

CORNELIUS PRITTWITZ

DERECHO PENAL Y RIESGO
Investigaciones sobre la crisis
del Derecho penal y la política criminal
en la sociedad del riesgo

Traducción de
Eugenio C. Sarra bayrouse

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2021

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO DE JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ	23
PRESENTACIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR	25
I. PRESENTACIÓN	25
II. CONTENIDO DE LA OBRA <i>DERECHO PENAL Y RIESGO</i>	29
III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE <i>DERECHO PENAL Y RIESGO</i>	41
IV. ADVERTENCIAS SOBRE ESTA TRADUCCIÓN	42
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	45
PRÓLOGO	49
ABREVIATURAS	51
INTRODUCCIÓN	53
A. EL ORIGEN	53
B. FINALIDAD Y TESIS DE INVESTIGACIÓN	54
I. Orientaciones al riesgo	54
1. La trayectoria de la noción penal de riesgo	54
a) Riesgo: un concepto familiar en el «lenguaje básico» del Derecho penal	54
b) Riesgo: últimamente un concepto central del Derecho penal.	56
2. El concepto no penal de riesgo	57
a) Riesgo: un concepto familiar para los comerciantes, los marinos y sus aseguradores	57
b) Riesgo: en el último tiempo, un concepto social central.....	59
3. Atractivo y riesgo del análisis del Derecho penal como «Derecho penal de la sociedad del riesgo»	60

	Pág.
II. ¿Derecho penal y política criminal en crisis?.....	61
1. La interpretación habitual del <i>statu quo</i> y el desarrollo del Derecho penal.....	61
2. Riesgos crónicos y agudos del Derecho penal y su significado para la investigación (desde una perspectiva que no pretende de ningún modo ni abolirlo ni suprimir su finalidad y que no niega los progresos del desarrollo jurídico-penal)	65
C. LA ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	67

PRIMERA PARTE
LOS FUNDAMENTOS

CAPÍTULO PRIMERO. LA DISCUSIÓN SOBRE LA SOCIEDAD DEL RIESGO	71
A. RESUMEN	71
B. LA SOCIEDAD DEL RIESGO DE ULRICH BECK: ¿UNA SOCIEDAD DEL PELIGRO?	72
I. El «borrador de la teoría a gran escala»	72
II. Horror y utopía: la sociedad global del (riesgo) sin clases y sin límites	73
III. Los contornos políticos de la sociedad del riesgo.....	73
IV. El significado de los efectos colaterales en el concepto de Beck ...	75
V. El concepto de riesgo en la sociedad del riesgo de Beck	76
VI. ¿Es correcto designar la sociedad del riesgo de Beck como sociedad del peligro?	76
VII. El aspecto sociológico organizativo de la sociedad del riesgo de Beck: la sociedad de Charles Perrow de las «catástrofes normales»	77
VIII. Toma de posición resumida	80
C. LA SOCIEDAD DEL RIESGO DE ADALBERT EVERS Y HELGA NOWOTNY: UNA SOCIEDAD DE LA SEGURIDAD.....	81
I. La comparación de discursos sobre la seguridad: del riesgo de la pobreza a los riesgos tecnológicos	81
II. Los contornos de la sociedad del riesgo según Evers y Nowotny....	81
1. La sociedad del riesgo como una dominadora de él	82
2. La sociedad del riesgo como sociedad en la cual los riesgos crecen con las posibilidades de decisión.....	83
D. LA SOCIEDAD DEL RIESGO, ¿UNA SOCIEDAD INSEGURA? (LA VISIÓN DE LA SOCIEDAD DE LOS CIENTÍFICOS DEL RIESGO).....	83

	Pág.
I. La posición de los investigadores del riesgo con respecto al riesgo ...	83
1. Riesgo: elemento de nuestras vidas	84
2. Riesgo: motor del progreso	84
3. ¿Esta comprensión del riesgo como «elemento de la vida y motor del progreso» justifica la designación de nuestra sociedad como del riesgo?	85
II. La concepción de los investigadores del riesgo acerca de su percepción social y el comportamiento ante él	85
1. El hombre sobreexigido por las decisiones sobre el riesgo	87
2. El conocimiento creciente sobre los riesgos y su distorsión a través de los medios de comunicación como obstáculo para decisiones racionales sobre el riesgo	88
3. La inseguridad general	89
4. La sociedad del riesgo —a la vista de los investigadores del riesgo— una sociedad de percepción colectiva irracional del riesgo y de los comportamientos correspondientes ante él	91
E. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD DEL RIESGO EN ESTA INVESTIGACIÓN.....	91
I. Contradictorio y aparentemente contradictorio	91
1. La compatibilidad del modelo de Evers y Nowotny con los otros.	92
2. La sorprendente compatibilidad de los modelos escépticos y amistosos del riesgo	93
II. La admisibilidad y la necesidad de utilizar en esta investigación un concepto vago —y en parte contradictorio— de sociedad del riesgo	94
CAPÍTULO SEGUNDO. DISCUSIONES SOBRE EL RIESGO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO. LAS CIENCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE EL RIESGO Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO PENAL	97
A. RETROSPECTIVA-PROSPECTIVA.....	97
B. LOS PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LA CIENCIA JURÍDICA Y LAS CIENCIAS EXTRAJURÍDICAS DEL RIESGO	98
I. Las decisiones del legislador penal	98
II. Las decisiones del destinatario de la norma.....	99
1. La decisión por el riesgo punible.....	100
2. La decisión riesgosa para los bienes jurídicos ajenos	100
III. Las decisiones de la justicia penal.....	101
C. INTRODUCCIÓN A ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA TEORÍA DE LA DECISIÓN Y LA INVESTIGACIÓN DEL RIESGO	103

	Pág.
I. Síntesis del desarrollo, objeto y conceptos de las ciencias extrajurídicas del riesgo	103
1. El problema subyacente de la decisión humana.....	103
2. Teoría de la decisión.....	104
3. Investigación del riesgo	105
II. Problemas seleccionados de la teoría normativa de la decisión	108
1. Distinción entre decisiones tomadas en contextos de seguridad, bajo riesgo y en situaciones inciertas	108
a) Advertencias	108
b) Decisiones en contextos de seguridad.....	109
c) Decisiones tomadas bajo riesgo	109
d) Decisiones tomadas en situaciones inciertas	111
2. Decisiones tomadas frente a un oponente que actúa conscientemente.....	112
3. Decisiones orgánicas	112
III. Aspectos seleccionados de la teoría descriptiva de la decisión y de la investigación del riesgo	113
1. Resultados de la teoría descriptiva de la decisión: ¿cómo resuelven las personas en situaciones de riesgo?.....	113
a) Diferencias individuales (condicionadas por la personalidad).....	114
b) Diferencias situacionales	115
aa) Conocimiento del riesgo.....	115
bb) Voluntariedad del riesgo.....	116
cc) Posibilidad de controlar el riesgo.....	116
dd) El momento de aparición de las consecuencias amenazantes y el grupo de personas afectadas	116
2. Conocimientos psicológicos sociales sobre la imputación posterior y <i>ex ante</i> de la atribución de responsabilidad por decisiones (riesgosas)	117
a) La « <i>Severity-Responsability-Relation</i> »	117
b) El fenómeno del « <i>Creeping Determinism</i> »	118
c) La diferencia « <i>Actor-Observer</i> ».....	119
d) La valoración del riesgo como «cuestión de estado de ánimo».....	120
e) Resumen de los planteamientos teóricos de la atribución que explican la tendencia del Derecho penal a convertir las «desgracias» en injustos.....	120

