

## Recensión a “El riesgo permitido en Derecho penal económico” de Jesús-María Silvia Sánchez

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado <sup>1</sup>  
(Universidad de Oviedo, Asturias, España)

**Título:** *El riesgo permitido en Derecho penal económico*  
**Autora:** Jesús-María Silvia Sánchez  
**Año de edición:** 2022  
**Editorial:** Atelier  
**ISBN:** 978-84-18780-67-7  
**Páginas:** 183  
**Idioma:** español



Tan importante como la historia de la gestación de un proyecto en el ámbito científico es el necesario control crítico acerca de su catalizador concreto y la cuestión de si los preconceptos vinculados a la investigación no relativizan su capacidad explicativa. La advertencia es de Cornelius PRITWITZ (en su clásico *Derecho Penal y riesgo: Investigaciones sobre las crisis del Derecho penal y la política criminal en la sociedad del riesgo*, 2022, p. 53), cuya tarea ímproba de traducción al español debemos a la devoción de Eugenio C. SARRABAYROUSE. En aras a ahondar en las aportaciones a la comunidad científica que realiza *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, la nueva monografía que nos ofrece Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, nos gustaría dedicarle esta breve recensión. Hay que señalar, antes que nada, que la obra se gestó y nutrió en el claustro de los *seminarios de los martes* de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España, y de dos proyectos de investigación del Grupo de Derecho penal económico-empresarial IusCrim-BCN<sup>2</sup>, además de publicaciones y ponencias del autor en Chile, México, España y Alemania. Cumplida la exigencia de una breve tematización acerca de su surgimiento se puede constatar *ex ante* el nivel de excelencia de la investigación, el rigor científico y la integridad académica que se asocian a esta escuela de Derecho penal. No sin razón. Basta con mencionar el premio Alexander von Humboldt

<sup>1</sup> Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo. Acreditada como Profesora Contratada Doctora. ORCID: 0000-0002-1371-0613

<sup>2</sup> Disponible en: [IUSCRIM.bcn | Grupo de investigación en Derecho Penal \(iuscrim-bcn.com\)](https://iuscrim.bcn.com)

por el mejor conjunto de la obra otorgado al profesor SILVA SÁNCHEZ y su impecable trayectoria académico-científica. Antes de proseguir, debo aclarar que soy discípula del profesor Silva, pero confío en que eso no me nuble la capacidad para llevar a cabo el juicio crítico que toda recensión exige. Por otro lado, como bien señalaba PRITWITZ, también es cierto que el valor de un trabajo científico debe poder medirse por las respuestas que brinda más allá de los enredos que en sus orígenes lo acompañaron. En este sentido, finalmente se cierran algunos interrogantes que permanecían abiertos desde la publicación en 2003 del libro *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial-*; y como podrá comprobar el lector, *ex post*, su valor es indiscutible.

Empecemos: es conocido que cada vez el riesgo está más presente en nuestras sociedades y en nuestras vidas, como hemos experimentado con la pandemia, las vacunas del Covid-19, con la guerra en Ucrania, con la inteligencia artificial o los efectos del cambio climático, por mencionar algunos ejemplos. Lo cierto es que como afirma SILVA SÁNCHEZ “el ámbito problemático esencial de la institución se sigue hallando precisamente en la actividad profesional, industrial y tecnológica” (p. 17), por este motivo el foco está *en* el Derecho penal económico, aunque las conclusiones a que se llegan son extrapolables a todo el ordenamiento penal.

El libro consta de nueve capítulos que ya se analizaron brillantemente en una recensión previa escrita por el profesor SANZ MORÁN (*Ex Libris, InDret*, nº 2, 2023, pp. 738-743) y, para no ser repetitivos, entraremos directamente en las partes que pueden despertar más interés para la discusión, pero sin perder de vista un análisis de conjunto de la obra. Es imprescindible, en primer lugar, arrojar luz a la “confusión doctrinal reinante” o la incorrecta utilización del riesgo permitido como “concepto-comodín” que ya advertía PAREDES CASTAÑÓN (*El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995, p. 25) en la monografía de referencia en España. Así, hay que depurar el concepto de riesgo permitido de las adherencias históricas de más de un siglo y devolverlo a su origen (p. 17), y para llevar a cabo esta tarea el autor transita por la filosofía política, la teoría del Derecho y la aplicación judicial de las leyes, más allá de buscar su mera ubicación sistemático-clasificatoria. Una primera y certera conclusión a que llega es de que “no se trata de ahorrar la institución jurídica [del riesgo permitido] al sistema dogmático, sino de observar si este es apto o no para acoger la institución” (pp. 55-56) y, en el caso de que sea negativa la respuesta, cambiar el propio sistema.

