

RECENSIÓN A JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: “EL RIESGO PERMITIDO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO”

MAYRON NOEL CÁCERES GREGORIO*

Recibido: 09.AGO.2022

Aprobado: 24.OCT.2022

RESUMEN:

La presente recensión, que versa sobre el libro “El riesgo permitido en Derecho Penal Económico”, busca brindar una breve valoración y análisis de la estructura metodológica del libro en cuestión.

PALABRAS CLAVE: Recensión, riesgo permitido, Derecho Penal Económico, Jesús-María Silva Sánchez.

TITLE: Review to Jesús-María Silva Sánchez: “El riesgo permitido en Derecho Penal Económico”.

ABSTRACT:

This review, which discusses the book “El riesgo permitido en Derecho Penal Económico”, aims to provide a brief evaluation and analysis of the book’s methodological structure.

KEYWORDS: Review, permitted risk, economic criminal law, Jesús-María Silva Sánchez.

Resulta todo un reto y una real satisfacción el poder realizar una recensión de una de las obras más novedosas de la dogmática jurídico penal, de autoría del profesor Jesús-María Silva Sánchez. Como ya es costumbre, el catedrático de la

* Estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de Derecho Penal – Parte General en la misma casa de estudios. Editor asociado de la Revista Peruana de Ciencias Penales. Correo electrónico: mayron.caceres@unmsm.edu.pe

Universitat Pompeu Fabra, ha realizado una gran contribución académica¹ en el ámbito de las ciencias penales, lo cual refleja su gran trayectoria científica y su dominio temático sobre diversas áreas del Derecho Penal. Muestra de ello es la presente publicación “El riesgo permitido en Derecho Penal Económico” publicada por la prestigiosa editorial Atelier. La presente obra, que cuenta con 183 páginas y se divide en 9 capítulos, realiza un análisis sistemático y dogmático de una de las instituciones más controversiales en el Derecho Penal; es decir, lo referente al “riesgo permitido”. De este modo, si bien el título de la obra nos puede llevar a pensar que está íntimamente relacionado al campo del Derecho Penal Económico, es preciso recalcar que su estudio no solo se agota en ello, sino que, se extiende al Derecho Penal en general.

En el primer capítulo se llega a establecer la delimitación del concepto de riesgo permitido en el Derecho Penal. De este modo, nos brinda un panorama sobre lo que se ha entendido por riesgo permitido y lo que verdaderamente debe entenderse del mismo; como textualmente menciona: “El objeto de estas páginas es proponer una depuración del riesgo permitido de las adherencias recibidas a lo largo de más de cien años, devolviéndolo a su origen histórico” (p. 17). Así, inicia soslayando el papel del riesgo permitido en la doctrina de la conducta desaprobada y sus críticas respecto a ello, para finalmente desencantarse por la idea de entender que el concepto de riesgo permitido encuentra su fundamento en el ordenamiento extrapenal. A su vez, realiza una distinción entre la adecuación social y el riesgo permitido; ya que, según su opinión: “ha sido relativamente común manejar ambas figuras de modo casi indistinto” (p. 22). Así también, el autor analiza la regulación del riesgo permitido tomando con mayor ahínco el tema de los “estándares” y el inherente origen industrial del riesgo permitido en el Derecho Penal. Este primer capítulo finaliza con la institucionalización del riesgo permitido, donde se hace referencia a su surgimiento como institución jurídica y su papel actual en un marco de permisión.

En el segundo capítulo se aborda lo relativo a la ubicación del riesgo permitido en el sistema de la teoría del delito. De ello, se menciona la inquietante inestabilidad sistemática que aflige a la mencionada figura jurídica; pero a consideración del autor: “todo parece indicar que este no es un problema del riesgo permitido en sí, sino de la pretensión de los diversos modelos de la teoría del delito de someterlo, más o menos forzosamente, a los corsés de sus respectivos sistemas” (pp. 52-53). A su vez, considera que lo más lógico es ubicar al riesgo permitido en “la doctrina del

1 Véase a respecto: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (1992); *Perspectivas sobre la política criminal moderna* (1998); *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (1999); *Normas y acciones en Derecho Penal* (2003); *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2003); *Medio siglo de dogmática penal alemana (un punto de vista iberoamericano)* (2013); *En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena* (2015); *Fundamentos del Derecho penal de la empresa* (2016); *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal* (2018).