	Pág.
CAPÍTULO TERCERO. LA CRISIS DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO: PUNTOS DE CONEXIÓN EN LA DOCTRINA	123
A. RETROSPECTIVA-PROSPECTIVA.....	123
B. EL ENFOQUE DE LA SOCIOLOGÍA	124
I. El derecho en el concepto de Ulrich Beck de la sociedad del riesgo.	124
1. El derecho como portador de esperanza.....	124
2. El derecho como principal culpable de la «irresponsabilidad organizada».....	125
3. Toma de posición sobre la visión de Beck acerca del Derecho (en) la sociedad del riesgo.....	127
II. El papel del derecho en la obra de Niklas Luhmann, «Sociología del riesgo»	128
1. El principio de la orientación a las consecuencias como exigencia desproporcionada al derecho para que asuma los riesgos.....	129
2. La responsabilidad por el peligro como un caso especial de sobrecarga normativa del derecho.....	130
3. El presente o el futuro del derecho en la sociedad del riesgo: el bosquejo de un derecho del riesgo en Luhmann	131
4. La realidad en Japón y en los Estados Unidos de Norteamérica —aquí (todavía) la utopía—: el sistema jurídico como instancia de la política del riesgo que domina a la burocracia engorrosa...	132
5. Resumen y toma de posición respecto del bosquejo de Luhmann sobre el derecho en la sociedad del riesgo	132
C. LA PERSPECTIVA JURÍDICO-POLÍTICA: COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO EN LA ASÍ LLAMADA EXPLÍCITAMENTE SOCIEDAD DEL RIESGO	133
I. Sobre lo anticuado del derecho en la sociedad del riesgo (Rainer Wolf)	133
1. ¿Renacimiento del modelo de la seguridad garantizada policialmente o el fin de la época de la estatalidad?.....	133
2. Sobre la discrepancia entre teoría (dominante) y realidad (comprobable). La dominación en virtud del conocimiento (Max Weber)	135
3. La primacía del derecho amenazada.....	135
4. El diseño de Wolf de un derecho del riesgo adecuado a la sociedad del riesgo.....	136
5. Toma de posición ante el análisis de Wolf sobre el papel actual y futuro del derecho en la sociedad del riesgo	137
II. Consideraciones previas sobre la superación jurídico-política de la sociedad del riesgo (Michael Bock).....	137

	Pág.
1. La clasificación de los problemas señalados por Beck en las discusiones ya existentes	137
2. La resistencia de la ley en el «Estado constitucional» contra el «derecho del estado de necesidad y del riesgo»	138
<i>a)</i> La necesidad de leyes previsible	138
<i>b)</i> La necesidad de la aceptación de las leyes	139
D. DISCUSIONES PARALELAS DE CARÁCTER ESTATAL Y CONSTITUCIONAL: LA SEGURIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y HUMANO EN EL «ESTADO DE LA PREVENCIÓN»	139
I. Puntos de contacto	139
II. La alianza profana: sobre el reclamo conjunto de un derecho a la seguridad por parte de la posición «conservadora» jurídico-estatal, y la «progresista» ecológica-radical	140
III. Seguridad como derecho humano (Gerhard Robbers)	140
IV. La confusión de la seguridad interna y externa, el desconocimiento de sus amenazas, y su crítica	141
V. La crítica al Estado de la prevención que se debe diferenciar de la crítica al Estado de la seguridad	142
1. Los límites racionales del concepto: ¿seguridad mediante un derecho regulador? (Gunther Teubner)	143
<i>a)</i> Desvíos: la regulación ajena mediante la autorregulación ...	144
<i>aa)</i> «Observación recíproca» y control indirecto	144
<i>bb)</i> «Comunicación mediante organización»	145
<i>cc)</i> La «conexión mediante la interferencia»	146
<i>b)</i> Problemas de la «regulación ajena mediante la autorregulación»	146
<i>c)</i> Costos de la «regulación ajena mediante la autorregulación»	148
<i>d)</i> Resumen	148
2. Los límites normativos	148
<i>a)</i> La pérdida de constitucionalidad en el derecho del riesgo propio del Estado de la prevención (Erhard Denninger)	149
<i>b)</i> La idea del riesgo como indicador y «agente» de la sustitución de la justicia individual por la social (Rudolf Wiethölter)	149
VI. El ocultamiento de los problemas mediante el empleo de un concepto amplio de Estado de Derecho - una crítica que alcanza al Estado de la seguridad y al de la prevención (Detlef Krauß, Hans Albrecht Hesse)	150
E. LOS CONTORNOS DEL «DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO» EN LAS PRIMERAS OPINIONES DE LA LITERATURA JURÍDICO-PENAL Y POLÍTICO-CRIMINAL	151

	Pág.
I. Derecho penal del riesgo como parte de un desarrollo del Derecho penal del mundo de la vida hacia el de los sistemas sociales (Kai-D. Bussmann)	151
1. El retroceso del monopolio de las perspectivas teóricas basadas en la dominación	151
2. La eficiencia y los déficits del Derecho penal de los sistemas sociales	151
3. El Derecho penal de los sistemas sociales como «moderno»: la crítica «posmoderna»	152
II. El Derecho penal moderno: respuesta a los problemas de la sociedad del riesgo y amenaza a los principios tradicionales del Derecho penal material (Winfried Hassemer)	152
1. El análisis de los problemas	152
2. La valoración	153
III. Los delitos de peligro como prototipos del Derecho penal del riesgo.	154
1. El peligro como delito (Urs Kindhäuser)	154
2. Inseguridad social y prevención existencial mediante el Derecho penal (<i>Strafrechtliche Daseinsvorsorge</i> , Felix Herzog).....	156
F. RESUMEN DEL CAPÍTULO Y TRANSICIÓN HACIA LA SEGUNDA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN	159

SEGUNDA PARTE LA INVESTIGACIÓN

ADVERTENCIAS	165
A. VÍNCULOS CON EL DIAGNÓSTICO «SOCIEDAD DEL RIESGO».	165
B. SOBRE ALGUNAS CUESTIONES Y OBJECIONES FUNDAMENTALES Y EVIDENTES.....	166
I. La objeción de que todo Derecho penal es «Derecho penal del riesgo» y que siempre lo ha sido.....	166
II. La objeción de que a más tardar el moderno Derecho penal de los fines de Franz von Liszt ya era un Derecho penal del riesgo.....	167
C. PANORAMA DE LOS CAPÍTULOS DE LA SEGUNDA PARTE	168
CAPÍTULO CUARTO. CRIMINALIDAD Y CRIMINALIZACIÓN EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO	169
A. CONSIDERACIONES CRIMINOLÓGICAS PREVIAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE CRIMINALIDAD, DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL.....	169

