

Joaquín García-Huidobro*

El derecho ante la sociedad de riesgos

“Ni el lobo ni ninguna otra fiera afrontaría un riesgo hermoso, sino más bien el hombre bueno” (Aristóteles)¹.

Entre los temas que han atraído la atención de los estudiosos en los últimos años está el del riesgo². En el mundo de habla germana se impulsa la *Risikoforschung* y en las escuelas de negocios se realizan seminarios para enseñar a administrar el riesgo. Por otra parte, el tema del riesgo es parte fundamental de la teoría financiera moderna, donde todos los modelos de elección se construyen sobre la base de un mundo con incertidumbre, escenario en el cual las consecuencias de las decisiones son contingentes respecto de la oportunidad en que sean realizadas y del estado de la naturaleza que efectivamente se realice. En este trabajo se hará ver cómo el riesgo, aunque es un elemento constitutivo de la vida humana, ha experimentado un notable incremento en los últimos años (I); luego se mostrará su importancia (II) y las reacciones personales y sociales que provoca este fenómeno (III), para terminar destacando algunas de sus consecuencias en el campo jurídico (IV).

* *Profesor de Derecho Público y Constitucional. Universidad de Los Andes. El autor agradece la ayuda de la Starr Foundation y las observaciones de los profesores Alex van Weezel, Alejandro Vigo, Jaime Arancibia, Juan Sebastián Montes y, muy especialmente, Fernando Díaz.*

La vida es riesgo

Desde el momento mismo en que hablamos de acción humana estamos suponiendo que en nuestro mundo se da una cierta regularidad³. Un mundo hipotético en el que las manzanas no cayesen o el día no sucediese a la noche, sería al mismo tiempo un mundo en el cual no podríamos orientarnos y donde realidades como el derecho carecerían de sentido. La ley supone, por ejemplo, que el criminal es el mismo cuando delinque que un año después, cuando es aprehendido y juzgado. No hay praxis, ni ética, ni derecho, ni amor ni odio sin una cierta legalidad u orden fundamental; sin sustancias, causas y efectos. Incluso el humor o el absurdo tiene sentido por referencia a algo que se presenta como estable.

1 *Pol. V (VIII), 4, 1338 b 30-33*

2 Por todos: P. L. Bernstein, *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, John Wiley & Sons, New York, 1996 y U. Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

3 Cfr. W. Wieland, *La razón y su praxis. Cuatro ensayos filosóficos*, Biblos, Buenos Aires, 1996 (trad. A. Vigo), 119 ss.

Sin embargo, el mundo humano, en sus más variados niveles, está también marcado por la contingencia. Si se procesa a un delincuente, es porque se piensa que, en alguna medida, podría haber actuado de otra manera. La inteligencia misma es la capacidad de hacernos cargo de esa contingencia, de anticiparla, defenderse e incluso aprovecharse de ella. Pero ese control respecto de lo variable es muy tenue. Con frecuencia las cosas no discurren como esperábamos. La política, la economía y la vida familiar están llenas de casos en que sucede exactamente lo contrario de lo que se pretendía. 'Nadie sabe para quien trabaja' es un principio que constituye el abecé de la praxis. Todos nuestros proyectos están marcados por la caducidad y cualquier cálculo realista debe contar con la posibilidad del fracaso. Por esta razón, vivir es tanto como arriesgar: esto vale para el trabajo, el ahorro, el amor, el estudio o la búsqueda de la verdad.

La segunda razón que nos lleva a unir la vida con el riesgo, está dada, si seguimos las enseñanzas de Aristóteles, por la forma en la que se adquieren los hábitos. Sabido es que la vida humana sería imposible, o al menos muy ineficaz, si no contáramos con ciertas decisiones almacenadas, que dan origen a determinados estilos de conducta estables, que llamamos hábitos. Si estos estilos contribuyen al crecimiento del sujeto, al despliegue de sus capacidades de una manera armónica, los llamamos virtudes. Si, por el contrario, son destructivos, si llevan a privilegiar un aspecto del sujeto mientras lesionan otro, son llamados vicios.