Establecido el marco teórico en el que se inserta la cuestión -presentando, en unas pocas páginas, más de cien años de evolución intelectual de las teorías penales-, que se integra en la doctrina de la conducta desaprobada, se observa que, con independencia de la acogida o no de la doctrina de la imputación objetiva, a cuyo ámbito no pertenece *ab origine* (pp. 49-50), la existencia de espacios de riesgo permitido es admitida de modo unánime tanto por los partidarios como por los detractores de la primera.

Volviendo al hilo conductor histórico, que se remonta a la industrialización y maquinización y a la necesidad de garantizar espacios de libertad para el desarrollo del capitalismo emergente, un concepto muy amplio de riesgo permitido carecería de utilidad dogmática al agrupar bajo un mismo paraguas conceptual los riesgos insuficientes o insignificantes, conductas neutrales, conductas socialmente adecuadas y los riesgos generales de la vida. Por otro lado, el denominado criterio del interés socialmente preponderante, comúnmente utilizado como fórmula para establecer el riesgo penalmente atípico por la ponderación de los costes y beneficios

sociales de una actividad, al estar estrechamente vinculado al modelo de sociedad del que se trata, acaba por generar problemas de distinción y delimitación con la doctrina de la adecuación social.

Tratando de deslindar campos, desde la categoría de la atipicidad penal pueden darse tres grupos de casos según el autor: a) atipicidad por razones sociales (adecuación social); b) atipicidad por razones jurídicas extrapenales (riesgo permitido); y c) por razones específicamente jurídico-penales (teleológicas, causas de atipicidad que excluyen la tipicidad, pues carecen de merecimiento o de necesidad abstracta de pena). La neutralidad de la conducta se movería entre la primera y segunda.

En relación con los dos primeros grupos, "lo propio de la adecuación social es reflejar la apertura del subsistema del Derecho penal al sistema de normas sociales; en cambio, lo característico del riesgo permitido es expresar la apertura del subsistema del Derecho penal al subsistema formal del Derecho -público y privado- en el que aquel se integra" (p. 22). Nos parece interesante que se utilicen las figuras de los subsistemas o *fuzzy sets* de los conjuntos matemáticos de la lógica borrosa, que es la lógica que subyace a la manera de visualizar los fenómenos de la *juridificación* de la adecuación social (informal, intersección del subconjunto del Derecho penal con las normas sociales) y de la *institucionalización* del riesgo permitido (formal, intersección del subconjunto del Derecho Penal con el subconjunto del Derecho público o privado). Si con *La expansión del Derecho penal*, 2011, se hablaba de un cambio de perspectiva con la *administrativización* del Derecho penal, ahora se verifica otro guiño a la *reinstitucionalización* del Derecho penal económico -que parece englobar el fenómeno de la *privatización* del Derecho penal, pero que es más amplio que este-, con su apertura no sólo al Derecho administrativo, sino también al Derecho público y privado, por consiguiente, "las posiciones jurídicas no las define de entrada el Derecho penal, sino que lo hacen precisamente el Derecho público y el Derecho privado" (p. 22). El Derecho penal, todavía, sólo puede abrirse a aquellas normas sociales que llegan a adquirir un carácter jurídicamente vinculante, conductas que tradicionalmente se realizaban como *opinio* de libertad y que han devenido prohibidas, en gran medida, a través de su regulación; como, por ejemplo, los regalos a los funcionarios públicos o autoridades. La juridificación alcanza también ámbitos del sector económico como la protección de los animales en el momento de la matanza, de ahí la importancia de los estándares regulatorios y de los usos sectoriales (usos del comercio, etc.) y de los permisos como vías de autorización de riesgos permitidos, o sea, como fuentes del riesgo permitido. Importa observar que la regulación genera espacios de libertad y de seguridad jurídica *ex ante* para los sujetos generadores de peligros, esto es, para las personas jurídicas principalmente. En este punto, se echa en falta que descienda a la responsabilidad penal de las personas jurídicas para analizar desde el artículo 31 *bis* CP las posibles implicaciones en términos de imputación a las empresas. La técnica del *comand and control* que actúa preventivamente nos remite, sin duda, a los programas de *compliance*; sin embargo, no se entran a valorar, por ejemplo, los efectos del control de riesgos y la exigente de *compliance*.

