

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Cristóbal Izquierdo Sánchez, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018, por Ángel Sanz Morán.

Recensión a Armando Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018, por José Manuel Paredes.

Recensión a Andrés Schlack, *Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt: Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger Bereicherung beim Betrugstatbestand*, Nomos, Baden-Badem, 2017, por Laura Mayer Lux.

Recensión a Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, por Fernando Miró Llinares.

Recensiones

Recensión a Cristóbal IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018 (381 págs.)

Ángel José Sanz Morán

Universidad de Valladolid

La monografía de la que se ocupan estas páginas constituye, sin duda, una aportación muy importante –adelanto ya con ello mi valoración final–, no sólo al estudio del delito de estafa, sino a la dogmática de los delitos de omisión. Lo que resulta especialmente significativo si tenemos presente que, como indica el mismo autor en la Nota Preliminar (pp. 27-28), su contenido coincide con el de la tesis doctoral recientemente defendida por él. Pues el bagaje de conocimientos acreditado, la facilidad expositiva, la solvencia argumentativa y, en fin, la coherencia de las soluciones propuestas con los presupuestos de los que se parte –sean o no compartidas por quien suscribe estas líneas– superan con creces lo que se observa en las tesis doctorales al uso. Eso sí, la sorpresa no es tan grande si consideramos que Cristóbal IZQUIERDO es uno de los últimos discípulos del Profesor SILVA SÁNCHEZ, quien, desde su incorporación hace un cuarto de siglo a la Universidad Pompeu Fabra, ha ido construyendo, a ambos lados del Atlántico, una escuela caracterizada precisamente por el rigor científico y la integridad académica, lo que la convierten en uno de los grupos de referencia del derecho penal a nivel internacional. El mismo SILVA prologa (en pp. 23-25) la obra que paso a considerar, con la elegancia y brillantez en él acostumbradas.

El Capítulo I de la obra que nos ocupa lleva por título “Concepciones sobre el engaño típico” y en él se establecen ya firmemente las premisas sobre las que construirá el autor el núcleo de su argumentación a favor de la equiparación entre comisión activa y omisiva del tipo de la estafa. A tal fin, comienza analizando las tesis en conflicto: la que ve en el engaño un influjo creador de una falsa representación en el engañado (pp. 32-34), la que concibe el engaño como conducta con valor declarativo (pp. 34-36) y la que entiende el engaño como un concepto vinculado con la infracción de un deber de veracidad (pp. 37-52), advirtiendo ya de entrada que –como puede comprobarse por la anterior indicación de las páginas correspondientes– el análisis de las dos primeras posiciones es mucho más sumario que el de la tercera por ser a esta última a la que, en alta medida, se adhiere la posición del autor. De ahí la atención específica destinada a construcciones del concepto de engaño como las de KINDHÄUSER (pp. 37 ss.), FRISCH (pp. 41 ss.), PAWLIK (pp. 45 ss.) y, en la doctrina penal española, PASTOR MUÑOZ (pp. 50 ss.). Es de destacar, por lo demás, la estructura expositiva seguida, de acuerdo con la cual primero se presentan, de manera neutral, las distintas posiciones mencionadas, para pasar a continuación a considerarlas críticamente (pp. 53 ss.). Este capítulo se cierra con una primera aproximación al problema de la relación entre el concepto de engaño típico que se defiende y la posibilidad de admitir la comisión por omisión del delito de estafa.

Aunque en este primer capítulo todavía no desarrolla el autor su propio planteamiento, ya deja ver claramente su opción por una construcción normativa del engaño típico que haga equiparables la estafa activa y la omisiva, siguiendo la estela de propuestas como las de PAWLIK o PASTOR MUÑOZ. Esto hace que en ocasiones se despachen de manera excesivamente sumaria –teniendo en cuenta la extensión total de la obra– aquellas posiciones que se alejan de la que él mismo sustenta. Por ejemplo –y aunque más adelante (cap. II) se ocupe con algo más de detenimiento sobre esta cuestión–, desecha ya aquí por vez primera (p. 56 y *passim*) de manera sumaria la consideración del error “como un elemento típico que consiste en un resultado previo a la consumación del delito”. Tesis que, como indica en alguna página anterior (p. 33), es la sostenida, de manera “destacada e influyente” en la órbita hispanoparlante, por ANTÓN ONECA y que, de ser admitida, constituiría un serio obstáculo para la afirmación de la tipicidad del engaño omisivo (de nuevo, en p. 56 y *passim*). Ahora bien, ya en la breve Introducción (pp. 29-30) indica el autor (e insistirá reiteradamente en ello a lo largo de la monografía) en su “constante –espero que no “agobiante”– referencia al marco legal”, para no perder de vista “el respeto por el principio de legalidad penal y la prohibición de analogía *in malam partem*” (p. 29). Viene esto a cuento porque, como resulta notorio, la definición legal de estafa del art. 248.1 CP, sobre la que va a pivotar toda la argumentación del autor, está precisamente inspirada, de manera muy clara, en la construcción que de este delito ofreciera ANTÓN ONECA, lo que quizás mereciera una mayor atención como dato a tener en cuenta a la hora de interpretar su alcance. Y tenemos otro ejemplo en la escasa atención (pp. 68-69) destinada al argumento de la incompatibilidad de la comisión omisiva de la estafa con el tipo subjetivo de este delito, especialmente si se entiende que el mismo exige un dolo directo de primer grado, además del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. Precisamente poco después de la publicación de la obra que comentamos encontramos una amplia consideración de esta cuestión en una contribución del Profesor Cuello Contreras para el Libro Homenaje a MORILLAS (CUELLO CONTRERAS, «El elemento subjetivo de la estafa», en *Estudios jurídico penales y criminológicos*, 2018, vol. I, pp. 909-926).

En el cap. II, bajo la rúbrica “Texto y norma en el tipo de estafa”, se pretende mostrar cómo la interpretación que ofrecerá el autor del término “engaño” en la definición de “estafa” recogida en el art. 248.1 CP español, no desborda “el campo conceptual de las palabras presentes en el enunciado jurídico” (p. 75). El centro de la argumentación gira en torno a la expresión “utilización de un engaño bastante por parte del autor” (pp. 78 ss.), expresión que, siempre según IZQUIERDO SÁNCHEZ, “abarcaría las *utilizaciones de engaños* generados por el autor al realizar la conducta *engañar a otro* y el uso o aprovechamiento de engaños que se presentan en la esfera de la víctima por un motivo distinto de la previa realización activa del verbo *engañar* por parte del autor” (p. 78). Así pues, siempre según IZQUIERDO, por engaño cabría entender tanto la “acción de engañar”, como el “estado o situación informativa que consiste en la presencia de información falsa en el acervo de datos de que dispone una persona” (p. 79), puntualizando además que esta segunda “acepción del engaño como *situación informativa*” “en cierto sentido puede abarcar al engaño entendido como la conducta activa de *engañar*” (p. 79). En definitiva, el engaño a que se refiere el tipo legal de la estafa sería “un estado o situación que consiste en la presencia de información falsa en el acervo de datos patrimoniales relevantes perteneciente a un sujeto facultado para realizar actos de disposición vinculantes para su propio patrimonio o el de un tercero” (p. 86). Esta forma de entender el engaño típico será decisiva para admitir, como veremos en los siguientes capítulos,

modalidades omisivas de estafa. Ahora bien, ya en el rápido repaso que en este mismo capítulo se ofrece de los demás elementos del delito de estafa (p. 80), así como en la previa anticipación de estos elementos (p. 76) llama la atención la falta de autonomía, que ya hemos destacado, asignada por el autor de esta obra al error en el disponente como elemento autónomo, pues la interpretación que hace la doctrina mayoritaria en el sentido de que tal error tiene que ser causado por el engaño constituiría un obstáculo muy importante para la admisión de modalidades omisivas de estafa. Y aquí reside, a nuestro juicio, la principal debilidad de la obra que comentamos: se da casi por sentado que es posible prescindir del error del disponente como elemento intermedio autónomo del concepto legal de estafa, sin entrar a desarrollar por extenso las razones para esta forma de proceder. Máxime si pensamos -lo apuntábamos más arriba- que todo apunta a que el Código Penal español hace suya aquí la construcción de ANTÓN ONECA ("Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia", separata del artículo publicado en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IX, 1957, especialmente, pp. 9 ss.), donde este elemento cobra plena autonomía. Por lo demás, resulta muy claro y sugerente el análisis de los distintos elementos del delito de estafa, en particular la caracterización del "riesgo típico del delito de estafa" (pp. 89 ss.). Cierra el capítulo un breve, pero muy importante apunte sobre la "cuestión normológica" (pp. 102 ss.) donde se avanza ya la construcción de una posición de "garante de veracidad" que permita construir la autoría de la modalidad omisiva de estafa.

El cap. III se ocupa con la interacción entre autor y engañado, presentando, en primer lugar, el delito de estafa en cuanto "delito de comisión en el que interactúan autor y engañado" (pp. 109 ss.), análisis en el que destacaríamos la sutilísima graduación de los mensajes engañosos en la estafa (pp. 118 ss. y, en particular, el cuadro de la p. 122), así como el estudio de las consecuencias que resultan de la caracterizar a la estafa como "delito de resultado, de relación y de medios determinados" (pp. 126 ss.) y, en especial, el pormenorizado estudio de las fases ejecutivas en la comisión (tanto activa como omisiva) del delito de estafa (pp. 132 ss.).

