

POLÍTICAS CRIMINALES Y PENALES REGRESIVAS EN EL MARCO DE LA DENOMINADA SOCIEDAD DE RIESGO Y DE LAS TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS TRADICIONALES

LUIS FERNANDO NIÑO

Profesor de la Universidad de Buenos Aires

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. En el texto se analizan los postulados básicos del libro de Ulrich Beck “La sociedad del riesgo”, concluyéndose que los mismos no se han confirmado posteriormente, habiéndose demostrado las bases equivocadas en que se sustentó, por ejemplo lejos de vislumbrarse el epílogo de la concepción de “los otros”, como los “extraños” o “enemigos”, los cinco lustros que nos separan de la publicación de su influyente trabajo fueron pródigos en la construcción de nuevos “otros”. Igualmente ocurrió con la práctica sustitución, por él imaginada, de la sustitución de la sociedad de clases por la sociedad del riesgo.

PALABRAS CLAVE. Sociedad del riesgo, Derecho Penal del enemigo, Estado Social, neoliberalismo, imputación objetiva, penalismo garantista

ABSTRACT: The text analyzes the basic tenets of Ulrich Beck's book "Risk Society", concluding that they were not confirmed subsequently, been shown wrong bases underpinning, for example, far from glimpsing the epilogue of the conception of "others" as "strange" or "enemies", the five decades that separate us from the publication of his seminal work were lavish in the construction of new "others." The same occurred with the replacement practice, imagined by him, of the substitution of the class society by the risk society.

KEY WORDS: Risk Society, Criminal Law of the Enemy, Social State, neoliberalism, objective imputation, penal garantism.

I. El título otorgado a este panel por los organizadores del evento, que ha de culminar con el merecidísimo homenaje a la Profesora Doctora Lolita Aniyar de Castro convoca – en primer lugar- a situarnos en el marco histórico en que el profesor de Múnich Ulrich Beck acuñó la frase “sociedad del riesgo”⁶¹⁵, un cuarto de siglo atrás, y a analizar críticamente algunas de las afirmaciones que dicho autor incluye en su texto, a partir de la propia introducción, y sintetiza en el resumen y panorama con el que intentó asomarse a los -por él denominados- escenarios de un futuro posible.

Más allá del lugar común consistente en situar como detonante de las reflexiones del sociólogo alemán a la catástrofe nuclear de Chernobil, ocurrida en Abril de 1986, por lo demás, falso, toda vez que la obra estaba concluida al ocurrir el fatídico suceso, mereciendo –obviamente- una oportuna cita en el prefacio, bajo el epígrafe “Dadas las circunstancias”, lo cierto es que Beck erró diametralmente al vaticinar, desde ese mismo proemio, lo que él denominó, con ostentosa exornación, “el final de los otros”, así como al entender sustituida la sociedad de clases por la sociedad del riesgo.

“Hasta ahora –apostrofaba el afamado sociólogo- todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los ‘otros’: los judíos, los negros, las mujeres, los refugiados políticos, los disidentes, los comunistas, etc. Había por una parte vallas, campamentos, barrios, bloques militares y, por otra parte, las cuatro paredes propias; fronteras reales y simbólicas tras las cuales podían retirarse quienes en apariencia no estaban afectados. Todo esto ya no existe desde Chernobil. Ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas, un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Se puede dejar fuera la miseria pero no los peligros de la era atómica. Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era.

⁶¹⁵ BECK, Ulrich: “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Editorial Paidós, Barcelona, 1986.

*Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad”*⁶¹⁶ (fin de la cita)

En primer lugar, lejos de vislumbrarse el epílogo de la concepción de “los otros”, como los “extraños” o “enemigos”, los cinco lustros que nos separan de la publicación de su influyente trabajo fueron pródigos en la construcción de nuevos “otros”. La guerra del Golfo, entre Agosto de 1990 y Febrero de 1991, las invasiones estadounidenses a Afganistán, en Marzo de 2001, y a Irak, en Octubre de 2003, y los cruentos conflictos desatados desde entonces hasta el presente en ambos países, son sólo las referencias más destacadas de un panorama internacional en el que se perfilan nuevos adversarios a derrotar en las sucesivas emergencias, por parte del único poder imperial de esta etapa histórica y sus aliados.

