

El delito como riesgo social

questione scarsezza tra diritto e realtà nel
funzionamento dello Stato

1. En la crónica judicial de las últimas semanas apareció la noticia de que la Fiscalía de la República de Turín inscribió en el Registro de los Investigados contra desconocidos la *notitia criminis* por el título de homicidio culposo concerniente al deceso de una serie de personas a causa de una forma de hepatitis, requisando las fichas clínicas relativas al deceso de estas personas. La conducta hipotetizada como delictiva estaría en la falta de suministración de parte del Servicio Sanitario Nacional de un fármaco que, según algunas previsiones científicas, sería adecuado para el tratamiento de esta forma de hepatitis. La Autoridad investigadora se propone, por lo tanto, establecer la causa del deceso de los enfermos de hepatitis; establecer la idoneidad del fármaco para tratar la patología; establecer el nexo de imputación objetiva entre la falta de suministración del fármaco y los decesos; establecer las razones de la imposibilidad del Servicio Sanitario Nacional para hacerse cargo de la adquisición del fármaco de vanguardia; establecer las causas en virtud de las cuales las Autoridades administrativas para el fármaco no lo introdujeron en los protocolos relativos al tratamiento de la patología; establecer las causas de la insostenibilidad económica del acceso al fármaco (por la noticias adquiridas en ámbito periodístico parecería que el precio de adquisición del fármaco necesario para un ciclo de tratamientos alcance una cifra superior a los 60.000,00 Euros)

La complejidad de las problemáticas subyacentes a la inscripción en el Registro de Indagados de esta *notitia criminis* revela, entre otras, dos

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

circunstancias de extrema importancia: la primera, relativa a la dilatación de las competencias que se atribuye la Autoridad investigadora en el control de la legalidad, sustituyéndose *in toto* a la Autoridad administrativa y a las varias instancias del poder ejecutivo, sea a nivel local o nacional; la segunda, relativa a la transformación del concepto de delito, que implica el paso de la imputación de un hecho determinado a la atribución de responsabilidad por la inapropiada gestión del riesgo sanitario de la población italiana.

2. La transformación del delito sigue paso a paso la “mutación genética” que intervino en el paso desde la sociedad industrial moderna a la sociedad contemporánea, en la cual los riesgos no constituyen ya, como en el pasado, efectos colaterales externos del proceso productivo sino que son internos e intrínsecos al funcionamiento de los diversos sectores sociales, no solo estrictamente productivos, sino relativos a la gestión complexiva de la *governance* social. Esto debería implicar el paso, en la gestión complexiva del riesgo, desde las instancias políticas tradicionales a las instancias jurisdiccionales, que pretenden ejercer el control *lato sensu* político de la sociedad. Sujeto decisivo del nuevo derecho penal no es ya el legislador «soberano», sino el juez «global». Fuente del derecho no es ya la ley, llamada a definir estáticamente los surcos y los límites relativos al desenvolvimiento de las actividades peligrosas, sino la jurisdicción, hipotéticamente capaz de hacerse intérprete auténtico de la dinámica mutable y creciente de los efectos riesgosos de la gestión social del riesgo.

En este cuadro el paradigma de la culpa personal pierde racionalidad y debe dejarse sustituir por una nueva forma de atribución global del

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

riesgo, frente a la cual los márgenes de la decisión individual ya casi no existen.

A esta inversión del paradigma ético y jurídico le acompaña la inversión del paradigma epistemológico. El establecimiento de precisas concatenaciones causales, exigido insistentemente por científicos y juristas «conservadores», viene a ser considerado como un pretexto para maximizar el desconocimiento y minimizar el reconocimiento de la contaminación y de las enfermedades de la civilización moderna inducidos por la industria y por el *stress* de la existencia contemporánea. «Con el candor de la ciencia “pura”, los estudiosos del riesgo defienden la “noble arte de la prueba de nexos causales” y bloquean las protestas de los ciudadanos sofocándolas en su nacimiento por “falta” de demostración causal. En apariencia disminuyen los costos de la industria y cubren las espaldas a los políticos; en realidad contribuyen a tener abiertas las vías de una amenaza general de la vida»¹. En esta línea, el respeto al principio de causalidad, invocado por los científicos y por los juristas, como garantía tanto de la racionalidad científica como de la libertad de los ciudadanos, se muestra como un artificio usado para encubrir o disminuir la responsabilidad de los poderosos de la sociedad. Las perplejidades relativas a la falta de prueba de la causa valdrían como coartada para salvaguardar el sistema tecnológico y paralizar las exigencias sociales de seguridad.

Este proceso, que fue desencadenado por la sociología catastrofista de Ulrich Beck² y de sus innumerables secuaces y fue racionalizado por

¹ Beck, *Risikogesellschaft* (1986) Trad. it. p.83.