La segunda parte del capítulo se destina al estudio de las "incumbencias" (Obliegenheiten) de la víctima en el delito de estafa (pp. 144 ss.). Se trata, a mi modo de ver, de una de las partes más interesantes y mejor expuestas de la monografía, donde encontramos un minucioso estudio de la rica problemática que suele debatirse en la doctrina y jurisprudencia bajo la expresión "deberes de autoprotección" de la víctima en el delito de estafa. La posición del autor en relación a este problema se apoya ante todo en dos razonamientos: entiende, de una parte, que muchos "de los casos de infracción a la autoprotección exigida a cada ciudadano pueden ser resueltos satisfactoriamente dentro de la dogmática penal de la tentativa de delito" y rechaza, por otra parte, "la uniformidad con la que la doctrina mayoritaria sostiene la total exclusión de la tutela a la víctima que no se protege" (p. 154). Partiendo de estas premisas, se ofrece un abanico de posibilidades (muy claramente resumidas en la p. 158) que van desde la efectiva atipicidad de la estafa, pasando por su consideración como intentada, hasta la calificación de aquella como consumada, con la eventual apreciación de una circunstancia atenuante analógica. Sin poder entrar aquí a valorar los matizados resultados (muy bien argumentados y ampliamente compartibles) a que se llega, dependiendo del tipo de víctima ante la que nos encontremos (básicamente, engañado "no débil" frente a engañado "débil"), no termino de ver claro que sea posible trasladar sin más a la víctima, como lo hace aquí IZQUIERDO SÁNCHEZ, "los deberes de

«cuidado externo» propuestos por ENGISCH y que son ampliamente reconocidos en el ámbito de la imprudencia como «deberes objetivos de cuidado» (p. 161). Permítasenos remitir, para la duda expresada en el texto, a SANZ MORÁN, «Quinto comentario», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, 2004, pp. 137-149 (especialmente, p. 141).

El cap. IV supone, pese a su brevedad (pp. 175-187) un verdadero alarde de pensamiento analítico (y facilidad taxonómica). Parte de tres grupos de elementos normativos, caracterizados, respectivamente, como “Organización heterolesiva imputable al estafador”, “Contribución del engañado al desarrollo de la comisión de la estafa” y “Elementos que afectan a la esfera de la organización de la víctima y son requeridos para la consumación” (pp. 175-176); y, desde este punto de partida, articula un minucioso conjunto de variables que cierra el completísimo cuadro-resumen de las páginas 186-187, dejando literalmente anonadado al lector.

El cap. V constituye –su extensión da prueba de ello (pp. 189-259)– uno de los ejes del planteamiento del autor, pues se ocupa con el problema –central desde la perspectiva normativa adoptada– de quién es “garante de veracidad” en el delito de estafa. Comienza con unas precisiones metodológicas (pp. 189 ss.), en las que se expone el sentido de la perspectiva normativa adoptada; aunque nuestro autor se muestra “partidario de reconocer datos ontológicos y realidades fácticas a las que “no hay más remedio” (esta expresión, entrecomillada por el autor, es elocuente del carácter fuertemente normativo de la propuesta presentada) que prestarles atención y tematizarlos en el sistema normativo” (p. 191). Se adhiere a continuación “a la doctrina según la cual la posición de garante puede ser utilizada como criterio general de atribución de responsabilidad tanto de delitos realizados en comisión activa como omisiva” (p. 193), para pasar a ocuparse (pp. 194 ss.) con los convencionales fundamentos normativos del deber de declaración del garante: 1) por “imposición legal”, 2) “derivado de una *especial relación de confianza* entre el garante y la víctima”, 3) “fundamentado en el principio de la buena fe (*aus Treu und Glauben*)” o bien, finalmente, 4) los supuestos de “asunción de un deber de declaración y deber de declaración en virtud de una injerencia informativa”, destinando atención especial a estos últimos, que analiza primero conjuntamente (pp. 199 ss.), para centrarse después, de manera específica, en la “asunción” (pp. 208 ss.) y en la “injerencia” (pp. 222 ss.) en la comisión de estafa; distingue, a su vez, en este último supuesto, entre injerencia informativa activa y dolosa (pp. 227 ss.), injerencia informativa imprudente (pp. 230 ss.) e interrupción de un curso salvador (pp. 237 ss.). Cierran esta parte central del capítulo un epígrafe destinado al estudio particular de la asunción o la injerencia en supuestos de “desamparo informativo” del engañado (pp. 244 ss.) y unas esclarecedoras conclusiones (pp. 250-251). Precisamente, el hecho de que el doctor IZQUIERDO nos ofrezca aquí una síntesis del contenido de esta parte de su trabajo –cosa que no ha hecho en capítulos anteriores–, pone de manifiesto la importancia central que cobra esta exposición de los “garantes de veracidad” en el conjunto de su investigación. Cierra el capítulo un apartado destinado a delimitar obligaciones informativas extrapenales y deberes de veracidad jurídico-penales (pp. 252 ss.), donde, aunque reconoce “la existencia de «puntos de contacto» entre las obligaciones informativas extrapenales y los deberes de veracidad”, rechaza,

sin embargo, “que el solo incumplimiento doloso de una obligación informativa extrapenal constituya razón suficiente para sostener su relevancia jurídico-penal a título de estafa” (p. 257).

Ya desde el comienzo de la investigación, el autor se manifiesta inequívocamente a favor de admitir formas de comisión omisiva en la estafa y aunque en el capítulo que acabamos de considerar se ofrece un tratamiento unitario de la imputación de responsabilidad por estafa tanto en modalidad activa como omisiva, el cap. VI (pp. 261 ss.) se destina específicamente a “las peculiaridades que caracterizan y diferencian la estafa omisiva de la activa” (p. 261). Va analizando así sucesivamente: el engaño bastante (p. 262), la *precedencia* del engaño bastante en el acervo informativo del disponente (pp. 262 s.), el incumplimiento de una obligación informativa extrapenal por parte del autor de la comisión por omisión (pp. 263 ss.), la infracción de un deber jurídico-penal de veracidad mediante el *silencio* del garante (p. 266), el sentido jurídico-penal del *silencio* como conducta de utilización o aprovechamiento de un engaño bastante precedente (pp. 266 ss.) y, finalmente, el desamparo informativo del disponente (pp. 272 ss.), elemento al que destina una atención especialmente intensa. De manera muy didáctica, cierra el autor el estudio de estos distintos elementos identificando su presencia en un caso académico: “La Bruja” (pp. 284 ss.). La segunda parte del capítulo, ya de manera más breve, ofrece un “apunte sobre la coautoría y la autoría accesoria en la estafa por silencio” (pp. 289 ss.).

El último de los capítulos (el VII) constituye un muy ilustrativo “estudio estructural de los casos típicos y atípicos de estafa” (pp. 292 ss.). Comienza mostrando que los textos legales que regulan el delito de estafa en Alemania, y Chile (el de España ha servido de referente a lo largo de la investigación) ofrecen una misma estructura fundamental del comportamiento del autor (pp. 301 ss.), consistente en utilizar (usar) un engaño, siendo compatible el campo semántico de los respectivos textos con el comportamiento típico omisivo (pp. 300 s.). A continuación, y tras explicar y justificar el proceso de análisis empleado (pp. 304 ss.), ofrece un minucioso elenco de supuestos típicos y atípicos de estafa. A tal fin, comienza proponiendo la estructura genérica del delito de estafa (pp. 316 ss.), para pasar después a las estructuras específicas, distinguiendo básicamente tres (con sus respectivas subestructuras), que explica por medio de casos: estafa activa por transmisión expresa de un mensaje engañoso (pp. 321 ss.), estafa activa por transmisión implícita de un mensaje engañoso (pp. 332 ss.) y estafa omisiva por silencio de un garante ante un engaño bastante precedente (pp. 341 ss.).

Como es convencional en las monografías que recogen una tesis doctoral, cierran también ésta unas conclusiones (pp. 355-367), expuestas, como el resto del trabajo, con notable claridad, pese a la dificultad de la materia abordada y, en particular, del planteamiento seguido en su estudio.

Lo apuntábamos ya al comienzo de esta reseña: estamos ante una monografía fundamental, tanto para el estudio del delito de estafa, como, en general, para la dogmática de la omisión. Se trata, además, de una obra bien escrita y la bibliografía utilizada es muy completa (sólo echo en falta, entre los trabajos de referencia de la doctrina española, el de TORÍO LÓPEZ, “Acción y resultado típico en la estafa procesal”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, 1982, pp. 877-900, pionero en la utilización de criterios de imputación objetiva para analizar la relación entre los elementos del delito de estafa). No estoy, sin embargo tan seguro de que –como

lo expresa SILVA SÁNCHEZ en su Prólogo– vaya a satisfacer “al práctico del Derecho que busque en ella orientación en su actividad profesional como fiscal, juez o abogado” (p. 24), pues obliga a un notable esfuerzo de comprensión, ya en el mismo plano terminológico, que es dudoso deban –y estén en condiciones de– afrontar los mencionados profesionales del Derecho. Personalmente me encuentro muy alejado de estos planteamientos rígidamente normativistas en los que la posición de garante se erige en núcleo de la realización típica no sólo omisiva, sino también activa; o en los que se grava a la “víctima” con mandatos de actuación, de manera que pueda concluirse si ésta se corresponde con la de la “víctima prudente y diligente”, de acuerdo con criterios pensados originariamente para el sujeto activo del delito. Y no creo que pueda pasarse por alto –he insistido en ello más arriba– la deuda que tiene la definición de la estafa en el Código Penal español con el planteamiento –claramente psicologicista– de ANTÓN ONECA. Ello no obstante, y a despecho de sumergirme en una terminología que me resulta antipática, por lo alejada que se encuentra del lenguaje ordinario, he disfrutado enormemente con la lectura –y relectura en muchos pasajes– de esta obra. El esfuerzo que sin duda exige adentrarse en ella se ve compensado con creces: obliga a pensar sobre numerosos problemas de los que apenas nos habíamos percatado; se contrastan permanentemente las propuestas del autor con casos reales o imaginados que las ponen a prueba (además del específico análisis de casos del último capítulo); y, muy especialmente, se presenta un modelo explicativo –se compartan o no las premisas– expuesto con una coherencia interna y un rigor que hablan claro de la sólida formación de su autor. La capacidad argumentativa desplegada refleja, por otra parte, el ambiente de los justamente célebres Seminarios semanales de la Pompeu, a alguno de los cuales tuve el privilegio de asistir hace años. Cabe augurar, por tanto, que la obra que aquí presentamos se convertirá en referencia ineludible, en el ámbito hispanoparlante, para el estudio de un delito, como lo es la estafa, central en cualquier sistema normativo.

