

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2016

37

Revista Penal

Penal

Enero 2016



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Ficha Técnica

Autor: María Laura Böhm

Adscripción institucional: Abogada (UBA), Diplomada en Criminología (UNLZ y Hamburg Universität), Doctora en Ciencias Sociales (Dr. Phil., Hamburg Universität) y becaria post-doctoral (Fundación Alexander von Humboldt). Profesora Adjunta/DAAD (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

Sumario: 1. Introducción; 2. Riesgo, seguridad, prevención y precaución; 3. Prevención y sistema penal; 3.1. Lógica penal: prevención más sanción; 3.2. Normativa; 4. Prevención y política criminal; 4.1. Diseño político - criminal; 4.2. Límites; 5. *Minority Report*; 6. Discusión; 7. Bibliografía.

Resumen: El objeto de este texto es la presentación teórica y la explicación del impacto práctico del concepto de justicia preventiva. Luego de una breve introducción a la idea inspiradora del artículo (1), se explica la interrelación entre los conceptos seguridad, prevención, riesgo y precaución (2). A continuación, se exponen el rol y los efectos de la lógica preventiva en el ámbito del sistema penal, para lo cual se desarrolla esta vinculación teórica y su reflejo en el ámbito normativo penal (3). En el siguiente apartado, la atención es puesta en el significado de la lógica preventiva al momento de diseñarse política criminal así como en las dificultades que presenta y en cuáles podrían ser eventuales límites para su intervención (4). Este material es base para una lectura analítica del cuento de ficción *El informe de la minoría*, ejemplo de un modelo intervención pre-crímen (5). Finalmente, se discute sobre los modelos penales inspirados por la idea de una justicia preventiva (6).

Palabras clave: justicia preventiva; seguridad; riesgo; precaución; principio de lesividad

Abstract: The aim of this work is the analysis of the theoretical concept and of the practical impact of preventive justice. After a brief introduction to the inspiring idea of the article (1), the interrelation between security, prevention, risk and precaution is explained (2). Then the role and effects of the preventive logic in the field of criminal justice system will be exposed, as well as the theoretical linkage and its reflection in the criminal regulatory environment (3). In the next section, attention is placed on the significance of the preventive logic by the design of criminal policy and on the difficulties and possible limits for its intervention (4). This material is a basis for the analytical reading of the fiction story *The Minority Report*, an example of the pre-crime intervention (5). Finally, the criminal models inspired by the idea of a preventive justice will be discussed (6).

Key words: preventive justice; security; risk; precaution; harm principle

Observaciones: Ideas y fragmentos de este trabajo fueron discutidos con los estudiantes de los cursos de posgrado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo (ambas de Argentina) en el primer cuatrimestre de 2014. A ellos mi agradecimiento por su interés, sugerencias y paciencia. Comentarios o consultas sobre el texto serán bienvenidos y pueden enviarse a: marialaurabohm@derecho.uba.ar.

Rec: 27/09/2015 **Fav:** 25/11/2015

1. Introducción

El presente artículo fue inspirado y se basa en gran parte en los trabajos de los investigadores Andrew Ashworth y Lucia Zedner de la Universidad de Oxford. El objetivo es introducir en nuestro ámbito hispanoparlante esta perspectiva teórica aún poco estudiada. Ashworth y Zedner comenzaron hace unos años a indagar sobre el excesivo fin preventivo que se viene asignando al sistema penal en los últimos tiempos. Tanto la sanción normativa de una tentativa de comisión de delito —posibilidad existente en casi todos los códigos penales—, como la intervención estatal mediante violencia física sobre un sujeto a fin de obtener de él información que permita impedir la explosión de una bomba, y todos los posibles supuestos intermedios, tratan de casos de intervención meramente preventiva —y no sancionatoria— del sistema penal. Ashworth y Zedner han evaluado los alcances del sistema penal y sus posibilidades de intervención *antes* de que un delito sea cometido¹. Su proyecto aspira a definir los límites que deben establecerse a la justicia que fue bautizada como “justicia preventiva” (*preventive justice*), y que consiste en una actuación “pre-crimen” y genera indudables problemas a la concepción tradicional de delito². El ejemplo que aportó Zedner durante su participación en el Congreso organizado en Viena en conmemoración de los 30 años de la revista *Kriminologisches Journal* en diciembre de 2009, es explícito en cuanto a los problemas que implica la eventual regulación de la justicia preventiva: Si se sabe (se sospecha en realidad) que una persona está involucrada en un (posible) atentado que (eventualmente) se llevará a cabo mediante la explosión de una bomba³, ¿con qué medios cuenta el Estado para poder intervenir y obtener la información que permita desactivar la bomba y evitar su explosión? ¿Hasta dónde se puede actuar? ¿Sería la tortura un medio legal y legítimo para evitar la muerte de la población eventualmente afectada? Si bien el estudio por ellos propuesto tiene una orientación crítica dispuesta a limitar las actuales prácticas y normativas, lo cierto es que mecanismos de tortura, que no solo han sido y siguen siendo cotidianos en Guantánamo, sino también en otros países en su lucha contra terrorismo, podrían verse de esta manera legitimados y legalizados si cumplieren con los “requisitos” y “límites” que se pudieran sugerir desde el ámbito académico para reducir

la intervención preventiva del sistema. La limitación de su uso devendría, al mismo tiempo, en una regulación dentro del ámbito penal ampliando una vez más el recurso a él. Estos límites, siguiendo con el ejemplo de la bomba de tiempo, podrían consistir en exigir que la concreción del riesgo en daño sea inminente, que esté probada su existencia, que el riesgo sea concreto, que el sujeto tenga efectivamente la información necesaria, que se sepa que esa información va a impedir efectivamente la explosión, etcétera. Al ser preguntada la investigadora sobre si el establecer pautas mínimas no podría resultar en definitiva en una legitimación de la tortura, ya que la interpretación de tales pautas, como toda interpretación, podría realizarse en forma excesivamente subjetiva y hasta arbitraria, su respuesta fue —aunque lamentándola— afirmativa. Se confiaba, sin embargo, en el buen servicio que se daría a esas limitaciones.

Independientemente del ejemplo aportado, que tal vez no fue el más acertado para presentar la temática que comenzaba a investigarse, sí debe darse a la puesta en estudio del tema el gran valor de sacar a la luz una forma de intervención punitiva estatal que excede en mucho el ámbito de intervención que debería darse al sistema penal. El caso de la tortura como medio de (pretender) evitar daños mediante el sistema penal, es en realidad el caso extremo (aún) no regulado de un espectro amplísimo de figuras y mecanismos que sí ya están presentes en los códigos penales y procesales penales de los países “occidentales”. No solo la punición respecto de puestas en riesgo, sino también la punición de situaciones en todo caso preparatorias o simplemente neutras que no implican una puesta en riesgo, queda incluida conceptualmente en esta temática de la justicia preventiva. De esta manera, junto a la lógica preventiva, también la lógica precautoria, inspira tanto la creación de nuevos tipos penales como la de dispositivos político-criminales que aspiran a generar un paisaje social e institucional de seguridad sin fisuras. Un objetivo imposible de cumplirse, por lo tanto, da fundamento a las intervenciones cada vez más prematuras y más intrusivas del sistema penal.

2. Riesgo, seguridad, prevención y precaución

La idea de prevención está directamente relacionada con el concepto de *riesgo*; y en el ámbito penal, ambas

1 Cfr. Ashworth/Zedner 2008, 2010, 2011, 2012 y 2014

2 Cfr. ya en sus primeras formulaciones de la hipótesis de trabajo, Zedner 2007.

3 Este ejemplo es conocido como el “ticking-bomb scenario”, o “escenario de la bomba de tiempo activada”, y se ha convertido en los últimos tiempos en ejemplo y ejercicio para el estudio de la prohibición de la tortura.

ideas están a su vez inmediatamente vinculadas con la seguridad como fin del sistema penal. Recordemos lo dicho en otros lugares⁴ en cuanto al trabajo de Ulrich Beck, quien como iniciador de este concepto explica que la sociedad del riesgo es una consecuencia o continuación del proceso de la modernización que hace posibles los riesgos, y entiende que estos son muchas veces irreversibles, generalmente invisibles, basados en interpretaciones causales, es decir, dependientes del conocimiento, y abiertos a procesos sociales de definición (lo cual pone en evidencia su potencial político). Desde una perspectiva temporal, por otro lado, explica que los riesgos son a la vez reales e irreales, actuales y futuros⁵. Inmediatamente después de la aparición de su trabajo, se hicieron oír las primeras críticas de quienes destacaron que los riesgos —que Beck parecía asimilar a los peligros— son en realidad un peligro que se hace calculable, imputable y sancionable⁶. La aparente “objetividad” de la idea conceptual de los riesgos de Beck, por lo tanto, no fue fácilmente aceptada en el ámbito de las ciencias sociales. Distintos estudios desde aquella época en adelante han puesto de manifiesto que el concepto del riesgo es particularmente polisémico y que según la corriente que lo explique, el espectro de definiciones puede ir desde considerar a los riesgos en su tangibilidad casi física, hasta considerarlos construcciones sociales incluso absolutamente arbitrarias⁷. Entender a los riesgos como construcciones sociales ha sido tal vez la manera más útil de pensar esta problemática y de comprender, por ejemplo, la funcionalidad que el trabajo con riesgos (y no con hechos delictivos) ha tenido para las agencias de intervención en el ámbito de la política criminal. Robert Castel lo ha explicado del siguiente modo:

“Un riesgo no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado, sino que es un efecto de la correlación de datos abstractos o *factores* que hacen más o menos probable la

materialización de comportamientos indeseables. [...] La presencia de un conjunto o de determinados factores de riesgo desencadena automáticamente una señal”⁸.