	Pág.
B. CRIMINALIDAD BAJO LAS CONDICIONES DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	171
I. Nuevos delitos, nuevos delincuentes en virtud de nuevas criminalizaciones en la sociedad del riesgo.....	171
1. Comparación de las normas jurídico-penales de 1871 y 1991	171
2. Particularidades específicas de los hechos típicos.....	172
3. Particularidades específicas de los autores.....	174
II. Nuevos comportamientos delictivos en la sociedad del riesgo: el delito como decisión riesgosa.....	176
1. «Criminalidad como el riesgo de la modernización» (Baldo Blinkert).....	177
a) La teoría de la criminalidad como el riesgo de la modernización.....	177
aa) La criminalidad como comportamiento racional.....	177
bb) El escaso anclaje social de la identidad y, por ello, la alta individualización de los delincuentes.....	178
cc) Crecimiento de la criminalidad y de la economía: una relación anticíclica.....	178
dd) Crecimiento de la criminalidad —un proceso autocatalítico—.....	179
b) La comprobación empírica del crecimiento de la carga delictiva.....	180
aa) La estadística criminal elaborada por la policía como prueba del crecimiento de la criminalidad.....	180
bb) Dudas sobre el valor informativo de la estadística criminal elaborada por la policía en relación con el desarrollo de la delincuencia.....	181
cc) Toma de posición acerca de la tesis del crecimiento de la carga de la criminalidad.....	184
2. Toma de posición acerca de la criminalidad como riesgo de la modernización.....	185
a) Objeciones criminológicas.....	185
b) El encanto de esta tesis para una criminología de la sociedad del riesgo.....	186
C. INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA CRIMINALIDAD (EN) LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	187
I. Primeras respuestas: la criminalidad de la sociedad del riesgo: entre la micro y la macro-criminalidad.....	187
1. La ampliación necesaria del campo visual criminológico.....	187
2. Lo específico: la conformidad y la «banalidad» de la criminalidad de la sociedad del riesgo.....	187
II. Preguntas sin respuesta.....	190

	Pág.
CAPÍTULO QUINTO. LAS TEORÍAS DE LA PENA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO	191
A. ASPECTOS TEÓRICO-PENALES RELEVANTES DE LA DISCUSIÓN SOBRE (LA SOCIEDAD) DEL RIESGO	191
I. El cuestionamiento de la obligación de legitimar el castigo ante la persona afectada por su imposición	191
II. El carácter dudoso de la orientación a las consecuencias en la sociedad del riesgo como «efecto social secundario»	192
B. LA DISCUSIÓN SOBRE LA TEORÍA DE LA PENA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	192
I. El vicio capital de la discusión sobre los fines de la pena	193
1. La descripción del vicio capital.....	193
2. El tratamiento del dilema teórico penal (vicio capital) a través de las distintas teorías de la pena	193
a) La teoría absoluta	193
b) Las teorías de la prevención especial y de la prevención general negativa.....	195
c) La teoría de la prevención general positiva.....	197
d) Resumen y transición.....	199
II. La crisis de efectividad del Derecho penal basado en la prevención especial y en la prevención general negativa	199
1. La teoría de la prevención especial.....	199
a) Internar-Incapacitar	199
b) Intimidación especial	200
c) Resocialización.....	200
2. Prevención general negativa (intimidación)	201
III. Prevención general positiva	202
1. Las piezas del rompecabezas de la prevención general positiva.	202
a) El concepto de prevención general positiva	202
aa) Formulaciones en la jurisprudencia.....	203
bb) Formulaciones en la doctrina	204
b) La crítica a la prevención general positiva	205
aa) La crítica desde la perspectiva de las teorías absolutas de la pena.....	205
bb) La crítica desde la perspectiva de las teorías «clásicas» de la pena.....	206
c) Resumen de las diferentes piezas del rompecabezas	206
2. Reconstrucción de la prevención general positiva	207

	Pág.
a) El elemento absoluto en la teoría de la prevención general positiva	207
b) Los elementos relativos de la teoría de la prevención general positiva	209
3. Resumen y valoración de las teorías de la prevención general positiva.....	212
a) El modelo de Jakobs	212
b) El modelo de Hassemer	213
4. La verificabilidad y la prueba de los fines preventivo-generales positivos	214
a) El modelo de Jakobs	214
b) El modelo de Hassemer	216
IV. Resumen.....	218
CAPÍTULO SEXTO. POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO	221
A. ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINALES RELEVANTES DEL DISCURSO Y DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	221
B. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL PREVENTIVO Y EL SIMBÓLICO.....	221
I. Sobre los conceptos de Derecho penal preventivo y simbólico	221
II. La relación entre Derecho penal preventivo y simbólico	223
III. No una objeción, sino un recuerdo: la actitud de la mayoría de los científicos, la jurisprudencia, los políticos, los medios y la opinión pública sobre el Derecho penal del riesgo	224
C. EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO I: DEL DERECHO PENAL DE LA PREVENCIÓN AL DERECHO PENAL DEL CONTROL GLOBAL	225
I. Puntos de contacto con el Derecho penal de la prevención.....	225
II. Del Derecho penal de la prevención de la sociedad industrial hacia el Derecho penal del control global de la sociedad del riesgo	228
III. La génesis del Derecho penal del control global	228
1. La presión del problema de la sociedad del riesgo	228
2. La peculiaridad estructural del Derecho penal moderno	229
IV. La crítica al Derecho penal del control masivo	229
1. La contra-productividad de los intentos de control masivo del Derecho penal.....	230
2. El potencial destructivo del Derecho penal (del control masivo) para el Derecho penal constitucional liberal	230

	Pág.
3. Los efectos secundarios a medio y a largo plazo de estos efectos secundarios	232
V. Causas del fracaso del control masivo	232
1. Los modelos de responsabilidad.....	232
a) El fracaso del Estado.....	232
b) El fracaso del sistema jurídico	233
c) El fracaso del Derecho penal constitucional liberal.....	233
d) El fracaso de los tribunales	233
e) El fracaso de los destinatarios de la norma	234
2. El anacronismo del Derecho penal preventivo en la sociedad del riesgo.....	234
D. EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO II: EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO.....	234
I. Puntos de contacto con el Derecho penal simbólico	234
II. Los diferentes aspectos del Derecho penal simbólico	236
1. El simbolismo inmanente en el Derecho penal moderno	236
2. El simbolismo abierto y deseado (sin engaños) mediante el Derecho penal	236
3. La efectividad del Derecho penal meramente engañoso y, en ese sentido, simbólico.....	237
4. El Derecho penal simbólico como transmisor y garante de la certeza de la existencia	238
5. La estabilización de valores «solo» simbólicos mediante el Derecho penal	238
III. Sobre la valoración de los diferentes aspectos del Derecho penal simbólico. El Derecho penal simbólico ¿contribuye a la propia seguridad o al reaseguro?.....	239
E. RESUMEN	239
CAPÍTULO SÉPTIMO. LA DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO I: LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL RIESGO EN EL DERECHO PENAL.....	241
A. RETROSPECTIVA-PROSPECTIVA.....	241
B. EL CARÁCTER OBVIO Y EXCEPCIONAL DE LA DOGMÁTICA DEL RIESGO. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS DESARROLLOS SOCIALES EN TIEMPOS DE UNA ORIENTACIÓN CRECIENTE AL RIESGO.....	242
I. La faceta conservadora y la progresista del Derecho penal.....	242
II. El creciente carácter progresista del Derecho penal.....	242
III. El factor judicialización	243