Recensión a SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando: *Una teoría para la determinación del dolo*, BdeF, Montevideo/ Buenos Aires, 2018 (562 páginas)

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

No descubro nada cuando señalo que resulta paradójico –por decir lo menos– que, siendo como es la conducta dolosa el ejemplo paradigmático de conducta delictiva (hasta el punto de que en muchas ocasiones la calificación como dolosa es condición necesaria para que exista responsabilidad penal y, en todo caso, en el resto de las ocasiones –allí donde se incrimina también la conducta imprudente– constituye siempre un factor determinante en la graduación de la pena), sin embargo, hayan proliferado siempre y sigan proliferando hoy en día las dudas acerca de cuáles deben ser el ámbito y los criterios de aplicación del concepto de dolo en Derecho Penal. En efecto, tanto en el plano teórico como en el práctico, parecería que la situación de indeterminación en cuanto a cuáles son dichos criterios y dicho ámbito permanece inalterable: así transcurran las décadas y avance el desarrollo de la teoría del delito, lo cierto es que antes y ahora

parece existir un núcleo claro de casos a los que aplicar la calificación de conducta dolosa (y, en paralelo, un conjunto claro de criterios de fundamentación para dicha calificación); pero, asimismo, antes y ahora sigue habiendo una enorme zona gris, de casos en los que la decisión a favor o en contra de la calificación de la conducta como dolosa (y los argumentos para pronunciarse en un sentido o en otro) parecería estar guiada –tanto en la doctrina teórica como en la jurisprudencia– más bien por intuiciones casuísticas, antes que por una teoría sistemática bien fundada. Así, buena parte de los casos que suelen ser etiquetados como de dolo eventual en los delitos de resultado más clásicos (conductas muy peligrosas para la vida o la salud, pero que no son inequívocamente lesivas, por ejemplo), pero también otros supuestos más propios del Derecho Penal económico (por ejemplo, las maniobras disparatadamente temerarias de un administrador societario con los fondos o títulos-valores que gestiona) se hallan ubicados justamente en esa zona gris. De manera que, en definitiva, la inseguridad jurídica en este terreno parece ser, si no la regla (como decía, hay casos claros: el terrorista que dispara directamente a la cabeza de su víctima, el administrador societario que acuerda expresamente en una reunión del consejo el fraude empresarial que va a cometer...), sí mucho más frecuente de lo que sería deseable.

Y es que, como decía, las dudas (que conducen a que, fuera de los casos más sencillos, la inseguridad campe por sus respetos) afectan a cada uno de los tres aspectos que una teoría del dolo debería abarcar: a) al problema de la fundamentación valorativa del dolo como elemento decisivo para la responsabilidad penal (por qué razones morales y/o instrumentales la conducta dolosa ha de ser valorada como muchísimo más grave que la conducta no dolosa); b) al problema de la delimitación conceptual del dolo en tanto que criterio de imputación de responsabilidad (qué intensidad posee el concepto de dolo –que rasgos significativos permiten definirlo– y cuál es su extensión –a qué conjunto de acciones resulta correcto aplicarlo); y c) al problema de la aplicación del concepto a los casos concretos enjuiciados en los tribunales (qué indicios probatorios deberían ser considerados relevantes para decidir si una conducta es o no calificada como dolosa, y qué argumentos son aceptables para justificar –a partir de los indicios– dicha decisión).

El libro que hoy comento pretende, precisamente, hacer frente a todas y cada una de estas cuestiones discutidas y dudosas, para presentar una teoría completa del dolo como elemento del delito. Esta enorme ambición teórica plantea, sin embargo, un reto metodológico no pequeño, que no es seguro que la obra sea capaz de afrontar con éxito. Pues elaborar soluciones suficientemente argumentadas para cada uno de los tres grupos de problemas (fundamentación valorativa, delimitación conceptual, aplicación procesal) que una teoría completa del dolo debe incorporar e integrar obliga necesariamente, si se quiere argumentar con rigor, a evocar multitud de disciplinas y de ámbitos de discusión, tomando posición sobre todos y cada uno de ellos. Así, para elaborar una fundamentación valorativa del dolo como criterio de imputación de responsabilidad, hay que partir de una determinada teoría de la política criminal y, luego, hacer valer dicha teoría en la construcción de la teoría del delito. Para delimitar conceptualmente los términos “*dolo*” y “(*conducta*) *dolosa*”, resulta imprescindible tomar posición sobre cuestiones filosóficas tan problemáticas como las de la naturaleza de la mente, de la memoria, del pensamiento, de las emociones, de la motivación y de la consciencia, así como acerca de las

características del lenguaje sobre estados mentales. Y, en fin, para establecer criterios de aplicación procesal de este elemento del delito, es preciso ser capaz de transitar desde el plano filosófico (de los conceptos y del lenguaje acerca de lo mental) al plano empírico (de los datos empíricamente perceptibles, bien sea mediante un examen científico –por la Psicología–, o bien merced a la atribución “de sentido común” –es decir, mediante percepciones menos rigurosas, condicionadas en todo caso por factores de psicología social). Y, además, elaborar una teoría de la argumentación acerca de la cuestión (de si una conducta puede o no razonablemente ser calificada como dolosa) que resulta epistemológicamente aceptable, conforme a criterios de racionalidad (teórica o práctica). Todo ello parece una tarea tan hercúlea que el libro que comento solamente es capaz de dejarla a medias: se asumen ciertos puntos de partida en cada uno de los temas tratados, pero apenas se justifica por qué. Quedando, debido a ello, un regusto insatisfactorio al lector que vaya buscando aquello que prometía: una teoría completa (la hay) que estuviera completamente fundamentada y argumentada (esto resulta más dudoso).

En este sentido, seguramente la parte menos convincente del trabajo (una parte que, no obstante, es tan importante para el proyecto que su debilidad amenaza con dar al traste con todo él) es el intento de responder a la pregunta acerca del fundamento valorativo que hace que la calificación de una conducta como dolosa permita valorarla como significativamente más grave que otras. El autor evoca el principio de culpabilidad (cuya autoridad normativa estaría basada en la constitución –en los valores constitucionales, supongo que hay que entender– de los estados democráticos de Derecho) como fundamento: interpretando que dicho principio demanda que la pena sea impuesta únicamente a aquel sujeto destinatario de la norma primaria que estuviese dotado de la suficiente autonomía comunicativa y capacidad racional y que, además, tuviese el deber de reconocer la peligrosidad de su conducta. Sin embargo, aun dando por buenas estas afirmaciones (en términos generales, puesto que cabría matizarlas), puede cuestionarse que resulten suficientes. Pues, en efecto, cada uno de los conceptos que se emplean para intentar definir el contenido material del principio de culpabilidad es susceptible de discusión y, por consiguiente, de una articulación teórica en muy diversos sentidos, dependiendo de los presupuestos tanto conceptuales como valorativos de los que se parta.

Ciñéndonos tan solo a aquel concepto que más nos interesa aquí, el del deber de reconocimiento de la peligrosidad, uno echa de menos varias precisiones importantes acerca de este concepto. Así, en primer lugar, creo relevante discutir si –como hoy se suele pensar– el dolo es un elemento que afecta a la antijuridicidad típica de la conducta; es decir, si constituye una condición para la imputación de una infracción de la norma primaria (y no, en cambio, como defendían las teorías clásica y neoclásica del delito, únicamente una condición para la imputación de la sanción –para la culpabilidad del autor). La cuestión no es baladí, me parece, pues, si estamos ante un elemento del delito que ha de vincularse a la realización de la acción típicamente antijurídica, entonces la razón de ser de la gravedad de la conducta dolosa ha de tener que ver ante todo con la función de protección de bienes jurídicos (de evitación de las conductas peligrosas para dichos bienes). Y, consiguientemente, será de dicha razón de ser, eminentemente preventiva (consecuencialista), de la que habrá que partir para llevar a cabo la delimitación del concepto de dolo. En cambio, la base moral (de raigambre inequívocamente kantiana) que SÁNCHEZ MÁLAGA propone como fundamento valorativo del dolo, que pone el énfasis más bien en cuestiones como la autonomía

del autor, su posibilidad de conocer y su deber de hacerlo (esto es, en características morales de la acción de naturaleza deontológica, no consecuencialista), parecería compadecerse mejor con una ubicación del dolo como elemento de la culpabilidad.

En este sentido, hay que advertir de que la expresión “*deber de conocimiento*” (de la peligrosidad de la conducta), en tanto que formulación del fundamento valorativo del dolo como elemento del delito, resulta notoriamente ambigua; y, en algún sentido, confundidora. Pues, en rigor, mediante el requisito de que concurra dolo (en unos casos, para que exista tipicidad penal, en otros, para que exista tipicidad del tipo penal más grave), el ordenamiento jurídico no está imponiendo ningún deber de conocimiento al destinatario de sus mandatos: el único deber que le impone es el de abstenerse de llevar a cabo la acción objetivamente subsumible en el tipo penal; aunque, luego, para que dicho deber se considere infringido (y, por lo tanto, para que la acción sea valorada como típicamente antijurídica –o bien para graduar la gravedad de dicha antijuridicidad), obligue al juzgador a determinar si el agente era o no conocedor del riesgo inherente a dicha acción. De manera que al autor doloso no se le castiga –o castiga más– por no haber cumplido con su deber de conocer, sino por haber actuado *a pesar de dicho conocimiento*. El conocimiento es, pues, condición de imputación de la antijuridicidad, no su fundamento. Un fundamento que ha de considerarse que estriba más bien en el peligro (no permitido) creado para el bien jurídico. (Aquí, la distinción entre reglas de conducta y reglas de imputación –destacada modernamente por J. HRUSCHKA, Paul H. ROBINSON o M. DAN-COHEN– resulta particularmente pertinente.)

Esto nos conduce, justamente, al siguiente aspecto que merece discusión. Pues, si verdaderamente el dolo se constituye en condición de imputación de la infracción (de la acción típicamente antijurídica) en razón de la contribución de la “mala voluntad” del autor a la eficacia lesiva de la acción peligrosa (y no permitida) para el bien jurídico, entonces una elaboración del concepto de dolo que resulte coherente con dicha fundamentación valorativa tiene que tomar en consideración qué condiciones en la subjetividad del agente –empleo intencionadamente esta vaga expresión– son las decisivas para que dicha especial eficacia de la peligrosidad tenga lugar. Ello, tanto por razones morales (únicamente si se tienen en cuenta los factores verdaderamente relevantes para la peligrosidad puede llegar a justificarse moralmente la agravación de la reacción punitiva) como por razones instrumentales (pues, de otro modo, la imputación de responsabilidad penal resultaría un derroche, en términos de economía del castigo, por no atender a los factores verdaderamente relevantes desde un punto de vista preventivo).