El problema que se presenta es que la virtud no es algo que uno tenga con el nacimiento. Tenemos solo una aptitud natural para adquirir las virtudes, pero el conseguirlas de hecho es una tarea que hay que realizar⁴. Y como es bien sabido, las virtudes se adquieren por repetición de actos. Así, "nos hacemos constructores construyendo casas y citaristas tocando la cítara"⁵. De igual manera sucede en el campo ético, donde "practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza, templados, y practicando la fortaleza, fuertes"⁶. Esto tiene consecuencias importantes. Veamos un par de ellas. La primera es que, en la medida en que vamos tomando decisiones, nos vamos modelando a nosotros mismos: elegir es elegirse. La segunda es que detrás de nuestras elecciones se halla un determinado modelo de hombre. Si se observa el conjunto de elecciones de una persona se verá que, si su comportamiento es mínimamente racional, apuntará a determinados fines que dan un carácter coherente a la existencia individual⁷. Según qué estemos como valioso así serán nuestras elecciones. Si lo dicho es verdad, entonces cabe hacer algunos reparos a ciertas concepciones y prácticas sociales muy difundidas. En efecto, hoy se reivindica una idea de libertad que excluye todo compro-

⁴ "Las virtudes no se producen ni por naturaleza ni contra naturaleza, sino por tener aptitud natural para recibirlas y perfeccionarlas mediante la costumbre". (EN II 1, 1103a24-26).

⁵ EN II 1, 1103a33-34

⁶ EN II 1, 1103a34-1103b2

⁷ Cf. Ética Eudemia I 2, 1214b6-11

miso, y que consiste en una pura indeterminación, propia de un hombre desprovisto de atributos. Es la libertad entendida como mera elección. Así, la libertad humana sería como la lanceta de una abeja, que en la medida en que se emplea trae consigo su muerte. Desde esa perspectiva, el compromiso traería consigo la pérdida de la libertad. El ideal sería, entonces, no tener que elegir, conservar todas las posibilidades abiertas. Sin embargo, este deseo no pasa de ser una ilusión, al menos por dos razones.

La primera es que el abstencionismo ya marca a la persona. Un hombre que no elige se va tornando poco a poco un hombre pasivo, perezoso. En la medida en que deje pasar el tiempo sin comprometerse, sin actualizar sus posibilidades, la vida misma se encargará de robárselas. Aquí se aplica aquello de que “órgano que no se usa se atrofia”.

La segunda razón es que, aunque al elegir perdemos unas posibilidades, también ganamos otras. Hay ciertos paisajes que solo pueden verse desde las cumbres más altas. El comprometerse no anula, sino que potencia la libertad.

Ahora bien, para elegir bien tenemos algunas ayudas: la experiencia, los consejos, la ley y, fundamentalmente, los modelos y los maestros: muchas veces actuamos en casos difíciles pensando: ¿qué habría hecho tal persona (alguien que nos parece un modelo de hombre) en este caso? Naturalmente esto supone que debemos elegir bien nuestros modelos. Unos preferirán seguir a don Juan y otros a Arturo Prat, Pericles o Teresa de Calcuta. Como se ve, la elección es de la máxima importancia y buena parte de la tarea educativa consiste en proponer los modelos adecuados. Sin embargo, aunque los modelos y los maestros son fundamentales, es necesario elegirlos. Para elegirlos hay que saber en qué consiste la virtud, pues de lo contrario no podremos saber si estamos ante una virtud verdadera o ante una mera apariencia. Pero precisamente nos encontramos ante el caso de quien todavía no es virtuoso y, por tanto, no puede saber a ciencia cierta en qué consiste la virtud. La elección, por tanto, es sumamente arriesgada, y las consecuencias de una decisión errónea pueden ser fatales. Por eso, Aristóteles repite con insistencia que “no tiene poca importancia el adquirir desde jóvenes tales o cuales hábitos, sino muchísima, o mejor dicho, total”⁸. Todo esto tiene que ver con la concepción aristotélica de la verdad y la razón prácticas. Como se ha dicho, para Aristóteles, la *recta ratio* es fundamentalmente una *correcta ratio*⁹. El error parece inseparable del proceso de aprendizaje y adquisición de hábitos. Pero ese error, si no es corregido y templado, puede terminar por dar origen a disposiciones viciosas, que acaban por hacer del individuo un proyecto frustrado. La vida es riesgo no solo porque hay que elegir, sino porque es necesario elegir bien. La diferencia entre el hombre bueno y el malo no está tanto en *lo que* realizan, como en la *manera* de realizarlo¹⁰. Si

