

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/330881539>

Recensión a Jesús–María Silva Sánchez, *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal.

Article · January 2019

CITATIONS

0

READS

109

1 author:



Fernando Miró-Llinares

Universidad Miguel Hernández de Elche

65 PUBLICATIONS 115 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



“Cibercriminalidad: detección de déficits en su prevención jurídica y determinación de los riesgos de victimización para una mejor prevención situacional criminológica”. [View project](#)



NEXO. Project DER2017-86204-R, “Criminology, evidence and criminal policy: On the incorporation of scientific data into decisions about criminalization of behaviour”, of the Spanish ministry of Economy, Industry and Competitiveness. [View project](#)

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.

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.