Es en este sentido en el que pueden ponerse en cuestión todas aquellas teorías del dolo –como la que se mantiene en el libro que comento– que, a la hora de dotar de contenido sustantivo al concepto, optan por prescindir, en mayor o menor medida, de los datos psicológicos reales (es decir, perceptibles directa o indirectamente, mediante los sentidos o mediante instrumentos de medición, y empíricamente comprobables o falsables) y por sustituirlos por criterios de imputación (criterios jurídicos o sociales, tanto da –aunque ciertamente haya unas teorías más extremistas que otras). Y pueden cuestionarse tales teorías, primero, porque, aun desde un punto de vista puramente instrumental (es decir, atendiendo exclusivamente al efecto preventivo que la tipificación penal de conductas dolosas debe intentar producir), imputar como infracciones

dolosas conductas en las que no concurre (o, cuando menos, no se sabe si concurre) ningún estado mental peculiar, únicamente por el hecho de pertenecer a una clase de acciones que estadísticamente suelen ser intencionadas (imputación social), o –peor todavía– porque se valora como muy inadecuada (=muy negligente) la actitud de su autor respecto de la peligrosidad inherente a su acción, significa, en suma, errar el tiro: intentar motivar, mediante una amenaza de pena extraordinaria, a un delincuente no intencional (o que, cuando menos, no consta que lo sea) que, por definición, muchas veces será incapaz de verse motivado por la conminación penal. Y además, en segundo lugar, porque amenazarle con una pena tan alta (y, en su caso, llegar a imponérsela) resulta injusto, dado que no se corresponde con la auténtica maldad (=con la auténtica intención) de su conducta.

En un ejemplo: es seguro que muchas de las personas que deciden participar en actividades extremadamente riesgosas (en una conducción por el carril contrario de la autopista, por ejemplo) son conscientes de la peligrosidad de su acción; no obstante, prescindir de la comprobación en el caso concreto de si tal estado mental (de consciencia de la peligrosidad) ha existido o no efectivamente, sustituyéndolo por una pura imputación, significa castigar por igual al “conductor (mal llamado) suicida” racional y al “conductor suicida” tan estúpido que ni siquiera llegó a darse cuenta de que lo que hacía era algo más que pura broma. Pero, como sabemos que no solo hay “conductores suicidas” racionales, sino que también los hay estúpidos, tratarles a todos por igual resulta irracional: ineficaz desde el punto de vista instrumental (al estúpido no se le va a lograr motivar con la amenaza de imponerle más pena) e injusto desde un punto de vista moral (si concordamos en que los malos y los estúpidos no deberían merecer el mismo nivel de reproche).

En mi opinión, por consiguiente, si se parte de cuatro presupuestos comúnmente compartidos, como son el principio de responsabilidad por el hecho, la relevancia valorativa de la *mens rea*, la ubicación sistemática del dolo en el tipo de injusto y la necesidad de que cualquier acto de imputación jurídica esté justificado tanto desde un punto de vista moral como desde un punto de vista instrumental, entonces no existe otra solución que definir el término “*dolo*” aludiendo a estados psíquicos de la mente del autor. Y, en consecuencia, aplicar la calificación de “*dolosa*” únicamente a aquellas acciones de cuyo autor se pueda comprobar que estuvo en dichos estados mentales, en un momento determinado.

Cualquier solución que pretenda prescindir de los estados mentales reales (empíricamente perceptibles) del autor no cumplirá, en cambio, con las exigencias propias de un Derecho Penal que se pretenda moralmente justificado y máximamente racional desde un punto de vista instrumental. Así ocurre, por ejemplo, con la definición de conducta dolosa que SÁNCHEZ MÁLAGA propone: contra lo que él afirma, tener el deber de reconocer la peligrosidad (expresándolo con más propiedad: existir una peligrosidad en la acción realizada que resulta en principio cognoscible para el autor, vistas sus capacidades y conocimientos previos) y la posibilidad efectiva de conocerla, siendo irracional confiar en que dicha peligrosidad no va a consumarse en lesión, no es todavía tener la intención de realizar la peligrosidad (que es lo único que, como señalé, justifica –tanto moral como instrumentalmente– la imputación de la pena agravada). Pues se está prescindiendo de la posibilidad de que un autor, pese a todo, ignore (o

minusvalore) la peligrosidad de su conducta (pese a resultar en principio cognoscible) o tenga una confianza irracional en su buena suerte. Cabe discutir cómo debería tratarse a estos autores ciegamente imprudentes. En todo caso, creo, por las razones ya señaladas, que no se les debe tratar sin más como autores dolosos. No, al menos, sin una discusión que marque las diferencias entre aquellos y estos.

Por supuesto, una teoría psicológica del dolo –como la que aquí se defiende– plantea formidables dificultades, tanto en el terreno conceptual como en el probatorio. En el conceptual, porque obliga, como antes indiqué, a encontrar una formulación adecuada para los estados mentales (¿propiedades disposicionales, actos mentales,...?) que constituyen la base psíquica del dolo, que resulte compatible con los avances en filosofía de la mente y en ciencia cognitiva. Y en el probatorio, porque exige construir leyes-puente que permitan pasar de fórmulas generales (lingüística) acerca de dichos estados mentales a los datos empíricos (perceptibles mediante una combinación de examen “de sentido común” –imputación social de intenciones– y examen científico –peritaje psicológico– que resulte epistemológicamente defendible).

En la práctica, estas dificultades han de conducir, qué duda cabe, a un aumento del número de sentencias absolutorias en los procesos en los que la acusación sea por delito doloso (simplemente, por aplicación del principio *In dubio pro reo*). Al menos, si no se produce un esfuerzo mayor de las acusaciones para justificar sus calificaciones. Estamos demasiado acostumbrados, en efecto, a que, en la práctica de los tribunales (especialmente, en los delitos más comunes: la pequeña delincuencia propia de grupos marginados), muchas veces la motivación del carácter doloso de la conducta sea un tanto rutinaria, dependiente de meras presunciones y de procesos de imputación social (cuando no de puros prejuicios), en detrimento de las garantías probatorias. Una razón más para (justamente al contrario de lo que ocurre con las teorías normativas del dolo, que tienden a ampliar el ámbito de aplicación de los delitos dolosos, sin una base suficientemente justificada para ello) apostar por esta vía en el desarrollo doctrinal de los delitos dolosos, a pesar de los innegables obstáculos existentes.

Recensión a Andrés SCHLACK, *Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt: Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger Bereicherung beim Betrugstatbestand*, Nomos, Baden-Baden, 2017 (228 páginas)

Laura Mayer Lux

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

El libro de SCHLACK –fruto de su tesis doctoral– aborda una temática que, hasta donde alcanzo a ver, no había sido objeto de un estudio monográfico de esta extensión, cuestión que por sí sola lo hace digno de consideración. Para nadie es un misterio que la estafa desde siempre ha concitado un especial interés dentro de la doctrina. Dicho interés no se relaciona exclusivamente con la complejidad que tradicionalmente ha tenido su estructura típica, sino que radica de forma importante en la relevancia teórica y práctica que se le atribuye a la estafa, en tanto piedra

angular de los delitos contra intereses patrimoniales. Por lo mismo, lo que se dice respecto de ella no sólo tiene impacto en la “dogmática de la estafa”; por el contrario, muchas veces se proyecta hacia otras figuras de la Parte Especial, con las que comparte elementos o características comunes. Ahora bien, como es sabido, dicha dogmática ha estado abocada muy especialmente a examinar el engaño y el perjuicio patrimonial, lo que, en general, ha dejado algo descuidados los restantes elementos típicos del delito. La obra de SCHLACK analiza, en esa línea, un aspecto menos explorado de la estafa, pero cuyo examen resulta importante para interpretar dicha figura delictiva, así como para deslindarla de otras con las que se encuentra vinculada.

El texto se concentra específicamente en una de las particularidades que tendría el tipo de estafa, a saber, el hecho que su autor actúe movido por un ánimo de lucro o enriquecimiento. Con ello, la estafa no sería solamente un delito de daño o, más precisamente, de perjuicio patrimonial, sino que tendría, al mismo tiempo, el carácter de delito de enriquecimiento (p. 19). Esta nota específica de la estafa, que la acercaría a los denominados delitos de apropiación por medios materiales (básicamente hurto y robo), resulta más o menos incontrovertida a nivel doctrinal y jurisprudencial, incluso en ordenamientos jurídicos que no consagran expresamente el ánimo de lucro como exigencia típica de la misma. Frente a ello, lo que no es para nada evidente es la consecuencia que un sector de la doctrina desprendería de dicho carácter, esto es, que la estafa, junto con ser un tipo de enriquecimiento, sería un delito de traspaso patrimonial (*Vermögensverschiebungsdelikt*), en el que se produciría un “transporte” de entidades patrimoniales desde el patrimonio de la víctima (o disponente) hacia el patrimonio del autor o de un tercero (p. 35). El libro de SCHLACK se aboca, justamente, a analizar de manera pormenorizada esta cuestión, para lo cual examina la exigencia del ánimo de lucro, así como las implicaciones que tendría afirmar, para el tipo penal de estafa, su carácter de delito de traspaso patrimonial. En este contexto, uno de los aspectos centrales de la obra es el estudio de la denominada igualdad material (*Stoffgleichheit*) entre el lucro pretendido por el autor y el daño patrimonial de la víctima que, como el mismo texto destaca, es deducida de forma algo irreflexiva por parte de la doctrina especializada (p. 19).