	Pág.
IV. El factor aceleración de la evolución cultural	244
V. Las consecuencias de los factores aquí señalados para el desarrollo del Derecho penal	244
VI. La situación específica de la creciente orientación en función del riesgo	245
C. EL «RIESGO PERMITIDO»	246
I. Introducción y sinopsis	246
1. El «riesgo permitido»: la hora del nacimiento de la dogmática del riesgo	246
2. El «riesgo permitido», ¿una figura jurídica de la sociedad industrial y de la del riesgo o un concepto jurídico atemporal?	246
a) Los combates en la Antigua Roma.....	247
b) « <i>¡Navigare necesse est, vivere non necesse!</i> » (« <i>¡Navegar es necesario, vivir no lo es!</i> »)	247
3. El «riesgo permitido» en la doctrina y en la jurisprudencia	248
4. Los aspectos del «riesgo permitido» centrales para esta investigación	249
II. «Riesgo permitido»: la perspectiva de la dogmática penal.....	249
1. Los casos	249
a) Los casos «clásicos» inalterablemente actuales	249
b) La ampliación del ámbito de aplicación. Del interés público vital a un interés particular socialmente aprobado	250
c) Otros casos de aplicación del «riesgo permitido».....	251
d) Observaciones sobre las constelaciones de casos del «riesgo permitido»	252
2. La clasificación del «riesgo permitido» en la teoría del delito, según el enfoque de la historia dogmática.....	252
3. Sobre la capacidad de rendimiento del concepto «riesgo permitido» para la dogmática penal	254
a) La crítica de Kienapfel	254
b) Las reacciones en la doctrina	255
aa) El riesgo permitido: un concepto que remite a un problema, a la apremiante necesidad de remediarlo y a los intentos de solución extrajurídicos.....	255
bb) El riesgo permitido, un concepto formal	256
4. Primer balance parcial: el resultado de las contribuciones de la dogmática penal al «riesgo permitido».....	256
III. La interrelación entre las ciencias del riesgo jurídicas y no jurídicas: sobre la fundamentación y los criterios de los «riesgos permitidos» en la doctrina jurídica	257

	Pág.
1. Causas de la frecuente falta de fundamentación de los «riesgos permitidos».....	257
<i>a)</i> El riesgo permitido palmario	257
<i>b)</i> La innecesariedad y la imposibilidad de una fundamentación del «riesgo permitido» como concepto formal	258
2. Fundamentos para autorizar el «riesgo permitido»	258
<i>a)</i> Acciones riesgosas expresamente autorizadas	259
<i>aa)</i> Sobre el alcance de la autorización del riesgo	259
<i>bb)</i> Sobre la cuestión acerca de quién debe permitir los riesgos.....	261
<i>b)</i> Riesgos inevitables —y por esa causa permitidos—	263
<i>c)</i> La necesidad de determinados riesgos —y por esa causa riesgos permitidos—	264
<i>d)</i> El carácter habitual y la normalidad de determinados riesgos —y por esa causa riesgos permitidos—	265
<i>aa)</i> Sobre la relación entre la figura jurídica del riesgo permitido y la teoría de la adecuación social	265
<i>bb)</i> Sobre las causas por las cuales debe permitirse un comportamiento socialmente adecuado	266
3. Los criterios para el «riesgo permitido»	270
IV. Las perspectivas social y de la historia de las ideas. El «riesgo permitido» en la sociedad industrial y en la del riesgo	272
1. La relación específica entre «riesgo permitido» y «proceso de industrialización», explicada con el ejemplo de los viajes en carruaje	272
<i>a)</i> La perspectiva del sujeto actuante en situación de riesgo y la del Derecho penal que evalúa sus acciones	273
<i>b)</i> La perspectiva de la sociedad en su conjunto y de la política (criminal).....	274
2. Balance parcial: los riesgos de la sociedad industrial y por qué estaban permitidos	275
<i>a)</i> Sobre la aparición y la evaluación de los riesgos acumulativos en la sociedad industrial	276
<i>b)</i> Sobre el riesgo y la (resultante) distribución de la riqueza en la sociedad industrial.....	277
3. «Riesgos permitidos» en la sociedad del riesgo.....	278
<i>a)</i> «Riesgos permitidos» - «Catástrofes normales»	278
<i>b)</i> Un posible lema de la sociedad del riesgo: <i>¡Vivere necesse est!</i>	280
<i>c)</i> Los riesgos en la sociedad industrial y en la del riesgo	280
<i>aa)</i> Conocimiento y percepción del riesgo.....	281

	Pág.
bb) Los riesgos	282
V. Resumen.....	286
CAPÍTULO OCTAVO. LA DOGMÁTICA PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO II: LA DOGMÁTICA DEL RIESGO.....	289'
A. SOBRE EL OBJETO DE LA DOGMÁTICA DEL RIESGO.....	289
I. Ámbitos potenciales de la dogmática del riesgo	289
II. Sobre la limitación de esta investigación al ámbito del riesgo permitido, la teoría del incremento del riesgo y el dolo de riesgo	290
B. DOGMÁTICA DEL RIESGO I: LA TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO (EN SENTIDO ESTRICTO).....	291
I. Introducción y panorama.....	291
II. La teoría del incremento del riesgo en sentido estricto.....	292
1. El incremento del riesgo como condición adicional necesaria de la punibilidad en los casos en que existe «violación del deber y resultado en los delitos imprudentes» (Claus Roxin).....	292
2. El incremento del riesgo como característica de la imputación objetiva en los delitos de omisión impropia	294
3. La discusión sobre la teoría del incremento del riesgo en sentido estricto: ¿en qué consiste y cuáles son las opiniones al respecto?...	295
a) El objeto de la controversia.....	295
b) Las controversias en torno las tendencias criminalizadoras de la teoría del incremento del riesgo.....	297
aa) La metamorfosis de los delitos de lesión en delitos de peligro	297
bb) El argumento que la teoría del incremento del riesgo vulnera el principio <i>in dubio pro reo</i>	299
4. Resumen de la fragmentaria discusión de algunos aspectos de la teoría del incremento del riesgo (en sentido estricto).....	301
C. LA DOGMÁTICA DEL RIESGO II: CREACIÓN DEL RIESGO E INCREMENTO DEL RIESGO COMO CRITERIOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	301
I. Jürgen Wolter: «Imputación objetiva y personal del comportamiento, peligro y lesión en un sistema penal funcional» (1981).....	302
1. Lineamientos generales de la investigación y de los resultados...	302
2. Características de la dogmática del riesgo de Wolter.....	303
II. Wolfgang Frisch: <i>Dolo y Riesgo</i> (1983) y <i>Comportamiento típico e imputación del resultado</i> (1986)	306
1. Similitudes y diferencias de los diseños de Frisch y de Wolter...	306

