida, dice relación con la imposibilidad de provocar cambios sociales mediante meras intervenciones jurídicas.

Efectivamente las consecuencias perniciosas, para el Derecho y para la sociedad, se pueden resumir en los tres siguientes puntos:

1.- La indiferencia recíproca del Derecho y la Sociedad

El posmoderno derecho penal de peligro se presenta ante la comunidad organizada como un conjunto de normas jurídicas punitivas que nacen como la consecuencia de la adopción de decisiones políticas, sin que previamente se hayan considerado los problemas y las reflexiones relevantes del ius puniendi.

¹⁵ Silva Sánchez, Jesús Maria, "La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", ed. Civitas, 1999, pp. 44 y ss.

¹⁶ Herzog, Felix, 1993 pp. 317 y ss. El autor realiza una exposición referencial del análisis sociológico-jurídico de Teubner respecto del derecho penal de riesgos.

La indiferencia de la sociedad ante este conjunto de normas se genera por el hecho de que éstas tratan de intervenir parcelas de la vida cotidiana que se resisten a un cambio "desde arriba", es decir, impuesto por el Derecho.

No hay que ser muy perspicaz para poder inferir que los problemas de ejecución que presentan tales normas son inevitables, a menos que se modifiquen los principios de atribución del derecho penal, lo que por supuesto conllevaría la ferviente oposición de los cultores del derecho penal liberal.

2.-La desintegración social a través del Derecho

Teubner cree en la existencia de la capacidad autoreguladora de la sociedad, fundada en un concepto de responsabilidad.

El abandono de esa creencia implica el desencadenamiento de la intervención punitiva del Estado, ya que si la sociedad no está capacitada para controlar por sí sola los riesgos en ella presentes, el derecho penal se convierte en un recurso útil para satisfacer las demandas de la comunidad.

Ante un escándalo ecológico por ejemplo, la sociedad exigiría una rígida intervención punitiva, que el Estado terminaría plasmando en la ley penal, aumentando su control intervencionista.

3.-La desintegración del Derecho a través de las expectativas excesivas de la Sociedad

La continua presión de la sociedad, con una evidente orientación a las consecuencias, provoca la desarticulación del principio de legalidad, sobrecargando los programas jurídicos penales legislativos y la aplicación y ejecución de los mismos.

Regular una materia jurídica penal, aislándola de una manera absoluta de la política, es sin duda utópico e imposible. En nuestro concepto todo intento tendiente por disociar la política, del Derecho en general, o del derecho punitivo en particular, es vano y estéril por cuanto significaría negar uno de los sustratos de la esencia misma del Derecho.

El Derecho sin política, no es Derecho. Pero también es cierto que, en el ámbito del derecho penal, la mera política no puede dirigir el control y la intervención del Estado sobre la comunidad, debido a que toda decisión legislativa con una carga penal, debe de tener en consideración, como condición sine qua non, el respeto de los principios liberales del ius puniendi, como "la precisión y la permanencia de las definiciones del ámbito criminal, las cuales han de ser garantizadas procesalmente por el principio de legalidad".

Si se permite que los intereses de los grupos de presión política contaminen la pulcritud de tales principios, la legalidad se descompone y desarticula.

Sabias son las palabras de Herzog, cuando afirma que "uno de los límites al control penal de los riesgos sociales es por consiguiente también un límite a la política".

Sobre esta materia, ahondaremos más, en el siguiente capítulo.

III.- DERECHO PENAL DE RIESGO: DE UNA FORMA EFICAZ DE HACER POLÍTICA HACIA EL DETERIORO DEL DERECHO PENAL¹⁷

Hoy en día somos espectadores privilegiados de cómo las coaliciones y partidos políticos construyen sus programas electorales ofreciendo a la comunidad resolver y eliminar todos los riesgos propios de nuestras modernas sociedades a través del derecho penal.

De esta manera, la política interna de un país se constituye en la génesis del derecho penal de riesgos, lo que trae como consecuencia una vulneración sistemática de los principios del derecho penal clásico.

Así, el derecho penal de riesgos, como derecho penal politizado, se puede explicar a través la teoría de Naucke y de Stangl.

1.- Naucke " De la politización interna del derecho penal" año 1987

Según la tesis del referido autor, ya a mediados del siglo XIX, es posible visualizar la interdependencia entre la política interna y el derecho penal, convirtiéndose este último en "instrumento deliberado de la política interna".

En virtud de esa interdependencia , cada vez más intensa, entre la política interna y el *ius puniendi* ", es cada vez más posible deducir el contenido del derecho penal desde la política interna, si se sabe qué grupos de interés, es decir, qué partidos políticos o coaliciones, controla la legislación". Este "acaparamiento del derecho penal por la política interna" ha llegado hasta hoy por regla general a un "deterioro del derecho penal".