8 EN II 1, 1103b23-25.

9 F. Inciarte, *El reto del positivismo lógico*, Rialp, Madrid, 1974, 183.

10 EN II 1, 1103b7 ss.

los actos se realizan bien, darán origen a una habilidad; si se hacen mal, a una deficiencia en la actividad que corresponda. “Y lo mismo -continúa Aristóteles- ocurre con las virtudes: es nuestra actuación en nuestras transacciones con los demás hombres lo que nos hace a unos justos y a otros injustos, y nuestra actuación en los peligros y la habituación a tener miedo o ánimo lo que nos hace a unos valientes y a otros cobardes; y lo mismo ocurre con los apetitos y la ira: unos se vuelven moderados y apacibles y otros desenfrenados e iracundos, los unos por haberse comportado así en estas materias, y los otros de otro modo”¹¹. Actuar bien exige pasar entre Escila y Caribdis, y esto no es fácil. El riesgo del naufragio nos amenaza siempre.

Hay una tercera razón que nos hace decir que la vida es riesgo. Es propio de los seres racionales el poder dar origen a cadenas causales. En efecto, en el mundo material cabe, en principio, explicar un estado de cosas existentes a partir de un estado anterior¹². Tratándose del hombre, en cambio, nos hallamos ante un ser que es capaz de moverse a sí mismo, en el sentido de que él es la causa de sus actos. Sin embargo, como se anticipó antes, el hecho de que seamos señores de nuestros actos no significa que lo seamos de nuestros efectos. Es cierto que en el lenguaje ordinario decimos que hemos hecho algo, pero es habitual que en ese resultado influya una serie de concausas que no siempre podemos determinar con exactitud. Es difícil pensar que no había nada de viento cuando Guillermo Tell lanzó la flecha que dio de lleno en la manzana que estaba sobre la cabeza de su hijo. Y todavía más difícil resulta pensar que Guillermo calculó con exactitud la velocidad de ese viento antes de disparar. Pero celebramos su valor y puntería, y hacemos bien al proceder de esa manera. El acto es suyo, por más que el viento haya tenido alguna influencia en la trayectoria de la flecha.

La diferencia entre lo intentado y lo efectivamente realizado es el nervio de la tragedia griega. Su fuerza no reside en que suceda lo inesperado. Sus espectadores, por lo general, conocían al menos el material histórico o legendario que servía de base al autor, y, por cierto, tenían certeza de que las cosas iban a terminar mal. Pero precisamente en esa certeza reside la fuerza dramática. El público tiene la visión general de lo que está sucediendo realmente, y percibe que los personajes actúan de una manera que los lleva a la desgracia. Esto no sucede porque sean malos. El error trágico, dice Aristóteles en la *Poética*, es tal porque lo comete alguien mejor o al menos igual que nosotros¹³. El presenciar esas historias produce en el espectador un efecto catártico, porque lo hace

11 EN II 1, 1103b13 ss.

12 Al menos si se acepta el determinismo científico, que postula que es posible establecer cuál será el estado de un sistema en particular en el futuro si se tiene conocimiento de sus estados pasados y actual. El exitoso desarrollo de la física newtoniana contribuyó en forma fundamental a que esta corriente de pensamiento se constituyera en el paradigma de la ciencia de la época. Sin embargo, a comienzos del siglo XX, el principio de indeterminación de Heisenberg puso en cuestión la posibilidad de un universo determinístico, estableciendo la imposibilidad de conocer, con exactitud y a priori, el estado futuro de la materia. Si esto es así, ni siquiera en el mundo material es posible librarse totalmente de la incertidumbre.

13 *Poe.* 13, 1453a7-12

consciente de que él -que momentáneamente es omnisciente- en cualquier momento puede estar en esa situación¹⁴. Es más, lo estará apenas salga del teatro, pues el sujeto de praxis, por definición, tiene un conocimiento limitado, parcial. Como no tenemos la visión general sobre todo lo que influye en nuestros actos y en sus efectos, debemos evitar la *hybris*, la arrogancia.

No faltan razones, entonces, para destacar que la vida es riesgosa, que el riesgo es un elemento constitutivo de lo humano. Sin embargo, en nuestra época hay un elemento que hace que el riesgo haya adquirido dimensiones insospechadas, a saber, la irrupción de la tecnología. Ella amplifica de tal modo las consecuencias de nuestras acciones, que algún autor ha llegado a plantear cómo, en la actualidad, los efectos secundarios son con frecuencia más importantes que los principales¹⁵. Hoy somos conscientes de que determinados errores, amplificados por la tecnología, no solo pueden dar lugar a daños irreparables, sino que incluso pueden destruir buena parte de la humanidad. Sucesos como el de Chernobyl nos han puesto frente a un riesgo total. Todos los habitantes del planeta saben que ya no existen zonas protegidas y que, ante ciertos peligros, ya no existe quien pueda permanecer inalcanzado. Hay males que no quedan recluidos al mundo de los otros, sino que son capaces de afectarnos cuando menos lo pensamos¹⁶.