	Pág.
2. Esquema de la investigación y sus resultados.....	307
3. Características de la dogmática del riesgo de Frisch.....	308
III. Dietrich Kratzsch: <i>Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht (Control del comportamiento y organización en Derecho penal)</i> (1985).....	311
IV. Resumen de la teoría del incremento del riesgo como criterio general de imputación	313
1. La tendencia expansiva de la punibilidad de la teoría del incremento del riesgo	313
2. El atractivo punto de partida de la teoría del incremento del riesgo.....	313
D. DOGMÁTICA DEL RIESGO III: EL «DOLO DE RIESGO».....	314
I. Retrospectiva - Perspectiva - Panorama global.....	314
II. La dogmática del dolo ¿un tema actual y relevante?	315
III. El objeto de la discusión.....	316
1. El artículo de Puppe « <i>Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis</i> » («El contenido de la representación en el dolo eventual») como punto de contacto para la discusión del dolo de riesgo....	317
2. Crítica a las propuestas de Puppe como punto de partida para una toma de postura sobre el dolo de riesgo.....	318
3. El dolo de riesgo, un adecuado punto de partida de la dogmática del riesgo	320
IV. Los problemas de aplicación de la imputación subjetiva. Enfoques teóricos de la atribución	320
1. La comparación de las atribuciones de responsabilidad cotidianas y penales	321
2. El hallazgo central del análisis del error de atribución	321
3. Resumen de estos hallazgos a la luz de la teoría de la decisión y el análisis del riesgo	322
SÍNTESIS DE LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL RIESGO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE UN CONTRA-PROYECTO	325
A. RETROSPECTIVA - PERSPECTIVA	325
B. EL PUNTO DE PARTIDA DEL CONTRAPROYECTO: SÍNTESIS DE LA VALORACIÓN Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL DEL RIESGO «ENCUBIERTO».....	325
I. El Derecho penal del riesgo como parte de la sociedad del riesgo ...	325
II. El Derecho penal del riesgo en la tradición del Derecho penal.....	327
1. Caracterización del Derecho penal del riesgo	327
2. La evolución hacia el Derecho penal del riesgo	328

	Pág.
3. Balance del Derecho penal del riesgo.....	329
4. Crítica al Derecho penal «encubierto» del riesgo.....	329
<i>a)</i> La crítica desde la perspectiva de un consecuente Derecho penal del riesgo.....	329
<i>b)</i> La crítica simultánea de la dogmática penal constitucional liberal.....	330
5. Consecuencias.....	331
C. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTRA-PROYECTO.....	332
I. Los fundamentos.....	332
1. Sustitución del Derecho penal «encubierto» del riesgo mediante un Derecho penal del riesgo consecuente.....	332
2. Sustitución del Derecho penal del riesgo «encubierto» con un modelo de Derecho penal absoluto al mismo tiempo fundado en el del riesgo, que suprime al orientado a la obtención de determinados fines.....	334
3. Crítica al Derecho penal del riesgo «encubierto» desde la perspectiva de uno orientado a la obtención de determinados fines, que no deja espacio al concepto y a la concepción de «riesgo»...	335
<i>a)</i> Sobre las razones por las cuales en la sociedad del riesgo los «infortunios» tienden a transformarse en injustos.....	336
<i>aa)</i> La creciente imposibilidad de distinguir entre «infortunio» e «injusto».....	336
<i>bb)</i> Necesidades y tendencias de interpretar al «infortunio» como «injusto».....	338
<i>cc)</i> Resumen de los enfoques orientados según la teoría de la atribución para comprender las tendencias del Derecho penal del riesgo a transformar los infortunios en injustos.....	338
<i>b)</i> Sobre la cuestión de por qué las respuestas de la sociedad del riesgo no son responsabilidad por el peligro y sistemas de seguros.....	339
4. Sobre el papel del riesgo en el Derecho penal.....	339
II. Las consecuencias.....	340
1. Política criminal en la sociedad del riesgo.....	340
2. La dogmática penal en la sociedad del riesgo.....	341
BIBLIOGRAFÍA.....	343
ÍNDICE POR MATERIAS.....	365
ÍNDICE DE PERSONAS.....	369

PRÓLOGO DE JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Quienes en 1986 vivíamos en Alemania nos vimos sobresaltados por la noticia de un gravísimo accidente nuclear ocurrido en Ucrania, entonces parte de la Unión Soviética. La nube radioactiva, que inicialmente se dirigía hacia los países nórdicos, cambió su trayectoria con los vientos y barrió el continente europeo de norte a sur. En Múnich el riesgo de contaminación radioactiva de los alimentos vació los supermercados y las Mensas universitarias de productos frescos. En algunas de sus calles los transeúntes utilizaban contadores Geiger para medir la radioactividad. El accidente de Chernóbil representó a partir de entonces el paradigma de un riesgo devenido en lesión.

Ese mismo año se publicó el libro más famoso del sociólogo Ulrich Beck (1944-2015), que difundía la noción de «sociedad del riesgo» y produjo un enorme impacto en el mundo jurídico. Casi cuarenta años después, lo sigue produciendo. Ciertamente, el riesgo de procedencia humana no ha perdido su condición de categoría central de nuestro modelo de sociedad. Puede que el riesgo de guerra nuclear haya disminuido, pero el terrorismo internacional ha ocupado su lugar, incluso de modo intensificado, en la representación de la opinión pública occidental. Piénsese que el 11-S tuvo lugar en 2001, es decir, quince años después de la publicación del famoso libro de Beck. Por otro lado, la posibilidad de un accidente radioactivo sigue perfectamente en pie, como puso de relieve el caso de Fukushima en 2011. A su vez, los riesgos tecnológicos o derivados de la manipulación genética han seguido incrementándose en las últimas décadas. La cuestión del cambio climático, en fin, forma parte de la agenda política de todos los países. Ni siquiera la pandemia de la Covid-19, un peligro natural paradigmático, desplaza el papel central del riesgo de procedencia humana. Pues la lucha contra ella hace precisa la adopción de decisiones humanas que, a su vez, son fuente de nuevos riesgos.

La obra de Cornelius Prittwitz, cuya traducción al español tengo el gusto de presentar, es el gran libro sobre la relación entre el Derecho penal y el riesgo. Publicada en el original alemán en 1993, aparece a los ojos del lector actual como el clásico por excelencia de la observación jurídica del riesgo. Así, por un lado, resulta perfectamente explicativo de lo acontecido en el último medio siglo. Pero, por otro lado, mantiene íntegro su potencial analítico para lo que sucede hoy y, muy probablemente, seguirá sucediendo en el futuro próximo.