Huelga decir que la destrucción de las torres gemelas neoyorkinas, una década atrás, catapultó al poco envidiable sitio de enemigo global a una nueva y difusa categoría de individuos -los terroristas- brindando soporte a las intervenciones militares de mención; y permitiendo que los ecos del teórico nacionalsocialista Carl Schmitt recobren relevancia y –en nuestro ámbito de estudio- que penalistas como el actual profesor emérito de Bonn, Günther Jakobs, cumplan en anunciarnos que el Derecho Penal del Enemigo es una realidad que a todos conviene reconocer, para evitar que se expanda hasta alcanzar a los buenos ciudadanos coyunturalmente sometidos a proceso. Luego, uno de los pilares de la nueva era preconcebida por Beck se ha derrumbado con estrépito.

II. Otro claro yerro en la apreciación de Ulrich Beck consiste en la práctica sustitución -por él imaginada- de la sociedad de clases por la sociedad del riesgo⁶¹⁷.

Ninguna duda cabe acerca de que la ciencia y la tecnología desarrolladas bajo el marco del capitalismo se erigen como potenciales fuentes de peligro para la propia supervivencia de la especie; y brinda buena prueba de ello el creciente poder destructivo de la logística aplicada a las campañas bélicas antes mencionadas.

No obstante, el desplazamiento anunciado de la lógica del reparto de riquezas por la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad avanzada no ha sido tal ni

⁶¹⁶ BECK, U: op. cit., p. 11

⁶¹⁷ BECK, U.: op. cit., p. 25.

cabe avizorarlo. El sistemático acompañamiento de la producción social de riqueza y la producción social de riesgos existió y existe; pero el hecho de que dichos riesgos puedan alcanzar virtualmente a quienes los producen o se benefician de ellos dista de hacer saltar por los aires el esquema de clases, como profetizaba el profesor de Múnich⁶¹⁸. Mal que nos pese a quienes seguimos apostando a la posibilidad de un mundo más justo, las situaciones sociales de mayor peligro continúan ligadas estrechamente a las desigualdades estructurales, a las situaciones de clase. Si no es así, que lo digan los seiscientos mil sobrevivientes gravemente afectados a raíz del desastre de Bhopal, ciudad capital del estado de Madhya Pradesh, uno de los más pobres de la India, ocurrido en Diciembre de 1984, al producirse la fuga de 42 toneladas de isocianato de metilo en una fábrica de pesticidas de propiedad de la compañía estadounidense Union Carbide, a consecuencia del cual murieron otras veintidós mil personas. Valga añadir dos detalles: el sistema de refrigeración de los tanques de la empresa y el catalizador de gases previo a la salida a la atmósfera se habían desactivado por ahorro de costos; la Union Carbide no respondió por los daños causados y los únicos procesados y condenados, en 2010 a la pena de dos años de prisión y una multa fueron ocho ejecutivos indios⁶¹⁹. Ergo: la lógica del reparto de riquezas convive más que amigablemente con la lógica del reparto de riesgos.

Frente a esa realidad, afirmaciones tales como *“las sociedades del riesgo no son sociedades de clases; sus situaciones de peligro no pueden pensarse como conflictos de clases”* o bien *“(l)a miseria es jerárquica, el smog es democrático”*⁶²⁰, resuenan como humoradas dignas de mejor causa.

III Sin intención de apartarme del área temática que nos reúne, cuadra puntualizar un nuevo desacierto de Beck al pronosticar la pérdida del impulso utópico de la política merced a la ampliación del Estado Social, supuesto logro conforme al cual –textualmente– *“(a)l darse estabilidad y equilibrio institucionales, el poder de transformación se desplaza del campo de la política al de la subpolítica”*⁶²¹.

⁶¹⁸ BECK, U.: op. cit., p. 29 y s.

⁶¹⁹ : DE GRAZIA, Alfred: “A cloud over Bhopal. Causes, consequences and constructive solutions”, Kalos Foundation for India, 1985; Cadena SER, edición digital del 7/6/2010.

⁶²⁰ BECK, U.: op. cit., p. 42.

⁶²¹ BECK, U.: op. cit., p. 278.