² Beck ha desarrollado y profundizado su pensamiento en varias obras sucesivas al escrito de 1986, quizás alcanzando una visión completa en *Weltrisikogesellschaft* (2007).

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

la filosofía responsabilitaria de Hans Jonas³, amenaza con desembocar en una suerte de utopía securitaria de la cual el ordenamiento jurídico, a través del juez, *legibus solutis*, proactivo respecto a la salud de la colectividad, debería hacerse garante. El Estado debería transformarse, superando la dialéctica entre Estado de derecho y Estado social, en el garante de la incolumidad personal y colectiva, confiando al cuerpo iluminado de los jueces de la gestión de los riesgos mediante los instrumentos de la culpabilización securitaria y de la pena, considerados como los más adecuados para aliviar la incertidumbre colectiva y exorcizar el miedo.

Al riesgo objetivo se le añadió después en sociología una aproximación subjetiva, que atribuye importancia central a las sensaciones y a las impresiones de riesgo que, inducidas por la cultura, son ampliadas por la comunicación de masas, traduciendo en verdaderos riesgos la miríada de fenómenos complejos que la sensibilidad cultural del momento no logra del todo gobernar según cánones de racionalidad cognitiva.

Michel Foucault fue el primero en hacerse intérprete de la dilatación en sentido subjetivo del concepto de riesgo, considerando imposible circunscribirlo objetivamente y llegando a afirmar que todo artefacto o situación puede representarlo⁴. Nada es un riesgo en sí mismo, pero todo constituye un riesgo según el modo en el cual la sicología social analice la situación y considere la posibilidad de eventos perjudiciales⁵.

El riesgo viene a representar así un factor importante a través del cual se constituye la subjetividad en la posmodernidad. Cada cosa, cada situación, cada persona constituye un riesgo para los otros. La

³ Jonas, *Das Prinzip Verantwortung* (1979).

⁴ Foucault, *La «governmentalità»*, p.12-29.

⁵ *Ivi*, 18

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

prevención del riesgo implica predisponer un proyecto orientado a vigilar a la población, constriñéndola al respeto de las prescripciones e insertándola al interior de una red de instrumentos y de técnicas de poder. El nuevo concepto de riesgo postula así una estrategia de gobierno en vista del control y del monitoreo de la población para la reducción del riesgo.

El riesgo se ha transformado en una tecnología moral. Más aún, respecto a los que nos interesa, el riesgo se ha transformado sobre todo en una tecnología jurídica que se sirve del concepto de responsabilidad para extender una red protectora frente a cada situación que produce riesgo. Sin embargo, habiendo entrado en esta vía inclinada, se vuelve difícil conducir el vehículo tecnológico del derecho penal y detenerse en un cierto punto del recorrido.

3. A la transformación del concepto de riesgo hace de contrapunto la explosión de la idea contemporánea de responsabilidad.

Los estudios filológicos de Maria Antonietta Foddai han mostrado el origen moderno del uso del sustantivo «responsabilidad» y del adjetivo «responsable» que se difunde a partir de la segunda mitad del '700, en clave política, en Inglaterra, para designar la posibilidad de llamar a los Ministros del Rey a rendir cuentas delante del Parlamento por los actos realizados en su nombre⁶. En el diccionario de la lengua italiana, publicado en 1876, Tommaseo y Bellini notan que la voz «responsable» había ya entrado en el uso de las persona cultas, si bien era evitada por «aquellos que hacen consistir la pureza del lenguaje en el uso antiguo de las voces»⁷. En la lengua alemana, el sustantivo

⁶ Foddai, *Sulle traccie della responsabilità*, 2005 que retoma las profundas investigaciones de Von Proschwitz, *Responsabilité: l'idée et le mot dans le politique du XVIIIe siècle*, 1962

⁷ Tommaseo, Bellini. *Dizionario della lingua italiana*, IV, I, 381

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

Verantwortlichkeit aparece mucho más tarde que en el inglés, francés o italiano, sofocado por el término tradicional *Zurechnung*. R. McKeon da cuenta de que el término no figura en los más importantes diccionarios filosóficos en lengua alemana a finales del '800, sino solamente en la edición de 1904 del *Wörterbuch der philosophischen Begriffe und Ausdrücke*⁸. En ámbito germánico, la emersión del concepto representado por la «responsabilidad» se realizó a través del deslizamiento semántico de la *Zurechnung* más que con el uso del término nuevo.