El Derecho penal de la sociedad del riesgo se conformó enseguida como un «Derecho penal de la seguridad» o, en otra expresión muy difundida, como un «Derecho penal de la prevención». Sin embargo, sería erróneo circunscribir la noción de riesgo a los peligros estructurales de origen humano que pueden afectar de forma masiva y ubicua a la vida o a la salud de las personas. A principios del siglo XXI los riesgos para otros bienes jurídicos también pasaron a ocupar un lugar central. Muy en particular, la crisis económica de 2007 situó en un primer plano a los riesgos para el bienestar económico. Así adquirieron protagonismo las crisis bancarias y los problemas que acechan a la efectividad de las prestaciones públicas, incluidos los derivados de la corrupción pública y privada. Este problema se ha agravado con la crisis económica global vinculada a la pandemia de 2020 y no tiene fácil solución. En efecto, la relativa neutralización de los riesgos para el bienestar de los pensionistas y de las generaciones próximas a la jubilación genera a su vez un riesgo económico cada vez más elevado para los jóvenes incorporados en los últimos años al mercado de trabajo, así como para los niños que entrarán en él en los próximos veinte años. Ahí está el polémico tema del endeudamiento público como posible «robo intergeneracional». Por si lo anterior fuera poco, apenas ha empezado el debate sobre el riesgo más específico de la evolución tecnológica del siglo XXI: la inteligencia artificial y la manipulación derivada de la gestión de los big data. Si a lo anterior se suma el hecho de que nuestras sociedades se encuentran cada vez más desvertebradas, el resultado es una creciente desorientación personal. La búsqueda de orientación se advierte en la fuerza cada vez mayor de los grupos identitarios. Pero estos tienden a convertir la comunidad política en el campo de batalla —cada vez más evidente— de su compleja interrelación que tiende a romper los consensos. En definitiva, el riesgo y el miedo, así como su contrapunto en la prevención y en la búsqueda de seguridad, con todas sus complejas vertientes, siguen siendo palabras claves.

En este contexto, un mérito apreciable a simple vista de la obra de Prittwitz es haber examinado críticamente todos los discursos sociales sobre el riesgo: los sociológicos y los económicos; los políticos y los jurídicos; los optimistas y los pesimistas. Su análisis no aspira a convencer al lector de la procedencia de ninguna solución. Más bien, pretende ofrecerle instrumentos para pensar por su cuenta. Esta es una característica singular no solo de esta obra, sino del modo de ser de su autor. Cornelius Prittwitz es un jurista dialogante, afectuoso a fuer de respetuoso, abierto realmente a la posibilidad de que sea el interlocutor el que tenga la razón. En esa medida, simboliza de modo muy especial el genio del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Por eso, y porque además tengo la fortuna de contarme entre sus amigos, me alegro mucho de que Derecho penal y riesgo, gracias a la traducción de Eugenio Sarrabayrouse, vea la luz en lengua española. Vaya mi enhorabuena al autor, mi querido Cornelius, y también al lector que tiene la oportunidad de acceder a esta obra.

Sant Cugat, Navidad de 2020

PRESENTACIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR

I. PRESENTACIÓN

Luego de muchos años de trabajo, interrumpidos por distintas razones, finalmente sale a la luz la traducción de la obra del profesor Cornelius Prittwitz *Strafrecht und Risiko*.

Pese al tiempo transcurrido desde su publicación original en Alemania (1993), el libro que presentamos no ha perdido actualidad, sino todo lo contrario. Podríamos decir que se ha convertido en un verdadero *clásico* y una obra indispensable para conocer qué se entiende por *riesgo*, las distintas disciplinas científicas que trabajan con él y su vinculación con la dogmática penal, la criminología y la política criminal. La razón principal de esta juventud de la obra es que trata temas que aún son actuales y que, parece, lo serán por mucho tiempo más: el desarrollo tecnológico, con sus interrogantes y dificultades, nos acompaña a diario, y las respuestas distan de ser definitivas.

Pero además, sin saberlo, este retraso en su publicación hace que el libro aparezca en un momento en el que las discusiones sobre el *riesgo*, no ya derivado del avance de la técnica, sino de aquel surgido de nuevas enfermedades (como en su momento fue el SIDA), sus consecuencias, las formas de prevenirlo y enfrentarlo, han cobrado *nueva actualidad*. La expansión del coronavirus que produce la enfermedad denominada Covid-19¹, transformada en una pandemia que ha generado una crisis sanitaria mundial y lleva al momento de escribir estas líneas cerca de 100 millones de infectados y más de dos millones de personas muertas, entre otras muchas cuestiones, ha vuelto a poner sobre el tapete, por ejemplo, *si es legítimo recurrir al Derecho penal para sancionar a quienes no acatan las medidas sanitarias de prevención*².

¹ El 11 de febrero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), le atribuyó al virus «SARS-CoV-2» causar la enfermedad Covid-19: «CO» de corona, «VI» de virus, «D» de *disease* (enfermedad en inglés) y «19» por el año que surgió el brote. SARS, por su parte, significa en aquel idioma, síndrome respiratorio agudo y grave.

² A modo de ejemplo, en la Argentina, las distintas reglas que establecieron el aislamiento social obligatorio (conocido internacionalmente como *lock down* o cierre total de actividades) estuvieron acompañadas por la aplicación de diferentes tipos penales, conocidos ya por el Código Penal argentino vigente desde 1921. Se trata de los arts. 202 y 205, que dentro de los delitos contra la salud pública, establecen respectivamente: «Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince

La referencia al virus del SIDA y su vinculación con el Derecho penal no es casual, pues como el mismo Prittwitz lo explica y analizaremos más abajo, la relación entre ambos está en el origen de este libro, precedido por distintos trabajos en los que investigó la conexión entre ambos y motivó su interés en el *riesgo*³.

Derecho penal y riesgo es la tesis para la habilitación docente que el profesor Prittwitz presentó en 1992 ante la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main, la cual le permitió, después de ocupar otras plazas académicas, alcanzar en el 2000 el grado de catedrático dentro del mítico *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie* de aquella casa de estudios. Con anterioridad, fue designado y desempeñó distintos cargos docentes en las Universidades de Münster, Frankfurt am Oder, Bielefeld y Rostock, localidad en la que, además, fue juez del Tribunal Superior. Entre 1998-2000 asesoró al gobierno de la República de Chile para la reforma procesal penal, oportunidad en la que perfeccionó su dominio del idioma castellano; de ahí que para nosotros, los hispanoparlantes, sea una ventaja enorme para dialogar con él (además de un placer por su don de gente y cordialidad). En la Universidad donde es profesor desde el 2000, integra su Senado (desde 2009) y se desempeñó como decano de la Facultad de Derecho. También fue presidente de la Sociedad para la Criminología Científica Interdisciplinaria, e integra desde hace varios años la European Criminal Justice Policy Initiative, la Sociedad Jurídica de Frankfurt (*Frankfurter Juristischen Gesellschaft*) y el Consejo Científico del CEDPAL (Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad

años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas»; y «será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia».

