

El delito como riesgo social

questione scarsezza tra diritto e morale 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 constrictión moral o constrictión 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

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

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

inherentes a la «explosión» de la contemporánea idea de responsabilidad. En realidad, separada de la responsabilidad de la decisión, también la acción queda privada de su intrínseca moralidad y juridicidad. La ética consecuencialista posmoderna busca, por un lado (siguiendo una pretensión irreal, que erróneamente se autodefine «laica»), privar al acto de toda dimensión objetiva de valor o disvalor; por el otro, sin embargo, extiende casi ilimitadamente la responsabilidad de cada uno por las consecuencias (incluso las no queridas pero previstas y las no previsibles) de sus actos.

Aflora nuevamente el dilema hegeliano no resuelto en los §§ 115-118 de los Lineamientos de Filosofía del Derecho¹⁸. ¿La responsabilidad se basa en la voluntad culpable del autor por el hecho abrazado por la voluntad o se extiende a todas las consecuencias incluso no queridas del acto? Para el derecho de la voluntad es justo reconocer como hecho imputable solamente aquello que la acción se ha representado y ha querido como fin. «El hecho puede ser imputado solamente como responsabilidad de la voluntad». Así dicen las palabras finales del §117¹⁹. Pero la acción, al mismo tiempo, es abandonada a las potencias exteriores. Actuar, según Hegel, es también entregarse a la ley de la necesidad. Por eso, si la acción tiene consecuencias malas en mayor medida de lo querido, corresponde hacerse cargo de estas al agente (§118 nota)²⁰. El dilema nace del carácter finito de la voluntad objetiva, que Hegel no resuelve en el plano de la moralidad subjetiva, sino en el de la *Sittlichkeit*, es decir, de la moral social, y en definitiva del derecho del Estado, que lleva consigo los restos de las creencias, las costumbres y las instituciones de un pueblo.

¹⁸ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, §§ 115-118, 101-103

¹⁹ Ivi 102

²⁰ Ivi 102-103

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

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

La ley, en definitiva, en la filosofía del derecho de Hegel, como en la de Kant, constituye el límite de aquello que puede ser imputado al sujeto.

La legalidad de la época liberal ha construido el marco de las garantías del ciudadano burgués, que no podía ser llamado a responder más allá de lo que hubiese sido expresamente previsto por la ley y con las garantías establecidas por esta. Las conductas son individualizadas en su consistencia objetiva de disvalor y las penas retribuyen la culpabilidad de voluntad del autor. El disvalor del hecho se mide por la pena prevista para este por la ley. Se trata del buen y viejo derecho penal liberal (*gutes, altes liberales Strafrecht*) al cual Hassemer en su escrito de 1992 ha propuesto volver²¹. La punibilidad está limitada en el plano subjetivo por la culpabilidad de la voluntad. Las consecuencias no queridas de la conducta son eventos concomitantes irrelevantes para el derecho penal. En la sociedad contemporánea del riesgo ya no se puede hablar de valor o disvalor de la conducta. La laicización impide reconocer un valor dado y fijo a las cosas y a las acciones. La ética consecuencialista ha erosionado toda consideración sobre la «naturaleza» de las cosas y la «naturaleza» de las acciones. El hombre y la mujer se han liberado o se están liberando del vínculo con la naturaleza. Este proceso de liberación individualista tiene, sin embargo, una cara escondida. Aquel que se ha liberado del vínculo de la naturaleza debe responder por las consecuencias de sus acciones en relación a los objetivos de política social que son considerados apreciables por la sociedad. La repenalización de las conductas se está difundiendo con fuerza en todo el mundo. La legislación de la Unión Europea se distingue en esta obra de repenalización del universo de las acciones sociales. Todo viene realizado en función de la protección