Además, la tecnología ha influido asimismo en una expansión sin precedentes de la criminalidad, que toma nuevas formas y adquiere una especial peligrosidad. Lo dicho no significa que los hombres de nuestra época sean peores que sus antepasados, simplemente son más poderosos, de modo que sus actos buenos y malos pueden repercutir en más personas. Como ha destacado Luhmann, nuestra sociedad está universalmente expuesta al riesgo. “El riesgo acompaña siempre a toda forma de selección cuando ésta se hace en un mundo de complejidad y contingencia”¹⁷. La misma praxis ha dejado de ser la acción de un sujeto que produce efectos determinados y ha pasado a ser una “praxis colectiva”, capaz de afectar las condiciones mismas de subsistencia de la especie humana.

Importancia del riesgo

Tomado en sí mismo, el riesgo no es malo. Es un desafío, que puede tornarse apasionante para quien entienda su vida como una gran aventura. El riesgo potencia nuestra capacidad de innovación, aguza el ingenio¹⁸. Una de las muchas razones por las que las sociedades de economía libre se mostraron muy superiores a los socialismos centraliza-

14 A. Vigo, *Zeit und Praxis bei Aristoteles. Die Nikomachische Ethik und die zeit-ontologischen Voraussetzungen des vernunftgesteuerten Handelns*, Karl Alber, Freiburg-München, 1996, 467 ss.

15 R. Spaemann, *Crítica de las utopías políticas*, Eunsa, Pamplona, 1980, 289 ss.

16 Cfr. U. Beck, *La sociedad...*, 11 ss.

17 I. Izuzquiza, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Anthropos, Barcelona, 1990, 267.

18 Cfr. P. L. Bernstein, *Against...*, pass.

dos, reside en el hecho de que cuentan con el riesgo y hacen de él un elemento que estimula la innovación. La salud de una economía depende de la cantidad y calidad de las empresas, que son las encargadas de crear fuentes de trabajo y producir bienes. Pero no habría empresas si no existiesen personas que, en vez de dedicarse a vivir de sus rentas, prefieren tomar el riesgo de dar vida a un proyecto hasta entonces inexistente.

Con todo, hoy cabe apreciar dos actitudes más o menos patológicas acerca del riesgo, que nada tienen que ver con lo que se viene diciendo. La primera consiste en la reducción de la vida a su dimensión lúdica. Es la hipertrofia actual del juego, particularmente en sus formas más peligrosas. Ellas producen una emoción muy fuerte, con la que se pretende dar sentido a una vida que parece haberlo perdido. Como si la única manera de hallar una razón para existir fuese el poner en riesgo la propia existencia. Pero, cuando algunos piensan que todo es juego o aventura, están perdiendo el valor de lo gratuito, de lo desinteresado, que, por definición, debe ser siempre excepcional. Solo se juega realmente allí donde hay una distinción entre juego y no juego. De lo contrario, al transformar todo en juego, se cae en un profundo pesimismo, expresado entre otras cosas en la convicción de que la vida no tiene sentido. Una cosa es vivir la vida como una gran aventura, en la cual el riesgo es un ingrediente importante, y otra muy distinta es banalizarla, fenómeno frecuente en las clases acomodadas de las sociedades opulentas.

El otro extremo patológico frente al riesgo consiste en percibirlo como una amenaza, como un peligro que hay que disminuir a su mínima expresión. Una de las características de las sociedades del llamado Primer Mundo, particularmente en Europa, es la de haber sido capaces de disminuir notablemente la cantidad de riesgo que enfrentan las personas. Las causas de esta actitud son muy diversas. En primer lugar, hay que señalar un factor demográfico, a saber, el envejecimiento de la población. Una sociedad con un elevado índice de edad, donde la proporción de ancianos es muy significativa, será una sociedad en la que se dé a la seguridad un valor decisivo. Si a esto se agrega la existencia en esos países del Estado de Bienestar, que procura someter a control variables que en una economía más libre dependen de las personas, nos encontraremos con una situación en la que la vida de las personas está casi programada. El Estado de Bienestar fue una inteligente respuesta al problema de la seguridad, que en materias como el empleo, la salud y la subsistencia después de terminada la vida laboral, se veía particularmente amenazada en la sociedad industrial. Con todo, su introducción trajo consigo costos importantes, pues la seguridad no es el único valor deseable para una buena vida social. No significa esto que haya un funcionario público que diga a cada uno qué debe hacer: simplemente sucede que, dadas ciertas condiciones, es difícil que las personas se comporten de otra manera que aquella que los condiciona. Aunque no se trata de ejemplos del Estado de Bienestar, es interesante observar la traumática experiencia de aquellos países que, tras la caída del Muro de Berlín, pasaron de una economía centralizada a otra libre. Para muchas personas resultó insufrible la conciencia de que, de un momento a otro, todo había pasado a