Tal expectativa, que –hacia el final de su balance- le conduce a considerar eliminado el riesgo de pobreza vigente durante el Siglo XIX y de la primera mitad del Siglo XX como consecuencia lateral del proceso de industrialización, merced a circunstancias políticas e institucionales que lo habrían obviado⁶²², contrasta vivamente con la realidad exhibida por la Europa de nuestros días, volcada a ensayar fórmulas del más crudo neoliberalismo para solucionar las graves crisis padecidas por diversos países de su ajetreada unión continental.

IV. Además de lo anotado incidentalmente respecto del aprovechamiento de la idea de riesgo para la confección de un nuevo argumento tendente a combatir enemigos con el arsenal del *ius puniendi*, su empleo en las llamadas teorías de la imputación objetiva, introducidas en la Dogmática Penal como mecanismos teóricamente correctivos de la tipicidad legal, presenta ángulos inquietantes desde la óptica del penalismo garantista.

Desarrolladas a partir de conceptos pertenecientes a las tipicidades culposa y omisiva impropia, tales teorías parten de visualizar unas sociedades altamente tecnificadas y anónimas, en las que la creación o aumento de un riesgo desaprobado aparece como núcleo de la imputación. Luego, más allá de la artificiosa reconducción de la idea de aumento de riesgo para un bien jurídico a los casos de clara tipicidad dolosa, las dificultades prácticas aparecen cuando se trata de mensurar la magnitud del riesgo permitido en cada actividad, su aumento o conversión en riesgo desaprobado.

A ello se suma la tendencia a espiritualizar el resultado de peligro a través de las figuras de peligro abstracto que, toda vez que representan la punición del peligro de un peligro, permiten conjeturar el extremo, inadmisibles en términos de seguridad jurídica, de una tentativa de tales ilícitos, que conduciría a sostener la punición del peligro del peligro de un peligro, en un alejamiento escandaloso del principio de lesividad, que reclama el daño o peligro concreto para el bien jurídico como presupuesto de cualquier persecución penal.

Sin perjuicio de todas esas objeciones, la mayor –a mi criterio- radica en la inversión de la fórmula propia del Estado de Derecho democrático y social que impone al legislador penal un programa forzosamente fragmentario, un sistema discontinuo de

⁶²² BECK, U.: op. cit., p. 284

ilicitudes, toda vez que, al partir de categorías tales como riesgo permitido, deber de cuidado y rol de garante y generalizarlas respecto de todo el ámbito pasible de punición, amplía enormemente el margen de criminalización primaria.

V. Lo expresado hasta aquí permite sentar aquí tres tesis, a saber: a) la importación, por parte de la doctrina penal, de la idea de una sociedad del riesgo como superadora de categorías dentro de la especie humana tales como “otros”, “extraños” o “enemigos”, en lugar de verificar tal mecanismo positivo ha servido para fundamentar y justificar la reaparición de un Derecho Penal del enemigo; b) en un plano más general, al contrario de la declamada democratización hipotéticamente emergente de la sociedad del riesgo, se comprueba el reforzamiento de la sociedad de clases, con todos los fenómenos y epifenómenos que la acompañan, entre los que cuadra destacar la selectividad en la criminalización primaria y secundaria; c) la introducción y generalización de la idea de riesgo en el marco de la imputación objetiva conduce a desdibujar los márgenes de la criminalización primaria y ensancha, por consiguiente, las posibilidades de decisionismo y arbitrariedad a la hora de la criminalización secundaria.

VI. Al cabo de dos siglos de marchas y contramarchas, no resulta osado considerar que la noción de Estado Liberal de Derecho encierra, en sí misma, el germen de la seguridad, así como el de su contracara, la inseguridad. Podría afirmarse, con resonancias foucaultianas, que en el seno de la valiosa ficción que conocemos como Estado de Derecho se encubre -por cierto, detrás de su declamado objetivo principal, que es la protección de la libertad- la entronización absoluta de la seguridad, como mecanismo central de aseguramiento de la vida y la propiedad de quienes temen perder semejantes atributos de su personalidad, entendida como subjetividad moderna. La lectura de los párrafos 2009 a 2015 del célebre “Programma” de Francesco Carrara, epígono de la Escuela Clásica del Derecho Penal, en defensa del carácter “natural” de los delitos contra el segundo de los bienes mencionados, otorga una clara muestra de tal aparente paradoja.

Intentaré, de aquí en más, pasar revista a las derivaciones del axioma de la seguridad en las políticas criminales que atraviesan las sociedades actuales del mundo

occidental y, particularmente, de América Latina, sobre la base de las nociones de riesgo y control.

