Malum passionis.
Mitigar el dolor del Derecho penal

CONSEJO EDITORIAL

Miguel Ángel Collado Yurrita

Joan Egea Fernández

José Ignacio García Ninet

Luis Prieto Sanchís

Francisco Ramos Méndez

Sixto Sánchez Lorenzo

Jesús-María Silva Sánchez

Joan Manuel Trayter Jiménez

Isabel Fernández Torres

Belén Noguera De La Muela

Ricardo Robles Planas

Juan José Trigás Rodríguez
Director de publicaciones

Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal

Jesús-María Silva Sánchez

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Colección: Justicia Penal

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas
Catedrático acr. de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2018 Jesús-Maria Silva Sánchez

© 2018 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: atelier@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-02-2
Depósito legal: B-10370-2018

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Para ti, Ana.

«Est autem poena generali significatu
malum passionis quod infligitur ob malum actionis»[1]

Hugo Grocio
(1583-1645)

1. De iure belli ac pacis, 1625, liber II, caput XX, De poenis, I.

Sumario

Abreviaturas utilizadas 15

Nota previa 17

Introducción. 19

Capítulo I
Tras los populismos penales.
Democracia, constitución, dogmática jurídico-penal

I. Punitivismo y legislación penal 29
1. Legislación penal y democracia. 29
2. Un inciso: legislación penal y seguridad jurídica . . . 39
II. Constitución y jurisdicción constitucional 40
1. Introducción 40
2. Desarrollo 42
III. Aplicación de la ley penal y jurisdicción penal 46
IV. Legislación penal y Derecho correcto: el papel de la doctrina 50
1. El *statu quo* 50
2. Desarrollo 54
3. La tarea de una dogmática de la política criminal . . . 57
V. ¿Derecho penal correcto sin seguridad jurídico-penal? . 61
VI. Perspectiva 64

Capítulo II
Pobres delincuentes. Estado, ciudadanía y Derecho penal

I. Presupuestos de la responsabilidad penal: deberes naturales y obligaciones adquiridas 67
1. Vinculación 67
2. Autolegislación y democracia deliberativa 71
3. Observaciones críticas 72
4. Igual protección estatal. La posición de garante del Estado 75
II. La infracción del deber de garante del Estado 86
1. Introducción 86
2. Pobreza y teoría del delito: la aproximación clásica . . 88
3. La aproximación política 91
III. Un intento de concretar el alcance de la «eximente de pobreza» 98
1. Planteamientos existentes 98
2. La pobreza excluyente del injusto típico 101
3. La pobreza excluyente de la prohibición 103
4. Prevención del daño de la víctima y reparación . . . 105
5. El indigente no puede ser hecho penalmente responsable 106
6. La consecuencia jurídica aplicable 110

Capítulo III
«*Propter malum actionis*». Equivalentes funcionales de la pena (privativa de libertad)

I. Introducción 113
1. Dimensiones de la pena 113
2. Equivalentes funcionales de la pena: precisiones . . . 117
II. Equivalencia funcional de hechos postdelictivos del agente 122
1. Confesión y reparación 122
2. Comportamiento autopunitivo 128
III. Circunstancias postdelictivas 133

1. Legítima defensa y venganza 133
2. La doctrina de la inconmensurabilidad 139
3. Sistemas no jurídico-penales de sanción: Estado, comunidad, etnia. 142
4. Intervención postdelictiva del sistema policial, judicial y penitenciario 147
4.1. Actuación policial 147
4.2. Proceso y violaciones procesales. 148
4.3. En especial, las condiciones de la cárcel 152
5. La (mal) llamada *poena naturalis* 155
IV. Equivalentes funcionales sin parentesco estructural . . . 163
1. Introducción 163
2. El transcurso del tiempo 166
3. Muerte y parcial inidentidad 173
4. Perdón del Estado y perdón de la víctima 177
V. Las causas de exclusión de la ejecución de la pena (privativa de libertad) 181

Capítulo IV
Mil perdones.
Taxonomía del perdón del injusto culpable

I. Introducción: ¿Perdón merecido? 183
II. Perdón y falta de necesidad del castigo 188
III. Perdón como concesión a otros intereses jurídicos (o políticos) 195
IV. Perdón equitativo. 199
V. Contra el perdón y la reconciliación. 206
VI. El perdón de la víctima 209

Capítulo V
«En una comunidad de seres imperfectos».
Restablecimiento del Derecho y reconciliación