depender de ellos, de su iniciativa y responsabilidad. ¿Por qué sucede esto? Porque los socialismos reales habían logrado garantizar la seguridad de todo aquel que se comportara dentro de las reglas del sistema, despejando cualquier incertidumbre en materia de salud, vivienda y empleo, si bien a un costo que nosotros probablemente no estamos dispuestos a pagar.

También hay razones sociológicas e incluso religiosas que influyen en la diferente consideración del riesgo. De una parte, hay que señalar la destrucción de la familia. Esta institución, como ninguna otra, es una escuela que permite afrontar el riesgo y el conflicto de manera dosificada. Cuando falla la familia, resulta muy difícil encontrar una instancia sustitutiva, en la que se pueda aprender, primero, a experimentar conflictos e incertidumbres, y, segundo, a resolverlos. Esta ruptura hace que se pierdan algunas certezas fundamentales, que dé la impresión de que hasta los vínculos humanos más sólidos son, en el fondo, contingentes, y que se difunda una profunda desconfianza e inseguridad. La destrucción de la familia se suma a otro fenómeno de las sociedades contemporáneas, a saber, la pérdida de la noción de tradición. La idea actual de libertad parece difícilmente conciliable con la concepción de que somos parte de una historia, y que recibimos de nuestros mayores las orientaciones fundamentales de nuestra existencia. Esa concepción parece incompatible con la autonomía individual, tal como muchos la entienden, y parece poner un límite a la libertad creadora de los individuos y a su autenticidad. Pero, como contrapartida, el perder ciertos parámetros de orientación aumenta la sensación de riesgo e inseguridad¹⁹. El mundo se hace cada vez más contingente.

Entre las razones religiosas está la secularización, que lleva a abandonar la noción judeocristiana de un Dios providente. En efecto, quien mantiene la convicción de que Dios cuida de cada hombre, puede convivir con el riesgo y la incertidumbre con mucho mayor facilidad, pues sabe que ellos forman parte de un plan que, en el fondo, está bajo control racional. Esas personas estarán menos preocupadas del mañana y tendrán libertad de espíritu para dejar lugar en sus vidas a una sana improvisación.

Así, considerado negativamente, el riesgo va acompañado de una actitud de desconfianza. El otro no es percibido como un socio, como un compañero de ruta, sino como una amenaza, particularmente en las grandes ciudades, en donde el contacto

19 En realidad, este individualismo narcisista está muy lejos de una genuina idea de autenticidad, que no solo es compatible sino que supone ciertos patrones supraindividuales de conducta (cfr. Ch. Taylor, *La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994, trad. P. Carbajosa, 74). La idea misma de autoelección, tan cara al pensamiento moderno, solo tiene significado si las elecciones no son todas equivalentes, es decir, si hay algunas que valen más que otras. Frente a las propuestas posmodernas, que deslegitiman la idea de ciertos horizontes de significado, Taylor hace presente que la autenticidad no solo entraña actitudes creativas y originales, sino también una "apertura a horizontes de significado" (99) -pues de otro modo las elecciones se banalizan- y una "autodefinición en el diálogo" (ibíd.). En efecto, en toda acción creativa, en toda comunicación, hay un entramado dialógico, una serie de supuestos que no están puestos por el individuo y que permiten que el diálogo tenga sentido y se evite la tentación de la violencia.