Una cuestión que, en lo personal, me dificultó algo adentrarme en el libro, fue la estructura elegida para el análisis. La obra comienza con el examen de la igualdad material entre lucro económico perseguido y daño patrimonial ocasionado, para recién, en un segundo capítulo, estudiar el sentido y alcance del ánimo de lucro en la estafa, el que resulta complementado por el capítulo tercero, dedicado al carácter antijurídico del lucro pretendido. Pues bien, si el problema de la igualdad material presupone saber qué es y qué implica el ánimo de enriquecimiento en el tipo de estafa –o, si se prefiere, su carácter de delito con tendencia interna trascendente (*überschießener Innentendenz*)–, estimo que habría sido preferible comenzar el texto con el examen de dicho concepto. También en relación con la estructura del libro, la idea de traspaso patrimonial, con la que se titula, a ratos resulta opacada por la noción de igualdad material que, en mi opinión, termina asumiendo un desmedido protagonismo, sobre todo si se considera que la obra dedica justamente su primera parte –con todo lo simbólico que ello puede ser para una tesis doctoral– al estudio de este asunto. Probablemente lo anterior podría haberse evitado si se hubiera elegido un índice más enfocado en el objeto central del trabajo y, en especial, en su título (*Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt*).

Lo dicho se vincula con otro aspecto que, estimo, podría haberse abordado de forma distinta: me refiero a la ausencia de un apartado destinado a los presupuestos metodológicos y teórico-conceptuales del libro. El punto, en todo caso, no debe ser sobredimensionado. Por todos es sabido que las tesis doctorales y, en particular, aquellas que se desarrollan en las Facultades de Derecho alemanas, han tendido a ser cada vez más precisas tanto en lo que respecta al objeto de estudio como en lo que atañe a la manera de enfrentarlo. La obra de SCHLACK, en ese sentido, no es una excepción y va, si se me permite, directo al punto, sin mayores rodeos. No obstante, el planteamiento de presupuestos metodológicos y teórico-conceptuales no sólo orienta al lector, sino que puede tener la virtud de operar como una base sobre la cual se cimiente el resto del trabajo. En mi opinión, ello podría haber tenido un efecto virtuoso en el desarrollo del libro. Así, por ejemplo, si desde un principio se hubiera planteado una sistematización de los delitos contra intereses patrimoniales y, en especial, de sus figuras fundamentales, como son el hurto y la estafa, habría resultado menos abrupto el análisis de la estafa como delito de traspaso patrimonial a partir de las pp. 35 y ss. Algo similar puede decirse de la categorización de la estafa como figura de enriquecimiento o –desde otra perspectiva– como delito de “resultado cortado” que, de haberse abordado en un capítulo introductorio, podría haber sentado las bases del examen del ánimo de lucro como exigencia típica.

Lo dicho, sin embargo, no empaña la calidad del análisis que SCHLACK realiza a lo largo de las 228 páginas que componen su obra. Digno de elogio resulta, en primer término, la interesante combinación que efectúa entre citas a autores clásicos (v. gr. MERKEL, HÄLSCHNER o BINDING) –a veces olvidados en los tratados y comentarios más modernos sobre la estafa– con referencias a obras de filosofía o filosofía jurídica (por ejemplo, a propósito de los conceptos de fin intermedio [*Zwischenziel*] y efecto colateral [*Nebenfolge*], *vid.*, pp. 123 y ss.), que enriquecen constantemente las alusiones a los textos de la dogmática y jurisprudencia alemana de cita obligada.

En el examen dogmático de la estafa, particularmente destacable es el análisis que se efectúa del vínculo entre el perjuicio patrimonial y el ánimo de lucro (pp. 40 y s.). De acuerdo con SCHLACK, la categorización de la estafa como delito de resultado cortado implica una comprensión de esa figura, no como mero tipo de daño patrimonial, en el que *adicionalmente* debe concurrir ánimo de enriquecimiento en el agente: antes bien, de lo que se trata es de sancionar una conducta “marcada” por el ánimo de lucro, cuya concreción presupone un traspaso de entidades patrimoniales desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio del hechor o de un tercero. Precisamente, hacia el logro de ese traspaso se orienta el comportamiento del agente.

Vinculado con ello, también resulta interesante la relación que se efectúa entre las siguientes tres ideas: la estafa como delito de autolesión, como delito de autoría mediata tipificada y como delito de resultado cortado (p. 41). Estas tres categorizaciones de la estafa son examinadas a la luz de un elemento típico que las conecta y que es, probablemente, el que en mayor medida la distingue de otros delitos de la Parte Especial, a saber, la *disposición patrimonial* perjudicial de la víctima, determinada por el error, que provocó el engaño. Como afirma SCHLACK, el autor debe pretender la obtención del lucro ilegítimo a través de la disposición patrimonial de la víctima. A su turno, la disposición patrimonial puede relacionarse con el perjuicio patrimonial, que ella conlleva, pero

también con la pretensión del autor de obtener un aumento en el activo que integra su patrimonio (p. 41).

En lo que sigue el autor se encarga de aclarar el sentido y alcance de la idea de traspaso patrimonial en materia de estafa y qué consecuencias se seguirían de la misma. Para ello, parte por sostener, alejándose de la doctrina mayoritaria, que el traspaso patrimonial se proyecta al objeto de la disposición patrimonial de la víctima y que el lucro pretendido no tiene que ser idéntico al perjuicio provocado, sino que debe ser igual al objeto de la disposición patrimonial, ya referido (pp. 44 y s.). Tal planteamiento es complementado con una tesis adicional: que la estafa sea un delito de traspaso patrimonial supone que sólo pueden formar parte del patrimonio jurídico-penalmente tutelado aquellas entidades económicas que sean transferibles y que hayan sido conseguidas de manera antijurídica, a costa de la víctima (pp. 46 y ss). Esta última cuestión es precisada por el autor de la mano de las reglas del Derecho privado sobre el enriquecimiento sin causa. Como es esperable, en esta sección se aborda igualmente la *compensación* entre salidas y entradas patrimoniales (pp. 47 y s.) que, se sabe, ha sido empleada por la doctrina dominante para explicar la producción del perjuicio patrimonial típico. En la línea de las tesis doctorales alemanes, SCHLACK culmina este capítulo primero con un análisis de casos, que es abordado correctamente, aplicando la argumentación desarrollada *supra*.

Los dos capítulos que siguen comparten una característica que los diferencia del capítulo primero, a saber, afrontar cuestiones que exceden la dogmática específica de la estafa y que pueden tener un interés más general. En concreto, el capítulo segundo, relativo al ánimo de enriquecimiento, se adentra en el complejo tópico de los elementos subjetivos, y estudia nociones como las de ánimo, motivo y finalidad, para lo cual efectúa un completo examen de la doctrina y de diversos casos resueltos por los tribunales alemanes. En materia de ánimo, SCHLACK postula la necesidad de interpretar dicho elemento de manera restrictiva. Para ello, si bien tiene en cuenta el bien jurídico tutelado, resalta la importancia del método gramatical (o “semántico”, *vid.*, p. 84) de interpretación de la ley penal. De esta forma, el autor se aleja acertadamente de la doctrina mayoritaria, que so pretexto de recurrir a una interpretación teleológica, termina defendiendo una aproximación demasiado laxa del concepto de ánimo, que va más allá del sentido literal posible de los preceptos penales (pp. 84 y s.).

El capítulo tercero, fuera de analizar el carácter antijurídico del ánimo de lucro, aborda el concepto de antijuridicidad desde una perspectiva más amplia (pp. 155 y ss.), así como el clásico problema del error, ya sea de tipo o de prohibición (pp. 181 y ss.). En el plano específico de la estafa, digno de mención es el apartado en que SCHLACK examina casos de estafa en el contexto de negocios ilícitos, en los que, a su juicio, se aplicaría el principio de que la potencial víctima ha de asumir el riesgo que ellos conllevan, lo que por cierto se extendería a una eventual disminución de su patrimonio con ocasión de una estafa cometida en su contra (pp. 171 y ss.). Esta cuestión, que tradicionalmente se ha planteado recurriendo a la idea –muy bindingiana– de que deben evitarse contradicciones al interior del ordenamiento jurídico, es precisada como sigue: aquí de lo que se trata es de evitar contradicciones *dentro del propio Derecho penal*, que no puede, por ejemplo, castigar a quien trafica drogas o actúa como sicario y, al mismo tiempo, proteger a quien termina siendo víctima de una estafa en esos supuestos. Para haber fundado

mejor esta cuestión, empero, habría sido conveniente un análisis algo más detenido del concepto de patrimonio, al que se dedican sólo unas breves líneas en un excursus del capítulo primero (pp. 50 y s.).

Sin perjuicio de las observaciones efectuadas, nos encontramos ante una obra bien argumentada y documentada, que contiene referencias originales y relativas a una temática que requería ser explorada con el nivel de profundidad que ella alcanza. Desde el punto de vista de sus destinatarios, constituye un texto de interés para todo aquel que investigue los elementos típicos de la estafa y, muy especialmente, la disposición patrimonial de la víctima en su relación con el ánimo de lucro del agente. Pero también puede ser útil para quienes aborden cuestiones más generales, como los elementos subjetivos del delito. En fin, su valor es tanto teórico como práctico, cuestión que seguramente fue considerada para distinguirla, el año 2017, con el premio a la mejor tesis doctoral en Derecho penal otorgado conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania) y el despacho de abogados Eimer, Heuschmid y Mehle.

Recensión a Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018 (267 págs.)

Fernando Miró Llinares

Universidad Miguel Hernández

Pocos son aquellos que, en su ámbito y en vida, son reconocidos por generar siempre, por medio de sus creaciones, aportes de interés; por contribuir con debates nuevos o reabriendo los existentes; por, en definitiva, influir con sus ideas y obras a los demás inspirándoles, y obligándoles a discutir y a dudar. No siempre lo logran de idéntico modo y con la misma intensidad; tampoco es perenne la adhesión de sus interlocutores, pero no suelen causar mera indiferencia, quizás porque siempre está presente en ellos la voluntad de sacudir el presente. “*Malum Passionis, Mitigar el dolor del Derecho penal*”, el nuevo libro de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, es, otra vez, una obra que remueve ideas, obliga a repensarlas y genera dudas en las aparentes certezas y aún más dudas en las vacilaciones de siempre. La razón de que esto sea así es que el autor, además de su reconocida capacidad para pensar y hacer pensar, lo pretende. Esta monografía, que a primera y última vista aborda una construcción teórico-normativa sobre las posibilidades del perdón penal en un sentido amplio y de la reducción del dolor que la pena conlleva, es algo más que eso: es sobre todo la expresión de una clara voluntad del autor de reimpulsar el debate sobre el sentido y función de la dogmática penal por medio de un ejemplo de reflexión dogmática sobre cómo revertir el punitivismo que se aleja de los planteamientos político criminales usuales y se apoya en la más pura dogmática para lograrlo. *Malum Passionis* es, pues, un libro de dogmática penal que se convierte, a su vez, en un libro sobre la visión del autor de qué es hacer dogmática penal. Y es esta dimensión “meta” del nuevo libro de Jesús SILVA la que lo hace especialmente interesante: más allá del desarrollo técnico-dogmático, más allá incluso de su posición sobre cuestiones cruciales como la legitimación de la atribución de responsabilidad penal o el fundamento de la pena impuesta, SILVA adopta una posición fuerte

sobre la función de la dogmática penal en la construcción del “Derecho penal correcto” y en particular sobre la cuestión de su democratización que no puede sino considerarse un nuevo paso a debatir en el necesario diálogo sobre cómo construir un mejor Derecho penal.