Vale recordar, siguiendo a David Garland⁶²³, ciertos índices sociológicos vinculados a la cuestión criminal aptos para entender el contexto en el que las políticas criminales regresivas aparecen, frente a la opinión pública mayoritaria, como verdaderas soluciones frente a la delincuencia más molesta, generalmente vinculada a la afectación de la propiedad en los centros urbanos: 1) el aumento de la tasa global de criminalidad se considera un hecho social normal, percepción que se robustece en virtud del tratamiento del tema por los medios masivos de comunicación; 2) La inversión emocional en el delito es generalizada e intensa, abarcando elementos de fascinación así como de miedo, indignación y resentimiento; 3) Las cuestiones referidas al delito están politizadas y se representan frecuentemente en términos emotivos; 4) El interés por las víctimas y la seguridad pública dominan la política pública; 5) La justicia penal estatal es visualizada como inadecuada o ineficaz; 6) Las rutinas defensivas privadas están generalizadas y existe un mercado creciente en torno a la seguridad privada; 7) La conciencia que se tiene sobre el delito está institucionalizada en la cultura popular y en el ambiente urbano.

La combinación de tales elementos produce una serie de efectos sociales y psicológicos que influyen en la Política Criminal de todos los países de nuestro universo cultural. América Latina no es una excepción y en su vasto territorio se desarrollan estrategias de lucha contra el delito asentadas en la sensación constante de inseguridad y riesgo⁶²⁴, y en la necesidad de un estricto control social. Esas estrategias, que agrietan o retrotraen las teorías criminológicas florecidas en el último medio siglo, se basan en una nueva experiencia colectiva propia de lo que conocemos como “tardomodernidad” o “postwelfare”, que encuentra arraigo en las lecturas reaccionarias del delito, de la cultura y de la política que les son propias, construidas al calor del desmantelamiento del Estado de Bienestar y emparentadas con una mirada del presente en términos de crisis moral, incivilidad y decadencia de la familia y otros núcleos de socialización primaria.

⁶²³ GARLAND, David; “La cultura del control”, Gedisa, Barcelona, 2005.

⁶²⁴ Cf. KESSLER, Gabriel: “El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.

Corresponde consignar, empero, valiéndonos tanto del bagaje teórico aquilatado cuanto de la experiencia judicial, que el cambio que se aprecia en tal política criminal no va de la mano de una transformación de las instituciones. No estamos frente a un proceso en el que las viejas instituciones de los tres segmentos o agencias del control social formal se abandonen por otras nuevas.

Asimiladas las críticas que durante décadas fustigaron al sistema penal y relegado el ideal abolicionista al modesto pedestal de las utopías de concreción lejana si no ilusoria, la arquitectura institucional de la modernidad penal permanece en pie, como también el aparato estatal de la justicia represiva.

En las democracias latinoamericanas en tren de consolidación, es el funcionamiento estratégico y su importancia social lo que se ha transformado, dando lugar, por un lado, a las denominadas excepciones, que se estructuran como mecanismos punitivos paralelos, en algunos casos, como acontece con el ya relevado 'derecho penal de enemigos' diseñado para determinadas especies delictivas, tales como las actividades terroristas o las desarrolladas a partir de ciertas asociaciones ilícitas; y, por otro, a la incorporación de auténticas regresiones, de cara a buena parte de los delitos comunes, en especial, los que atentan contra la propiedad y contra la seguridad pública.

Si lo que ha variado es, pues, el funcionamiento estratégico y la importancia social del andamiaje de enjuiciamiento propio de la modernidad, corresponde que, cuando menos, quede aquí señalado el anclaje sociocultural de esa nueva cosmovisión que de algún modo habilita y tiende a naturalizar la aparición de políticas criminales regresivas o de excepción, con el saldo invariable de la expansión punitiva.

Una categorización que luce apropiada a tal efecto es la que ensaya Zygmunt Bauman, al señalar las diferencias existentes entre las que él denomina *sociedades de productores y de consumidores*, toda vez que, a partir de las características de estas últimas, parece posible acercarnos a la naturaleza de las políticas criminales regresivas que amenazan los logros del liberalismo penal.