personal es escaso y las relaciones discurren en medio del anonimato. Esto es especialmente notorio en el campo político, desde que, al menos a partir de Maquiavelo y particularmente con Hobbes, se impuso un modo de entender la política que tiene por centro el poder, concebido en términos de dominación. La difuminación de la idea de bien común, y la comprensión del juego político como una dialéctica entre oprimidos y opresores, es decir, como un juego de suma cero, lleva a que la política adquiera una especial conflictividad. La política consiste, desde esa perspectiva, en defenderse del enemigo. Pero como todos los actos del oponente son interpretados en clave de enemistad, la reacción es necesariamente conflictiva. La desconfianza, entonces, empieza a caracterizar las relaciones políticas y, como consecuencia, se pierde una gran cantidad de recursos, tanto por priorizar la faz agonal de la política como porque quedan sin producirse importantes sinergias. A esto hay que agregar la influencia que han tenido a lo largo de todo el siglo XX las llamadas filosofías de la sospecha, que dan carta de ciudadanía filosófica a una realidad, la desconfianza, que hasta entonces quedaba restringida a los temperamentos psicológicos de ciertos individuos enfermos.

Reducción del riesgo

No puede sorprendernos, entonces, el empeño que se ha puesto, particularmente en las sociedades del Primer Mundo, para reducir el riesgo a su más mínima expresión. El más relevante, tanto en el plano teórico como práctico, es el empeño por quitar protagonismo al sujeto y sus cualidades, y dárselo, en cambio, a los distintos sistemas. Lo relevante no parece ser ya el individuo y su singularidad, sino las funciones que desempeña en el sistema de que se trate. La verdadera sustancia no es la persona sino la relación²⁰. Desde esta perspectiva, una característica del progreso económico y político consiste en que lo que importa no son las personas y su mayor o menor buena voluntad, sino la eficacia de los sistemas, la observancia de reglas y procedimientos conocidos por todos con anterioridad. El sistema parece funcionar por sí solo.

Por otra parte, aunque se acepte que el individuo particular mantiene un comportamiento contingente, se destaca que en los grandes números hay modelos que permiten predecir con exactitud el comportamiento de los grupos sociales. Así se puede hablar de leyes que son perfectamente necesarias aunque en el ámbito general, y que no resultan falseadas porque uno u otro individuo aislado tenga un comportamiento divergente con la tendencia general. Este cálculo de probabilidades está en la base del sistema de seguros, que no evita el riesgo, pero al menos permite hacer frente a algunas de sus repercusiones pecuniarias.

20 La sociología de Luhmann constituye un buen ejemplo de este modo de pensar (cfr. W. Krawietz, *Recht als Regelsystem*, F. Steiner, Stuttgart, 1984 y W. Krawietz, M. Welker (eds.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992).

En el campo jurídico es muy significativo el caso del derecho penal y su expansión²¹. Desechada por completo la posibilidad de aplicar la analogía en el campo penal a la hora de sancionar, se ha preferido hacer frente por la vía legislativa a una infinidad de nuevas cuestiones, desde la protección del medio ambiente y la propiedad intelectual, hasta problemas como la discriminación de las minorías, la violencia intrafamiliar y el acoso sexual. Da la impresión de que, aunque el Estado no esté en condiciones fácticas de resolver la mayoría de esas situaciones, se requiere del compromiso legislativo como elemento simbólico, destinado a expresar normativamente aquello que se considera deseable. Sin embargo, también se podrían ver las cosas de otra manera, y decir que el derecho se ha transformado en una herramienta del populismo. Ya que no se pueden resolver los crecientes problemas de una sociedad compleja, los legisladores se conforman con hacerlos objeto de nuevos tipos legales.

Los individuos mismos se resisten a permanecer pasivos y toman sus propias medidas para reducir el nivel de riesgo. Un caso muy representativo lo constituye la reaparición de diversas formas de autotutela, allí donde se considera que el Estado no está en condiciones de cumplir con su misión de guardián de la seguridad interna. Los ejércitos privados, que hasta hace algunas décadas parecían ser reliquias históricas de la época medieval, han entrado en escena pacíficamente y aseguran la tranquilidad de los barrios más acomodados en las grandes capitales. Todo esto refuerza la idea de que el Estado está muy lejos de ser un guardián poderoso que asegura la tranquilidad y el orden del vecindario. Otro tanto ocurre con la acuñación de dinero (hoy existe el dinero plástico e incluso electrónico, formas sobre las que el Estado apenas tiene algún control), la administración de las cárceles o la construcción de puentes y caminos.