Esta doble naturaleza de la obra se plasma en la estructura del trabajo. Aunque el libro se divide en cinco capítulos más una introducción, podría decirse que está conformado por dos partes diferenciadas y de muy diferente dimensión. Una, la esencial, que ocuparía los capítulos 2, 3, 4 y 5, donde el autor realiza una construcción dogmática sobre la posibilidad de reducir la responsabilidad penal (cap. 2), y sobre todo la ejecución de la pena, o reducir su dureza, a partir de una visión comunicativa (normativa) de la pena impuesta. La otra, que ocuparía el capítulo 1, de menor tamaño, pero no menor calado por lo que implica, en la que SILVA aborda la cuestión de la mayor “democratización del Derecho penal” y el papel que en ello debe desempeñar la dogmática penal, y que es algo más y distinto a un mero “planteamiento metodológico” de la obra. Por eso analizaré ambos aportes por separado y en orden inverso al del libro, comenzando por la parte que aborda la temática principal.

Antes de la pena está la responsabilidad por el delito, y ahí ya encuentra SILVA una posibilidad para la reducción del Derecho penal: donde no haya legitimidad por parte del Estado no podrá haber delito y, con ello, tampoco pena. Aborda SILVA en el capítulo 2, que el autor reconoce como un desarrollo de una versión incipiente publicada en el LH a SUÁREZ MONTES, los presupuestos de la legitimidad de la atribución de responsabilidad penal a los ciudadanos, esenciales para la posterior imposición de la pena. La libertad del sujeto que comete el delito es condición necesaria para el reproche, pero no suficiente, recuerda acertadamente SILVA, quien construye la legitimidad del juicio estatal de reproche y atribución de responsabilidad penal a partir de una distinción esencial entre los delitos que son infracciones de deberes naturales (el núcleo de los *mala in se*, aunque estos vayan más allá) y los delitos que consisten en la infracción de obligaciones adquiridas (todos los *mala quia prohibita*, como deben denominarse, y algunos *mala in se* no violentos). Sobre los primeros, el Estado tiene legitimidad plena para realizar el reproche a cualquier sujeto; sobre los segundos se requiere de una justificación y legitimación adicional “de un vínculo entre el sujeto y el ordenamiento jurídico estatal” (p. 69) que tradicionalmente se sitúa en la preexistencia de una comunidad jurídico política. Tras analizar la clásica fundamentación de la responsabilidad penal en la idea de ciudadanía sostenida por filósofos como KANT, ROUSSEAU o HABERMAS y por dogmáticos como GÜNTHER, conforme a la cual la legitimación para declarar culpable a una persona en Derecho se deriva de la libertad comunicativa que dicha persona tiene como ciudadana en una democracia, explica SILVA los problemas teóricos y prácticos de tal justificación de la “autolegislación”. Estos se resumen en la derivada de la ilegitimidad frente a quienes no han podido participar en los procesos de decisión, ante los que propone una alternativa: el Estado antes que democrático debe ser estado y, como tal, se encuentra en posición de garante al haber asumido el monopolio de la violencia, teniendo la obligación de ejercer una protección negativa con respecto a los que pretende vinculación mediante el ejercicio de la coacción. Siguiendo a PAWLIK y a WALDRON, SILVA entiende pues que la legitimación de las normas penales no es por su input, sino por su output de contenido (igualdad en la protección). Sin embargo, el Estado, dice SILVA, no solo debe ejercer una protección negativa, sino que, para no decaer en un déficit de legitimidad del reproche en la

praxis punitiva, tiene la obligación de ejercer una mínima protección positiva cuando la autoorganización ha fracasado. “Allí donde personas –enteros grupos sociales– viven por debajo del umbral de la pobreza no tiene demasiado sentido hablar de libertad ni de igualdad política” dice SILVA. Así, pues, la intensidad del vínculo del ciudadano con el Estado, establecida en función del grado de protección positiva y negativa de aquél como garante, debe tenerse en cuenta para atribuir la responsabilidad jurídico-penal a estos sujetos. De aquí nace, pues, un primer modo de reducción de la violencia estatal: en la medida en que el Estado no protege positivamente a los pobres, no tiene legitimidad para castigarles. Esto sería así para los delitos *mala quia prohibita*, pero no para los que infringen deberes naturales, de los que sí pueden ser hechos responsables por un estado desprotector. Dentro de la teoría del delito SILVA sitúa estas cuestiones en la exigibilidad y deja abierta la cuestión de la medida de pobreza que podría llegar a deslegitimar el poder penal del Estado.

El tema central del libro, desarrollado en los capítulos 4, 5 y 6, es la posibilidad de restringir al mínimo posible la pena, particularmente su imposición o, si no, y al menos, su parte aflictiva. Para lograrlo se requiere un planteamiento sobre la fundamentación de la pena, al menos de su imposición, que es abordado por el autor. Para SILVA, la pena tiene una doble dimensión: por un lado, la simbólico-expresiva, la sustancial y, por otro, la fáctico-aflictiva, la accidental. La dimensión simbólico-expresiva representa la expresión del reproche por parte del Estado por la infracción de la norma; es decir, el acto comunicativo sustancial que reprocha la lesión del Derecho (plano vertical) producida mediante la lesión de la relación interpersonal entre víctima y autor (ya en el plano horizontal y cuya estabilización, por tanto, no es responsabilidad directa del Estado). Junto a esta función sustancial, hay funciones accidentales en el plano de la psicología social de la víctima o de la sociedad, que pueden requerir el mal consistente en la restricción de la libertad ambulatoria que conlleva la pena privativa de libertad. Es el *Zeitgeist* en un país determinado el que puede hacer que haya necesidades de comunicación que exijan añadir al mal comunicativo-simbólico que es la pena un mal adicional, fáctico. Distinguir estas dos dimensiones y diferenciar entre cuál es esencial para el ejercicio legítimo del Derecho penal (la función que responde a la relación vertical) de cuál es “accidental”, le permitirá a SILVA SÁNCHEZ desarrollar de forma amplia y comprensiva como no se había hecho hasta ahora (lo reconoce el propio autor) todas las posibilidades derivadas de una visión del Derecho penal correcto para restringir la imposición y, especialmente, la ejecución de la pena, a lo estrictamente razonable. El planteamiento de SILVA, pues, va más allá del Derecho positivo: se trata de una propuesta de “dogmática de *lege ferenda*” o de dogmática del Derecho penal correcto. Así, en algunos casos SILVA lo que hace es dar soporte dogmático a instituciones que ya existen y están asentadas, aunque puede atribuir consecuencias distintas a las que el ordenamiento jurídico actual da; pero en otros SILVA va más allá de la ley concreta, con algunas propuestas despenalizadoras ciertamente alejadas del “legislar” de los últimos tiempos.

Lo hace apoyándose en el concepto de la equivalencia funcional, conocida y aplicada a diferentes instituciones del Derecho penal, y aquí usada por el autor en relación con la pena. La premisa es sencilla a la par que rompedora: existe todo un conjunto de circunstancias que concurren con posterioridad a la infracción de una norma por parte del sujeto que podrían estar cumpliendo funciones equivalentes a las que desempeña la pena, bien sea en el plano simbólico, bien en el

plano aflictivo, o en ambos, de tal forma que para no concurrir en una desproporcionalidad de la respuesta punitiva deben ser observados por el Estado bien poniendo fin al proceso antes del juicio; bien juzgando al sujeto y declarando su injusto culpable, pero no imponiendo la pena; imponiendo una pena atenuada; o excluyendo la ejecución de la pena una vez impuesta. Se trataría de, por razones que concurren de modo simultáneo al hecho o que surgen posteriormente, tomar en consideración, en una categoría posterior a la punibilidad dentro de la teoría del delito, factores que, dejando subsistentes el injusto culpable, pueden afectar a la necesidad de pena en el sentido de excluirla o atenuarla. SILVA desarrolla cada una de esas circunstancias. Por un lado, aquellas que tienen un parentesco (reactivo y aflictivo) con la pena. Estas pueden proceder de actos del propio agente, como la confesión o la reparación, en las que la función simbólica se daría parcialmente por lo que cabría una reducción en la pena a imponer y ejecutar; o el comportamiento autopunitivo del infractor que, si bien no cumple íntegramente con la función simbólico-expresiva, sí lo hace con respecto a la dimensión fáctico-aflictiva, por lo que correspondería la imposición de la pena para reafirmar la función simbólica, pero también la suspensión de la ejecución o atenuación del castigo en función del grado de aflicción. Similar conclusión deriva para aquellas otras circunstancias que también tienen un parentesco reactivo y aflictivo con la pena pero que proceden de actos de terceros, como los actos lesivos procedentes de una legítima defensa o de una venganza como consecuencia de su acción lesiva a la norma; o de los sistemas de sanción extra jurídico-penales como las sanciones informales, y que deberían tenerse en cuenta para la atenuación de la pena; y asimismo con respecto a las actuaciones policiales, el proceso penal y las violaciones procesales, las condiciones de la cárcel, o la (mal llamada) pena natural mediante las que se inflige un dolor, en algún grado, equivalente. Finalmente se refiere a los equivalentes funcionales sin parentesco estructural como la prescripción, la muerte y el perdón del Estado o de la propia víctima, sobre lo cual profundiza en los capítulos 4 y 5 del libro.