Hablar de riesgo, en consecuencia, significa en este sentido hablar de la adscripción de una cierta calidad a un cierto sujeto o acción, lo cual en el ámbito de la política criminal habilita la intervención del sistema penal. Los riesgos, en este entendimiento, son objeto de administración (*management*) a fin de disminuir las chances de que ocurran a futuro daños concretos —lo cual es diferente de la idea de una intervención sobre un delito cometido, que debe ser investigado y eventualmente sancionado.

De acuerdo a la lógica del riesgo, ya no son hechos o acciones, sino la puesta en peligro (o en riesgo, en todo caso) de la *seguridad*, los que adquieren relevancia para el sistema penal. Todo factor que pudiera dejar presumir esta puesta en peligro es colocado en una matriz o co-diseñado junto a otros factores de riesgo, formará parte de bases de datos para el análisis, reconocimiento y activación de alarmas para la intervención temprana⁹. Krasmann afirma que “ya no es decisiva la infracción a la norma, sino un peligro abstracto; así como la abstracción de ese peligro por parte de personas concretas o de acciones individuales, lo que hace que el margen de intervención sea no sólo indefinido, sino también manejable en forma variable”¹⁰. Si el margen de intervención se maneja en forma variable y, por otro lado, los límites a esa intervención se desdibujan, el sistema penal actúa con mecanismos que empiezan a serle extraños.

“La acción del gobierno contra la actividad criminal, aún cuando esté mezclada con funciones punitivas tradicionales, cada vez más está sujeta a estándares constitucionales diferentes porque en lugar de enfatizarse los fines de justicia pública, se enfatiza como objetivo la administración de riesgos. Es más preventiva que reactiva. No aspira a sancionar sino a excluir a aquellos que muestran inclinaciones

4 Böhm 2011: 43 ss., 2012: 167 ss.

5 Cfr. Beck 1986: *passim*.

6 Cfr. Evers/Nowotny 1987.

7 Para un análisis detallado del concepto del riesgo en el ámbito de la sociología y su aplicación a la política criminal véase Böhm 2011: 44 ss.

8 Castel 1986: 229 s.

9 Estos factores pueden ser relevados y contruidos como factores de riesgo a partir de interminables catálogos de tipos penales, o a partir de la acumulación y registro de características sospechas en los registros de los servicios secretos, o del comportamiento llamativo de un condenado durante su tiempo en prisión, etc. Sobre el funcionamiento de esta lógica véase en detalle Castel 1986: *passim*, Feeley/Simon 1995: *passim*.

10 Krasmann 2007: 85 (Original: “[Es] ist jetzt nicht mehr die Verletzung einer Norm entscheidend, sondern eine abstrakte Gefahr, und es ist die Abstraktion der Gefahr von konkreten Personen und individuellem Handeln, welche die Schwelle der Intervention nicht nur unbestimmt, sondern auch variabel handhabbar macht”).

criminales. No está dirigida a una norma pública general, sino a la seguridad dentro de un ámbito especializado y funcionalmente definido¹¹.

En definitiva, el fin preventivo con base en la lógica de los riesgos amplía los espacios de intervención, y las posibilidades de exclusión.

La justicia preventiva de la que se trata en este artículo, parte de la idea de *prevención*, pero llega incluso más allá en algunos casos. La intervención penal puede verse agravada en su naturaleza y efectos si se adelanta analítica y temporalmente a los problemas propios de las construcciones dogmáticas de imputación objetiva y aumento del riesgo¹², del así llamado derecho penal del riesgo¹³, o de la criminología inspirada por la lógica del control de riesgos¹⁴. La justicia preventiva exacerba precisamente la función preventiva del sistema penal, por lo que recurre en muchos casos a la lógica precautoria.

El *principio de precaución* se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito de la política ambiental internacional desde la década de 1970¹⁵, y boga por la *prevención antes de la prevención*. “Actúa en forma cuidadosa incluso con respecto a cómo uno está siendo cuidadoso”¹⁶. Actuar en forma precautoria significa intervenir antes de que un futuro factor de riesgo sea advertido, estudiado y considerado factor de riesgo, o antes de que una determinada situación sea construida como riesgosa. Este principio puede explicarse del siguiente modo: Incluso cuando aún no es posible comprobar científicamente si una acción o una sustancia puede desarrollar consecuencias nocivas para el medio ambiente, para la salud pública, para la paz, etc., esta sustancia o acción debe prohibirse en tanto exista la

posibilidad de que tales consecuencias indeseadas pudieran desenvolverse en el futuro. Y, a la inversa, aún cuando no se encuentra científicamente probado si una determinada intervención puede impedir las consecuencias nocivas, tales intervenciones deben no obstante ser adoptadas, en tanto no sea científicamente contradicha la posibilidad de que una intervención pudiera impedir las consecuencias nocivas. Es decir, “enfrentados a una amenaza que es muy severa, aunque sea infrecuente, debe tenerse un enfoque igualmente severo para prever seguridad”¹⁷.

Según la lógica precautoria, no es el riesgo, sino incluso la sola *posibilidad* de riesgo la que da ocasión para las acciones de intervención o para la prohibición legal. Y esto, aunque no existan resultados científicos que recomienden tal acción o tal prohibición. En la precaución hay un “desplazamiento” de la técnica o pericia, que son en cambio esenciales en la lógica del riesgo, basada en el desarrollo del conocimiento¹⁸.

La lógica del riesgo se diferencia por lo tanto de la lógica de la precaución. Tomando el ejemplo de las medidas precautorias que tienen lugar en el ámbito de la prevención situacional del delito que son adoptadas por potenciales víctimas, Haggerty explica la diferencia entre *prevención* (*prevention*) y *precaución* (*precaution*): “Este corrimiento terminológico de riesgo a precaución significa un intento de entender la posición epistemológica y social de los tomadores de decisión responsables. La toma de decisión precautoria tiene una relación diferente con el conocimiento científico, está referida a un rango mayor de potencialidades, y trabaja en un registro lógico separado del de las decisiones basadas en el campo del riesgo”¹⁹.

11 *Feeley/Simon* 1994: 185 (Original: “Government action against criminal activity, even when mixed with traditional punitive functions, is increasingly subject to a different constitutional standard because instead of emphasising the goals of public justice, it emphasises the goals of risk management. It is preventive rather than responsive. It seeks not to punish but to exclude those with criminal proclivities. It is directed not at a general public norm but at security within a specialized and functionally defined arena.”).

12 Sobre la imputación objetiva y los distintos abordajes del aumento del riesgo y la creación de riesgos prohibidos, pueden consultarse, por todos y en forma introductoria, Roxin (2006) y Jakobs (1997).

13 Monográfico sobre el tema, *Prittowitz* 1993.

14 Cfr. *Feeley/Simon*, 1994 y 1995, *passim*.

15 Sobre el principio de precaución en el ámbito ambiental véase *Rehbinder* 1987; más actual sobre el principio de precaución en el ámbito del derecho internacional *Maurmann* 2008.

16 *Ericson/Doyle* 2004: 147 (Original: “Even exercise caution about how one is being cautious”).

17 *Ericson/Doyle* 2004: 147 (Original: “When faced with a threat that is very severe even if infrequent, adopt an equally severe approach to preventive security”).

18 *Haggerty* 2004.