El problema es que estas medidas no solo reducen riesgos, sino que también agregan algunos que no estaban contemplados. Da la impresión que lo único que se hace es cambiar unos problemas por otros. Por lo demás, esto parece ser de la esencia de la política, en la que no existe una situación de equilibrio, sino distintos arreglos provisorios que resuelven unos problemas mientras abren otros. En efecto, la multiplicación legislativa aumenta la falta de certeza en el conocimiento del derecho, que queda restringido a una ficción que está muy lejos de cumplirse. Esto trae incertidumbre y nuevos riesgos, con los que hay que contar. Además, el pretender que lo relevante son los sistemas y las funciones, independientemente de los individuos y sus características personales, pasa por alto que estas, tarde o temprano, son gravitantes, como se ve con el fenómeno actual de la corrupción. La decisión del individuo que administra el sistema en orden a mantener fidelidad al mismo, no es una decisión que pueda asegurar el propio sistema. En efecto, al final son los individuos los que deciden. Incluso, en algunas sociedades, hay quienes se han arrogado el derecho a decidir quiénes son individuos, lo que es el riesgo por excelencia: ¿hay algo más azaroso que perder la

21 Sobre este fenómeno: J. M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.

protección misma del derecho?. En este sentido, la discusión acerca del aborto tiene máxima importancia política y jurídica, pues tiene que ver con este poder cuasidivino de determinar quiénes son o no son sujetos de derecho.

¿Qué ha ocurrido? ¿Por qué las mismas medidas que se han tomado para reducir los riesgos terminan por originar otros que quizá son todavía más graves? Es difícil dar una respuesta, pero estoy tentado a advertir algo que, para muchos, parecía una necesaria consecuencia del modelo liberal de entender el hombre, la política y la sociedad. Muchas veces se ha dicho que el liberalismo supone una serie de reservas éticas que él no produce. En esa misma medida, puede postular un derecho que parece desprovisto o débil en contenido moral, pues los destinatarios del mismo mantienen ciertos mecanismos de autocontrol que, aunque no son jurídicos, tienen una eficacia extraordinaria. El problema se presenta cuando esas reservas empiezan a escasear. Allí, entonces, se demanda del derecho y la política cosas que ni el uno ni la otra están en condiciones de dar. Pero si se resienten los resortes morales necesariamente se afectan otros aspectos del sistema social, o al menos empiezan a cargar con más peso del que estaba previsto. En efecto, la política y el derecho suponen ciertas realidades más profundas, que ellos no pueden crear. Aprender a convivir con el riesgo, transformarlo en ocasión de crecimiento, es posible solo allí donde exista una fuerte base de solidaridad y donde los individuos tengan una templanza y autocontrol que les permita no hacer todo lo que la ley les permita. Pero estos elementos no vienen de la política, sino desde antes: de la familia, el vecindario y la Iglesia fundamentalmente. El liberalismo no yerra tanto por dejar esas realidades en el campo privado, pues ese es, en parte, su lugar natural, sino por considerar que son solo privadas y que, por tanto, apenas necesitan de la protección de la ley. Piensa que sobre la base del solo principio del daño es posible determinar qué es lo que debe permitirse y qué debe estar prohibido en una sociedad. Pero aplicado en forma literal, el citado principio es ambiguo y puede ser antiliberal. Partamos por lo último.

El principio del daño puede ser antiliberal porque su aplicación estricta exigiría impedir toda forma de daño a terceros, lo que envuelve un autoritarismo excesivo (hablando con rigor, también cuando un fumador consume tabaco al aire libre nos está produciendo un daño). Además, es ambiguo porque resulta casi imposible definir el daño y cuál de sus formas será tomada en consideración para permitir o prohibir ciertas cosas. ¿Por qué prohibir el daño ocasionado por la tortura y no lo que causa el dolor, mucho más profundo, de una madre cuyo hijo es drogadicto? El principio del daño solo funciona en la medida en que previamente se ha considerado que solo ciertas formas de daño son política y jurídicamente relevantes. Pero esta definición está lejos de ser neutral desde el punto de vista ideológico. Es más, la situación de poder que algunas personas ostentan en la discusión pública es tal que les permite, por ejemplo, modificar la caracterización de los bienes que deben ser tutelados y concebir como manifestaciones de un derecho algunas conductas que, como el aborto, hasta ese momento se consideraban delictivas. Hay quienes han logrado hacerse dueños del len-

guaje y, por tanto, de la calificación política y moral de los actos. Así, el mismo tribunal que impide un acto de censura, da la razón al profesor de una escuela pública que prohíbe la lectura de un pasaje del evangelio en clases de literatura, por estimar que atenta contra el principio de separación de la Iglesia y el Estado. Es decir, la aconfesionalidad estatal se entiende de un modo tal que lleva a excluir de la historia de la literatura pasajes como el hijo pródigo o las bienaventuranzas. Todo esto nos muestra que estamos ante cuestiones que distan mucho de ser neutras.