La institucionalización del riesgo implica "un traslado de problemas del ámbito de la justificación (es decir, del examen de cada conducta concreta) al ámbito de la tipicidad (de la clase genérica de conductas)" (p. 39), en términos sistemáticos jurídico-penales. En general, se manejan criterios cuantitativos/cualitativos, por ejemplo, un riesgo puede ser no permitido y penalmente atípico (una infracción administrativa) o penalmente no permitido (delito). Tomando como ejemplo la conducción de vehículos automotores a una determinada velocidad, queda claro que: a) es delito (riesgo penalmente desaprobado) en España la que sobrepasa a los sesenta kilómetros por

hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la *permitida reglamentariamente*; b) es infracción administrativa (riesgo penalmente aprobado, pero no permitido) la conducción que sobrepasa la velocidad permitida reglamentariamente, pero en niveles inferiores a los fijados por la ley penal; c) no es delito, ni infracción administrativa (riesgo permitido) si el conductor no sobrepasa los límites permitidos reglamentariamente; sin embargo, conducir siempre es arriesgado. Queda claro que la licitud general de una conducta (teoría general del ilícito) delimita negativamente el ámbito de lo típico (de la tipicidad como categoría teleológica del sistema del delito).

Seguidamente, se aborda la no eliminación de la posición de garante por la creación de un riesgo permitido en la esfera de organización libre de la persona, pero que puede en términos probabilísticos lesionar un bien jurídico. Aquí el autor hace un importante matiz en términos de un criterio deontológico de puesta en peligro concreto de bienes jurídicos intrínsecamente personales que se enmarca, por ejemplo, en un ámbito no regulado, enlazándolo con los estándares o baremos como silogismos prácticos para guiar al agente a la evitación del resultado. Así se estructuran las vías de permisión: todo lo que no está prohibido, está permitido; los permisos administrativos y los riesgos derivados de nuevos ámbitos todavía no regulados, como la inteligencia artificial.

En el caso de la accesoriad negativa, que deriva de los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de subsidiariedad del Derecho penal (conductas permitidas por el Derecho administrativo no pueden ser punibles por el Derecho penal), habría que hacer tres matizaciones: 1º) vale para los casos de permiso regulatorio expreso. La ausencia de regulación, sin vulneración de los estándares generales de conducta, se mueve en el ámbito del permiso débil mínimo, que reza así: "todo lo que no está prohibido está permitido"; 2º) este efecto de bloqueo permisivo sólo opera en los casos en que el Derecho penal y el Derecho administrativo tienen por objeto exactamente la misma conducta. Si no es así, el DP puede desvincularse del efecto permisivo de la normativa administrativa, como sucede, por ejemplo, con cierta frecuencia en el ámbito de los delitos imprudentes de resultado de lesión; 3º) en particular en los casos de puesta en peligro concreto y grave para bienes intrínsecos - en relación con los que opera el deber de protección positiva del Estado- la accesoriad administrativa negativa debe ceder ante el DP.

Si se trata de la ponderación cambiante de los riesgos que una sociedad esté dispuesta a asumir, como el caso de las vacunas, que refleja problemas más amplios como la desigual distribución mundial de los costes sociales asociados a dichos riesgos, al menos lo intangible sería, según el autor, la puesta en peligro concreto, inminente y grave de bienes intrínsecos a la persona.

Después de décadas de vigencia del modelo de la factibilidad (restricción de riesgos compatible con la actividad a largo plazo: desarrollo sostenible) y después de haber sido abandonado el estándar utilitarista del coste y beneficio, afirma el autor que se tiende al modelo de la seguridad (riesgo aceptable); así, el riesgo significativo para bienes intrínsecos (vida o integridad física) debe ser neutralizado, pero la pregunta sigue siendo ¿qué peligro abstracto podría reputarse ya significativo?