19 *Haggerty* 2003: 197/198 (Original: “This terminological shift from risk to precaution signifies an attempt to understand the epistemological and social position of responsabilized decision makers. Precautionary decision making has a different relationship to scientific knowledge, is concerned with a broader range of potentialities, and works in a separate logical register than decisions based on a template of risk.”).

La precaución es, a diferencia del riesgo, una lógica “no calculativa”²⁰ que trata con “potencialidades de catástrofe”: “Las acciones precautorias son adoptadas para evitar la peor eventualidad que puede ser imaginada, no para reducir la probabilidad de que vaya a ocurrir un hecho probable. [...] La lógica precautoria opera en un contexto de incerteza subjetiva sobre la probabilidad de la victimización. Como tal, la precaución no está vinculada al riesgo en absoluto”²¹. La precaución se basa en el miedo y no en datos estadísticos. La técnica de escenificación (*Szenariotechnik*), que puede trasladar al presente las más horrosas catástrofes del futuro, se muestra por lo tanto como el medio cognitivo más adecuado para suplir la falencia de no contar con la fuerza representativa de las estadísticas²². Esta técnica es útil, por ejemplo, a la idea del “gobierno de futuros imaginables”²³. Por otro lado, la precaución está cargada en forma demasiado simbólica y persigue fines demasiado políticos como para que pueda cumplir con los requisitos de un cálculo actuarial probabilístico²⁴. Por eso la precaución es post-probabilística²⁵. Cuando se considera a este principio de precaución como un estadio temporal y analíticamente previo respecto del riesgo, se advierte que es imposible prever o construir todas las posibilidades de riesgos, y por lo tanto, que es imposible evitarlos. Por este motivo, puede decirse que una mayor necesidad de seguridad trae consigo una mayor vulnerabilidad.

“Dado que los expertos del gobierno no tienen una bola de cristal precisa, el resultado va a ser que construyen una serie de costosas líneas de Maginot contra el riesgo, cada una de las cuales hará un magnífico trabajo para proteger a la sociedad contra un riesgo conocido, mientras que no hará nada para proteger a la sociedad de lo desconocido [...] [L]os esfuerzos asumidos en nombre del principio de precaución más bien van a aumentar nuestra vulnerabilidad frente a lo desconocido”²⁶.

El aumento de la vulnerabilidad se debe no solo al aumento de los temores, sino al hecho de que se considera que al poner en movimiento técnicas precautorias se están realmente evitando eventuales futuros daños, y en realidad, se sigue interviniendo en forma parcial y selectiva. Una intervención que permitiese un control integral y total sobre todo futuro posible no existe (y tampoco debería existir tal pretensión en un Estado respetuoso de los espacios de libertad individuales, como lo es un Estado al estilo de los Estados de Derecho).

Las consecuencias de adoptar tal concepción en el ámbito de la política criminal y el derecho penal se pueden observar desde distintos enfoques. Algunos de ellos se abordan a continuación.

3. Prevención y sistema penal

3.1. Lógica penal: prevención más sanción

En su texto *Just Prevention*²⁷, Ashworth y Zedner ya habían explicado que la prevención de daños y la protección de los ciudadanos frente a ellos sin lugar a dudas es una tarea estatal, consentida por el voto ciudadano, y esto fue luego extensamente desarrollado con posterioridad²⁸. La alternativa a la intervención estatal sería que cada uno decida cómo reaccionar ante los daños provocados por otros. De esta manera se genera una función de desplazamiento, ya que el Estado adopta medidas que evitan el vigilantismo (prevención) y la venganza (retribución) privadas. La pregunta que, sin embargo, este consentimiento despierta, es ¿cuánta libertad debe ser sacrificada por qué grado de aumento de la seguridad? La aceptación de la intervención estatal, explican los autores, no significa que estén claros los límites hasta los cuales el Estado puede actuar legítimamente en el ejercicio de la función preventiva.

20 Haggerty 2003: 198 ss.

21 Haggerty 2003: 202 (Original: “Precautionary actions are taken to avoid the worst eventuality that can be imagined, not to reduce the likelihood that a probable event will occur.” —p. 202—. “Precautionary logic operates in a context of subjective uncertainty about the probability of victimization. As such, precaution is not really concerned with ‘risk’ at all.” —p. 203—).

22 En detalle sobre esta técnica y racionalidad precautoria, Opitz/Tellmann 2009.

23 O’Malley 2005: 506. El autor comenta el texto de Ericson y Doyle (2004) y lamenta que hayan quedado en la idea de los “límites del conocimiento” de la incerteza sin haber continuado con el análisis del potencial que tiene la lógica precautoria como técnica de gobierno.

24 Haggerty 2003: 204 ss.

25 Opitz/Tellmann 2009: 19.

26 Baker 2002: 12 (Original: “Because government experts do not have an accurate crystal ball, either, the result of clamping down will be a series of expensive Maginot lines against risk, each of which does a wonderful job of protecting society against a known risk, while doing nothing to protect society from the unknown [...] efforts taken in the name of the precautionary principle may even increase our vulnerability to the unknown.”).

27 Ashworth/Zedner 2011.

28 Ashworth/Zedner 2014: 7 ss.

Adviértase la terminología utilizada en estas primeras ideas, en las que se habla de evitar la inflicción de daño, *harm* en la terminología anglosajona. Este uso marca una diferencia importante con la idea continental —y del derecho penal latinoamericano de herencia alemana—, en que no se mide la necesidad de la intervención del Estado de acuerdo a la prevención de daños, sino a la protección de bienes jurídicos. En el ámbito anglosajón el sistema penal se basa fundamentalmente en el *harm principle*, el principio de lesividad. Sólo cuando hay daño o peligro de daño, se puede intervenir en forma legítima aunque esto implique una restricción a derechos esenciales, como la libertad²⁹. Otra diferencia íntimamente relacionada con esta última puede advertirse al ver los primeros fundamentos dados a esta tarea preventiva del Estado: en la lógica inglesa los ciudadanos son quienes entre ellos pactan conceder esta tarea —lógica contractualista—, son quienes con su voto intervienen en esta construcción, aceptando el control mutuo. La idea del control social (horizontal) se contrapone así a la idea de la imposición estatal (vertical), más propia de la concepción estatal europeo-continental³⁰.

La tarea de prevención de daños por parte del Estado, explican Ashworth y Zedner, en lo que a los límites se refiere tiene en primer lugar que definir de qué daños debe protegerse a los ciudadanos. Si se piensa en la protección respecto de la muerte o los daños físicos (lesiones), esto incluye por tanto la provisión de servicios de salud, la regulación de actividades como la conducción, y la prevención de daños físicos en general. La cuestión, entonces, es cuál va a ser la técnica escogida por el Estado para esto: ¿la normativa administrativa? ¿la ley civil? ¿la penal? En este último caso, teniendo en cuenta que se trata de la intervención más intrusiva y agresiva por parte del Estado en la vida individual, es necesario fundamentar en forma autónoma y en cada supuesto concreto, por qué y para qué es necesario el sistema penal en el cumplimiento de la función de protección estatal.

En la estructura anglosajona, la racionalidad del sistema penal es fundamentalmente doble: preventiva y retributiva. La pregunta recién formulada busca esclarecer cómo y hasta qué punto puede intervenir el siste-

ma penal con un fin primordialmente preventivo —y no retributivo—. Dado que la lógica de intervención penal en el ámbito anglosajón se guía por la idea de “prevención más retribución”, la estructura paradigmática o ideal de un delito en los casos de ofensas graves (*criminal offence*) se basa fundamentalmente en el modelo “daño más culpabilidad” (*harm + culpability*), ya que la responsabilidad objetiva (*strict liability*) no es —en principio— suficiente, como sí lo es respecto de delitos de menor gravedad. Una primera advertencia que hacen los autores, teniendo en cuenta la estructura mencionada y luego de revisar las figuras penales de su propio sistema, es que cada vez existen más delitos contruidos con interés primordial en la idea de prevención, lo que pone en crisis la exigencia de que haya habido daño o peligro de daño, y pone en crisis también la exigencia sobre la culpabilidad del sujeto, en muchos casos susceptible de ser sancionado penalmente incluso sin situación de negligencia. Así, entonces, procurar la función preventiva dentro del sistema penal provoca que el sistema difiera, en más o en menos, del ideal de ese mismo sistema penal, que debería contar siempre con su doble contenido estructural. Un sistema penal excesivamente preventivo, así, se desnaturaliza.