I. Introducción 215
II. Premisas 220
III. La herida producida por el delito y su curación 223

IV. Un Derecho penal que no obstaculice la reconciliación . 228
1. La reducción de la intervención penal, en la medida de lo posible, a la declaración comunicativa del injusto culpable 229
2. La renuncia, en la medida de lo posible, al dolor penal. . 230
3. La renuncia específica al dolor penal en caso de producción de equivalentes funcionales de la dimensión aflictiva de la pena 233
4. Una tentación que debe ser evitada: la retribución satisfactiva 233
V. Un deber positivo: La promoción de la reconciliación . . 236
1. Fundamento primero: el reconocimiento de la corresponsabilidad social en el delito. 236
2. Fundamento segundo: La ubicua aleatoriedad del comportamiento delictivo y de su sanción 238
3. Fundamento tercero: El Estado social como Estado orientado a la libertad real 239
VI. La restauración de la comunicación 239

Bibliografía citada 243

Abreviaturas utilizadas

Act.	Libro de los Hechos de los Apóstoles
Ala.C.R.&C.L.L.Rev	Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review
Am. U. L. Rev	American University Law Review
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BritJCrim	British Journal of Criminology
B.U. L. Rev	Boston University Law Review
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán.
Ca.L.Rev.	California Law Review
Fla. L.Rev.	Florida Law Review
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Jn.	Evangelio según San Juan
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JZ	Juristenzeitung
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lc.	Evangelio según San Lucas
LH	Libro Homenaje
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review

MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
Mt.	Evangelio según San Mateo
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RPJ	Revista del Poder Judicial
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
StGB	Código penal alemán
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
StV	Strafverteidiger
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UCLA L. Rev.	University of California Los Ángeles Law Review
U. Pa. J. Const. L.	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeistschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Nota previa

Una parte del capítulo I de este libro fue expuesta en la Universidad de Bonn en junio de 2016. La primera versión, muy incipiente, del capítulo II se publicó en el Libro Homenaje a Suárez Montes, en 2013.[2] Luego, otras más amplias pero todavía lejanas del texto que aquí se integra fueron expuestas en la Universidad de Colonia, en junio de 2016; en la Universidad Externado de Colombia, en marzo de 2017; y en el Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, en agosto del mismo año. La penúltima de ellas fue publicada en italiano en los Scritti in Onore di Sergio Moccia.[3] El embrión del capítulo III se encuentra en mi breve contribución al Libro Homenaje al Prof. Costa Andrade (2018). Su contenido fue expuesto en el Instituto Baiano de Direito processual penal en agosto de 2017 y en la Universidad Austral de Buenos Aires en octubre de ese mismo año. El capítulo IV proviene de una ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Madrid en mayo de 2017 y expuesta luego en las Universidades de São Paulo y de Buenos Aires, en agosto y octubre

---

2. Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal, en: Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, 2013, pp. 715 y ss.; y en Derecho penal contemporáneo. Revista internacional, nº 41 (2012), pp. 101 y ss.

3. Diseguaglianza sociale e responsabilità penale: un'approssimazione, en: Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia, 2017, pp. 23 y ss.

de 2017 respectivamente. En fin, una versión previa del capítulo V fue expuesta en la Universidad Católica de Valparaíso en junio de 2017 y en la Universidad de Augsburgo en julio del mismo año. Dicha versión fue publicada en alemán en el Festschrift für Ulfrid Neumann.[4] Agradezco mucho las críticas y observaciones, por orden cronológico, de Urs Kindhäuser, Claus Kreß, Michael Kubiciel, Benno Zabel, Luís Greco, Renato de Mello Jorge Silveira, Sérgio Salomão Shekaira, Alamiro Velludo Salvador Netto, Luciano Anderson de Souza, Eduardo Riggi, Guillermo Yacobucci y Marcelo Sancinetti. También, las largas conversaciones —un día sí y otro también— con Ricardo Robles. Muchas de las ideas que aquí se exponen, si no todas, han estado en el aire de los seminarios de la Universidad Pompeu Fabra. Gracias a todos aquellos que año tras año los van nutriendo, ahora en especial a Pablo Sánchez-Ostiz, Ramon Ragués, David Felip, Nuria Pastor e Ivó Coca.

---

4. Wiederherstellung des Rechts und Bewältigung des interpersonalen Konflikts nach einer Straftat, en: Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, pp. 1039 y ss.