El Capítulo 4 de *Malum Passionis* aborda el perdón, o “los perdones”, y su integración en la teoría del delito con el objetivo de reducir el dolor penal o estatal. SILVA cree que el perdón es una estrategia alternativa a la ruptura propia de la intimidación, con costes inferiores a los de ésta, con beneficios superiores y con capacidad para cerrar el ciclo de violencia iniciado con el delito. Pero desde sus propios presupuestos sobre el delito y la pena, el perdón posible es el que proviene del propio Estado, pues supone la renuncia de quien tiene capacidad para castigar a quien lo merece y exige la constatación de que previamente se ha cometido un injusto culpable. El que puede tener su génesis en la propia víctima sólo es posible como auténtico perdón que despliegue efectos jurídicos si es reconocido también por aquél. Bucea SILVA críticamente entre las posibles fundamentaciones dadas tradicionalmente al perdón para acabar defendiendo que, pese a que no existe un perdón merecido ni un derecho al perdón, sí puede haber “situaciones en las que se llegue a un perdón expresa o tácitamente reconocidas como merecido”, configurando cuatro opciones. La primera sería el perdón en sentido amplio en el que la necesidad del castigo puede faltar y puede autorizarse la disculpa del agente, como sucede con la clemencia del Estado ante las debilidades humanas en sociedades posheroicas (estado de necesidad disculpante); la renuncia a la pena porque ya se ha producido un equivalente funcional; o por la toma en consideración de valores sociales de piedad que pueden llevar a la renuncia al castigo de prisión frente a otras sanciones en determinados supuestos. También puede haber perdón cuando hay

merecimiento y necesidad de pena, pero concurren otros objetivos político-criminales o extra penales que llevan a la renuncia al castigo. De este tipo serían la excusa absolutoria de parentesco en delitos patrimoniales no violentos, la excusa absolutoria en el delito fiscal, o los incentivos en forma de perdón a los delatores. La ubicación sistemática de este perdón sería en la punibilidad, como renuncia a la pena tras la consideración del injusto culpable por razones instrumentales. Estas formas de perdón no son las que predominan en el ejercicio del indulto, sino las que SILVA denomina de perdón equitativo, paradójico en cuanto sirve para perdonar lo que según la ley no es injusto, o es generalmente merecido, pero, a la vez, se reputa no equitativo en el caso concreto. Por eso no existe un derecho al perdón, sino una expectativa jurídicamente protegida por parte de nuestro ordenamiento jurídico: “una pretensión no jurídica fundada en la justicia inherente a la idea de Derecho”. Por último, el autor aborda el perdón de la víctima como el perdón “interpersonal” que el Estado reconoce como suficiente para restablecer la norma infringida.

El último capítulo, con precioso título que toma prestado del *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, “En una comunidad de seres imperfectos”, aborda la posibilidad de sustituir la intervención penal por otros medios de reconciliación y de mediación propios de la justicia restaurativa. Si bien se distancia de una concepción de la justicia restaurativa como sustitutiva de la justicia retributiva, puesto que el delito no constituye solo un conflicto interpersonal que deba ser superado sino una negación drástica del Derecho que obliga al Estado a manifestar su reproche, también entiende SILVA el delito como un conflicto interpersonal que el estado tiene la obligación de superar permitiendo al sujeto su superación existencial. Por eso entiende que los procesos de justicia restaurativa tienen que suceder temporalmente al proceso penal público. La razón de todo ello es que, de nuevo en aras de llegar a un Derecho penal correcto, el Estado no debería obstaculizar la reconciliación necesaria para la superación existencial.

Antes de valorar esta propuesta de SILVA hay que recordar que parte de un planteamiento metodológico que el autor explicita y desarrolla en el capítulo 1 que, sin embargo, va mucho más allá del clásico “enfoque y método del trabajo”. SILVA plantea en este primer capítulo una reflexión sobre el valor y la función de la “dogmática penal creadora” a propósito de las demandas de democratización del Derecho penal. De hecho, el inicio del título del capítulo “Tras los populismos penales” parece encerrar una crítica a determinadas tendencias, que se denominan democratizadoras, pero que SILVA interpreta de devaluación del papel fundamental de la dogmática penal en la creación del Derecho penal correcto que, además, no son las más adecuadas si lo que se pretende es reducir el populismo punitivo penal estatal. Pues ese es el punto de partida de SILVA, que la ley penal democrática tiende a expresar, cada vez más, una visión del delito y de su persecución propia de un populismo autoritario con la consiguiente erosión de múltiples garantías sustantivas y procesales del Derecho penal, frente a lo cual algunos autores aducen como solución, y una referencia para ello es el *White Paper of Democratic Criminal Justice* de un importante sector de autores angloamericanos, la re-democratización del Derecho penal, puesto que el pueblo, además de soberano, bien informado, no es punitivista. Pero SILVA ve aquí más una petición de principio que una realidad, y pone en duda tanto que el punitivismo y la disminución de garantías provengan de una menor democratización, como el corolario de que una mayor democratización sea el medio para superar ese mal. La sociedad ha participado democráticamente tanto como antes y el Derecho penal actual es el que es: ¿qué se

quiere expresar entonces con la democratización del Derecho penal? SILVA analiza las cuatro hipótesis posibles para ver cuál puede servir de base para partir hacia el Derecho penal correcto e impermeable al populismo punitivo en las leyes penales. La primera, sobre la que se muestra especialmente escéptico, es la posición planteada por Robinson en torno a las intuiciones de justicia y la teoría del merecimiento empírico a la que, asimismo, le atribuye una posición político-jurídica e institucional ambigua. La segunda y la tercera se refieren a la interpretación de la democratización de las leyes penales bien como la superación del parlamentarismo, bien como la consecución de una democracia en sentido “material” o “sustancial”. Sin embargo, estas dos últimas interpretaciones no se le presentan como plausibles por cuanto ambas plantean la dirección de la democratización en el sentido de la democracia deliberativa, total o parcial, para la toma de decisiones, siendo ambas opciones no necesariamente propensas a mayores niveles de garantismo y especialmente porosas para las interferencias del populismo punitivo. Finalmente, analiza la última interpretación: la democracia constitucional como la única capaz de contener el problema del populismo al sustraer determinados aspectos a la decisión mayoritaria y no permitírseles ni lesionar los derechos fundamentales ni destruir las bases del sistema democrático. Es la democracia constitucional la que, ante el dinamismo social de una comunidad, salvaguarda valores y principios mínimos de cualquier comunidad ideal, pero dado que el marco constitucional es todavía amplio, faltaría una válvula de cierre del sistema: la labor de la Ciencia penal, dedicada al análisis racional de los procesos de criminalización y descriminalización, así como de la interpretación de todos los elementos de la teoría del delito necesarios para la correcta aplicación judicial. Así, la función de la dogmática mediante la actividad racional “no puede ser otra que la de distinguir entre leyes penales correctas e incorrectas, entre aplicaciones judiciales correctas e incorrectas, así como –en términos graduales– entre unas más correctas que otras”. Sólo así, y sólo la dogmática, está en disposición de dirigir el Derecho penal hacia el Derecho penal correcto. Y esto tanto para la dogmática de *lege lata* como para la dogmática de la política criminal, que tampoco puede sustituirse por el discurso “profano” o lego. Esto es, sólo la dogmática tiene aptitud para aportar criterios de criminalización y descriminalización, de reglas de imputación y valoración de conductas, y para la fijación del marco punitivo. Y sí, se refiere a una dogmática esencialmente “ideal” y normativa, que, aunque tenga en cuenta lo empírico, parta del ideal, pues, y así concluye: “los procedimientos discursivos en situaciones de comunicación lo más ideales que sea posible, continúan siendo aminos –ciertamente incompletos, pero en todo caso irrenunciables– para avanzar en esta dirección. En este punto, la situación comunicativa propia de la comunidad de interpretación de los expertos en Derecho penal permite, según creo, garantizar la mejora que ninguna otra la aceptabilidad intersubjetiva de las decisiones político-criminales que se adopten”.

Si se ha llegado hasta aquí, y aún más si se ha leído la obra, se comprenderá lo complicado que es realizar una valoración crítica en unas líneas, dada la variedad e importancia de los temas que trata y la profundidad con la que lo hace. Pero expresando esto, sólo busco la comprensión y, por ella, el perdón, al menos parcial, del lector, no, desde luego, huir de la tarea a la que me obligué.

A mi parecer dos son los grandes valores de este libro: el primero, la propuesta dogmática en sí misma, consistente en la toma en consideración de circunstancias que hacen innecesario, total o parcialmente, la imposición o la ejecución de la pena; el segundo, la valentía y honestidad

intelectual que muestra, tanto al proponer, en tiempos de repetir lo ya escrito por otros, algo realmente nuevo (por lo menos como planteamiento global) y que puede tener importantes consecuencias prácticas, como por hacerlo desde una visión fuerte de la dogmática penal “creadora” de la que el autor nunca se ha apartado pero en la que parece creer aún más que antes y defender más que nunca. Aquí, sin embargo, se inicia la discrepancia, no tanto por entender que la dogmática no sea necesaria, e incluso más necesaria que nunca, sino por su fe, no ciega pero sí excesiva, en su capacidad para hacer, en exclusiva, un mejor Derecho penal; y, también, por la idea implícita de contraponer la dogmática a la democratización del derecho penal.