3.2. Normativa

Del estudio de la legislación penal pueden relevarse numerosos tipos penales que se rigen más por la lógica de la prevención respecto al daño futuro que por la de la retribución por el daño cometido. En este subapartado se sigue nuevamente a Ashworth y Zedner en la presentación que realizan de modelos de delitos de acuerdo al grado en que contienen elementos de prevención - de menor a mayor en su grado de abstracción.

i. Tentativa: En casos de delitos graves, la tentativa es sancionada para prevenir que la gente quiere cometer estos delitos. En casos de delitos menos graves, la tentativa es punible con fines de coordinación y regulación de actividades, sea en el ámbito de las finanzas, la industria, el comercio, el tráfico automotor, el transporte, etc. En estos ámbitos la ley penal suele tener únicamente un rol de refuerzo. La punibilidad puede encontrar distintas justificaciones, ya sea porque quien viola la

29 El principio de lesividad (toda persona puede hacer lo que desee, en tanto no dañe a otra) fue desarrollado primeramente en la obra *On Liberty*, de John Stuart Mill (1859). Este filósofo inglés en la época victoriana planteó la primacía de la libertad moral y económica de los individuos frente a la soberanía estatal.

30 Cfr. para estas diferencias en las formas de control social formal e informal, el ya clásico trabajo de Dario Melossi (1992): *El Estado del control social*.

norma ha puesto de manifiesto un grado de culpabilidad suficientemente elevado, o porque se trata de una extensión del principio de prevención, o por la peligrosidad puesta de manifiesto por la persona³¹.

La sanción de la tentativa, aceptada en forma general en los órdenes normativos nacionales, es un primer escalón en el avance del sistema penal con fin preventivo en casos de ausencia de daño.

ii. Delitos sustantivos definidos en modo de tentativa: Este tipo de ofensas pone en crisis la idea de la fórmula *daño más culpabilidad*, ya que el delito mismo es definido en forma de tentativa, es decir, sin que se exija daño ni riesgo de daño. Por ejemplo, en el caso de la figura de *bribery* de USA (cohecho, corrupción) se criminaliza el “dar, ofrecer o prometer” o “exigir, aspirar, recibir o aceptar” un beneficio en circunstancias determinadas (18 USC, para. 201). Un ejemplo inglés es la *Fraud Act 2006*, sección 2, que criminaliza la figura —asimilable a la estafa— como “provocar en forma deshonesta una falsa representación con la intención de obtener una ganancia o causar una pérdida”. Con esto, explican Ashworth y Zedner, se reemplaza la antigua fórmula del “obtener una ganancia”. La distinción de esta nueva ofensa reside en que no es necesario que el fiscal pruebe ninguna “obtención”, ninguna ganancia ni ninguna pérdida, ni tiene que haberse alcanzado ningún resultado. La intención misma es suficiente para que la estafa se dé por configurada³². Este modelo es muy ventajoso para la fiscalía, así como para los fines preventivos del sistema penal. Sin embargo, la forma de redacción coloca al delito mismo en una fase previa, antes reservada a la tentativa. De esta forma, la teoría general de la tentativa traza un círculo preventivo —amplía el círculo anterior— en derredor de las ofensas que ya son formuladas como tales en forma de tentativa. La tentativa de estas ofensas es, en realidad, una tentativa de tentativa, lo que amplía y extiende el dominio preventivo de la ley penal, llegando a captar conductas remotas, incluso legales, criminalizando así aquellas que antes eran consideradas actos preparatorios y, por lo tanto, no punibles³³.

iii. Delitos preparatorios: Estas figuras, criticadas por Ashworth y Zedner, son extensiones todavía más radicales del principio de prevención. Los “delitos preparatorios” son redactados como delitos en la parte especial de la legislación penal, incluso más allá de los límites de los delitos de tentativa. Un ejemplo lo ofrece la Sección 5 de la *Terrorism Act 2006* de Gran Bretaña, al criminalizar a quien se proponga cometer un acto de terrorismo o asistir a otro a cometerlo, así como el involucrarse “en cualquier conducta en preparación para hacer efectivo” tal propósito. El *actus reus*, por lo tanto, puede darse por cumplido incluso con conductas perfectamente “normales” y no peligrosas en sí mismas, como el comprar un mapa, un horario de tren, o un manual de computadora. El límite del “paso sustancial” o la exigencia de que sólo puede ser criminalizado aquello que exceda de acto preparatorio, queda sin efecto³⁴.

A los ejemplos de los autores puede incorporarse un caso del ámbito continental de este modelo de delitos preparatorios desde la sanción en Alemania de la *Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado* del 30 de julio de 2009³⁵, la cual tipifica dos nuevas figuras penales: La “Preparación de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado” (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, § 89a StGB) y la “Instrucción para la comisión de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado” (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, § 91 StGB). Se trata en ambos casos de un expreso adelantamiento de la punibilidad a estadios antes comprendidos en el ámbito de los actos preparatorios³⁶.

En los delitos preparatorios se imputa responsabilidad por pre-tentativa. Una de las críticas fundamentales que correctamente plantean Ashworth y Zedner a esta idea, es que se deniega al sujeto la posibilidad de cambiar de idea, es decir, el desistimiento no es posible. Por otro lado, se conceden facultades excesivas a la policía, ya que ésta tiene la capacidad de intervenir respecto de

31 Ashworth/Zedner 2011: II B.

32 Piénsese aquí en las advertencias de Günther Jakobs, cuando ya en el año 1985 describió al adelantamiento de la punibilidad, incluso a estadios de mera intención, al explicar los rasgos de lo que en aquel tiempo criticó como un emergente derecho penal del enemigo (véase Jakobs 1985).

33 Ashworth/Zedner 2011: II C.

34 Ashworth/Zedner 2011: II D.

35 *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* vom 30. Juli 2009, BGBl. I, 49, p. 2437.

36 Esta figura, en realidad, no es totalmente extraña para quienes cuentan con tipos penales como la *conspiración* (España, Perú, Bolivia, por ejemplo) o el *concierto para delinquir* (Colombia) en sus ordenamientos. El caso alemán, sin embargo, pone explícitamente en evidencia la remota eventual lesividad de la intención prohibida que, por otra parte, puede ser perseguida ya respecto de un único individuo.

conductas que pueden ser completamente neutrales. En este punto, entonces, la cuestión relativa a la intención deviene central. Si se acepta la criminalización de los actos preparatorios, ¿cuál sería la base apropiada para la condena? ¿Lo que se hizo, o lo que se quería hacer? Aparentemente, dado que el fin de estas figuras es solo preventivo, debería atenderse exclusivamente a las intenciones del autor y considerarse al momento de la imposición de la pena lo que el sujeto pretendía alcanzar³⁷. Por otro lado, puede agregarse a estas críticas otra que podría ubicarse en el extremo opuesto: como no es posible “probar” la intención del sujeto, esta intención es deducida de datos objetivos —que, podría suceder, nada dicen sobre la intención del sujeto, sino sobre lo que las autoridades consideran que esos datos objetivos revelan sobre la intención del sujeto—. La diferencia no es menor.

Por ejemplo, sobre los tipos penales alemanes mencionados, se criticó con dureza la reforma ya que podría definirse en forma arbitraria cuándo efectivamente existió la preparación típica. Rackow cita los propios fundamentales de la ley para analizar la gravedad de tal ambigüedad³⁸. Con respecto al § 89a, Apartado 1, dicen estos fundamentos:

“Generalmente la seguridad interior va a verse afectada cuando el hecho preparado, *tal como se lo imagina el autor* y en tales circunstancias, sería apto para afectar las mallas internas del Estado. En tal sentido es suficiente cuando mediante el hecho tal vez no se vean perjudicadas la capacidad de funcionamiento del Estado y sus instituciones, sino que el hecho adquiera un carácter particular por llevar en su seno la violación de los principios constitucionales. Este puede ser por ejemplo el caso, cuando la confianza de la población se ve sacudida en cuanto a poder ser protegida por el Estado frente a conmociones de gravedad”³⁹.