³ Estos trabajos son: «Die Ansteckungsgefahr bei Aids - Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken» («El riesgo de contagio del Sida - Una contribución acerca de la imputación objetiva y subjetiva de riesgos»), *Juristische Arbeitsblätter*, 1988, pp. 427-440 y 486-503; «Aids-Bekämpfung - Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts?» («Combate del Sida: ¿Tarea o abandono del Derecho penal?»), *Kritische Justiz*, 1988, pp. 304-309; «Strafbarkeit des HIV-Virussträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?» («¿Punibilidad del portador del virus del Sida a pesar del esclarecimiento de la pareja sexual?»), *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, pp. 2942-2943; «Das "Aids-Urteil" des Bundesgerichtshofs (Zum Urteil des BGH vom 4.11.1988 - 1 StR 262/88)», [«La "sentencia sobre el Sida" del Tribunal Supremo Federal (acerca de la sentencia del BGH del 4.11.1988 - 1 StR 262/88)», *Strafverteidiger*, 1989, pp. 123-128; «Aids, Recht und Gesundheitspolitik. Einleitung» («Sida, Derecho y política sanitaria. Introducción»), en Cornelius PRITTWITZ (comp.), *Aids, Recht und Gesundheitspolitik (Sida, Derecho y política sanitaria)*, 1990, pp. 7-16; «Strafrechtliche Aspekte von HIV-Infektion und Aids» («Aspectos penales de la infección con VIH y Sida»), en Cornelius PRITTWITZ (comp.), *Aids, Recht und Gesundheitspolitik (Sida, Derecho y política sanitaria)*, 1990, pp. 125-150. Aquí, como dato interesante, cabe señalar que el Derecho penal complementario argentino contempla, desde 1936, *el delito de contagio venéreo*; al respecto, puede verse Lucía Inés COPPIA, «El delito de contagio venéreo: enfermedad, erogeneidad y responsabilidad penal (Argentina, 1922-1936)», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 58, julio-diciembre de 2019 - versión on-line ISSN: 1853-1784, Buenos Aires (Argentina), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_serial&pid=1853-1784&lng=Sección Investigaciones, pp. 35-62.

de Göttingen), entre otros cargos relevantes. Además, es editor de la colección de obras jurídicas de la editorial Vittorio Klostermann de Frankfurt am Main y coeditor de la colección de estudios criminológicos de la casa Peter Lang, de la misma ciudad.

El profesor Prittwitz es autor de tres libros monográficos y editó y coeditó otros dieciséis. Además, ha escrito más de cien artículos, comentarios a sentencias y recensiones bibliográficas. Muchos de estos trabajos han sido traducidos al inglés, griego, portugués, chino y castellano.

Dentro de estos últimos, por su vinculación con el libro que presentamos, se destaca el artículo «Sociedad del riesgo y Derecho penal» aparecido en la obra colectiva *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*⁴; este trabajo también fue publicado en el *Libro Homenaje a Manuel Rivacoba y Rivacoba*⁵. En esta contribución, aparecen resumidas muchas de las posiciones sostenidas en este libro.

Prittwitz es uno de los integrantes, herederos y continuadores de la que nosotros hemos preferido llamar «Escuela penal de Frankfurt», y un fiel exponente de uno de los postulados principales que esta corriente de profesores alemanes buscó llevar a la práctica: la vinculación de la dogmática penal con otras disciplinas sociales, principalmente con la criminología, la filosofía, la sociología, la psicología y la historia del Derecho. Sus principales representantes fueron, durante muchos años, los profesores Winfried Hassemer (1940-2014), Klaus Lüderssen (1932-2016, y del cual es discípulo Cornelius Prittwitz), Wolfgang Naucke, y un poco más tarde, Peter-Alexis Albrecht. Durante la década de 1990, época en que apareció este libro, una de las preocupaciones centrales de los integrantes de esta Escuela fue la crí-

⁴ Esta obra recoge parte de las ponencias presentadas en el Congreso celebrado en Toledo, España, entre el 13 y el 16 de abril de 2000 bajo el título *Crítica y justificación del Derecho penal*; fue compilada por Luis ARROYO ZAPATERO/Ulfrid NEUMANN/Adán NIETO MARTÍN, y publicada por Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003; una versión más reducida fue publicada en Alemania: véase Ulfrid NEUMANN/Cornelius PRITTWITZ (comps.) *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt, Peter Lang, 2005. Se trató de un congreso cuyo tema principal fue analizar los planteamientos de la que nosotros denominamos «Escuela Penal de Frankfurt». Además de este artículo, Prittwitz publicó otros escritos referidos a la sociedad del riesgo. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar: «Die Funktionalisierung des Strafrechts in der Risikogesellschaft» («La funcionalización del Derecho penal en la sociedad del riesgo»), en Thomas KREUDER (comp.), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburgo, 1992, pp. 177-187; «Das Recht zwischen allen Stühlen. Herausforderungen in der Risikogesellschaft» («El Derecho ante la encrucijada. Desafíos en la sociedad del riesgo»), *Neue Zürcher Zeitung, Beilage Technologie und Gesellschaft*, de 28 de octubre de 1992, p. 61; «Alternativen der Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft: Weniger Rechtsstaat im Strafrecht oder weniger Strafrecht im Rechtsstaat» («Alternativas de la política criminal en la sociedad del riesgo: menos Estado de Derecho en el Derecho penal o menos Derecho penal en el Estado de Derecho»), *Strafverteidigervereinigungen* (comp.) 17.º Congreso de Defensores penales, realizado entre el 7 y el 9 de mayo de 1993, pp. 19-35; «Risiken des Risikostrafrechts» («Riesgos del Derecho penal del riesgo»), en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (comps.), *Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat-Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, t. 5, 1997, pp. 47-65, entre otros.

⁵ Publicado por la editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 147-179.

tica a la expansión del Derecho penal, lo que según Roxin, la colocó en el centro de la atención y las discusiones⁶.

Sobre sus características, composición y las discrepancias en torno a si efectivamente se trató de una Escuela, remitimos a quienes leen esta obra, para no fatigarles, a otros trabajos nuestros y de otros autores en los que estas cuestiones han sido tratadas con detalle⁷. Solo nos resta señalar, para ubicar temporalmente la obra que presentamos, que al momento de su publicación, un concepto, importado de la sociología, concitó la atención de todos los penalistas: la «sociedad del riesgo», expresión acuñada por el sociólogo y profesor de la Universidad de Múnich, Ulrich Beck, que denota una «época en que los lados oscuros del progreso determinan más y más los enfrentamientos sociales»⁸.

⁶ Cfr. Claus ROXIN, *Schlußbericht (Informe final)* presentado en el Congreso mencionado en la nota 4.