Paul Ricoeur focaliza la moderna emersión del concepto de responsabilidad en su sustitución del concepto tradicional de imputación al que, posteriormente, suplanta, para oscurecer, por una parte, el sentido moral inherente al antiguo concepto y, por otra, para subrayar con el nuevo término exigencias en gran medida diversas⁹. En la reconstrucción de este recorrido puede ser de ayuda quizás la intuición de Lévy Bruhl, en uno de sus primeros escritos, a fines del '800, dedicados expresamente a la idea de responsabilidad, en el que observaba, en la polémica de fines del ochocientos entre deterministas y defensores del libre arbitrio, que, de un modo pragmático, era necesaria una mirada más profunda de la responsabilidad, adecuada también a un disminución del contraste: «*Si la philosophie n'eut pas été d'abord toute au mystère du libre arbitre, on aurait vu sans doute que le deux idées, quoique connexes, sont distinctes, et qu'il vaut la peine d'étudier pour elle-même la notion de responsabilité*»¹⁰.

La reflexión di Ricoeur despliega ulteriormente el concepto de responsabilidad, sustrayéndolo del todo, por otra parte, a los vínculos

⁸ McKeon, *The development and the significance of the concept of the responsibility*, *Revue Internationale de Philosophie*, 1957

⁹ Ricoeur, *Le concept de Responsabilité*, *Esprit* 1994

¹⁰ Levy-Bruhl, *L'idée de responsabilité*, 1886

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

de la herencia kantiana, para transferirlo hacia fundaciones diversas de la obligación, entendida como constricción moral o constricción social interiorizada. El proceso debía darse en el sentido de una ulterior «laicización» respecto del antiguo concepto de imputación, cuyas trazas quedaron impresas en la definición que Kant formuló tanto en la *Metafísica de las Costumbres* como en la *Doctrina del Derecho*¹¹. La idea guía de Ricoeur en la delineación de la idea de responsabilidad es que la recuperación de la filosofía de la acción de Aristóteles, con sus conceptos de la «elección», de la «deliberación» de la acción que es «nuestra» en cuanto depende de «nosotros», del mismo modo en que los hijos son «suyos» para los padres¹², con la metáfora del dominio y de la posesión, es imposible, ya que para los modernos habría sido definitivamente destruida «la continuidad entre causalidad natural y causalidad libre»¹³. Surgiría de esta pérdida la exigencia de reformular el concepto jurídico y moral de responsabilidad. En el plano jurídico se trataría de fundar una responsabilidad desvinculada de la idea de culpa, como consecuencia de la desaparición de la idea de castigo, que Ricoeur conceptualmente rechaza como resto de una mentalidad primitiva.

Ricoeur se aventura en un diseño rico de interrogantes, pero también de contradicciones. Observa al respecto que: «Toda la historia contemporánea de aquello que viene a ser llamado el derecho de la responsabilidad, en el sentido técnico del término, tiende a hacerle espacio a la idea de responsabilidad sin culpa, bajo la presión de conceptos como los de solidaridad, de seguridad, de riesgo, que tienden a ocupar el puesto de la idea de culpa. Todo sucede como si la despenalización de la responsabilidad civil debiese implicar también

¹¹ Kant, *Introduzione alla metafisica dei costumi* IV, 227

¹² Aristotele, *Etica Nicomchea* III, 5, 1112a30-34

¹³ Ricoeur, 65

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

su completa desculpabilización»¹⁴. Llegando a este delicado punto, Ricoeur se pregunta, sin embargo, si esta operación de forjar una responsabilidad sin culpa pueda ser realizada «hasta el fondo» sin conducir a una «total derresponsabilización de la acción»¹⁵. Es verdad que el acento ético se traspone desde el autor del daño hacia la víctima, que exige reparación, con evidente beneficio ético. De hecho, con esta trasposición se honraría la ética de la solidaridad, ciertamente más elevada que la ética utilitarista y securitaria. Pero los efectos de la evolución de una responsabilidad sin culpa podrían ser perversos: «Cada incapacidad adquirida, considerada como daño sufrido, podría desencadenar un derecho de reparación en ausencia de cualquier tipo de culpa probada»¹⁶. Esto llevaría a la búsqueda espasmódica del responsable, persona física o jurídica, capaz de indemnizar y de reparar. El mismo Ricoeur, aunque fascinado por la idea de una responsabilidad sin culpa, reconoce que la conclusión podría ser paradójica: «En una sociedad que no habla sino de solidaridad, en la tarea de reforzar electivamente una filosofía del riesgo, la búsqueda vindicativa del responsable equivale a una reculpabilización de los autores identificados del daño»¹⁷.

4. Pero esto no agota la problematicidad del cambio. Solo aparentemente, en realidad, se abriría un espacio para una ética de la solidaridad. La idea de la seguridad del riesgo, motor de la responsabilidad, más que en la solidaridad, está inspirada en una necesidad completamente egoísta de la utilidad y de la tranquilidad para uno mismo. Ricoeur no parece escapar de la serie de aporías

¹⁴ Ivi 67

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Ivi 68

¹⁷ Ivi 69