Sobre estos fundamentos, reflexiona Rackow: “Así que se debe extraer del potencial de impacto del acto preparado —y esto de acuerdo a la imaginación del autor de la preparación!—, si su preparación ya ‘afecta’ la seguridad interior”. En este sentido, explica el autor que la diferenciación entre tipos penales de peligro y los tipos penales de preparación, reside en que en el primer caso depende de la “casualidad” si la acción se concreta en algún daño o no, mientras que en la segunda variante, el bien jurídico en realidad nunca estuvo en peligro en forma directa, ya que sólo el autor poten-

cial decide si y eventualmente cuándo va a dar el paso hacia la comisión del hecho⁴⁰. Es decir, no solo no ha existido daño, sino tampoco peligro de daño (como sí existe, en cambio, en la construcción dogmática de la creación del riesgo prohibido aplicable a los delitos “de peligro”).

iv. Delitos de posesión: Estas figuras se basan en el riesgo de daño que conlleva la posesión de determinados objetos (armas, por ejemplo), por lo que suele aceptarse la idea de que el delito fue cometido y por lo tanto también se acepta su condena sin que el fiscal deba probar la intención de llevar adelante el acto delictivo que concretaría aquel riesgo. Esta es una diferencia sustancial con los casos de delitos de tentativa y preparatorios, en que la intención debe estar —o al menos alegarse que está— probada.

Ashworth y Zedner explican dos supuestos para este tipo de figuras: o bien se trata de la criminalización de la posesión porque el autor podría querer cometer un delito con el objeto en cuestión; o bien se trata del riesgo que conlleva la posesión del objeto en caso que un tercero hiciera uso indebido de él (posesión legal de un arma que no se encuentra debidamente resguardada y es accesible a terceros). En este último supuesto es en particular cuestionable que se sancione al autor por el eventual hecho que podría cometer un tercero. Si bien podría considerarse la posibilidad de negligencia, la combinación de negligencia con su atribución mediante responsabilidad objetiva y sancionada a su vez con pena de prisión, hace muy cuestionable el largo alcance de la pretensión preventiva de la pena.

Un ejemplo para el primer supuesto lo da la sección 16(2) de la *Terrorism Act 2000* (GB) al sancionar como delito el poseer dinero u otra propiedad cuando la persona “tiene la intención de que sea utilizado [...] para propósitos terroristas”. La posesión en sí puede ser legal y no representa un problema legal. Lo que está en cuestión, en cambio, es la *ultraintención* (*further intention*), que es parte de la definición. Esto puede ir aun más lejos, ya que la misma sección sanciona a quien “tiene motivos suficientes para sospechar” que el dinero podría en última instancia ser utilizado para fines terroristas, probablemente por un tercero. En este caso, por otra parte, el objeto mismo es inocuo (no es, por ejemplo, un arma).

37 Ashworth/Zedner 2011: II D.

38 Rackow 2010: *passim*.

39 BT-Drs. 16/11735, p. 12.

40 Rackow 2010: 615.

Las críticas centrales que pueden plantearse a este modelo de figuras es que los delitos de posesión son inconsistentes con los principios “normales” de imputación en el proceso penal, así como que los delitos que requieren prueba de la intención son —en todo caso— meros actos preparatorios convertidos en delitos, especialmente si se extiende la responsabilización a quienes *hayan podido tener motivo razonable para sospechar* (!) el uso posterior del objeto en cuestión por parte de un tercero⁴¹.

v. *Delitos de creación de riesgo*: Cuando se deja de exigir la intención delictiva, o al menos la sospecha de que un objeto pudiera ser utilizado con propósito delictivo, se produce una traslación, que amplía aún más el campo de imputación: ya no se trata de la responsabilidad por la tentativa, ni por la pre-tentativa —es decir, por la intención— sino de una responsabilidad basada en el riesgo producido (*risk-based liability*). Solo algunas veces se exige culpa, otras veces alcanza con la responsabilidad objetiva (*strict liability*). Ejemplo de esta responsabilidad son los delitos de peligro abstracto, como la conducción en exceso de velocidad, o en estado de ebriedad, independientemente del peligro concreto que dicha conducción pudiera representar⁴². Como se mencionó con anterioridad, se trata de la criminalización y su explicación dogmática, tan ampliamente difundidas por Claus Roxin y Günther Jakobs⁴³.

4. Prevención y política criminal

4.1. Diseño político-criminal

Si la política criminal se diseña teniendo por norte la mera prevención, tanto el concepto de riesgo como el concepto de precaución adquieren una importancia destacada. Incluso, se ve elevado el concepto “riesgo” a categoría esencial dentro del ámbito del control del delito. Pero no solo como categoría específica en el ámbito dogmático (riesgo permitido, por ejemplo), sino como lógica para el diseño de medidas de intervención, tal como lo hace la criminología actuarial⁴⁴ y

como resulta si se considera a la sola puesta en riesgo como imputable.

Si se toma a la “seguridad” como aquello a lo que se aspira, como aquello que puede ser considerado un derecho fundamental⁴⁵ no es difícil entender que se haya planteado por parte de algunos autores la idea de que ya la puesta en riesgo sea un daño. Así lo plantea, por ejemplo, Finkelstein⁴⁶, quien ha sostenido que “el riesgo de daño es daño en sí mismo”. La explicación a esta afirmación es que toda persona tiene interés en evitar estar expuesto a riesgos indeseados, por lo que toda persona que inflige ese riesgo de daño a otra, estaría dañando ese interés.

En similar sentido, pero no con la vista puesta en el daño, sino en el derecho a que ese daño no se concrete, Oberdiek plantea que existe un “derecho contra la puesta en riesgo”, el cual sería distinto del derecho a no ser dañado⁴⁷.

En ambos casos podría justificarse, en definitiva, la tipificación de una ofensa general de puesta en riesgo o de creación culposa de peligro. La pregunta surge, como bien advierten Ashworth y Zedner, en cuanto a las dificultades dogmáticas. Por un lado, se corre el riesgo de computar doblemente la responsabilidad, es decir, responsabilizar tanto por el riesgo como por la concreción de ese riesgo. Por otro lado, político-criminalmente, se presenta la tentación de adelantar y ampliar así el campo de intervención con fines preventivos en una regresión al infinito. Esto es, si la creación del riesgo de daño es un delito en sí mismo, ¿por qué no habría de serlo la creación del riesgo del riesgo de daño?⁴⁸

Las formas penales analizadas en el punto anterior ponen en evidencia que esta regresión ya está teniendo lugar. Por otro lado, discusiones actuales en el ámbito de la política criminal dejan pensar que todavía no se ha alcanzado la cúspide de las medidas preventivas en el ámbito penal. La legislación del derribo de aviones con (presunta) carga de drogas, la utilización de bases de datos genéticos como medio de detección de eventuales patrones de conducta violenta, el uso de las neu-

41 Ashworth/Zedner 2011: II E.

42 Ashworth/Zedner 2011: II F.

43 Véase *supra* nota 13.

44 Cfr. en general Feeley/Simon 1994 y 1995. Sobre la justicia actuarial desde la perspectiva foucaultiana y en análisis sociológico de sus diseños, véase San Martín Segura 2011. Para una actualización monográfica de la criminología actuarial, véase Stegemann Dieter 2013.

45 Cfr. para la idea original de esta propuesta Isensee 1983 y 1992.

46 Finkelstein 2003: 998 ss.

47 Oberdiek 2009: *passim*.

48 Ashworth/Zedner 2011: II F.

rocencias para la predicción de conductas futuras de alto riesgo que se quiere evitar mediante el encierro preventivo, y un largo etcétera, son ejemplos de ello. Como se indicó antes, algunas veces es la prevención la que se aplica, otras veces, la precaución, es decir, la prohibición basada en el temor a lo que pudiera ocurrir, sin siquiera contar con base estadística o conocimiento técnico que pueda fundar ese temor (respecto de los pronósticos de peligrosidad, por ejemplo, esta es la lógica imperante, dado que como los mismos especialistas explican, la técnica nunca puede dar datos ciertos respecto a la futura conducta humana⁴⁹).

La lógica preventiva, sin embargo, no solo implica una ampliación de las redes punitivas, sino también el aumento de sus cuotas de violencia. Si a partir de la idea preventiva aumentan las posibilidades de aplicación de la prisión preventiva, las penas privativas de la libertad se hacen más prolongadas o se invierte la presunción de inocencia, por citar solo algunos efectos, el resultado es la construcción de un sistema de restricción de derechos sin relación directa con algún daño o, en terminología del sistema jurídico-penal continental, sin que haya habido afectación de un bien jurídico protegido.

La atención que se preste al diseño de políticas criminales y la impronta que se dé a las mismas, tendrán su impacto tanto en el ámbito de las instituciones y los procesos del sistema punitivo, como en los más precisos detalles de la dogmática penal. La lógica preventiva tiene por resultado instituciones con objetivos de prevención, procesos destinados a la prevención, y figuras penales y análisis dogmático destinados a la prevención. Podría decirse que, a la vista de los ejemplos aportados, esta tendencia no es reversible en el corto plazo. En este caso, es esencial establecer, por lo tanto, límites que cuanto menos ralenten la embestida preventiva y precautoria en el ámbito penal.