Ejemplo exacto de lo anteriormente señalado, es la experiencia de Alemania, país pionero en la legislación medio ambiental penal.

En 1969, sólo un cinco por ciento de la población alemana tenía algún concepto de "protección medio ambiental". Casi una década después, precisamente en 1977, la conciencia social experimentó un enorme impacto, producto de una serie de catástrofes naturales y ecológicas, como el accidente químico de Seveso, la marea negra en Bretaña y la casi catástrofe del reactor nuclear de Harrisburgo. Por estos hechos, los medios de comunicación social insistieron en la urgencia de la intervención de los poderes políticos y así los ciudadanos se organizaron para combatir los modernos riesgos, lo que posteriormente terminó en el partido de los "Verdes".

Fue así como toda la legislación medio ambiental, que se introdujo en el código penal alemán, fue producto de una impreciso y precipitado proceso legislativo, el que no tuvo ningún asidero científico ni dogmático, por cuanto sólo atendió a las contingencias político partidistas.

2.- Stangl "Del valor del cambio político del derecho penal" 1985

La discusión dogmática penal, se transforma en un espectáculo público y mediático, cuando el *ius puniendi* asume el mero rol de instrumento de la

¹⁷ Herzog, Felix, 1993 pp. 317 y ss. Aquí Herzog hace una explicación de las teorías de la politización del derecho penal, basándose en los estudios de Naucke y Stangl.

política y tiende al ajuste y circunscripción de las cuotas de poder entre los partidos.

La política criminal, por lo tanto, se convierte en esclava de los intereses electorales y aparece como la "vía de solución del problema".

Por tanto, frente a la exigencia del mercado político, el *ius puniendi* se expande y se maximiza para poder reaccionar ante tal exigencia.

Frente a ello Stangl propone:

- - "Elaboración de bienes jurídicos aprehensibles, a los cuales la justicia penal pueda ajustar la exégesis de la norma.
- - Específicas y estables definiciones de lo punible dadas por el legislador (y no por los variables intereses de punición de la autoridad administrativa).
- - Establecimientos de marcos penales estables, que sean efectivamente ejecutados por la justicia penal en lugar de eludirlos.
- - Permanente revisión de la eficacia, justicia y proporcionalidad del... (derecho penal de riesgo) en la práctica".

Ambas teorías, de una u otra forma, explican claramente el problema que implica politizar el derecho penal de riesgos. Ambos autores coinciden en que este fenómeno- politización del derecho penal- trae como consecuencia irremediable el deterioro del *ius puniendi*.

Este deterioro viene dado, por el hecho que la legislación penal es fruto de imprecisos planes legislativos sin ningún fundamento científico, y que además atiende desafortunadamente a contingencias e intereses de coaliciones o partidos políticos y de la necesidad de estos de mantener contento a su electorado.

De esta manera, nos oponemos enérgicamente a que en nuestras sociedades se haga política a través del derecho penal, ya que el control jurídico penal de los riesgos sociales debe ser debatido en relaciones institucionales con criterios objetivos.

Relaciones que se separen claramente de las exigencias cotidianas de la política interna, ya que el contenido del derecho penal no tiene que ser precisado sobre la base de relaciones políticas de fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del derecho penal.

Otro problema insoslayable de que el derecho penal de riesgos no atienda a parámetros científicos, empíricos y objetivos, sino a los intereses electorales de los partidos políticos, es que toda legislación penal que se dicte al respecto sólo tendrá una función simbólica o retórica, en el sentido de que más que dar solución directa a un problema jurídico penal (protección de bienes jurídicos), será proclive a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.¹⁸

¹⁸ Silva Sánchez, Jesús María "Aproximación al derecho penal contemporáneo", Ed. Bosch, 1992, pp 304 y ss.

IV.- PROBLEMAS DOGMÁTICOS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE RIESGO

Antes de abordar directamente los problemas doctrinarios relativos al derecho penal de riesgo, sería prudente, para fines sistemáticos, lógicos y explicativos, exponer genérica y brevemente, algunas reflexiones sobre el concepto y la naturaleza jurídica del delito de peligro abstracto.

Para el profesor Sergio Politoff Lifschitz,¹⁹ "son delitos de lesión aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico", de manera que "la consumación del delito requiere la efectiva lesión del bien jurídico protegido".

Delitos de peligro, en cambio, son definidos por el mismo autor como "aquellos en que el legislador considera suficiente para la incriminación la puesta en peligro, es decir, la probabilidad de una lesión concreta al bien jurídico tutelado".