comportamiento desaprobado” (p. 53). Para explicar de manera óptima lo mencionado, parte del ejemplo de la matanza de animales y el Reglamento UE 1099/2009, donde concluye lo siguiente: “Así, el que mata a un animal para la producción de carne, aunque con ello produzca algún maltrato, no lo hace “injustificadamente”, siempre que lo realice en un matadero autorizado y se aturda previamente a dicho animal” (p. 55). Por su parte, busca realizar un balance de lo expuesto hasta el momento e insertar unas breves ideas de la relación entre el riesgo permitido y la teoría de las normas. Dentro de este segundo capítulo se analiza un tema, de especial consideración, que es lo relativo a la problemática de la accesoriedad negativa y positiva del Derecho Penal con el Derecho Administrativo; tomando como referencia el papel del riesgo permitido en este punto de discusión. Finalmente, el capítulo concluye con el estudio de las conductas neutras de intervención y su diferenciación con el riesgo permitido.

En el tercer capítulo, se aborda lo concerniente al fundamento de la figura del riesgo permitido. Para lo cual, se inicia con una distinción entre fuentes, fundamento y técnicas de apertura de la mencionada figura jurídica. Subsiguiente a ello, se analiza el fundamento extrapenal del riesgo permitido, afirmando que: “el riesgo permitido constituye la institución jurídico-dogmática clave de la “sociedad del riesgo”” (pp. 69-70). Tras analizar diversas posiciones, el autor menciona que una de las alternativas más difundidas es lo referente a una aproximación contractualista donde: “el criterio para decidir sobre la permisión de riesgos es un consenso social adoptado tras el velo de la ignorancia, de modo que se garantice la imparcialidad de todos los intervinientes” (p. 79), pero, según su perspectiva ello queda en una mera ficción que no goza de un verdadero contenido jurídico. Finalmente, se analiza lo relativo a los canales formales que legitiman la permisión de riesgos abstractos; donde, considera que la opción más razonable es entender que: “el procedimiento administrativo de elaboración de normas resulta más adecuado que el proceso judicial penal de toma de decisiones” (p. 84); ya que, “aquel puede atender mejor a las alegaciones de los expertos y de los afectados, de modo que cuenta con más información” (p. 84). Lo mencionado trae como consecuencia que se pueda excluir la responsabilidad penal -aplicando el riesgo permitido- porque no tendría lógica que se adopte una sanción penal donde las leyes y reglamentos han optado por la permisión de riesgos.

El cuarto capítulo inicia analizando: “el papel central desempeñado por la normativa administrativa [...] en la determinación de espacios de riesgo permitido. Pues bien, ello tiene un significado relevante desde la perspectiva de la teoría del Derecho penal” (p. 87). Ante ello, considera que la opción referente a la regulación, conlleva a establecer una posición intermedia entre la libre permisión y la prohibición absoluta ex ante de una clase de riesgo. Por ello, menciona que: “lo característico de la regulación es que, mediante el recurso a la prohibición y a la permisión, se pretende ordenar un espacio de actividad de modo distributivamente admisible” (p.

90); donde, la incorporación del riesgo permitido es relativamente fácil en áreas del Derecho Penal que siguen una lógica regulatoria, es decir un criterio distributivo. Sin embargo, se vuelve extremadamente difícil en aquellos ámbitos que se basan en una lógica retributiva-represiva. Seguido a ello, se hace un estudio de la permisión jurídica extrapenal de riesgos (riesgo permitido) en función del delito que se realiza en el caso concreto, como, por ejemplo: delitos contra bienes jurídicos supraindividuales; delitos contra bienes jurídicos patrimoniales y los delitos contra bienes personales intrínsecos. El capítulo finaliza con un breve estudio sobre el riesgo permitido y las causas de justificación; además, se analiza el papel del riesgo permitido y la procedimentalización del Derecho.