4.2. Límites

Ashworth y Zedner explican que mientras más se aleje la estructura delictiva del modelo *daño más cul-*

pabilidad, mayor deberá ser el nivel de justificación para la intervención penal. Así, entienden que existen tres factores que deben considerarse al evaluar la fundamentación de la intervención. En primer lugar, la magnitud del daño, de modo que solo las formas más graves de puesta en riesgo sean criminalizadas. En segundo lugar, la probabilidad de que ocurra, es decir, que a mayor magnitud de daño, la menor probabilidad será suficiente para la intervención penal, y viceversa. Y en tercer lugar, el grado de justificación social o razonabilidad de la conducta creadora del riesgo, lo cual se resuelve fundamentalmente a partir de las causas de justificación, o *defences* en el caso del *common law*⁵⁰.

Una formulación más detallada de esos factores permitió a los autores desarrollar los siguientes siete principios limitadores de la intervención meramente preventiva, que pueden entenderse como presentados en forma progresiva y envolvente:

i. “Una condición necesaria para la criminalización es que el principio de lesividad se vea respetado y que la causación o riesgo del daño pueda ser considerada un mal”⁵¹. Este principio básicamente constata la vigencia del principio de lesividad incluso para el ámbito de la justicia preventiva, aunque considerando en la formulación precisamente la idea del riesgo del daño. Solo si se trata de un mal o injusto, es decir, de una conducta de relevancia en cuanto a la lesividad que podría implicar, puede plantearse la intervención penal.

ii. “Al determinarse si hay razones suficientes para la criminalización de una conducta en particular, deberían ser considerados los costos y los riesgos de la criminalización, así como el daño que pretende ser prevenido. En especial, debe ser evitada toda probable e injustificada erosión de la seguridad del individuo respecto a la interferencia estatal”⁵². Este segundo principio exige la proporcionalidad de la medida adoptada. La interferencia en el ámbito de libertad y seguridad individual debe estar en equilibrio respecto al daño que se pretende evitar. Este principio no se respeta si la afectación de los derechos individuales mediante la criminalización es excesiva o si el riesgo de que la

49 Sobre la falibilidad de los pronósticos y la opinión científica médico-psiquiátrica y criminológico-penal véase ya Böhm 2011: 115 ss. En especial sobre el mal uso que habitualmente se da a este material científico en el ámbito forense y como base para la restricción de derechos véase Böhm 2015: apartado I.

50 Ashworth/Zedner 2011: II F.

51 Ashworth/Zedner 2012: 549 ss. (Original: *It is a necessary condition of criminalization that the harm principle is satisfied, and that causing or risking the harm amounts to a wrong.*)

52 Ashworth/Zedner 2012: 551 s. (Original: *In determining whether there are sufficient reasons for criminalizing particular conduct, the costs and risks of criminalization should be taken into account, as well as the harm that is sought to be prevented. In particular, any probable and unwarranted erosion of the security of the individual from state interference should be avoided.*)

afectación sea excesiva es demasiado alto, en relación con la gravedad del daño.

iii. *“Debería recurrirse a la criminalización únicamente si es la respuesta apropiada menos restrictiva”*⁵³. El tercer principio limitador hace referencia al principio de *ultima ratio* del sistema penal, ya que en caso que existan forma de intervención preventiva menos restrictivas de los derechos individuales, debe dárseles preferencia, quedando así la intervención penal solo como medida de último recurso.

iv. *“En principio, los delitos preventivos podrían estar justificados sobre la base de motivos retributivos o consecuencialistas. Cuando la justificación sea consecuencialista, debe estar sujeta a la respuesta satisfactoria de cuestiones empíricas sobre el cálculo del riesgo y los asuntos normativos que surgen de lo remoto del daño”*⁵⁴. Este principio, aunque está formulado de un modo un tanto complejo, no es ni más ni menos que la exigencia de que la necesidad de la criminalización esté fundada en información empírica que evidencie—teniendo en cuenta la mayor o menor probabilidad de que el riesgo se concrete y el grado de daño que podría producirse— que la criminalización efectivamente tendrá efectos preventivos. Entiendo que el potencial limitador de la exigencia de una “respuesta satisfactoria a cuestiones empíricas” es cuestionable, ya que de acuerdo a la finalidad que se plantee como primordial y a la forma en que se lo haga, esas cuestiones empíricas serán fácilmente manipulables y por lo tanto podrá encontrarse sin dificultad el modo de dar respuesta positiva a tal interrogante y, así, a la necesidad de la intervención preventiva penal.

v. *“Mientras más remota sea la conducta criminalizada en relación con el daño a ser prevenido, y menos grave ese daño, más exigentes serán los requerimientos de la culpa de alto grado tales como la deshonestidad, la intención, el conocimiento, o la imprudencia subjetiva”*⁵⁵. Este principio restringe la posibilidad de responsabilización a partir del elemento subjetivo, o *mens rea*. A mayor lejanía (en cuanto al tiempo y en

cuanto a la probabilidad de concreción) entre daño y conducta, y a menor gravedad del daño a prevenirse, más alta es la exigencia que se hace al Estado en cuanto a la necesidad de probar la conexión subjetiva del sujeto con el hecho. Es decir, si se trata de prevenir un daño muy remoto y/o poco grave, la intervención preventiva no podría realizarse sobre la base de una mera culpa inconsciente. Esta intervención sería excesiva. Si, en cambio, se trata de prevenir un daño muy grave y/o un daño que muy probablemente se concretaría a partir de la conducta que se pretende prohibir, es posible pensar en la intervención penal incluso ante casos de escasa conexión subjetiva del sujeto con ese daño. De esta manera, el principio plantea que la intervención preventiva sobre sujetos descuidados solo estaría justificada respecto de daños altamente previsibles, cercanos y graves.

vi. *“En principio, una persona puede ser tenida por responsable solo por actos que él o ella realizó [en el pasado]. Únicamente sería posible tenerla por responsable sobre la sola base de lo que él o ella podría hacer en algún momento en el futuro, si la persona ha manifestado una intención de realizar tales actos en una forma tal que satisfaga los requerimientos de una tentativa, de una conspiración, o de una solicitud”*⁵⁶. El principio sexto trabaja sobre la relación no solo subjetiva sino que también temporal del sujeto con el daño que se quiere evitar. La formulación, sin duda, presenta ambigüedades. Se postula que la intención es criminalizable únicamente si se manifiesta de manera que “satisfaga los requerimientos” de una tentativa, una conspiración o una solicitud. No se dice que debe haber una tentativa o inicio de ejecución, lo cual excluiría expresamente la intervención penal respecto de actos preparatorios, sino que se deja en manos de la interpretación cuándo una determinada manifestación de la intención de daño satisficaría o no los requerimientos de una tentativa. Lo mismo sucede con la mención de la conspiración y con la solicitud. El principio limitador, por lo tanto, no resulta suficientemente restrictivo ni

53 Ashworth/Zedner 2012: 552 ss. (Original: *Criminalization should only be resorted to if it is the least restrictive appropriate response*.)

54 Ashworth/Zedner 2012: 555 (Original: *In principle, preventive offenses may be justifiable on retributive or consequentialist grounds. Where the justification is consequentialist, it must be subject to the satisfactory resolution of empirical questions about the calculation of risk and of normative issues arising from the remoteness of the harm*.)

55 Ashworth/Zedner 2012: 555 ss. (Original: *The more remote the conduct criminalized is from the harm-to-be prevented, and the less grave that harm, the more compelling the case for higher-level fault requirements such as dishonesty, intention, knowledge, or subjective recklessness*.)

56 Ashworth/Zedner 2012: 557 (Original: *In principle, a person may be held liable for acts he or she has done, simply on the basis of what he or she may do at some time in the future, only if the person has declared an intent to do those acts in a form that satisfies the requirements of an attempt, conspiracy, or solicitation*.)

claro, dado que incluso la conspiración y la solicitud son objeto de discusión por la amplitud de supuestos que contemplan.

vii. “*En principio, una persona puede ser tenida por responsable por los actos futuros de otros únicamente si esa persona se ha involucrado normativamente en forma suficiente en tales actos (por ejemplo, si él o ella ha promovido, colaborado, o facilitado), o si los actos del otro eran previsibles, y respecto de ellos la persona tenía una obligación de prevenir el daño que podría ser causado por el otro*”⁵⁷. El principio limitador séptimo toma como factor de restricción el grado de vinculación del sujeto con el daño que se pretende prevenir. El principio de personalidad en el ámbito penal, indica que solo puede criminalizarse a un sujeto por conductas que él o ella realizó. Las excepciones a este principio, en realidad no son novedosas ni se ven modificadas por este principio, ya que las referencias al acto anterior, o al conocimiento y obligación de evitar el daño remiten a quien se encuentra en posición de garante respecto de un resultado que debe evitarse: o bien por injerencia o por mandato legal.