En cuanto a lo primero, al hecho de poner todas nuestras esperanzas para la reversión de la deriva punitivista en las espaldas de la dogmática penal, sería ventajista afirmar que lo que ha sucedido en las últimas décadas muestra la poca eficacia que el ejercicio dogmático de los expertos ha tenido en la política criminal. Al fin y al cabo, y sinceramente creo que así ha sido, quizás gracias a la función crítica que hemos ejercido modestamente desde la doctrina, el punitivismo de nuestra legislación actual sea menor del que hubiera sido sin su ejercicio. Si bien no creo que esto trate de encontrar a los culpables de la deriva de las últimas décadas, todo parece indicar que la etiología lleva al reparto entre todos los agentes, la sociedad, la clase política, e incluso la dogmática, aunque aquél no debiera ser equitativo. Al fin y al cabo, los dogmáticos del Derecho penal tendremos que ver con lo que ha pasado, quizás más por nuestras omisiones que por nuestras acciones, pero no somos los responsables de la deriva. De esta aseveración, sin embargo, se deriva una premisa que, también debería tomarse en consideración: que al igual que no somos los responsables de su causación, es difícil que podamos ser también los responsables de la solución, por lo menos, si actuamos del mismo modo que lo hemos hecho hasta el momento (no digo que lo haya hecho el autor), encerrados en nuestros compartimentos estancos (que ATIENZA dice con acierto que parece más un hecho físico que una metáfora), ajenos tanto a otros saberes como a la opinión de aquellos a quienes vamos a aplicar reglas y principios. SILVA propone profundizar en la dogmática y nos muestra que haciéndolo se puede llegar a lo que seguimos pretendiendo la gran mayoría: un Derecho penal menos aflictivo, menos lesivo, más seguro y con todas las garantías, pero en ocasiones parece que lo haga situándose en un plano ajeno al espíritu de la época, en un ideal, desde el cual se tiene que seguir construyendo el Derecho penal correcto. A mi parecer este ideal (normativo) es necesario como referencia a buscar, como Atlántida de justicia a la que aspirar, y creo que es un gran valor que debemos agradecerle a SILVA con este libro el que se empeñe en que no olvidemos que en la construcción del Derecho penal podemos mostrar que debemos aspirar a un ideal de Derecho penal “mejor” que el derivado del consenso de una sociedad concreta en un momento determinado. Pero no deja de ser un ideal si no se confronta con una sociedad concreta, con la única que tiene la responsabilidad democrática de decidir su futuro y su destino. Por eso, el problema actual de punitivismo no se solucionará sin la dogmática, pero tampoco sólo con ella. Y por ello, desde algunos sectores se está exigiendo una democratización del Derecho penal, más implicación de la ciudadanía en decisiones esenciales del Derecho penal (sin que eso tenga que suponer que se haga directamente o que se llegue hasta la definición del alcance de los valores constitucionales y de los derechos humanos), porque sólo con la propia ciudadanía se podrán lograr los objetivos de un Derecho penal mejor.

A mi parecer, y entrando en lo segundo, tras el planteamiento metodológico defendido por SILVA en *Malum Passionis* hay una idea que, llevada al extremo, podría acercarse a un falso dilema: el que derivaría de contraponer, por un lado, la dogmática penal creadora y, por otro, la democratización del Derecho penal, bien sea en el sentido de utilizar instrumentos de democracia deliberativa para la decisión político criminal (VARONA), como en el de proponer un Derecho penal apoyándonos en el conocimiento (empírico) de lo que la sociedad desea y quiere (ROBINSON, MIRÓ). Como si querer mayor implicación de la sociedad en las decisiones penales conllevara dejar a la dogmática sin función; como si realmente pudiera proponerse en serio que el Derecho penal sea cosa exclusiva de los expertos sin tener en cuenta a la sociedad. En realidad, creo que dogmática creadora y democratización deben ser compatibles. Si de lo que se trata es de reconocer la dogmática como un saber experto superior al del profano ello no es difícil de admitir, al menos para mí. Fuera de la discusión sobre el apelativo de ciencia que SILVA sigue usando, pero, de algún modo, supera con la idea del saber experto, es evidente que el saber de la dogmática no es equiparable al profano, y que su valor y su prestigio epistemológico están muy por encima de este como herramienta para la interpretación y la producción del derecho y también para la determinación de cuáles deben ser los fines y valores que se deben lograr por medio de él. Ahora bien, si de lo que se trata no es de reconocer el singular papel informativo, interpretativo (y en este sentido creador) que tiene la dogmática, sino de atribuirle a ella la competencia absoluta, única o primordial, en una sociedad democrática, por encima de la política o de la ciudadanía, de la determinación de “el qué” y “el cómo” de todo lo que afecta al Derecho penal, la cuestión se torna más complicada. Es obvio que en una sociedad democrática tal responsabilidad no recae sobre los expertos, sino sobre los ciudadanos y sus representantes. Ello no obsta para que la dogmática deba poder ejercer una función crítica. Pero lo que no podemos pretender es ser autosuficientes para todo lo que tenga que ver con la política criminal. Debemos apostar por hacer más caso a la ciudadanía, entre otras razones, aunque no sólo, porque sabemos que ello repercute claramente en el cumplimiento normativo.

Al igual que no creo que sea un problema la defensa de un Derecho penal correcto, la búsqueda de un ideal normativo que se convierta en la referencia de hacia dónde tiene que ir el Derecho penal de cualquier sociedad a partir de los fines que desea, tampoco creo que debamos negarnos, ahora que tenemos más posibilidades de lograrlo, a obtener mejor el conocimiento de lo que la sociedad desea y quiere. De hecho, eso no lo niega SILVA. Dice el autor en la nota 51 que “se añade que no hay democracia si no se escucha de forma directa la voz bien informada de los ciudadanos. Esto obviamente puede compartirse. Pero se convendrá que no es fácil que se pueda escuchar su voz de modo directo siempre, sobre todos los problemas sociales y con la garantía de que es la voz de todos los ciudadanos”. Tiene razón, como la tiene al añadir que habrá que determinar qué peso asignar a tal opinión para que la decisión del poder legislativo sea democrática. Tendremos que afrontar esos problemas y tendremos que resolverlos. Porque del hecho de que sea difícil no podemos derivar el que no debamos intentarlo, incluso aunque ello nos obligue a cambiar nuestra praxis. Si no lo intentamos, ya sólo nos quedará asumir nuestra incapacidad de convencimiento y aceptar que las decisiones de la sociedad, son suyas.

Estas consideraciones enlazan con la valoración de la parte esencial del libro que centraré en la propuesta concreta que hace SILVA en este libro sobre la posibilidad de reducir el mal penal al

mínimo imprescindible para el restablecimiento del Derecho y de la subjetividad jurídica de la víctima. Para otro lugar quedarán, por obvias restricciones de espacio, otras consideraciones como la de si centrar la cuestión de la pena exclusivamente en la función de la “imposición de pena” no puede causar distorsiones con la existencia de otros “momentos” de la pena, como el de su enunciación; o como la relativa a qué papel desempeña ahora para el autor la prevención del delito. Yendo a lo central, desde la perspectiva de un sistema ideal-normativo, creo que la construcción es además de original, deseable, y creo que podría ser aceptable como estándar normativo si es que la pena no ejerciera, en la fase de imposición, ninguna función comunicativa de tipo cognitivo-social orientada a la prevención. Pero, a mi parecer, ésta también es función de la pena impuesta: la confirmación cognitiva de que el modelo de conducta percibido como legítimo es el adecuado y de que la desviación frente a él conlleva un castigo (MIRÓ, 2018). Si esto es así, la mera estabilización comunicativa que se produce cuando se condena no resultaría por sí misma suficiente, sino que sería necesaria la comunicación a la sociedad de la consecuencia de la desviación, y si bien es perfectamente posible que tal comunicación encuentre equivalentes funcionales, éstos no lo podrán ser sólo de una comunicación simbólica sino de una “auténtica” comunicación que tendrá que tomar en consideración lo que efectivamente espera una sociedad determinada de un concreto castigo. En este sentido veo especialmente compleja la limitación de la intervención punitiva del Estado mediante la declaración exclusivamente comunicativa del injusto. ¿Qué es lo que bastaría para la estabilización normativa?, ¿la mera declaración de condena? Desde un entendimiento meramente simbólico de comunicación podría entenderse que sí. Pero si entendemos que la comunicación tiene una función psicológico-social entonces habría que ir más allá. ¿Qué es aquello que nuestra sociedad actual entendería suficiente para la confirmación de que el modelo de conducta (RODRÍGUEZ HORCAJO diría “cooperativa”) legítimo sigue vigente? ¿Serían esos supuestos equivalentes funcionales suficientes para tal comunicación? En algunos supuestos, especialmente en los que SILVA denomina de parentesco reactivo y aflictivo con la pena o en otros en los que se entienda que hay algún déficit de legitimidad estatal podría entenderse que sí, pero sería más difícil en otros. Cierto es que entre las intuiciones de justicia de la comunidad podría encontrarse el perdón, por lo que más factible resulta la propuesta de una reducción de la aflicción en aquellos casos en los que sea imprescindible tal ejecución; reduciendo la pena en los casos en los que concurren situaciones que equivalgan funcionalmente a la dimensión aflictiva de la pena, y particularmente aplicando otras medidas sancionatorias distintas a la privación de libertad. Por supuesto podríamos obviar esta parte de la comunicación que produce la imposición de una sanción y situarnos en un plano puramente normativo, pero ¿no estaríamos reconociendo que es ésta una propuesta ideal para un modelo de sociedad que no se corresponde con el actual? Mientras no analicemos qué quiere la sociedad, será difícil saberlo.

En definitiva, es la de SILVA SÁNCHEZ una propuesta clara y valiente por la reducción del mal penal, realizada desde la visión de lo que es un Derecho penal correcto, consistente en su reducción al mínimo imprescindible para el restablecimiento del Derecho y de la subjetividad jurídica de la víctima. Sólo por eso ya deberíamos tenerla en consideración y, quizás, hacerla real llevándola del plano meramente normativo a la comunicación con una sociedad que, como algunos autores han advertido (VARONA), quizás no sea tan punitivista como creemos. Es cierto que puede ser que no sea la suya una propuesta muy realista, en el sentido de conforme al

espíritu de la época. Pero lo que logra SILVA con este libro es que nos demos cuenta de cuál es nuestro objetivo y responsabilidad: buscar lo mejor, ayudar a definirlo. Desde luego nuestra responsabilidad no es someternos a los vientos, aunque tampoco creo que nos corresponda sólo el ponernos de pie frente a ellos, sino tratar de mostrarles vías de escape. Para hacerlo, en todo caso, es imprescindible salir a la calle y comprender de dónde vienen. Quizás esta tarea no sea sólo nuestra, quizás no seamos los principales responsables de ella. Pero si nos importa la reducción de la violencia penal, no deberíamos obviarla.