²¹ Hassemer, *Kennzeichen und krisen des modernen Strafrechts*, ZRP 1992, 383

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 víctima. Y como cada uno de nosotros es víctima potencial de los riesgos consiguientes a las varias modalidades de la vida contemporánea, la repenalización se hace omniabarcante. Se construye así una nueva *Sittlichkeit*, una moralidad colectiva que no tiene nada que ver con la moralidad de la conducta y con su disvalor intrínseco, sino que hunde sus raíces en los objetivos securitarios que pretende buscar la política criminal. Retornan, de este modo, en una perspectiva securitaria y de protección de la víctima, delitos orientados según la *Sittlichkeit*, orientada según las intenciones del poder mediático y financiero. Se habla hoy todavía con estupor de construir como delito el «desperdicio de comida». Pero ya no sorprende a nadie que puedan ser castigados no solo quienes favorecen la prostitución, sino también, en cuanto favorecidos indirectos por esta, aquellos que acceden a prestaciones prostituidas. El autoreciclaje se está constituyendo como delito en casi todos los países de Occidente. Es evidente cómo, para la protección del riesgo financiero, toda transacción económica es potencialmente sospechosa en relación a la posible corrupción de la fuente del pago. A través de la institución de la posición de garantía, nacida en 1938 en ambiente nacionalsocialista en el escrito *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*²², cada uno se vuelve responsable de la seguridad de los otros en modo prácticamente indeterminado, con una confusión entre el derecho y la *Sittlichkeit* que habría horrorizado al jurista de treinta años antes, y con el abandono del principio fundamental de autorresponsabilidad. Para eludir el riesgo de la discriminación social, se están consolidando los delitos que castigan los comportamientos

²² Nagler, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Der Gerichtssaal* 1983, 1

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

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

discriminatorios, ofendiendo el principio de la libre manifestación del propio pensamiento.

Con la desaparición del delito como hecho tiende a desaparecer también la imputación del hecho. El hecho, en realidad, por su consistencia objetiva, puede ser referido al autor como a su causa; y de este hecho objetivo es posible predicar el carácter doloso o culposo. Pero si el concepto de hecho es desarticulado por el concepto de riesgo es más difícil la individuación del autor y la responsabilidad tiende a ser atribuida *ab externo*, como responsabilidad a aquel centro de imputación que más convenientemente parece adecuado a corresponder a los objetivos sociales de punición.

Observa Jonas que la nueva ética, una vez que ha suplantado a la ética tradicional, fundada sobre el valor o disvalor intrínseco de cada acto, se referiría a las «praxis colectivas», que escapan a las categorías obsoletas de «acto humanos y «acto individual». La técnica moderna ha introducido acciones, objetos y consecuencias de dimensiones tan nuevas que el ámbito de la ética tradicional no está capacitado para abarcarlos. La esfera individual está oscurecida por el actuar colectivo, cuyo autor, acción y efecto no son ya los mismos. De aquí la pregunta relativa al sujeto al cual se debe atribuir un determinado hecho. El valor o disvalor de la acción surgirían de la dimensión colectiva que conecta al individuo con las consecuencias globales de la acción realizada. De aquí que, para Jonas, sería «el futuro indefinido, mucho más que el espacio contemporáneo de la acción, lo que construye el horizonte relevante de la responsabilidad»²³.

El nuevo horizonte del delito como riesgo social está definido por la responsabilidad omniabarcante que se estructura por iniciativa judicial y que es seleccionada en modo funcional a una supresión irrealista del

²³ Jonas, *Il principio responsabilità*, 14

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

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

riesgo. La utopía securitaria se conjuga con la utopía punitiva. El efecto sinérgico de ambas utopías hace estallar el derecho penal, derrotado fantasma de la sospecha. Todos son sospechosos porque todos son igualmente fuente de riesgo para los demás. Y todo sospechoso merece ser castigado para exorcizar el miedo que las ideologías catastrofistas imprimen en el imaginario colectivo.

¿Es posible en este marco recuperar la idea de delito como hecho culpable previsto por la ley solo como *extrema ratio* y establecido según las reglas del debido proceso, en el cual el acusado es asistido por la presunción de inocencia?

Creo que es muy difícil en las condiciones en las cuales se da hoy la cultura jurídica.

Me limito a sugerir, con el fin de dar un pequeño paso en la vía de la reconquista de la salud: ya es tiempo de dejar de mirarnos mutuamente solo como fuente de riesgo y de esforzarnos, en cambio, por rescatar en el otro aquella chispa de bien y de justicia que nos evite juzgarlo inmediatamente como enemigo.