Los siete principios limitadores propuestos por Ashworth y Zedner tienen el mérito de resaltar en forma ordenada los aspectos problemáticos y los espacios en que podrían producirse “fugas” en la legitimidad de la justicia preventiva y la normativa penal preventiva. Sin embargo, en su contenido estos principios o bien no hacen sino aplicar a la problemática de la prevención estándares ya vigentes en el ámbito del derecho penal, o establecen parámetros ambiguos que no demarcan con precisión el límite entre lo prohibido y lo permitido al sistema punitivo de lógica preventiva.

5. *Minority Report*

En el año 1956 Philipp K. Dick escribió un cuento de ciencia ficción, *The Minority Report*⁵⁸ —*El informe de la minoría* en español—, que casi cincuenta años después fue llevado al cine por Steven Spielberg, en una película de igual nombre que es asombrosamente fiel al cuento en su esencia, y cinematográficamente destacable. Impactante, podría decirse. Lo más llamativo de esta historia futurista, sin embargo, considero que no fue su despliegue de eventos fantásticos, sino su altísimo nivel de realidad.

El protagonista del relato, John Anderton, es jefe de la oficina del Precrimen, unidad especial de la policía que tiene por función intervenir (es decir, antes de que se cometa) en casos en que un crimen violento va a ser cometido, para así detener al sujeto que iba a cometerlo y enviarlo a un campo de detención. La oficina toma conocimiento del crimen que va a cometerse mediante la información aportada por tres mutantes capaces de ver fragmentos del futuro, quienes transmiten esas imágenes al sistema (en el caso del cuento mediante tarjetas, en el caso de la película, mediante imágenes en pantallas de alta tecnología) para que luego sean interpretadas y habiliten la intervención por parte de la policía del pre-crimen. La historia se desencadena cuando la información aportada por esos mutantes indica que es el propio Anderton quien matará a un alto funcionario del ejército. Ante esta información, Anderton huye y procura por todos los medios demostrar que él no tiene intención alguna de matar. Sin embargo, esta situación lo coloca en una disyuntiva: si él demuestra que no va a matar a nadie, eso indicaría que el sistema se equivocó, y acarrearía el desmantelamiento de la oficina que él mismo creó. Si el sistema no puede equivocarse, entonces él indefectiblemente terminará matando al superior del ejército. El cariz filosófico de la historia se encuentra en que de los tres informes dados por los tres mutantes, uno habría sido distinto, indicando que él no mataría. A partir de la revelación de que existe (y tal vez ha existido en muchos casos anteriores) un informe de la minoría, se abre la cuestión respecto a la teoría de los futuros múltiples, de la modificación de la conducta cuando se conoce el futuro, etcétera. Para este trabajo, es central una conversación que sostiene Anderton con Witwer, quien llega a la oficina —justo antes de que el sistema lo indique al primero como futuro asesino— a adentrarse en los detalles del funcionamiento para hacerse cargo de la oficina en reemplazo de Anderton, próximo a jubilarse:

“— *Le supongo conocedor de la teoría del Precrimen... — Conozco la información que es pública —repuso Witwer—. Con la ayuda de sus mutantes premonitores, usted ha abolido con éxito el sistema punitivo post-criminal de cárceles y multas. Y como todos sabemos, el castigo nunca fue disuasorio, ni pudo proporcionar mucho consuelo a cualquier víctima ya muerta...*

57 Ashworth/Zedner 2012: 557 (Original: *In principle, a person may be held liable for the future acts of others only if that person has a sufficient normative involvement in those acts (e.g., that he or she has encouraged, assisted, or facilitated), or where the acts of the other were foreseeable, with respect to which the person has an obligation to prevent a harm that might be caused by the other.*)

58 Dick 1987.

—Tendrá usted ya una idea de la disminución del porcentaje de criminalidad que se ha logrado con la metodología del Precrimen. Lo tomamos de individuos que aún no han vulnerado la Ley.

—Pero que seguramente lo habrían hecho —repuso Witter convencido.

—Felizmente no lo hicieron... porque les detuvimos antes de que pudieran cometer cualquier acto de violencia. Así, la comisión del crimen por sí mismo es una cuestión absolutamente metafísica. Nosotros afirmamos que son culpables. Y ellos, a su vez, afirman constantemente que son inocentes. Y en cierto sentido, son inocentes... En nuestra sociedad no tenemos grandes crímenes, pero tenemos todo un campo de detención lleno de criminales en potencia, criminales que efectivamente lo serían”.

No es posible en este espacio realizar un análisis exhaustivo de cada aspecto del relato político-criminalmente relevante, pero sí pueden destacarse elementos que invitan a la reflexión y son útiles para el estudio comparado —si se me permite la expresión— entre el futuro de Dick y el presente de nuestros sistemas penales. La justicia previa de la que trata el relato, y que es incluso expresa en el nombre de la oficina, Precrimen, puede pensarse sin mayores dificultades a partir de la lógica preventiva tratada hasta aquí en este artículo. No es la retribución por el daño cometido, sino la intervención para evitar que el daño ocurra, y el uso de la tecnología —el recurso a quienes pueden pronosticar el futuro y la interpretación de sus imágenes mediante distintos elementos técnicos— para conocer las circunstancias del daño futuro. Los diagnósticos y pronósticos de peligrosidad, como se vio, en parte cumplen a veces este rol visionario que es base de la intervención preventiva. El rol preventivo del sistema del Precrimen se basa en que ya se habría comprobado el fracaso del fin disuasivo del sistema penal. La falta de confianza en la prevención general positiva generó entonces la idea de la prevención especial negativa. Podría decirse que el “nada funciona” (“*nothing works*”) llevó en el relato a la idea de la “tolerancia cero”, no solo respecto del delito, sino también de las intenciones de delito. Esto conduce así a la intervención penal incluso sin quebrantamiento de la ley, lo cual no es ajeno a los ordenamientos que habilitan la intervención penal respecto de conductas que en sí mismas son no dañinas, o en estadios tan extremadamente previos a una posible causación de daño, que devienen en intervenciones prematuras. La diferencia entre ficción y realidad en este punto es, sin embargo, que los ordenamientos actuales en muchos casos sí han convertido en quebrantamiento de la ley conductas neutras, mientras que en el relato se reconoce que aún no ha habido quebrantamiento de la

ley. De esta manera, como se concede por los mismos operadores, por ejemplo en el diálogo antes reproducido: Formalmente se trata de la intervención respecto de sujetos inocentes. Y por lo tanto, del encierro de potenciales infractores. El sistema se basa en asumir que quienes están encerrados son solo potenciales infractores. Esperar que pueda comprobarse su culpabilidad, significaría arriesgarse a que el crimen se cometa. Aquí podría plantearse la pregunta de si no sería posible prever dentro del sistema la posibilidad de que el sujeto demuestre que no iba a cometer el crimen, pero la respuesta es inmediata: Es imposible probar la inocencia, cuando lo que se persigue es la intención. Y este es el problema al que se enfrentan muchos de los modelos de delitos analizados por Ashworth y Zedner: si se presume conocimiento o intención no queda espacio para la evaluación del real actuar presente y de las intenciones de futuro del sujeto.