Como en las diferencias podemos encontrar explicaciones, cabe enfocar, en primer lugar, al primero de los tipos sociales destacados, el de la sociedad de productores, ligado a las ideas de solidez, perdurabilidad y seguridad a largo plazo. Con

respecto a ella, Bauman indica: *“Sólo las posesiones verdaderamente perdurables, resistentes e inmunes al tiempo podían ofrecer la tan ansiada seguridad. Sólo esas posesiones tenían la capacidad intrínseca, o al menos la posibilidad, de acrecentarse en vez de disminuirse, y sólo ellas prometían cimentar toda expectativa de un futuro seguro sobre bases más sólidas y duraderas, ya que conferían a sus dueños esos rasgos de solidez y durabilidad”*⁶²⁵.

Ese modelo, aunque parcial y trabajosamente recuperado por las variadas tendencias de corte populista registradas en los últimos años, en el subcontinente sudamericano, fue traumáticamente sucedido, a partir de los años 80 de la pasada centuria, por la irrupción del neoliberalismo en la política económica de los diferentes países del entorno, con progresivo desguace del estado protector, allí donde existiera, y el debilitamiento del tejido social. A las sociedades de productores, dinamizadas en épocas anteriores por vectores tales como el efecto de demostración, vehiculizados por cierta capilaridad social, sucedió, así, sin solución de continuidad, la más descarnada sociedad de consumo, en la que, volviendo a Bauman, *“la inestabilidad de los deseos, la insaciabilidad de las necesidades, y la resultante tendencia al consumismo instantáneo y a la instantánea eliminación de sus elementos, están en perfecta sintonía con el nuevo entorno líquido en el que se inscriben hoy por hoy los objetivos de vida y al que parecen estar atados en un futuro cercano”*⁶²⁶.

En tal sociedad de consumidores, la eliminación se transforma en un componente imprescindible, en tanto se halla cimentada en la ausencia de lazos perdurables y duraderos; y ello vale tanto para las relaciones laborales, fragilizadas hasta el hartazgo por la temporalidad, el trabajo informal y la inestabilidad en los puestos de trabajo, como para toda vinculación del individuo con sus semejantes.

Si la sociedad de productores armoniza con la idea de Estado social, la sociedad de consumidores supone un Estado retraído, con poca o nula intervención en lo que a solidaridad intersubjetiva se refiere; de tal suerte, la consecuente decadencia en las relaciones sociales y la ausencia de lazos sólidos con el resto de la comunidad deriva o

⁶²⁵ BAUMAN, Zygmunt; “Vida de Consumo”; Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 49.

⁶²⁶ BAUMAN, Z.; op. cit., p. 51.

degenera en temor. Volvemos, pues, a escala individual, a toparnos con la sensación de riesgo captada por Ulrich Beck en el seno de la sociedad urbana tardocapitalista.

Convivimos hoy, en definitiva, en términos generales, en comunidades integradas por individuos propensos al sentimiento de temor e incertidumbre originado, en buena parte, por el retraimiento del Estado en su función de dador de seguridad social y potenciado, en no menor medida, por la reinención de ese mismo Estado como garante meramente simbólico de la seguridad individual.

En ese esquema se inscriben las políticas criminales regresivas y su parafernalia de tratamiento específico para enemigos, derechos penales de varias velocidades, resurrección de figuras propias del derecho penal de autor, exaltación de la delación y justificación de los agentes provocadores.

Sólo el reencuentro de pueblos y gobiernos en torno al ideal común de seguridad para los derechos de todos podrá guiarnos plausiblemente al redimensionamiento del sistema penal como resorte de extrema necesidad y *ultima ratio*.

Parafraseando a nuestro inolvidable Alessandro Baratta, valga meditar en la vigencia de su pensamiento, al sentenciar que “(u)n análisis en profundidad puede demostrar que la historia de la dominación, en la formación social capitalista, más que ser la historia del dominio y de la conservación del dominio de ciertos individuos sobre otros, es la historia de una progresiva alienación de la subjetividad por parte del sistema político-social. Es justamente en este punto donde radica la debilidad histórica e ideal del proyecto de dominación respecto de la fuerza histórica ideal del proyecto de liberación, cuyo horizonte es el hombre como fin y como subjetividad”⁶²⁷. Que así sea.

⁶²⁷ BARATTA, Alessandro: “Notas para una teoría de la liberación”, Revista “Poder y Control”, n° 1, Barcelona, 1987.