Por otra parte, la dificultad de determinar lo que se entiende por daño se agrava por el crecimiento de la interacción entre los individuos, que deriva de la tecnología imperante. Desde las consecuencias bursátiles que derivan de una opinión imprudente ante la prensa, a los daños que produce un virus informático, hoy se hace cada vez más probable que otros individuos experimenten daños debidos a lo que hacemos o incluso a lo que simplemente nos sucede. Así, “la creciente interdependencia da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros”²². Esto significa que “las esferas individuales de organización ya no son autónomas”²³ y que los delitos de comisión por omisión hayan adquirido un protagonismo nunca antes visto²⁴.

La expansión del derecho

El proceso de expansión del derecho penal es, de alguna manera, una respuesta que intenta dar el sistema social cuando sus fundamentos se han corroído. La hipertrofia del derecho está mostrando que el *ethos* social se ha devaluado. Pero, al mismo tiempo, los autores son conscientes de la incapacidad del derecho penal para resolver todos esos conflictos que se le ponen por delante. De ahí que, con modestia, aludan al papel simbólico del derecho penal, es decir al hecho de que, si no puede resolver los conflictos, al menos nos provee de ciertos criterios de orientación y, al excluir ciertas prácticas, indica aquello que consideramos deseable. Es algo parecido a lo que ha ocurrido a lo largo del siglo XX en el campo constitucional, en donde las Constituciones no se limitan a dividir los poderes, asignar competencias y determinar ciertos derechos elementales, sino que también pretenden adquirir un carácter pedagógico, señalando, por ejemplo, los valores y principios que informan la acción del Estado. Si es ese el genuino papel de las constituciones o más bien lleva al desprestigio de las mismas, es tema que no se puede abordar aquí.

¿Significa, entonces que la expansión del derecho penal es solo el grito agónico de un derecho al que se está pidiendo demasiado? Todavía es temprano para decirlo. En todo

22 J. M Silva Sánchez, *La expansión...*, 23.

23 J. M Silva Sánchez, *La expansión...*, 23.

24 J. M Silva Sánchez, *La expansión...*, 23.

caso, esta multiplicación de tipos legales tiene alguna importancia retórica, en el mejor sentido de la palabra. De partida, sirve de base para excluir la promoción de las actividades que se prohíben, lo que, en un sistema en el que la libertad de expresión parece ser uno de los bienes más preciados, no deja de tener importancia. Otro tanto sucede con los efectos civiles de este fenómeno, a propósito, por ejemplo, de la ampliación de las materias incluidas bajo la categoría de objeto ilícito. Atendido que tenemos serias discrepancias acerca de lo bueno y lo malo, el legislador penal viene en ayuda del legislador civil y le facilita las cosas, declarando que ciertas conductas son, no ya contrarias a la moral y las buenas costumbres, sino a la ley.

Fenómenos como la expansión del derecho penal, están lejos de despejar la dosis de riesgo que acompaña inevitablemente a la vida humana. Tampoco son suficientes para hacernos recuperar una confianza que parece perdida. Sin embargo, al hacernos conscientes de la insuficiencia del derecho, tienen el mérito de dirigir nuestra atención hacia todo aquello que está antes y más allá del derecho y la política. Y esto puede ser una buena noticia. Al menos para quienes nunca creímos en el proyecto de neutralidad axiológica de las ciencias y prácticas sociales.

El crecimiento de la libertad y la autonomía que, según señalan muchos autores, ha experimentado la humanidad en nuestra época, no muestra que marchemos irremediablemente a la degradación, sino que día a día se enfrentan en nuestra sociedad formas superiores e inferiores de libertad, y que la solución a este conflicto no depende de ninguna necesidad histórica, sino de nuestro empeño personal por defender unas u otras. Hoy somos conscientes de que el mundo se hace cada vez más contingente. Ya no cabe confiar en el apoyo de ciertas costumbres y normas sociales que impedían en mayor o menor medida la práctica del mal, tampoco se trata de identificar cuál es la tendencia que guía fatalmente a la sociedad, sino que se trata de ser conscientes de que estamos librando “una lucha cuyo resultado está continuamente por decidir”²⁵.

25 Ch. Taylor, *Ética...*, 110.