El quinto capítulo examina las condiciones de permisión de un riesgo, donde se puntualiza la siguiente sistematización: i) El otorgamiento de una licencia o permiso; ii) El ulterior seguimiento de un sistema de reglas; iii) En el caso de advenimiento de un riesgo concreto para un bien jurídico intrínseco, la realización de deberes de evitación de resultados sobrevenidos; iv) En el caso de arribo de un riesgo concreto, la exigencia de deberes o derechos de intervención protectora; v) En caso de causar un daño, el abono de una indemnización por responsabilidad civil. Siguiendo esa línea, el autor analiza las condiciones de permisión en concreto para finalmente concluir con la discusión de la posición jurídica del sujeto amparado por un riesgo permitido y la llamada responsabilidad civil por el daño causado.

El sexto capítulo realiza un análisis de la técnica legislativa que se utiliza en lo referente al riesgo permitido. De este modo, se observa: “(i) que el legislador penal se refiera al riesgo permitido mediante cláusulas generales y que sea el juez penal el que proceda a su concreción; y (ii) que el legislador penal se refiera al riesgo permitido mediante una remisión expresa -accesoriedad explícita- de modo que su concreción tenga lugar esencialmente en virtud del sistema de jerarquía de normas y actos administrativos” (pp. 133-134). En relación a ello, se expone una especie de modelo de actuación para los órganos judiciales en referencia a la técnica legislativa utilizada. Finalmente concluye el capítulo tocando el tema del efecto de bloque prohibitivo que tiene incidencia en lo referente a las leyes penales en blanco.

El séptimo capítulo se encarga de lo concerniente a los riesgos ya no permisibles, donde se evidencia un “deber del Estado de proteger a unos ciudadanos frente a los peligros procedentes de otros” (p. 154). Donde el deber de protección positivo no solo se extiende al Derecho Administrativo; sino también, al Derecho Penal. Gracias a ello, se puede hablar de “la existencia de un derecho de los ciudadanos a ser protegidos mediante el Derecho penal” (p. 154). Donde el límite del riesgo permitido se define por el deber que tienen los Estados de proteger a las personas de los riesgos naturales y humanos que puedan afectar su vida e integridad física. Esta obligación surge de la posición de garante de seguridad que cada Estado tiene que

garantizar a los residentes en su territorio. El capítulo finaliza mencionando la necesidad de que se tipifiquen delitos de peligro concreto que vienen intrínsecos, pero la problemática surge en “que tales delitos de puesta en peligro concreto se tipifiquen como leyes penales en blanco, integrando espacios de riesgo permitido” (p. 158).

El octavo capítulo desarrolla las peculiaridades de la remisión a disposiciones no estatales, lo cual -en palabras del autor- genera problemas de diversa naturaleza, tanto formales como materiales; donde “El que aquí interesa de modo singular es el de la incidencia de todas estas reglas y estándares en la determinación de cuáles son los deberes jurídico-penales de cuidado” (p. 162). En esta línea, continua con el estudio de la remisión a normas de origen privado en el contexto de la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*. El capítulo finaliza con el análisis del riesgo permitido condicionado en la actividad empresarial general, para lo cual, considera que: “los elementos integrantes de los modelos de prevención deben considerarse condicionantes de la permisión del “riesgo-empresa”” (pp. 166-167).

Finalmente, el noveno capítulo aborda el problema procesal de las cuestiones prejudiciales y sus consecuencias materiales. Con relación a ello se menciona que el Tribunal Constitucional, en un primer momento, consideró que el plantear cuestiones prejudiciales devolutivas es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pero más adelante ha presentado una tendencia poco clara. Aunque, se mantiene la posición de que las cuestiones prejudiciales, en lo referente a establecer la culpabilidad o inocencia, deben ser devolutivas. Ante este panorama el autor considera que “el mantenimiento de las cuestiones prejudiciales devolutivas es razonable” (p. 173).

Hasta este punto, resulta evidente que la presente obra del profesor Jesús-María Silva Sánchez destaca por su excelencia académica, ofreciendo una investigación exhaustiva y sistemática sobre el riesgo permitido en el Derecho Penal Económico, que trasciende su título y presenta una visión integral y documentada de la materia. De este modo, se aprecia una rigurosa clasificación de los aspectos más relevantes del objeto de estudio, acompañado de una amplia y moderna bibliografía.

Con todo lo mencionado, esta magnífica obra ofrece a los interesados y amantes del Derecho Penal un enfoque moderno sobre el análisis del riesgo permitido, que a su vez abre las puertas a futuros trabajos de investigación relacionados al tema tratado.