Todo el sistema del Precrimen está montado en torno a la necesidad de seguridad, en la aspiración de una seguridad absoluta, ya que no puede defraudarse la confianza de la sociedad en que el Estado va a impedir el crimen. Sin embargo, una visión realista e integral de la idea de seguridad, pondría en evidencia que la seguridad absoluta no es posible, y que la confianza de la sociedad —a la que se alude en forma permanente por parte de las figuras políticas que prometen seguridad y amenazan con mayores penas y mayor encierro como instrumento idóneo para ello— no puede conquistarse a cualquier costo. La idea de la intervención puramente preventiva implica una cancelación de derechos sin base en el principio de lesividad, es decir, ilegítima. Si a esto se suma que el sistema podría equivocarse, la idea del sistema se tambalea aun más. En el relato se afirma que “La existencia de una mayoría, lógicamente implica la existencia de una minoría”. Es decir, que siempre que se piense que algo probablemente va a suceder de una manera (el riesgo se va a concretar en daño), sigue vigente la posibilidad de que todo suceda de otro modo. Aunque esta posibilidad sea aparentemente menor, sigue siendo una posibilidad. Los futuros son múltiples, y la intervención en base a un único futuro indicado por el método que se considere más idóneo, nunca dará certezas en cuanto a lo que se intenta prever. Y esto, no solo porque esa prevención podría de todos modos fallar, sino porque el daño que se temía es posible que nunca se concrete, incluso sin mecanismos de prevención. Aquí es donde los principios limitadores ofrecidos por Ashworth y Zedner adquieren una relevancia especial, dado que de su estudio se advierte el valor de la autolimitación de la intervención estatal. Incluso en

escenarios de técnicas rayanas en la seguridad, como la que presentaba la oficina del Precrimen, e incluso cumpliendo con los requisitos exigidos por Ashworth y Zedner: daño de elevadísima gravedad, no remoto en el tiempo y de alta probabilidad, el sistema continúa teniendo por base de intervención información insuficiente; y campos llenos de detenidos sin que su culpabilidad ni el daño cometido (o por cometerse) estén debidamente acreditados. Tal vez, entonces, muchas de las personas detenidas eran en realidad personas equivocadamente detenidas, privadas de sus derechos sin fundamento. Nuestros sistemas actuales apuestan a la posibilidad de la seguridad absoluta en detrimento de los derechos individuales. Como bien lo refiere el título de un texto de Zedner, la lógica parecer ser “equivocarse a favor de la seguridad”⁵⁹. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que esta lógica tiene serias consecuencias, como se ve resumido en esta idea del relato: *Desconfiar del informe mayoritario es muy riesgoso; confiar en el informe mayoritario implica tener un sistema basado en el encierro de inocentes*.

6. Discusión

El informe de la mayoría en nuestros sistemas actuales existe mediante diagnósticos y pronósticos psiquiátricos, mediante estadísticas, mediante cálculos de riesgo o mediante previsiones de cursos causales más o menos probables —prevención—, o como reacción frente a miedos aún no científicamente demostrables —precaución—, entre muchos otros.

Desde prisiones preventivas dictadas sin mayor fundamento y que tienen por consecuencia los más altos porcentajes de la población carcelaria —población que goza formalmente de la presunción de inocencia— hasta tipos penales “de avanzada” que sancionan conductas remotamente relacionadas con la producción de un daño, todos estos mecanismos de justicia preventiva no hacen sino incrementar las facultades de la intervención del sistema punitivo, en procura de una seguridad entendida en sentido restringido, escuálido. Se trata de una seguridad que no solo es inalcanzable, sino que desmonta al mismo tiempo toda posibilidad de abordaje integral e interdisciplinario de las conflictividades intersubjetivas que, en sus situaciones extremas, pueden tener por resultado un daño. Se trata, por otro lado, de mecanismos de directa restricción y hasta violación de los derechos, garantías y libertades individuales.

Un sistema penal y un derecho penal inspirados por la lógica preventiva y precautoria no solo no evidencian efectos positivos, sino que generan efectos negativos que no pueden ni deben ser aceptados por los estudiosos de la problemática penal.

7. Bibliografía

- ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia (2008): “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, en: *Criminal Law and Philosophie* 2, 21-51
- (2010): “Preventive Orders: a problem of under-criminalization?”, en: R.A. Duff et al. (ed.), *The Boundaries of the Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 59-87
- (2011): “Just Prevention: preventive rationalities and the limits of the criminal law”, en: R.A. Duff/S. Green (ed.): *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Wiltshire: Oxford University Press, 279-303.
- (2012): “Prevention and Criminalization: Justifications and Limits”, en: *New Criminal Law Review* 15, 542-571
- (2014): *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- BAKER, Tom (2002): *Liability and Insurance after September 11th: Embracing Risk Meets the Precautionary Principle*, University of Connecticut School of Law, Articles and Working Papers
- BECK, Ulrich (1986): *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- BÖHM, María Laura (2011): *Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘: Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag
- (2012): “El ente inseguritas y la inseguridad del derecho penal - Reflexiones a partir del caso alemán”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año 2, Nro. 3, 156-180
- (2015 - en imprenta): “Salud mental y medidas de seguridad - Derecho comparado”, en: Defensoría General de la Nación (coord.): *Ejecución Penal*, Buenos Aires: DGN.
- CASTEL, Robert (1986): “De la peligrosidad al riesgo”, en: Álvarez Uría, Fernando/Varela, Julia

- (comp.), *Materiales de sociología crítica*, Madrid: La Piqueta, 219-243
- DICK, Philip K. (1987): "The Minority Report", en: el mismo, *Minority Report - Volume IV of the collected Stories*, ed. Millennium
- ERICSON, Richard V./DOYLE, Aaron (2004): "Catastrophe Risk, Insurance and Terrorism", en: *Economy and Society* 33(2), 135-173
- EVERS, Adalbert/NOWOTNY, Helga (1987): *Über den Umgang mit Unsicherheit - Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp
- FEELEY, Malcolm/SIMON, Jonathan (1994): "Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law", en: Nelken, David (comp.): *The Futures of Criminology*, London [u.a.]: Thousand Oaks, 173-201
- (1995): "La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones", en: *Delito y Sociedad*, Año 4, Núm. 6-7, 33-58
- FINKELSTEIN, Claire (2003): "Is Risk a Harm?", en: *University of Pennsylvania Law Review* (2003) 151, 963-1001
- HAGGERTY, Kevin D. (2003): "From Risk to Precaution: The Rationalities of Personal Crime Prevention", en: Ericson, Richard V./Doyle, Aaron (ed.): *Risk and Morality*, Toronto [u.a.]: University of Toronto Press, 193-214
- (2004): "Displaced Expertise: Three Constraints on the Policy-Relevance of Criminological Thought", en: *Theoretical Criminology* 8(2), 211-231
- ISENSEE, Josef (1983): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York: Walter de Gruyter
- (1992): Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Band V, München: C.F.Müller Juristischer Verlag, 143-241 (§ 111)
- JAKOBS, Günther (1985): "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97, 751-785
- (1997): *Derecho Penal: Parte General*, Madrid: Marcial Pons.
- KRASMANN, Susanne (2007): "Folter im Ausnahmezustand?", en: Krasmann, S./Martschukat, Jürgen (comp.), *Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Bielefeld: Transcript, 75-96
- MAURMANN, Dorothee (2008): *Rechtsgrundsätze im Völkerrecht am Beispiel des Vorsorgeprinzips*, Baden-Baden: Nomos
- MELOSSI, Dario (1992): *El Estado del control social*, México: Siglo XXI
- OBERDIEK, John (2009): "Towards a Right against Risking", en: *Law and Philosophy* 28, 367-392.
- O'MALLEY, Pat (2005): "Book Review: Uncertain Business: Risk, Insurance and the Limits of Knowledge" (Richard Ericson and Aaron Doyle), en: *Theoretical Criminology* 9, 503-507
- OPITZ, Sven/TELLMANN, Ute 2009: "Katastrophale Szenarien: Gegenwärtige Zukunft im Recht und Ökonomie?", en: *Leviathan*, Sonderheft 25 (Sicherheitsregime. Überwachung. Sicherheit und Privatheit im 21. Jahrhundert, compialdo por U. Bröckling, L. Hempel y S. Krasmann)
- PRITTWITZ, Cornelius (1993): *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann
- RACKOW, Peter (2010): "*Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen*" en: René Bloy (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* Berlin: Duncker & Humblot, 615-641
- REHBINDER, Eckard (1987, aprox.): *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umwelt*, Berlin: Wissenschaftszentrum
- ROXIN, Claus (2006): *Derecho Penal Parte General. Tomo I*, Civitas.
- SAN MARTÍN SEGURA, David (2011): "Gubernamentalidad y control del riesgo - Una interpretación del auge del paradigma actuarial en el control social", en: Muñagorri, Ignacio y Pegoraro, Juan (coord.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid: Dykinson, 127-148.
- STEGEMANN DIETER, Maurício (2013): *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do fim da história*, Rio de Janeiro: Revan.
- ZEDNER, Lucia (2007): "Pre-crime and post-criminology?", en: *Theoretical Criminology* 11(2), 261-281
- (2012): "Erring on the side of safety: Risk assessment, expert knowledge, and the criminal court", en: I. Dennis/G.R. Sullivan (eds.), *Seeking Security: Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, Oxford: Hart Publishing, 221-241