⁷ Los mismos profesores de Frankfurt fueron reacios a considerarse integrantes de una Escuela; cfr. Winfried HASSEMER, «Einleitende Bemerkungen zu “Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts an der Jahrtausendwende”. Eine kritische Analyse der “Frankfurter Schule”», *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, op. cit., pp. 9-11; las opiniones similares sobre el punto tanto de Wolfgang NAUCKE como de Klaus LÜDERSEN pueden verse en Eric HILGENDORF (comp.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellung*, Berlin, Walter de Gruyter, 2010, pp. 417 y ss., y 351 y ss., respectivamente; sobre la Escuela penal de Frankfurt puede verse: Eugenio C. SARRABAYROUSE, «Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica», en VVAA, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 925-956; *id.*, *Responsabilidad penal por el producto*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 159-214; «Estudio preliminar», en Wolfgang NAUCKE, *El concepto de delito económico-político*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 11-20, en particular, 17-20; también, «Frankfurt und seine beiden Schulen. Ähnlichkeiten, Unterschiede und Verbindungen mit Argentinien» («Frankfurt y sus dos escuelas. Similitudes, diferencias y vínculos con la Argentina»), en Michael PAWLIK/Gabriel PÉREZ BARBERÁ (comp.), *Strafrecht und Philosophie: Argentinische Perspektiven. Beiträge zur internationale Strafrechtstheorie und Rechtsphilosophie (Derecho penal y filosofía: perspectivas argentinas. Contribuciones para la teoría penal internacional y la filosofía del derecho)*, Berlin, Duncker und Humblot, 2019, pp. 225-247; clave, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo a la edición española* del libro *La insostenible situación del Derecho penal*, editado por el Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000, p. XII; Kurt SEELMANN, recensión de la versión alemana de ese mismo libro «Von unmöglichen Zustand des Strafrechts», *GA*, 1997, pp. 232-236; Matthias JAHN/Sascha ZIEMANN, «Die Frankfurter Schule des Strafrechts: Versuch einer Zwischenbilanz», *Juristen Zeitung*, 2014, pp. 943-947; Claus ROXIN/Luis GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2020, pp. 69-72, con un análisis detallado sobre las posiciones de los principales exponentes de Frankfurt frente a la crisis económica y financiera desatada en 2008.

⁸ Cfr. Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (hay traducción al castellano por Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Buenos Aires, Paidós, 1998). Existen otras obras de Beck, traducidas al castellano, y que no son analizadas por Prittowitz ya que fueron publicadas después de la aparición de *Derecho penal y riesgo: ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, 1998 (traducción de la edición alemana publicada por Suhrkamp, 1997, por Bernardo Moreno y María Rosa Borrás); *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2000 (traducción de la edición alemana, publicada por Campus Verlag, 1999, por Bernardo Moreno Carrillo); *La sociedad del riesgo mundial*, Barcelona, Paidós, 2008 (traducción de la edición alemana publicada por Suhrkamp, 2007, realizada por Rosa S. Carbó).

De este modo, el primer trabajo monográfico que trató exhaustivamente la relación entre el Derecho penal y este nuevo concepto de sociedad es la tesis de habilitación docente de Prittwitz. En ese marco temporal, explicaba Roxin en la segunda edición del tomo I de su *Tratado de Derecho penal*: «A un contexto similar pertenece la reciente discusión en torno al “Derecho penal del riesgo”, que fue suscitada por el libro del sociólogo Beck sobre la sociedad del riesgo y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre “Derecho penal y riesgo”. En ella se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética). Muchos responden negativamente a esta cuestión y aluden a la necesidad de desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos. Ahora bien, como eso solo es posible siempre de modo limitado, lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal». Concluía Roxin con una cita textual de Prittwitz: «Solo hay espacio para el Derecho penal allí donde las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo»⁹.

La obra de Prittwitz también resultó una cita obligada para autores españoles. Aquí se destaca nítidamente, otro libro que se convirtió en un clásico para entender la transformación del Derecho penal, que luego fue traducida al portugués, al italiano y al alemán. Nos referimos al trabajo de Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*¹⁰.

II. CONTENIDO DE LA OBRA *DERECHO PENAL Y RIESGO*

El libro que presentamos cuenta con una introducción y dos partes divididas a su vez en ocho capítulos.

⁹ Cfr. Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.^a ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 61; la cita de Prittwitz corresponde a *Strafrecht und Risiko*, p. 384.

¹⁰ Cfr. la 2.^a, Madrid, Civitas, 2001, véanse, entre muchas citas de la obra de Prittwitz, las de la p. 57, nota 119, y p. 133, nota 316. En los mismos años y editorial, también apareció publicado el trabajo de Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, que en muchos tramos sigue los lineamientos de la obra de Prittwitz. En cuanto a las repercusiones del libro de Silva Sánchez, recién citado, véase la 3.^a edición publicada por la Editorial B. de F., Buenos Aires-Montevideo, 2011.

En la introducción, Prittwitz analiza la evolución del concepto de riesgo y plantea el interrogante de la crisis del Derecho penal y la política criminal.

Ya en la primera parte, el autor analiza la discusión sobre la sociedad del riesgo, la relevancia de las ciencias extrajurídicas que tratan el riesgo y su influencia en el Derecho penal.

En la segunda, examina la vinculación de la criminalidad, la criminalización, las teorías de la pena y la dogmática en la sociedad del riesgo.

La introducción explica el origen de la investigación, fruto de la cual nació este libro. Según señala el mismo Prittwitz, y anticipamos en el punto I de esta presentación, la génesis de su trabajo está en sus estudios sobre los problemas penales del contagio del virus del SIDA. En sus propias palabras: «La mezcla específica individual de pánico colectivo frente al riesgo del SIDA y la dudosa imputación individual de conocimientos del riesgo atrajo mi atención sobre las posibles relaciones entre los discursos jurídicos y no jurídicos del riesgo». Esta atracción no puede ser de mayor actualidad. Ante la expansión de la pandemia de la enfermedad Covid-19 hoy, en la Argentina, por ejemplo, se discute si comete un delito quien, conocedor de que ha contraído la dolencia *se niega a informar a la autoridad sanitaria los datos que permitan identificar a las personas con las que estuvo en contacto*. Algunos señalan que podría tratarse de un delito de desobediencia; otros, de un caso de *propagación* de una epidemia, esto es, de un tipo penal contra la salud pública¹¹. De ahí que las palabras de Prittwitz resuenen ahora con particular fuerza: «Me pareció paradigmática la discusión acerca del SIDA como desafío y piedra de toque de un Derecho penal sobreexigido y auto-sobreexigido, funcionalizado y que se deja funcionalizar, y por todo esto, en definitiva, contraproducente»¹².

La investigación parte de dos tesis: en el derecho se han introducido «orientaciones al riesgo»; y el Derecho penal y la política criminal en esa «sociedad del riesgo» han caído en una crisis.

Dentro del primer punto, Prittwitz repasa la pertenencia del riesgo como un integrante del lenguaje familiar del Derecho penal. Ya Binding lo mencionaba en 1919; luego, en 1962, Roxin elaboró su doctrina del *incremento del riesgo*, dentro de la teoría de la imputación objetiva, y desde ahí el concepto comenzó una carrera vertiginosa, por su enorme influencia en el desarrollo posterior de la dogmática penal, a tal punto que, poco a poco, sus presupuestos se fueron extendiendo a casi todos los niveles de la teoría del delito¹³. A partir de esta constatación, Prittwitz considera necesario realizar un trabajo profundo de la relación entre la noción penal del riesgo con la de otros ámbitos, en particular, los vinculados con la técnica. Ya en 1993,

¹¹ Según el tipo penal del art. 205 CP argentino, transcrito en la nota 2.

¹² Véase Introducción, A.

¹³ Así, por ejemplo, en el consentimiento y las causas de justificación.