Desde una perspectiva realista, las decisiones de permisión de riesgos se fundamentan -de forma indirecta- en las instancias democráticas, aunque por ausencia de otras alternativas viables, es el modelo democrático-burocrático-tecnocrático que seguirá siendo el prevalente como concluye el autor. La legitimación de

la permisión de riesgos abstractos requiere un acto análogo al consentimiento presunto, pero que tiene lugar en el plano de la voluntad legislativa general a través de instituciones representativas de la democracia deliberativa con todos los problemas irresolubles asociados a ésta -que comparten otras posibles soluciones-: el egoísmo generacional, la legitimación burocrática (tecnocracia, *state of the art*, reglas de la técnica), decisiones opacas, lobbies industriales, asociaciones de afectados, la captura de los agentes de control de la normativa regulatoria por los agentes económicos que deberían ser regulados, ... pero que no frenaron la expansión de la protección de bienes jurídicos.

Para aportar seguridad de los parámetros de actuación legítima a los ciudadanos dentro del marco de las alternativas no disfuncionales ni inconstitucionales y de acuerdo con el espíritu del tiempo de una determinada sociedad (volvemos al ejemplo de los coches y de su evolución en el tiempo: los VMP o vehículos de movilidad personal tales como los patinetes eléctricos, o en el futuro los vehículos que puedan moverse por encima del suelo o, literalmente, flotar), también la ciencia del Derecho y su racionalidad práctica o pragmática debe enfrentarse a dichos retos científicos y políticos.

La técnica legislativa de las normas penales en blanco/delitos de peligro abstracto conlleva el problema a los ciudadanos de que “el conocimiento de la norma, al menos en su periferia, tenga que depender de la realización de una operación de subsunción y que, en consecuencia, el error de subsunción dé efectivamente lugar a un error de prohibición. Entonces, cuando se producen divergencias judiciales cualificadas en la aplicación de la ley o, sencillamente, no hay precedente judicial que precise la periferia de la norma de conducta, se genera un problema particular. En puridad, no es que haya error de prohibición, sino que (todavía) no se ha concretado una parte del contenido de la norma que el ciudadano tiene que conocer. Otra cosa es que el tratamiento jurídico adecuado de estos casos sólo pueda tener lugar mediante el error (intersubjetivamente) invencible de prohibición” (p. 57). En conclusión, la práctica judicial retrospectiva (*ex post*) es la que acaba configurando el contenido periférico de la norma directiva; se trata, por consiguiente, de que “la praxis valorativa de los tribunales, que se legitima por la competencia profesional y el procedimiento contradictorio, constituye un complemento necesario de la legitimidad democrática de las leyes” (p. 58).

Llegados a este punto, el autor realiza un interesante análisis respecto de la accesoriadad administrativa o civil; los supuestos de defraudación tributaria, economía de opción de las empresas y el fraude de ley. También se dedica al análisis de las conductas neutrales, que describen figuras próximas al riesgo permitido y a la adecuación social, pero que no coinciden ni con uno ni con la otra, relacionándolas a determinadas clases de tipos de delitos sobre las que se detendrá con más detalle en otro apartado: delitos dolosos de lesión o de peligro concreto de bienes personales intrínsecos, delitos dolosos de lesión de bienes patrimoniales, delitos dolosos de peligro abstracto con respecto a unos y otros bienes, y a delitos dolosos de lesión de bienes supraindividuales. El famoso caso del camarero con conocimientos de botánica que sirve una ensalada tóxica a un comensal, aunque a él no le paguen por el control de calidad del plato, sino sólo por llevarlos de la cocina a la mesa, se resuelve en este sentido. Por otro lado, no es neutra la conducta de un ferretero que vende una pala a un contendiente en una riña que tiene lugar justo delante de la ferretería.

Lo novedoso de la obra, sin duda, es el análisis de la regulación y retribución del riesgo permitido a las distintas clases de tipos de delitos que hemos mencionado -que por veces han sido obviadas por la doctrina sin razón alguna-, pero que el autor recupera y utiliza para graduar en función del tipo de delito que se trate y de la técnica legislativa empleada.

Otro aspecto importante es la inclusión de un apartado que trata de proponer un modelo de actuación para órganos judiciales, que aborda los complejos problemas de la imprudencia y de los elementos típicos de la antinormatividad y adentra en los efectos de bloqueo prohibitivo y permisivo del riesgo permitido.

En fin, en varios apartados se incluyen casos famosos revisitados, tales como el caso de los pelos de cabra o de las transfusiones de sangre contaminada, lo que abre espacio para un sugerente debate práctico y teórico sobre las ideas y propuestas que nos ofrece SILVA SÁNCHEZ en otro de sus pequeños y potentes regalos que no dejará de sorprender a los lectores.