Son delitos de peligro concreto "aquellos que requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido (el cual fue impedido por un factor con el que no era seguro contar)". Inferimos entonces, que de existir un factor o antecedente que de acuerdo a la experiencia normal y al orden lógico de las cosas, quebranta ese curso causal impidiendo el resultado, no hubo un peligro concreto.

Por otra parte los delitos de peligro abstracto son concebidos por Politoff como "la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que se admita probar que la realización de la misma no significaba un riesgo efectivo para el bien jurídico tutelado". A nuestro juicio, este destacado catedrático, percibe con acierto en estos delitos, la configuración de una *presumptio juris et de iure* de la existencia del peligro, presunción a través de la cual se reprime una mera desobediencia o dicho de otra forma, una *lesión de un deber*.

Ahora bien, al respecto el connotado profesor Günter Jakobs²⁰ nos enseña que una sociedad sin riesgo no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, ya que una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible. Efectivamente dentro de una sociedad necesariamente nos encontraremos con riesgos permitidos y riesgos no permitidos, los cuales nacen por la "configuración social generada a lo largo del tiempo" y no por un cálculo o relación costo-beneficio entre la libertad de comportamiento y puesta de peligro de bienes.

De esta manera Jakobs concluye que "el carácter contrario a la norma de una puesta de peligro abstracta excluye la permisión de riesgo".

¹⁹ Politoff Lifschitz, Sergio "Derecho penal. Parte general", Ed. Conosur, 1997, pp. 233 y ss.

²⁰ Jakobs, Günter "La imputación objetiva en derecho penal", (trad. Cancio Meliá), Ed. Civitas, 1996, pp. 117

Por lo tanto el profesor alemán caracteriza al delito de peligro abstracto como un riesgo no permitido y contrario a la vigencia de la norma, lo que toma una gran importancia, ya que en las modernas civilizaciones "la seguridad" hoy no se concibe como un reflejo de la actividad de policía, sino que se convierte en un derecho que puede ser exigido al estado. Dicho de otra manera, los delitos de peligro abstracto ya no solo perturban el orden público, sino que lesionan un derecho a la seguridad entendida esta en el sentido antes referido, es decir, en el sentido normativo.²¹

Tras esta breve exposición genérica relativa a la figura del delito de peligro abstracto, vamos ahora a analizar cuestiones de índole netamente doctrinarias, ya que desde el umbral del derecho penal liberal, la sistematización de un derecho penal de riesgos, acarrea consigo una serie de dificultades dogmáticas aún no superadas.

Muchos han sido los intentos de fundamentación esgrimidos por la doctrina alemana. Para los propósitos de este trabajo, sólo aludiremos a tres de ellos, ya que abarcar todas las teorías existentes sobre el particular, sobrepasa tanto nuestras limitadas capacidades como el fin que nos hemos propuesto.²²

1.- El profesor Cramer, en una investigación sobre el tipo de embriaguez como delito de peligro trató de probar, desde un punto de vista científico, la existencia de un resultado, o más bien, de "un momento de resultado" en ese delito.

Partiendo de la idea de la existencia de un lazo, de un ligamen, de una vinculación entre un derecho penal de resultado y la gradación del injusto, este autor distingue tres formas de delito, atendiendo a la intensidad del ataque al bien jurídico:

A.- Delito de lesión

B.- Delito de peligro concreto

C.- Delito de peligro abstracto

La lesión no es más que la producción de un perjuicio al bien jurídico; el peligro concreto es la probabilidad de la lesión y el peligro abstracto es la probabilidad de un peligro concreto.

Si un tipo de peligro abstracto no cumple con dicha exigencia, se reduce mediante interpretación restrictiva, de manera que la frontera del derecho penal de riesgo se circunscribe a aquellos tipos que, ni siquiera a través de dicha interpretación, constituyen la probabilidad de un peligro concreto.

No existe, por cierto, según las conclusiones de Cramer, la posibilidad de una constatación efectiva del resultado y ello no constituye un problema, por cuanto los delitos de peligro tienen por objeto conductas o comportamientos

²¹ Jakobs, Günter, "Sociedad, norma y persona", (trad. Cancio/ Feijóo), Ed. Civitas, 1996, pp. 43 y ss.

²² Herzog, Felix, 1993, pp. 37 y ss.

que deben analizarse desde el punto de vista de su significación objetiva, es decir, de la perturbación posible o efectiva de un bien jurídico determinado.

Jugando un poco con la lógica y la semántica, Arthur Kaufmann llega a la conclusión de que el peligro abstracto es la probabilidad de la probabilidad de la lesión, la posibilidad de la posibilidad, el peligro del peligro, demostrando el abismo circular y tautológico en el que cae la teoría de Cramer, sin posibilidad de salvación alguna.

Por otra parte, según Herzog, "en una gradación del injusto, que arranca con los delitos de lesión, los delitos de peligro abstracto no pueden integrarse sin un dislocamiento del sistema; yendo más allá de Cramer, hay que afirmar que la frontera del derecho penal de riesgo, se rebasa ya con aquellos tipos penales que no contienen la probabilidad de una lesión del bien jurídico".

2.- Para el profesor Brehm, los delitos de peligro abstracto constituyen una categoría de delitos culposos.

La argumentación de su postura se basa en la renuncia del dogma del resultado y en un complejo concepto de antijuridicidad calificada por este autor como "antijuridicidad libre de contradicciones".

Para que se detone la operatividad de una norma penal, basta un comportamiento apto para lesionar, por cuanto el contenido del injusto es la prohibición de lesión.

Sobre la base de lo anterior, los delitos de peligro abstracto dejan de existir como tipos independientes. A través de una "interpretación correctora del tipo", puede transformarse un delito en imprudente, toda vez que en una hipótesis de hecho, se vulnere o se infrinja el deber de cuidado subsumido en el tipo.

Ahora bien, en el plano de la culpabilidad, la configuración del delito de peligro abstracto requerirá, indispensable e insoslayablemente, la viabilidad de un juicio de reproche por la infracción del deber de cuidado. En opinión de Brehm la línea fronteriza de los delitos de peligro toma como referencia el reproche del comportamiento contrario al deber.

Felix Herzog, cobijándose una vez más en su querido derecho penal liberal, critica la teoría de Brehm, porque implicaría la renuncia a un derecho penal de resultado con una orientación a las consecuencias y porque la identidad entre delito de peligro abstracto y delito imprudente, conlleva una subjetivización inaceptable del derecho penal de riesgo. Efectivamente, no puede trasladarse el peligro o el riesgo propiamente tal, a la esfera del sujeto.

3.- Kratzsch, por su parte, ha elaborado un concepto de ius puniendi entendiéndolo en su globalidad como un derecho penal de riesgo e identificándolo con lo que él ha bautizado como "sistema de dirección y organización social de la conducta".

La protección a los bienes jurídicos se promueve mediante un catálogo de reglas lo más completo y exhaustivo posible, para reducir al mínimo el protagonismo del azar o de la casualidad.

El delito de peligro abstracto entonces, no es más que un instrumento para la mantención del orden general.

Por estar subordinado a ese orden, el autor deja de ser un sujeto autónomo de Derecho de manera que, aun en los casos en los que va a actuar conforme a deber, estará sometido a la funcionalidad de la globalidad de las normas del sistema.

El fundamento de la intervención punitiva del Estado quedaría relegado, no en la responsabilidad individual sino que el control de las situaciones de peligro.

Una concepción de esta naturaleza, no sólo sobrepasa la limitación dada por el desvalor del resultado, sino que además implica un peligroso expansionismo del ius puniendi respecto del que nos declaramos detractores.

CONCLUSIÓN

La de hoy en día es sin duda ninguna una sociedad sumida en riesgos de la más diversa índole. Lo que acabamos de afirmar es indiscutible, es una realidad viva en nuestro tiempo y en un futuro venidero.

También es indiscutible el hecho de que estos riesgos, deben ser objeto de una solución de derecho, pero ¿es el ius puniendi la rama jurídica que debe preocuparse de este problema?

Esta es la pregunta que ha atizado nuestro interés por investigar este tema y que nos ha despertado diversas inquietudes intelectuales, sobre las que pensamos reflexionar a fondo aun por bastante tiempo. Por lo demás, ni Latinoamérica en general, ni Chile en particular, están ajenos o abstraídos de la evolución de la humanidad, por muy tercermundista que sean estos parajes.

Sin ir más lejos, en Chile estamos ad portas de la redacción de un nuevo código penal e inevitablemente, el tema de los riesgos va a ser objeto de arduo debate entre los más importantes cultores del derecho penal de este país, empeñados hoy en día en tratar de dar una estructura armónica, dentro de lo que se puede, a este futuro cuerpo legal.

Algunos, hipnotizados por un fogoso progresismo, frente a la presencia de riesgos, dan como solución derecho penal, sin siquiera analizar otras posibilidades o alternativas jurídicas de solución. Sin embargo en nuestro concepto, toda solución que sea digna de ser plasmada en una ley penal, debe ser objeto, tanto por parte de la doctrina como por parte de las cámaras legislativas, de una discusión y de una reflexión consciente, expurgada de intereses político-populistas y sobre todo enfocada en los principios del derecho penal clásico o liberal, sustentadores de los ordenes jurídicos punitivos de occidente, principios de los que, pese a que se nos tilde o califique de conservadores o tradicionalistas, aun no nos queremos desprender.